



Jaime Grabois Moura Rocha

**A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS
NA CONVENÇÃO DA HAIA:
Análise das exceções ao retorno à luz da jurisprudência**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Prof^a. Nadia de Araújo

Rio de Janeiro
Junho de 2022



Jaime Grabois Moura Rocha

**A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS
NA CONVENÇÃO DA HAIA:
Análise das exceções ao retorno à luz da jurisprudência**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Prof^a. Nadia de Araújo

Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Carolina de Campos Mello

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Daniela Trejos Vargas

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof.. Gustavo Ferraz de Campos Mônaco

Universidade do Estado de São Paulo

Rio de Janeiro, 15 de Junho de 2022

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e da orientadora.

Jaime Grabois Moura Rocha

Graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Estudou na Academia de Direito Internacional da Haia. Advogado de contencioso cível e de família, possui interesse nas áreas de Direitos Humanos e Relações Internacionais.

Ficha Catalográfica

ROCHA, Jaime Grabois Moura.

A criança como sujeito de direitos na Convenção da Haia: Análise das exceções ao retorno à luz da jurisprudência / Jaime Grabois Moura Rocha. Orientadora: Nadia de Araujo - Rio de Janeiro, 2022.

190 f.: il. color.; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui referência bibliográfica. Inclui anexo.

1. Direito – Teses. 2. Análise dos artigos de exceção em processos de Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional; 3. Ausência de uniformidade no procedimento; 4. Melhor interesse da criança – problemática social; 5. Divergência jurisprudencial; 6. Prova pericial e relação de causalidade. I. ARAÚJO, Nadia. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Dedico à Claudia Grabois.

E àqueles, como Janus Korczak (Z'L),
Justos, que dedicaram suas vidas às crianças.

Agradecimentos

Agradeço a D'us por permitir que chegássemos aqui. “Ivdu et Hashem bessimchá, bôu lefanav birnana” (Tehilim 100:2). “Shiftú dal veiatom, ani varash hatsdícú” (Tehilim 82:3).

O agradecimento especial é a quem a dissertação é dedicada: à mãe e advogada Claudia Grabois, que me introduziu ao mundo – e à Convenção da Haia. Pelo exemplo de força e de trabalho que transcende a escrita; conhecedora do processo e permeada pela sensibilidade que as relações de família, da vida em que se vive, demandam.

Agradeço aos meu avós, a Ibelza (Z'L) e o José Moura Rocha (Z'L), por ensinar a nunca ser *subserviente a poderosos e a injustiças*. E a meu pai Breno (Z'L), pelo olhar social e mesmo pelas linhas tortas da vida que *nos* fortaleceu e fez crescer. Um agradecimento com amor.

Pela origem e pela história, agradeço. Sempre presentes.

À Nádia de Araújo, o agradecimento pela confiança. Sua postura, rígida com as normas e atenta à realidade prática, é uma chave para o desenvolvimento de assuntos como a Convenção da Haia. Na elaboração de peças processuais conheci a sua doutrina. A posterior construção acadêmica com a sua orientação deve ser agradecida.

Ao Thiago Bottino, pelas palavras em nosso favor – e por nelas acreditar.

Agradeço a Offer, Arieh ben Golda, Roze, Xinoca (Z'L) e Maria.

E obrigado, especialmente, ao Gabriel, à Raquel e à Tali.

Gabriel, para o ingresso no mestrado, estudara comigo todo o banco bibliográfico de Direito. Então estudante de economia, não economizou esforços, com as suas altas habilidades, para que eu desenvolvesse toda a filosofia por detrás dos textos filosóficos e jurídicos.

À Raquel, que desde sempre nos incentiva a ser melhor e a viver com alegria – e *chessed*. À Tali, pela coragem de assumir novos desafios, mesmo que pareçam distantes.

Agradeço com grande carinho aos amigos João Torres, professor de História da Arte, pelo incentivo antes, durante e após o projeto; à Camila Medina, psicóloga, pelo apoio quando da entrada e pela intensidade; e ao Rodolfo Tretel, pelo que representa. Diferentes ramos; interseções e desencontros, mas rumos que se apoiam e se sente.

Ao Balu agradeço, por toda a companhia inclusive nas leituras, desde a primeira tentativa ao lado, quando mergulhava.

Meu obrigado e igualmente àqueles que não constam expressamente, mas, de modos distintos, fazem-se ou fizeram-se presentes e ajudaram a construir os caminhos e a costurar os retalhos que nos levam a buscar o melhor para o futuro.

“O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.”

*“O correr da vida embrulha tudo.
A vida é assim: esquenta e esfria, aperta
e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é coragem”.*

Guimarães Rosa

Resumo

Rocha, Jaime Grabois Moura; de Araujo, Nadia. **A criança como sujeito de direitos na Convenção da Haia: Análise das exceções ao retorno à luz da jurisprudência**. Rio de Janeiro, 2022. 162p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente dissertação apresenta uma análise crítica e prática sobre os artigos 12 e 13, “b” da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Ademais, o trabalho indica os procedimentos para a análise das exceções no Brasil e apresenta as divergências jurisprudenciais na temática, com enfoque na necessidade de prova pericial, estudando casos do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 3ª Regiões. Ao final, faz proposições práticas sobre os procedimentos da Convenção, o sistema legal local e a jurisprudência brasileira.

Palavras-chave

Convenção da Haia. Sequestro. Exceção. Melhor Interesse da Criança. Jurisprudência. Divergência. Prova técnica.

Abstract

Rocha, Jaime Grabois Moura; de Araujo, Nadia (Advisor). **The child as a subject of rights in the Hague Convention: an analysis of the exceptions to return according to the jurisprudence.** Rio de Janeiro, 2022. 162p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This Master's thesis presents a critical and practical analysis of Articles 12 and 13, "b" of The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. In addition, it indicates the procedures for the analysis of the exceptions in Brazil and points out the jurisprudential divergences regarding the theme, with emphasis on the need of expert evidences, studying cases from the Superior Court of Justice and the Federal Regional Courts of the 1st and 3rd Regions. Finally, the thesis provides a practical approach regarding the Convention's procedures, the local legal system, and the Brazilian jurisprudence.

Keywords

Hague Convention. Abductions. Exception. Best Interest of the Child. Jurisprudence. Divergence. Expert evidence.

Lista de Abreviaturas e Siglas

ACAF – Autoridade Central Administrativa Federal

AGU – Advocacia Geral da União

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CDPD – Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

CFP – Conselho Federal de Psicologia

CH80 - Convenção da Haia de 1980 Sobre Sequestro Internacional de Crianças

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CJF – Conselho da Justiça Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

ERESP – Embargos de Divergência em Recurso Especial

INCADAT – *International Child Abduction Database*

LAP – Lei de Alienação Parental

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

ONU – Organização das Nações Unidas

MJ – Ministério da Justiça

MPF – Ministério Público Federal

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

Introdução à Dissertação: Justificativa do Presente Estudo.....	14
Abordagem Metodológica e Apresentação do Trabalho	16
Capítulo Preliminar: Janus Korczak e o Melhor Interesse da Criança.....	22
PARTE I – CARACTERÍSTICAS DA CONVENÇÃO E HIPÓTESES PARA O NÃO RETORNO.....	29
1. Convenção da Haia de 1980 sobre Sequestro Internacional de Menores	29
1.a. Introdução: Do Direito de Família ao Internacional	29
1.b. Breve Contextualização da Convenção	34
2. Escopo e Objetivos Convencionais	39
2.a. Direito de Guarda e de Visitas	42
2.b. Residência Habitual	45
3. As Exceções da Convenção.....	48
3.a. Integração ao novo meio – artigo 12.....	49
3.b. Risco Grave de a Criança, no retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou numa situação intolerável – artigo 13, “b”	53
4. Vieses da Hierarquia Normativa da Convenção.....	58
4.a. Normas complementares, análise da hierarquia normativa, oitivas e perícias	62
Parte II – A experiência brasileira na aplicação dos artigos sobre o não retorno.....	68
5. A ausência de uniformidade para a verificação dos artigos de exceção.....	68
5.a. Contornos Práticos da Jurisprudência na aplicação dos arts. 12 e 13, “b”, da Convenção.....	70
5.a.i. Comentários ao artigo 12	71
5.a.ii. Comentários ao artigo 13, “b”	75
5.b. A jurisprudência brasileira sobre a instrução probatória: o STJ e os TRFs da 1ª e 3ª Regiões.....	77

5.b.i. Estudo de caso: o melhor interesse da criança em Convenção decorre da melhor operacionalização do processo.....	86
5.c. Análise crítica à divergência: a verificação da produção probatória e da duração razoável do processo e da igualdade a partir de precedentes do Superior Tribunal de Justiça.....	90
5.d. Problema de ordem social	99
6. Introdução às Perícias Judiciais.....	108
6.a. Comentários Sobre as Perícias e os Laudos Periciais.....	113
6.b. Exemplos concretos da problemática	117
7. A Resolução do Conselho Nacional de Justiça: uma Crítica Propositiva	122
7.a. Considerações Sobre a Operacionalização	135
Conclusão	138
Referências Bibliográficas.....	147
Lista de Julgados	152
CNJ - Resolução nº 449 de 30.03.2022	155

Introdução à Dissertação: Justificativa do Presente Estudo

O presente trabalho aborda a criança e a família no plano internacional, explorando o procedimento para a repatriação e, especificamente, para a verificação das exceções ao retorno em matéria de *Convenção da Haia Sobre Sequestro Internacional de Crianças* (“Convenção” ou “CH80”)¹.

A Convenção trata da cooperação jurídica internacional direta e visa a evitar remoções e/ou retenções ilícitas, apresentando mecanismos que coíbem o ato indevido e preveem um retorno mais célere ao local de origem de onde foi subtraída a criança.

Contudo, a repatriação de crianças no âmbito convencional é matéria de grande divergência jurisprudencial, como se extrai da experiência brasileira, o que decorre especialmente da ausência de um procedimento uniforme para a verificação dos artigos de exceção.

Esta verificação, por sua vez, demanda sobremaneira a atuação dos setores auxiliares dos tribunais, como o de psicologia, para a aferição da situação da criança nos casos de grave risco (artigo 13, “b”) ou de adaptação (artigo 12).

No caso brasileiro, situações aparentemente próximas – com a ressalva de se tratar também de vieses do Direito de Família, em que cada processo é único –, o resultado jurisprudencial apresenta uma discrepância: as Cortes Federais têm procedimentos e resultados distintos em hipóteses “semelhantes”. Isto ocorre não apenas no que se refere à ordem final de retorno ou de não retorno, como também em relação ao meio verificador, citando-se desde logo a necessidade do trabalho pericial e da metodologia que este deve seguir.

Desde a publicação do Decreto presidencial 3.413, em 14 de abril de 2000, o procedimento para a tomada de decisão no âmbito convencional passou por modificações, inclusive no que se refere à mencionada necessidade de produção de prova pericial. São diversas as construções doutrinárias, institucionais e mesmo a evolução jurisprudencial, como será apresentada neste estudo.

Ainda assim, o desenvolvimento encontra-se muito aquém do necessário para que o melhor interesse da criança e do adolescente seja de fato

¹ Promulgada pelo Decreto presidencial 3.413, em 14 de abril de 2000, a Convenção é um dos Tratados com maior número de signatários, contando hoje com 101 (cento e um) Estados-contratantes. Disponível em <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/print/?cid=24>, acesso em 5 de julho de 2021.

tutelado, sendo a presente constatação de ordem essencialmente prática, a partir de acórdãos.

A Justiça Federal (“JF”), de 1º e 2º graus, coadunando com entendimento das Cortes superiores, passou por mudanças, não apenas por definições institucionais e uniformes, mas por um movimento jurisprudencial, construído custosamente – o qual, contudo, não garante a aplicação da Convenção de modo linear.

Diante de lacunas robustas – preenchidas pelo julgador quando define se uma situação se enquadra em artigo de exceção ou não; e de hiatos para a atuação dos setores auxiliares da Justiça, os quais carecem de parâmetros suficientes – este estudo se propõe a realizar um diagnóstico, críticas e, ao final, uma proposição de cunho prático-teórico.

Isso porque ainda há uma insegurança jurídica, sem prejuízo de um possível descumprimento da Convenção e o provável desatendimento à proteção integral da criança, cuja tutela está no ordenamento brasileiro como vetor hermenêutico a orientar todas as normas, bem como está igualmente presente já no preâmbulo da CH80.

Isto posto, de um lado, visando à proteção integral da criança com o seu retorno à residência habitual, a Convenção estabelece o prazo de 6 (seis) semanas para a conclusão do pedido de retorno (artigo 11); de outro, a construção jurisprudencial brasileira, com base na mesma proteção, caminha no sentido de que, para a verificação da exceção, igualmente previstas na CH80 (artigos 12, 13 e 20), o devido processo deverá seguir ritos, como a instrução probatória.

Destarte, o presente estudo pretende constatar saídas possíveis à dita contradição, não visando a definir o que é o melhor interesse ou os contornos conceituais da Convenção, mas sim o meio, o procedimento, os mecanismos de verificação, estes de possível uniformização, com vistas a levar à criança a garantia da busca de seus melhores interesses em matéria de Convenção.

Abordagem Metodológica e Apresentação do Trabalho

Ainda em sede introdutória, é importante frisar que o foco desta construção, mais do que debater elementos puramente teóricos, tais como a compatibilidade da Convenção com o ordenamento brasileiro ou teses conceituais sobre a CH80 – produto de debates tensos e acalorados² – busca analisar questões presentes e cotidianas em processos judiciais, concretos.

Com enfoque nos artigos de exceção, demonstrar-se-á como a Justiça brasileira vem aplicado a Convenção; diagnosticar-se-á os problemas, focando na ausência de linearidade nos procedimentos para a verificação dos artigos de exceção (12 e 13, “b”); quais requisitos são observados pelas Cortes para verificarem as exceções; para, então, apresentar-se possíveis alternativas que visem à tutela da criança, em matéria de CH80, de modo compatível com as realidades social, legal e jurisprudencial.

Dessa maneira, a crítica será a partir do método de abordagem analítico, em base jurisprudencial e normativa, lastreado igualmente em contribuições doutrinárias. A análise nodal à construção do presente estudo, no entanto, será a jurisprudencial. Neste aspecto, serão listados precedentes de órgãos colegiados dos Tribunais Regionais Federais (“TRF”) da Primeira e Terceira Regiões, dos últimos 6 (seis) anos, e do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), nos últimos 10 (dez) anos – somados a um único caso isolado, do ano de 2008, o qual foi apreciado por Turma de Primeira Seção.

Os antigos precedentes de Turmas da Segunda Seção, prévios ao STJ firmar a competência da Primeira Seção, não serão utilizados pela razão prática de não servirem de supedâneo a recursos em caso de divergência entre as Turmas da Primeira Seção (tais como embargos de divergência – “ERESP”) ou mesmo entre Tribunais, a justificar o recurso especial (“RESP”).

No âmbito do STJ, a pesquisa será realizada diretamente por meio do material presente em seu portal³, que apresenta consulta pública organizada e acessível, apesar de restrita a ementas, acórdãos e votos – sem maior riqueza de detalhes pelo segredo de justiça.

No caso dos TRFs, a pesquisa será conduzida nos seus respectivos portais ou no portal do Conselho da Justiça Federal (“CJF”), indicando-se no

² ARAUJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 9ªd, rev., atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 355.

³ Acesso por meio do seguinte link: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

rodapé os detalhes da consulta, sempre do ano de 2016 a (abril de) 2022. Igualmente, os casos estudados são exclusivamente de órgãos colegiados.

Por sua vez, justifica-se a escolha dos TRF da 1ª e 3ª Regiões por serem os que melhor organizam e disponibilizam precedentes, mostrando-se suficientes à constatação do problema sobre a divergência jurisprudencial e, ainda, por terem o maior banco de dados em consulta pública.

A opção por não realizar a pesquisa em outras Regiões do TRF justifica-se pelos resultados muito aquém. O TRF2, cite-se, não apresenta resultado nas buscas locais sequer dos acórdãos que, posteriormente, viraram recursos no STJ, denotando uma inconsistência. O TRF4, por seu turno, apresenta precedentes antigos, dos quais muitos versam sobre conflito de competência ou se limitam a agravo de instrumento. Quanto ao TRF5, são aquém, em número, ao das Cortes escolhidas para esta construção, que se presta a fazer um comparativo e análise. Por tais razões, ora sintetizadas, os TRFs da 1ª e 3ª Regiões mais contribuirão ao resultado da pesquisa.

Os detalhes dados serão aqueles fundamentais a justificar o objetivo deste trabalho, qual seja, a necessidade da uniformização do procedimento em matéria de Convenção, com possíveis tendências das Cortes, autorizadas por uma excessiva discricionariedade e ausência de regras claras.

Para as conclusões serão apreciadas especialmente: (i) a duração aproximada do processo; (ii) a existência de prova pericial para verificar a exceção; (iii) a aplicação do artigo 12 e 13, “b”, indicando se houve distinção específica; (iv) a ordem de retorno ou de não retorno; e (v) relações de causalidade entre a produção probatória e o resultado final.

Serão, para trazer contornos reais ao leitor, comentados precedentes do STJ e um único de TRF, com a finalidade única de demonstrar uma inconsistência em qualquer argumento que atribua à perícia judicial o ônus da morosidade – ou do retorno. Igualmente, visando a apresentar uma crítica também de ordem social, demonstrar-se-á que certos grupos perigam ser mais afetados que outros, denotando-se que por trás de votos e acórdãos de fato vive uma criança, sujeito integral de direitos.

O ponto central do cotejo, assim, é trazer contornos práticos à tese, tais como ilustrar a mudança de entendimentos dentro de um mesmo processo, a demora para a produção de prova e a relação entre estes e o resultado final. O trabalho versa sobre a(s) criança(s), soando realmente importante que a vida desta(s) seja apresentada e ilustrada ao leitor, para além das estatísticas e percentuais. Contudo, para fins acadêmicos, são estes os indicadores relevantes

– a contabilização dos casos para denotar o possível problema –, pelo que se fará uma abordagem numérica permeada por dados reais.

Dessa maneira, em síntese, o propósito da pesquisa é analisar os procedimentos, apresentando as divergências; a relação de causalidade entre a dilação probatória e a morosidade no processo; e a relação de causalidade entre a produção da prova e o acolhimento da(s) exceções.

Antecipando-se desde logo uma vasta divergência jurisprudencial no procedimento, serão indicadas, pautadas na realidade fática, alternativas e propostas que não fujam de uma conjuntura vivenciada – que busque, de fato, ser implementada, não se limitando a uma “letra fria”.

Isto posto, neste momento apresenta-se a estrutura da dissertação, apontando-se, em ordem, os capítulos contidos. Sucedendo esta introdução, o capítulo preliminar, o qual, lastreado em princípios norteadores, apresentará a criança como sujeito de direitos, seguindo lições atemporais – e presentes – de Janus Korczak. Demonstrar-se-á que a criança é um sujeito integral e ativo de direitos, e não um objeto em disputa, cujo *melhor interesse* é princípio e vetor axiológico de todas as outras normas.

Apresentados parâmetros para a adequada hermenêutica, será sucedido pela *Parte I – Características da Convenção e hipóteses para o não retorno*, que introduzirá a Convenção ao leitor, contextualizando noções do Direito Internacional e de Família, bem como breve histórico da CH80 para a sua adoção (capítulo 1).

No capítulo 2, serão indicados os objetivos do texto convencional e conceitos fundamentais – guarda, residência habitual e o ato ilícito que leva à sua aplicação. Nesta etapa os contornos serão de cunho teórico, baseados em doutrinas diversas, fazendo-se a ressalva de não corresponder à realidade prática e jurisprudencial quando for o caso.

Ainda nesta fase conceitual, no capítulo 3 serão instadas, objetivamente, quais são as hipóteses de não retorno, prestando-se o presente trabalho a cotejar os artigos 12 e 13, “b”, que ganham relevância para as hipóteses de manutenção de crianças no Estado requerido. No referido capítulo, estas hipóteses serão delineadas por meio de definições doutrinárias, com a mesma ressalva de corresponderem ou não à realidade posta pela jurisprudência.

Ambos os capítulos têm definições técnicas e propõem-se a apresentar os limites da Convenção para a melhor compreensão do problema, que embora também possa existir em distintas vertentes doutrinárias, apresenta-se na vida real das partes que litigam na matéria.

Antes de adentrar no problema, o capítulo 4 fará uma análise da hierarquia normativa da Convenção no Brasil e de quais seriam as normas complementares a esta, indicando os possíveis e melhores desdobramentos, a partir da análise de seu *status* normativo, para a definição do procedimento especial da CH80 quando da verificação das exceções.

Na *Parte II – A experiência brasileira acerca da aplicação dos artigos sobre o não retorno*, iniciada pelo capítulo 5, o problema, com detalhes do procedimento brasileiro para a tomada de decisão, será apresentado ao leitor, atraindo neste momento o direito processual, com os seus trâmites concretos existentes na vida forense, para análise. Mais do que repetir diplomas processuais pra descrever os trâmites, almeja-se aprofundar a análise das divergências, seja do resultado final, seja do procedimento, que de fato apresenta grande oscilação.

Para tal, serão cotejados e comentados precedentes do Superior Tribunal de Justiça – Turmas de sua Primeira Seção – e um de Tribunal Regional Federal, prolatados por órgãos colegiados. Nesse sentido, os casos analisados preenchem de concretude os percentuais previamente apresentados.

Será, portanto, em todo o capítulo, feita uma análise de como os artigos 12 e 13, “b” vêm sido aplicados pelas Cortes, inclusive pela relação simbiótica que apresentariam, cuja relevância se dá, sobretudo, pela mitigação do prazo da primeira exceção.

Em sede dessa abordagem sistemática do ordenamento jurídico e muitas vezes indissociável, explorar-se-á como vem sido adotada no Brasil a subsunção aos artigos de exceção 12 e 13, “b”: o que é integração ao meio e o processo para a sua aferição; o que é o grave risco; a divergência conceitual – e como o procedimento verificador pode contribuir para preencher a indefinição dos conceitos, mitigando discricionariedades excessivas.

Neste capítulo, então, será apresentada uma crítica à morosidade, buscando discutir a sua relação de causalidade com a dilação probatória, novamente visando a uma proposta futura que busque a tutela do melhor interesse da criança, equilibrando o princípio com os moldes convencionais, compromissado, contudo, com a realidade vivenciada.

Demonstrar-se-á, também, a relação de causalidade entre a presença de provas técnicas e a ordem de retorno nos distintos tribunais; e, ainda, que as críticas a favor de uma leitura mais restrita da CH80 acabariam por restringir a ampla defesa da criança proveniente de determinados grupos socioeconômicos, pondo-se como um perigo de ordem social.

Por sua vez, a prova técnica e seus desdobramentos relevantes à presente análise serão introduzidos ao capítulo 6. Neste sentido, resta importante mencionar que não é o foco do trabalho abordar exaustivamente as provas periciais. O foco é demonstrar que a divergência procedimental também ocorre dentro das perícias, indicando quais os procedimentos no âmbito dos setores auxiliares da Justiça (tais como critérios em avaliação psicológica) podem ser utilizados e como o assunto ainda se apresenta em fase embrionária, necessitando desenvolvimento, especialmente pela relevância da prova para a ordem final.

O capítulo propõe apresentar que, mesmo se assumida uma realidade em que a perícia judicial deve ser realizada, a definição de parâmetros faz-se igualmente precisa, o que ainda não é uma realidade. Não basta apenas uma definição dos ritos do processo: os setores auxiliares da justiça precisam, invariavelmente, de contornos específicos em matéria de Convenção, cuja solução decorre precisamente de formações direcionadas.

Mais do que resolver a questão, o capítulo 6 busca indicar que a mesma existe e precisa ser amplamente discutida, para então ser trabalhada.

Precedendo a conclusão, e atento à recente Resolução nº 449/2022/CNJ, datada de 30 de março de 2022 e anexa a esta dissertação, serão feitos comentários ao seu texto.

A partir da análise da norma, visa-se a apresentar uma crítica de ordem prática de como processos em matéria de Convenção podem evoluir. Evolução atenta a uma realidade social, legal e, sobretudo, jurisprudencial, merecendo atenção especialmente para que seja um desenvolvimento de cunho prático e possível.

Ressalta-se, novamente, que o trabalho tem uma base teórica, porém o principal contorno é de ordem prática, por meio de um cotejo empírico do que ocorre na vida dos tribunais, assumindo uma realidade vivenciada e que pode atingir a pessoa que vive um processo em matéria de Convenção.

Portanto, o trabalho diagnostica não apenas o *dever-ser*, como aquilo viável de construção, observando as regras do processo e a forma como este é experimentado, mas também almeja apresentar alternativas que possam ser alcançadas pelo Direito em matéria de *Convenção da Haia Sobre Sequestro Internacional de Crianças*, dentro e fora do papel.

Atento ao truísmo de que as lacunas do Direito são mais nocivas a uns que a outros – e invariavelmente à criança –, o trabalho visa a apresentar potenciais soluções para a percepção real da criança como *sujeito integral de*

direitos, procedendo-se aqui com o capítulo preliminar que versa exatamente sobre o tema.

Capítulo Preliminar: Janus Korczak e o Melhor Interesse da Criança

Complementando a justificativa apresentada anteriormente, a dissertação faz das palavras do educador polonês Janus Korczak (1878-1942), em *Como amar uma criança*, as suas motivações:

“O lugar que dedico neste livro aos tribunais das crianças pode parecer, para alguns, demasiadamente importante. É porque vejo neles o primeiro passo para a **emancipação** da criança, a elaboração e proclamação de uma Declaração dos Direitos da Criança”⁴. (grifou-se)

Isso porque, continuava o educador polaco que influenciou a edição futura da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 (“Declaração da Criança”) e da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989⁵ (“Convenção da Criança”):

“Ela tem direito de exigir que seus problemas sejam tratados com imparcialidade e seriedade. Até agora tudo dependia da boa ou má vontade do educador, do seu humor naquele dia. Realmente é tempo de se pôr fim a esse **despotismo**”⁶. (grifou-se)

Os conceitos acima grifados são atemporais e fundamentais à percepção da criança como sujeito de direitos que é.

Como se tecidas por Korczak neste momento e não antes da Segunda Guerra Mundial, a emancipação da criança e do adolescente ainda encontram-se distantes, não sendo as conquistas globais pós-guerra suficientes a emancipá-lhes com a seriedade que a criança precisa, o que se aplica à matéria da Convenção um século após.

Esse *Despotismo* está presente pelo julgador, assistente, genitores – pelo Estado –, quando trata a criança como um objeto em disputa, decorrendo a assertiva da ausência de sua percepção como um sujeito integral de direitos.

Decorre, ainda, da arbitrariedade do adulto, permitida pela ausência de regras procedimentais claras; é a leitura da criança como uma *coisa* em disputa, que pode ser periciada ou não, com instrumentos aprovados ou não, e ser repatriada ou mantida, à mercê de excessiva discricionariedade autorizada pela falta de regramento.

Korczak, a quem a dissertação foi dedicada, indica o perigo do *despotismo* – ou discricionariedade –, cuja desconstrução é possível a partir do

⁴ KORCZAK, Janusz. *Como amar uma criança*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 332.

⁵ Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convdir_crianca.pdf. Acesso em 18.04.2022.

⁶ Op. Cit. p. 332.

princípio do melhor interesse da criança, um aspecto substancial, nodal à sua *emancipação* para assumir o papel de sujeito ativo e integral de direitos.

Ainda que o melhor interesse da criança e a prioridade absoluta sejam princípios invariavelmente contidos nos textos e discursos, são desrespeitados e estão longe de apresentarem-se como um consenso na vida real, a que se subsume às normas. Defende-se, portanto, que o melhor interesse *deve-ser* visto na vida em que a criança vive.

As construções teóricas tecem exaustivas páginas sobre o que é o corolário, muitas vezes capazes de agradar lados opostos, mas são raras aquelas que apresentam propostas a levar concretude ao conceito.

Em matéria de Convenção, não se olvida a ocorrência de um ato ilícito, seja qual for a sua justificativa; mas mesmo a partir da ruptura, o foco principal a ser buscado é a criança. Se alguém merece sucumbir, não é esta, a quem todos os esforços e cautelas merecem ser direcionadas para protegê-la.

Na vida em que crianças vivem – a mesma à qual Korczak, cite-se, doou-se – ações (ou procedimentos) têm peso mais precioso que discursos (ou teorias dissociadas de fatos). Dá-se na busca pelo conceito.

O princípio do melhor interesse da criança, ápice dos direitos fundamentais, é exemplo concreto de que sua leitura deve produzir efeito nas infâncias e nos processos, materialmente, sob pena de rapidamente esvaziar-se, especialmente no caso de determinados grupos mais vulneráveis.

Para o breve apanhado histórico do princípio do melhor interesse da criança, é importante caminhar um passo aquém, recorrendo-se aqui à fala de Norberto Bobbio, segundo o qual *“somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns”*⁷.

No caso, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948⁸ (“Declaração da ONU”) – à que se referia o filósofo italiano –, é o diploma que inaugurara a proteção normativa da criança, com direitos de ordem assistencial, dando espaço à futura Declaração da Criança de 1959⁹, a tão almejada por Korczak.

⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28

⁸<https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>

⁹ https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf

Igualmente, é também o que se percebe em *O Direito da criança ao respeito*¹⁰, obra escrita em 1929, onde há uma visão da futura Declaração da Criança, proclamada então na Organização das Nações Unidas (“ONU”) em 20 de novembro de 1959, sendo este o primeiro diploma a tratar precisamente do direito da criança e da tutela do seu maior interesse.

A Declaração da ONU e a Declaração da Criança, contudo, são distintas no que se refere à percepção da criança como sujeito integral e, sobretudo, ativo, de direitos.

Jacob Dolinger ensina que enquanto na Declaração da ONU falava-se que a “criança deve receber”, é apenas “na Declaração de 1959 as crianças deixaram de ser meros recipientes passivos, para serem reconhecidas como sujeitos do direito internacional”¹¹, então ativas e capazes de gozar de determinados direitos e liberdades”.

A Declaração da Criança, em síntese apresentada por Gustavo Mônaco, alterna o paradigma no que diz respeito à proteção da criança, a qual passou a ser vista como sujeito de direitos¹².

Trata-se, portanto, de sua percepção como sujeito integral e ativo de direitos – jamais um mero recipiente ou um objeto em disputa ou cujos direitos decorrem de outrem ou de outro instituto, como o do poder familiar. Dá-se início à aplicação do princípio do melhor interesse da criança, expressamente prevista na Convenção seguinte¹³.

O princípio é finalmente inserido na Convenção da Criança (1989), tratado internacional este que recebeu maior número de ratificações, contabilizando 196 (cento e noventa e seis) Estados-parte e de grande relevância para o Brasil, que percebe o princípio do melhor interesse de modo direto e expressivo¹⁴, reforçando a percepção da criança como pessoa inteira e detentora de direitos próprios.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu, KORCZAK, Janusz. *O direito da criança ao respeito*. São Paulo, Summus, 1986.

¹¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1ª ed., 2003, p. 83.

¹² MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *O Décimo-Quinto Aniversário da Convenção sobre os Direitos da Criança – contributo para o aprofundamento e implementação do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 133/134, jan. 2005.

¹³ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2005, p. 128.

¹⁴ Ratificada pelo Brasil em 26.01.90, aprovada pelo Decreto legislativo n.º 28, de 14.9.90, vindo a ser promulgada pelo Decreto presidencial n. 99.710, de 21.11.90, cujo art. 3º prevê: “1. *Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.*”. Por sua vez, nos termos do artigo 12, é direito da criança/adolescente

No âmbito da CH80, por outro lado, o entendimento poderia, *a priori*, ser visto como mais tímido. A professora Rhona Schuz indica que o direito da criança não é abordado nenhuma vez em seu texto, mas sim a retenção ou transferência indevida, sendo este o objetivo convencional¹⁵. Uma leitura “fria” ou pouco atenta poderia entender que a proteção da criança, no caso, decorre da repatriação, não sendo um direito por si só.

Contudo, a Convenção só será aplicada de modo satisfatório com a *emancipação* suficiente da criança, como a sua percepção como sujeito ativo de direitos, e não o direito dos genitores, efetivamente resguardado, pondo fim à sua sujeição ao “adulto”, de onde se depreende que, seja para a repatriação, seja para a negativa de retorno, o interesse em pauta é o da criança.

Sob essa premissa, infere-se que a CH80 e a Convenção da Criança têm a proteção integral da criança enquanto *ratio* comum. Para tal, Rhona Schuz correlaciona, especificamente, três elementos indistintos à Convenção da Criança e a Convenção objeto deste estudo: o contato com ambos os genitores; a sua voz e seus desejos serem considerados; e ter seu bem-estar protegido¹⁶.

Versa, portanto, sobre o corolário do melhor interesse da criança e de suas ramificações, como a proteção integral e a prioridade absoluta, devendo este apresentar-se enquanto um vetor hermenêutico para todos os seus dispositivos e operacionalização também em matéria de CH80.

Não suficiente, é de destacar também que se encontra a proteção à criança no plano dos direitos humanos. As normas e regras que regem os direitos da criança, inclusive no plano internacional, estão sempre ligadas a direitos fundamentais.

Nesse sentido, de acordo com a professora Nadia de Araújo, “*as fronteiras do direito internacional se diluem, e se misturam aspectos públicos com privados*”¹⁷, tendo como liga, novamente, o corolário da proteção máxima à criança e aos seus melhores interesses.

Mesmo que não trate terminologicamente dos direitos da criança, portanto, a CH80 versa sobre os direitos destas e de sua percepção como sujeito

manifestar-se em processos judiciais e administrativos que lhe digam respeito. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>, acesso em 18.04.2022.

¹⁵ SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 12, 2002, p. 407. Disponível em <http://heinonline.org>, acesso em 18.07.2021.

¹⁶ Op. Cit. p. 393

¹⁷ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 9ªd, rev., atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 352

integral de direitos, o que será posto quando de sua hermenêutica. Essa assertiva é premissa indispensável para a abordagem da matéria.

Ademais, se a Convenção é uma norma de cunho procedimental, a sua condição inerente é ter a proteção integral da criança na substância e sempre em que for operada, o que deve ser traduzido em seus procedimentos.

Em outras palavras: ainda que tenha natureza de norma processual, pautada na proteção da criança sob um viés material, possui como imperativo o seu melhor interesse, percebido pela doutrina brasileira como “*as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais [ou mesmo do Estado], devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto*”¹⁸.

Na experiência pátria, ademais, constitui-se em expressão dos direitos humanos e da dignidade da “pessoa humana”, um dos fundamentos da República – artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (“CRFB/88”) – aplicando-se igualmente a Convenção da Criança, percebida pela jurisprudência recente como norma supralegal¹⁹, objeto de capítulo próprio.

Percorrendo o caminho apontado pela Carta Magna brasileira, todo assunto atinente à criança deve observar como vetor axiológico o melhor interesse da mesma, com prioridade absoluta, de modo que, se for necessário, em alguns casos afastar o direito de um dos genitores ou alguma norma formal será a escolha acertada.

Nesse contexto, pondera Guilherme Calmon²⁰, “*o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que um filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito*”, devendo-lhe, ainda, ser garantida “*absoluta prioridade*” comparativamente aos demais integrantes da família a qual ele participa ou qualquer integrante de uma lide.

Na exata linha, reforça Nadia de Araújo: “*o DIPr e sua técnica devem ser entendidos como integrantes do sistema de proteção à dignidade da pessoa humana, cuja proteção à infância é o seu maior exemplo*”²¹. Neste sentido, percebe-se uma desconstrução da criança enquanto um objeto em disputa para

¹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 34.

¹⁹ Nesse sentido, assentado pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) no Recurso Extraordinário 349.703/RS, julgado em 3.12.2008.

²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 456-467.

²¹ ARAUJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 9ªd, rev., atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 352.

reconstruí-la como o sujeito integral de direitos, cuja tutela deve ser perseguida, sem economia de esforços, no procedimento em matéria de Convenção.

Ainda assim, a proteção da criança, com a percepção de sua condição inerente, é recente, seja em ampla perspectiva histórica²², seja mesmo no mundo pós-Segunda Guerra²³. Antes não existia; ou era a proteção era decorrente do poder familiar²⁴. Hoje, ao menos em teoria, é um direito próprio, inalienável, indisponível – e vetor dos demais.

O tratamento específico da criança, no caso, busca tutelar e “*reparar grave equívoco na história da civilização humana*”, onde era relegada a plano inferior “*ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade*”²⁵, outorgando-lhe a sua condição inerente de sujeito integral e ativo de direitos.

Em matéria de Convenção, em que a repatriação ou as exceções ao retorno serão aplicadas considerando o melhor interesse da criança, mais do que definir conceitos de cunho subjetivo é imperativo demonstrar que os procedimentos devem seguir o corolário, casuisticamente, mas sempre de modo amplo.

Como se demonstrará nos capítulos seguintes, os contornos objetivos seguem a quem dos recomendáveis e é o que se busca identificar, pois não há proteção a criança alguma sem um procedimento linear e esperado, da instrução à execução da decisão.

Dessa maneira, remetendo à lição de Korczak, a solução dos problemas apresentados em sede de Convenção refere-se à *emancipação* da criança, cujo processo deve tê-la como principal sujeito de direitos da Convenção, ainda que em detrimento de qualquer outro personagem.

Esta emancipação, por sua vez, exige um regramento específico e uniforme para o procedimento. Libertação que, transcendendo uma leitura puramente teórica, pode ser encontrada por meio de uma operacionalização atenta à conjuntura existente; que tenha um tom propositivo e compromissado

²² Nesse sentido, percebe-se que o problema social do trabalho infantil começa a ser constatado entre os séculos XVIII e XIX. Na sociedade pré-industrial não havia proteção específica alguma. Nesse sentido, STEARNS, Peter. N. *Infância: história mundial*. São Paulo: Contexto, 2006.

²³ Internacionalmente, em 1924 a Liga das Nações adota a *Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança*, elaborada por Eglantyne Jebb, fundadora do fundo Save the Children. No Brasil, em 1927 a Lei de Assistência e Proteção aos Menores (Código de Menores), é consolidada pelo Decreto nº 17.943-A, representando avanços na proteção das crianças, citando-se a maioria penal.

²⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos A. *proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 125.

²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 80.

com os diplomas positivados, com os acórdãos construídos e com as realidades sociais.

A primeira edição de “*Como amar uma criança*”, de 1915, previa o direito da criança a viver sua vida atual, o direito da criança a ser o que é. O amor de Korczak às crianças, visível até Treblinka, é o supedâneo para pôr fim a qualquer *despotismo* que as torne um objeto em disputa. É o mesmo para que, transcorrido mais de um século da obra, se permaneça na busca pelos seus melhores interesses e pela outorga à criança da sua condição inerente: a de sujeito integral de direitos.

PARTE I – CARACTERÍSTICAS DA CONVENÇÃO E HIPÓTESES PARA O NÃO RETORNO

1.

Convenção da Haia de 1980 sobre Sequestro Internacional de Menores

1.a.

Introdução: Do Direito de Família ao Internacional

Para ingressar na Convenção da Haia de 1980 sobre Sequestro Internacional de Menores – seus objetivos, conceitos, regras e exceções –, mostra-se necessário realizar um breve cotejo de noções do Direito de Família, o qual permeia o Tratado objeto deste estudo.

Desde a metade do século anterior há, globalmente, um movimento para que ambos os genitores tenham a responsabilidade conjunta para o exercício de direitos e deveres dos filhos comuns – ponto nodal ao Direito de Família vinculado à CH80 – exercendo de modo igual o poder familiar. Embora haja exceções a esta assertiva²⁶, trata-se, de maneira geral, de uma regra²⁷.

Na hipótese brasileira, ainda que não vivam sob o *mesmo teto*, a Lei²⁸ confere a ambos os genitores o referido poder para a criação e tomada de

²⁶ A título exemplificativo, no caso do Equador, segundo o artigo 106 do *Código da Criança e do Adolescente*, quando não há acordo entre os genitores, a custódia será atribuída à mãe, salvo se esta incorrer em alguma das exceções – o que poderia impactar na aplicação da Convenção de Haia, diante do caráter definitivo, ainda que demande de autorização para se ausentar do país. Por outro lado, na maioria dos países europeus a guarda é automaticamente da mãe, sendo exercida também pelo pai se este for casado, tendendo a maioria dos países à guarda compartilhada. Destaca-se também o caso de Israel, em que a guarda é compartilhada, contudo, seguindo a *Section 25 of the Legal Capacity & Guardianship Law of 1962*, quando os genitores não anuem sobre a custódia, até os 6 (seis) anos de idade, isto é, a primeira infância, está será da mãe, cabendo o convívio com o outro genitor, salvo que haja exceções graves que desaconselhem esta definição. Neste caso, pelo limite temporal e pelas razões que justificam, o impacto em matéria de Convenção de Haia não ocorre, notadamente por demandar do Juízo local autorização para se ausentar do país.

²⁷ De acordo com o Projeto de Lei da Guarda Compartilhada, em 2002, pelo Deputado Tilden Santiago, tinha-se como justificativa a *“adoção desse sistema está na própria realidade social e judiciária (...) Originária da Inglaterra, na década de sessenta ocorreu a primeira decisão sobre a guarda compartilhada (joint custody). A idéia da guarda compartilhada estendeu-se à França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias, espalhando-se por toda América do Norte”*. Disponível em BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei N. (espaço), de 2002. Autoria de Tilden Santiago. Define a guarda compartilhada. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D0107EBE71A7654218C3FAC581E76808.proposicoesWebExterno2?codteor=22300&filename=Tramitacao-PL+6350/2002

²⁸ Nesse sentido, o Código Civil (Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) que assim define: Art. 1.581, § 1º: “Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”; Art. 1.584, § 2º: “ § 2º Quando não houver acordo entre a mãe

decisões a respeito da vida dos filhos, observando-se as obrigações legais ao exercer o direito-dever.

Quando há discordância sobre a forma da criação dos filhos comuns – sobre a tomada de decisão inerente ao exercício da guarda, tal como escolha de profissionais da saúde, local de moradia ou forma de educação –, o Poder Judiciário sanará a divergência por meio de um juiz natural, cabendo, na experiência brasileira, a sua atuação mesmo em casos de acordo, quando, após parecer do Ministério Público (*custos legis*), terá o papel de homologar a composição.

Cada Estado-contratante da CH80 possui o seu regramento específico em matéria de Direito de Família, mas é uma construção normativa, inclusive prevista em Tratados Internacionais²⁹ amplamente ratificados, a responsabilidade comum³⁰, com direitos e deveres de ambos os genitores nos cuidados dos filhos comuns, o que deve ser percebido como noção básica.

Ainda que em teoria sejam bem definidos conceitos como *poder familiar* ou *guarda*, usuais neste ramo do Direito, a prática judicial sobre os cuidados de filhos possui grandes lacunas e divergências, tanto internamente nos países – como é o caso brasileiro – como entre os países, quando surgem personagens e institutos do Direito Internacional.

Em matéria de Convenção, o que não diverge é a sensibilidade do assunto, justamente pela forte presente do Direito de Família. Seria interessante rediscutir, em construção própria, a competência da Justiça Estadual e a da Justiça Federal, especialmente pela experiência diária de casos que envolvem crianças e ramos do Direito de Família pela Justiça Comum, e não na Federal. Contudo, é uma ressalva, como dito, que demandaria um trabalho próprio.

De qualquer modo, cite-se, com base no Judiciário brasileiro, que se hoje é apreciada a CH80 por Turmas de Direito Público (no caso do STJ), estas não dissociam o caráter intrínseco do Direito de Família (Direito Privado), havendo

e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor; e Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

²⁹ A Convenção da Criança é o Tratado com mais ratificações, contabilizando 196 (cento e noventa e seis) Estados-parte. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>, acesso em 18.04.2022.

³⁰ Dentre tantos Diplomas, preconiza a Convenção da Criança (Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990) em seu Art.7.1: “A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.”.

inclusive alteração da competência interna no Tribunal, o que se ilustra para demonstrar a tamanha interação dos distintos ramos do Direito³¹.

A importância é perceber que sempre que analisada a CH80 devem ser postos em pauta, paralelamente, diversas noções das relações familiares, que transcendem a objetividade de um simples processo de Direito Público. Ainda que não se adentre especificamente no mérito de guarda, visitas ou poder familiar, estas são noções fundamentais ao julgamento e à compreensão do processo, inclusive para a adequada aplicação da Convenção.

Superado o ponto, é preciso também ter em pauta a presença de outros elementos inerente à Convenção – e dos demais tratados internacionais³² – ligados ao Direito Internacional, ganhando destacada importância o princípio da *reciprocidade*, cuja concepção emerge com o advento da filosofia política, garantindo equilíbrio e proporção às relações³³, sejam estas de qualquer natureza.

Dentre diversas definições de reciprocidade, ora se indica “*um aspecto positivo quando estimula a concessão de novas vantagens jurídicas, acarretando o desenvolvimento do direito*” e, em contrapartida, “*um aspecto negativo quando é usada para punir violações de direito*”³⁴. Em matéria de Convenção, este entendimento não é distinto: trata-se da vantagem por ter uma rede de cooperação internacional, com o risco de ser sancionado em caso de descumprimento, seja em punições específicas (como comerciais), seja pela própria falta de colaboração quando for então o Estado-requerente, aquele que necessita da cooperação (a reciprocidade em seu viés literal).

³¹ Nesse aspecto, colaciona-se: *AGRAVO REGIMENTAL. COMPETÊNCIA INTERNA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PROPOSTA COM BASE NA CONVENÇÃO DE HAIA. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. AÇÃO DE GUARDA DO MENOR. COMPETÊNCIA DA 1ª SEÇÃO. 1. A competência para a ação de guarda, de direito de família, é da Segunda Seção, mas a competência para a ação de repatriação, proposta pela União, em cumprimento a tratado internacional, é da Primeira Seção (Regimento Interno, art. 9º, § 1º, XIII). 2. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconhecer a competência da 1ª Seção. (AgRg no REsp 1239777, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 21/10/2011)*

³² Nesse sentido, confira-se o próprio Estatuto da Corte Internacional de Justiça, cujo Artigo 36 preconiza: “*1. A competência da Corte se estende a todos os litígios que as partes a submetam e a todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou nos tratados e convenções vigentes. 2. Os Estados partes neste presente Estatuto que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tratem sobre: 3. a interpretação de um tratado; 4. qualquer questão de direito internacional; 5. a existência de todo feito que, se for estabelecido, constituirá violação de uma obrigação internacional; 6. a natureza ou extensão da reparação que seja feita pela quebra de uma obrigação internacional. 7. A declaração a que se refere este Artigo poderá ser feita incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade por parte de vários ou determinados Estados, ou por determinado tempo*”.

³³ DECAUX, Emmanuel. *La réciprocité en droit international*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1980. p. 2.

³⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 100

Isso porque assim como há situações de se pedir repatriamento do Brasil para outros Estados-Partes, figurando o Brasil como Estado requerido, há também a situação inversa, em que o Brasil figura como o Estado requerente³⁵, sendo utilizado o princípio da reciprocidade em paralelo com os institutos em voga quando da análise do pedido de retorno.³⁶

Sobre a aplicação da Convenção, Maurique aduz que “*a devolução da criança está dentro do mais legítimo e sincero sentimento de cooperação entre os povos, baseado na confiança e na reciprocidade*”, defendendo que não é judicioso ou adequado pensar que o Judiciário nacional é melhor que outro para definir o que é o melhor interesse da criança. Caso assim o faça, criar-se-á um “*fosso intransponível na cooperação internacional*”, cuja consequência será a ausência de cooperação quando for requerente³⁷. Trata-se, portanto, de ter o princípio da reciprocidade sempre em pauta no sentido da colaboração, entendimento este inerente à CH80, que se apresenta como um tratado que visa tal conduta colaborativa recíproca.

No que tange à harmonização de noções sensíveis das relações familiares, com compromissos objetivos de Direito Público, quando não ocorre tal colaboração, ou quando aquelas sobrepõem a estes sem equilíbrio, a reciprocidade é afetada.

Neste sentido, Jacob Dolinger aduz que essa conduta advém de um “*chauvinismo nacionalista ou até de ‘narcisismo nacionalista’*”³⁸, quando uma Corte se julga melhor à matéria que as congêneres, impedindo a cooperação. É evidente que cada situação deve ser analisada casuisticamente, mas comum a todos é a necessidade de ser ter um equilíbrio de noções presentes em distintos ramos do Direito.

Em síntese, sob o viés do Direito internacional, para garantir a reciprocidade o Estado deve ser compromissado com aquilo que firmou,

³⁵ Por sinal, embora o número exato de casos seja restrito à ACAF, responsável pelo seu processamento, “*há maior número de pedidos passivos que ativos, pois no Brasil o controle das fronteiras nacionais é bastante rígido*”, destoando, por exemplo, dos países europeus (ARAÚJO, Nadia, op. cit. p. 363).

³⁶ Em recente julgado do STJ, um dos fundamentos centrais contidos na ementa se deve à reciprocidade, porquanto “*na arena internacional reina, de direito ou de fato, o princípio da reciprocidade: se não cumprimos, ou cumprimos parcial ou relutantemente, nossos deveres explícitos e inequívocos estatuídos na Convenção, por que as outras Partes haverão de fazê-lo quando forem brasileiros o genitor titular da guarda ou a criança sequestrada?*” (REsp 1723068/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 18/12/2020)

³⁷ MAURIQUE, Jorge Antonio. Anotações sobre a convenção de Haia. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/jorge_maurique.html acesso em 18.04.2022.

³⁸ Op. cit. p. 254.

abandonar um viés patriótico, o que colocaria em risco a cooperação e a reciprocidade entre os Estados signatários dos Tratados.

E mesmo sob o viés do Direito Internacional, mas recordando o contexto da situação, é sempre imperativo ter em pauta as relações de família que lhe deram ensejo.

Com efeito, a crítica de falta de colaboração encontrada tanto na jurisprudência³⁹ como nas construções doutrinárias⁴⁰ não é nova, tampouco prevista apenas na experiência brasileira⁴¹, mas parecem olvidar do primeiro e fundamental elemento da CH80, tratado no decorrer deste capítulo.

Dessa forma, ressalva-se desde logo que ao ser apreciada a exceção, a análise deve englobar a Convenção, a qual, apesar da robusta reprimenda à subtração ou retenção ilícita⁴², apresenta exceções que não tutelam o Estado ou os genitores, mas o bem-estar, o equilíbrio emocional e a integridade física de uma criança como sujeito integral de direitos.

A reciprocidade não se refere apenas à ordem de retorno, embora possa ser ali traduzida, mas, sobretudo, à adoção pelos Estados-contratantes de ações e procedimentos compatíveis com a Convenção para apreciar fielmente o texto normativo e, então, decidir pelo retorno ou pelo não retorno.

Por fim, como última noção aqui apresentada, também ligada à reciprocidade, elucida Piovesan⁴³ que não apenas a obrigação do Estado com os Tratados é gerada, a partir da ratificação, como são gerados direitos subjetivos também aos particulares, argumento este que apenas reforça a presença da aplicabilidade plena da Convenção.

³⁹ Cite-se a penúltima nota acima.

⁴⁰ MARTINS, Natalia Cambas. *Subtração Internacional de Crianças: As exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças - Interpretação judicial da adaptação da criança*. 1ª Edição. Curitiba: Editora CRV, 2013; e MEIRA, Rodrigo Santos. *O paradoxo da criança adaptada: crítica à aplicação da convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças no Brasil*. 2018. 183 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

⁴¹ Jacob Dolinger, cotejando o art. 13 da Convenção, demonstra que o Judiciário alemão aplicaria com maior liberalidade, ao analisar o risco no retorno, especialmente ao cotejar os laços de família e a ligação da criança com o país, a demonstrar um cunho nacionalista contrário à reciprocidade e à Convenção (op. cit. p. 260).

⁴² Assim dispõe o artigo 3º da Convenção: Artigo 3º: "A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado".

⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 86.

A doutrina mencionada é ainda mais relevante pela percepção, na jurisprudência brasileira, como norma de direitos humanos⁴⁴, o que será objeto de capítulo próprio, cabendo uma cooperação inclusive dos particulares para que seja respeitada, sem qualquer escusa de incompatibilidade com o ordenamento e afins. Dessa maneira, ainda que não haja uma implementação pormenorizada pelo Poder Legislativo no Brasil – culminando em funções atípicas de outros Poderes⁴⁵ – tampouco há por esse prisma qualquer óbice para ser a Convenção invocada, respeitando todos os direitos subjetivos em voga e o corolário da reciprocidade.

Quando a situação de exceção é levada ao Judiciário, dois polos distintos, porém harmônicos, devem ser estudados, quais sejam: o acordo internacional do qual o Estado é signatário, apresentando a figura da célere restituição; e o interesse supremo do menor, com a preservação de seus melhores interesses e a sua análise, inclusive sob o viés da exceção, da forma mais ampla possível⁴⁶.

Trata-se, portanto, de aplicação do Direito Internacional sem olvidar que está permeado pelo Direito de Família e, especialmente pela vida da criança, dos quais é, no caso concreto, indissociável. Na experiência brasileira, o Judiciário busca equilibrar todas as noções subjacentes a CH80 e o melhor interesse da criança.

A prática nacionalista, como se demonstrará neste trabalho, mais se deve à ausência de um procedimento claro e uniforme ao aplicar a CH80 do que a uma postura *chauvinista* quanto à ordem (para decidir sobre o próprio Direito de Família, sobreposta à cooperação internacional), o que pretende diagnosticar e debater o presente estudo.

1.b. Breve Contextualização da Convenção

Sob um prisma histórico, a Convenção se faz necessária em um mundo conectado, não se olvidando afirmar que é a partir de meados do século

⁴⁴ Conforme Primeira Seção do STJ no EREsp 1.458.218/RJ, Rel. Min. Og. Fernandes, DJe 16.05.2018,

⁴⁵ Como será abordado nesta dissertação, o Conselho Nacional de Justiça, em função legislativa atípica, diante da ausência de legislação editada pelo Congresso Nacional, edita regularmente normas para facilitar a implementação da Convenção, como é o caso da Resolução nº 447/2022/CNJ.

⁴⁶ ARAUJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 9ªd, rev., atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 357

XX que o processo de globalização é catalisado. No que pese migrações anteriores⁴⁷, sempre existentes, é no pós-Segunda Guerra, com o desenvolvimento dos transportes, permeado por um mundo em pungente mutação, que houve uma grande facilitação da circulação entre países, envolvendo o deslocamento de pessoas, serviços e transações comerciais. Desenvolvimento este previsto também sobre os meios de telecomunicações e de todos aqueles que aproximaram as pessoas a partir da Terceira Revolução Industrial.

Os fenômenos migratórios são progressivos, verificando-se um movimento internacional de “comunhão” de povos, citando-se a própria União Europeia, com simplificada circulação de pessoas e mitigação burocrática.

Todo esse movimento interfere nas relações familiares, em que passam a ser mais vistas as relações plurinacionais, sob outras jurisdições, seja para aspectos penais, seja para aspectos civis. Isto repercute na necessidade de uma adaptação de todos os países envolvidos a uma nova realidade social.

No continente europeu, bom exemplo pelo viés espacial e político-civil, o casamento plurinacional é robusto: em 2007, 13% (treze por cento) dos dois milhões e quatrocentos mil casamentos ocorreram entre pessoas de distintas nacionalidades; em 2011, em números absolutos, foram aproximadamente dezesseis milhões de casais de distintas nacionalidades, apenas na União Europeia⁴⁸.

Há, concretamente, um movimento migratório por razões distintas, de modo que a intensificação da mobilidade catalisa as situações em que genitores de distintas nacionalidades, após uma ruptura, tomam seus próprios rumos, levando consigo os filhos comuns, sem a anuência do outro genitor – e sem um

⁴⁷ Remetendo a Janus Korczak, assassinado em Treblinka pela sua religião, assim como ao menos outro 6 (seis) milhões de judeus, o pré e pós II Guerra Mundial marcam períodos de intensa migração. Igualmente, frisando no povo judeu, embora não se limite a este, desde antes da I Guerra Mundial havia intenso movimento migratório, cite-se a fuga dos *Programs* (perseguição religiosa) do período pré-Revolução Russa (século XIX/XX), ou mesmo os fenômenos migratórios quando da escrita deste, citando-se a invasão russa na Ucrânia. Igualmente, percebe-se o forte movimento migratório que ocorreu a partir da Revolução Industrial (século XVIII), de todos os povos, quando o desemprego de países desenvolvidos atingiu novos patamares, assim como desenvolvidos novos meios de transporte facilitadores de migrações. Em relação à migração ao Brasil, cite-se a presença italiana no sudeste e sudoeste, e alemã, russa e polonesa no sul (cf. SILVA, Júlio César Lázaro da. "Principais Correntes Migratórias para o Brasil"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/brasil/principais-correntes-migratorias-para-brasil.htm>. acesso em 15.04.2022). Sobre eventos atuais, como a guerra na Ucrânia, até abril do corrente, tal movimento migratório abrange em torno de 7 (sete) milhões de pessoas.

⁴⁸ MOTA, Helena, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de junho”, in Revista Eletrônica de Direito, n.º 2, junho, 2017, p.4.

provimento judicial autorizador –, com motivações de cunho também distintos, tais como vingança ou fuga de maus tratos⁴⁹.

Dessa maneira, em 1970 a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado deu início ao estudo centrado na matéria, por todo o contexto acima exposto, intensificando esforços em 1976, quando a delegação do Canadá apresentara à Comissão Especial da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado o problema da recuperação de crianças ilicitamente transferidas⁵⁰.

Há estudos⁵¹ cujas estipulações apresentam que, antes de 1980, os casos de subtração internacional eram em torno de vinte e cinco mil, seguindo parâmetros mais conservadores, estipulando-se igualmente que poderiam chegar a quatrocentos mil, em análise menos criteriosa e envolvendo os casos não notificados.

Maior ou menor o número de casos, contudo, era um problema presente e, ausente um tratado que vinculasse diversos países, quando uma criança era levada ou retida por um de seus genitores para outro, caberia um longo procedimento, devendo ingressar no Judiciário local para buscar a “devolução”.

Antes da Convenção era possível inclusive que após o “sequestro”, o *left behind parent* (genitor deixado para trás) fosse a outro país “transferir” de volta a criança, a denotar a ausência de regras. Aqui, portanto, exige-se que seja feito um contorno de ordem um tanto prática dos fatos que precediam a Convenção.

Nesse aspecto, cite-se que para além dos riscos e os distintos rigores dos países, a segurança era parca e os custos financeiros para a logística de tais ações não eram pequenos, elementos que por si só tornavam a repatriação por meio de uma autotutela ainda menos acessível a todos.

Acerca da hipótese de deslocamento indevido para o Brasil, previamente à Convenção era normal que a corte do Estado de residência habitual expedisse uma ordem (*exequatur*), a ser apreciada pelo Supremo Tribunal

⁴⁹ MÉRIDA, Carolina Helena Lucas, “Sequestro Interparental: O Novo direito das crianças”, in Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.º 9, 2011, p. 10. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-e-publicacoes/sequestrointerparental-o-novo-direito-das-criancas>

⁵⁰ MÉRIDA, Carolina Helena Lucas, op. cit. p. 10

⁵¹ Sobre o tema, Rodas, João Grandino. A Conferência da Haia de direito internacional privado : a participação do Brasil / João Grandino Rodas; Gustavo Ferraz de Campos Mônaco. – Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 308, reportando-se a obra de SHAPIRA, Amos. Private International Law aspects of child custody and child kidnapping cases. Recueil des Cours - Académie de Droit International, v. 214, 1989, p. 177.

Federal, que via de regra a negava, como elucida Nádía de Araújo⁵², sendo a recíproca verdadeira.

Sottomayor⁵³, em análise dos eventos na Europa, demonstra que o problema central não é a legislação distinta, mas a pungente falta de colaboração – e presença de desconfiança - com um processamento de viés nacionalista, a tornar inviável a repatriação, por mais ilegal que tenha sido a remoção (o que fomentaria uma autotutela).

A Convenção, no caso, propõe-se a sanar o problema, através de uma operacionalização por meio de autoridades centrais, mas não limitada a estas, e teoricamente tangível a todos os afetados.

O genitor deixado para trás conta com um apoio estatal em perspectiva internacional (muito embora nem todos contratantes ofereçam patrocínio de causa para a repatriação, como ocorre no Brasil com a Adocacia Geral da União (“AGU”); os Estados cooperam; e a criança, principalmente, tem um direito positivado que desencoraja as práticas indevidas.

Inova a CH80, assim, no sistema de cooperação com dispositivos de cunho legislativo, judicial e administrativo, introduzindo o manejo de instrumentos que permitam a célere repatriação.

Como último aspecto a ser destacado neste capítulo, trazendo um pouco de sua importância ao Brasil, Jacob Dolinger⁵⁴, na virada do milênio, afirmara que a subtração da prole não era usual no Brasil, por não haver tantos casamentos de diversas nacionalidades.

Perceba-se, no entanto, que no ano de 2020 quatro milhões e duzentos mil brasileiros viviam no exterior, de acordo com o Ministério das Relações Exteriores, registrando o órgão uma crescente exponencial⁵⁵, a culminar em distinta da realidade por Dolinger anteriormente: os casamentos plurinacionais são uma realidade, assim como o são os movimentos migratórios. Ambos estão em constante progressão.

Por consequência, a garantia que dá a Convenção aos envolvidos, na perspectiva brasileira, é também de grande relevância, como indicam os números oficiais, possivelmente subnotificados.

⁵² Nesse sentido, cite-se: ARAÚJO, Nádía, op. cit. p. 354; e MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda, op. cit. p. 127.

⁵³ Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, Regulação do Exercício do Poder Parental nos Casos de Divórcio, Coimbra, Almedina, 2014, p. 104.

⁵⁴ Op. cit. p. 312, datada de 2003.

⁵⁵ <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/portal-consular/arquivos/ComunidadeBrasileira2020.pdf>, acesso em 13.04.2022

De qualquer forma, comum a todos os Estados-contratantes, é o fenômeno da globalização, em síntese, e a crescente curva de casos envolvendo transferência e/ou retenção ilícita sem solução. Ambos ensejam a presença de um problema comum, razão pela qual a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, após intenso trabalho, editou a Convenção, atualmente com 101 (cento e um) Estados-contratantes⁵⁶.

Seu contexto central é a possibilidade de garantir um procedimento especial que estabeleça a repatriação – e a análise das exceções, se for o caso – , de modo mais democrático, acessível e, sobretudo, célere.

Espera-se, como destaca a professora Nadia de Araújo, que “*o poder de persuasão da convenção aument[e] e, com o tempo, a tendência é a de que os casos diminuam*”, o que decorreria de maior consciência, para que as pessoas solucionem as “*questões antes de deixar o país da residência habitual*”⁵⁷.

Entrementes, ainda são constantes os casos regidos pela Convenção; por razões diversas não há um planejamento prévio; e a sua aplicação vem de valorosa conquista normativa, permanentemente em pauta.

⁵⁶ Última atualização em 19.07.2019, disponível em <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, acesso em 15.04.2022

⁵⁷ ARAÚJO, Nadia. Op. cit. p. 367

2. Escopo e Objetivos Convencionais

O escopo central da CH80 é conferir uma operacionalização, um procedimento especial, que confira celeridade à análise e decisão sobre casos de transferência ou retenção indevida de crianças e adolescentes. Possui, como destacado, caráter judicial, legislativo e administrativo, vinculando os Estados e suas respectivas autoridades internas.

O procedimento especial, célere, será operacionalizado pelas autoridades centrais administrativas, cuja colaboração ocorre, por exemplo, com a localização de crianças e cooperação direta; e, também, pelas autoridades judiciárias, para a tomada de decisão, havendo também personagens como os juízes de enlace⁵⁸, de natureza judiciária, mas que igualmente são tidos como representantes dos Estados.

A Convenção apresenta em seu texto uma fórmula para a breve repatriação, seu objetivo central, de modo que as matérias subjacentes (como guarda) serão apreciadas⁵⁹ pelo juiz natural, restituindo à criança o *status quo ante*, isto é, restabelecendo a realidade anterior ao ato indevido. Este, por seu turno, é traduzido no “sequestro”. O termo, encontrado no título da Convenção na tradução brasileira, apresenta um calão extremo e não é repetido no texto, que se refere ao ato como “transferência” ou “retenção”⁶⁰.

Apesar da gravidade da expressão, que *a priori* levaria a um viés criminal⁶¹, trata-se dos aspectos civis, como contido no título, em âmbito intrafamiliar e interestatal.

⁵⁸ O Juiz de Enlace, também previsto na Resolução 447/2022/CNJ, é um membro do Judiciário que coordena e orienta a prática judicial no país e, paralelamente, mantém laços com autoridades judiciárias de outros países. É membro da Rede Internacional de Juízes de Haia, da própria Conferência da Haia, cite-se, mantendo uma evolução constante de noções conceituais, procedimentos, evoluções práticas e mesmo de reciprocidade. Atualmente, o desembargador federal Guilherme Calmon, autor de obras em matéria de Convenção, coordena o grupo de juízes de enlace, composto por outros cinco desembargadores federais, com expertise na temática, um de cada região judiciária do Poder Judiciário Federal.

⁵⁹ GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme, “Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?”, in *Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC*, vol. 8, n.º 1, 2013, p. 23.

⁶⁰ A Convenção foi aprovada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em francês e inglês. A tradução para o português, disponível no site da Conferência da Haia, utiliza o termo “raptó” (disponível em <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>, acesso em 15.04.2022), adotada por Portugal. O termo sequestro é aquele incorporado por meio do Decreto nº 3.413/00.

⁶¹ Nesse aspecto, Jacob Dolinger (op. cit. p 314) comenta o Conflito de Competência 63 e o Habeas Corpus Corpus 67.816-5, datados de 1989 e 1990, respectivamente, os quais tramitaram no STF, que, à época, percebera a Convenção sob o crivo penal do tráfico internacional de menores.

De acordo com o artigo 3⁶², a “transferência” e/ou a “retenção” são percebidas quando a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a outrem pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual antes do ato; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, quando do ato, ou estaria se o acontecimento não tivesse ocorrido – o que leva ao capítulo 1.a.

A transferência ocorre no momento em que, sem provimento judicial ou anuência do outro genitor, a criança é levada para outro país; a retenção, por seu turno, quando uma viagem, condicionada, é realizada, mas não há o retorno (o cumprimento da condição).

O Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980 de Elisa Pérez-Vera⁶³, elaborado após a Convenção, em 1982, destaca que o ato é praticado por um dos genitores visando a afastá-la do outro ou buscando jurisdição que lhe pareça mais vantajosa.

A motivação, contudo, pode ser diversa, variando de vingança a acertada fuga por maus tratos⁶⁴, devendo sempre ser cauteloso ao apresentar um motivo geral, seja para fins acadêmicos, seja para fundamentar um caso concreto particular com uma lição abstrata genérica.

Para fins desta construção, mais do que buscar a justificativa para o movimento extremo, é perceber que houve um ato ilícito; que o mesmo representa uma ruptura, via de regra gerando efeitos negativos à criança; que a criança era e permanece no centro do Direito; e que haverá, se atraídos os requisitos, a aplicação da Convenção em sua integralidade.

Dessa maneira, ocorrendo uma subsunção fática à hipótese convencional, devem ser acionados os seus objetivos, quais sejam, o de “a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente” e “b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante” (artigo 1).

⁶² Artigo 3: “A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado”.

⁶³ PÉREZ-VERA, Elisa. Rapport explicatif. Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982, p. 428.

⁶⁴ Cf. nota. 47.

Apesar da alínea “b”, o maior objetivo da Convenção – e que ganha relevância na jurisprudência brasileira – é o de levar à criança o seu *statu quo ante*, garantindo que será o foro do país de origem, o da residência habitual, o competente para julgar a matéria de guarda e correlatas, após a repatriação.

Em lição de Nádia de Araújo e Daniela Vargas⁶⁵ resta demonstrado que o objetivo da Convenção é o de proteger as crianças dos efeitos danosos de uma mudança repentina, decidida unilateralmente por uma das figuras de cuidados, sem o consentimento da outra e, ainda, sem que tenham sido regulamentadas a guarda.

A proteção, contudo, não versa apenas sobre a repatriação, mas sobre o próprio desincentivo ao ato e às formas como a demanda decorrente do ato será processada.

Tampouco se trata de discutir a guarda ou a regulamentação de visita, mas operacionalizar o processo sobre a repatriação, o que se encontra alinhado também com os arts. 16⁶⁶, 17⁶⁷ e 19⁶⁸ da CH80.

As professoras continuam, assim, demonstrando que por meio de ordem procedimental a Convenção desencoraja “a subtração ou retenção desautorizadas de menores por um dos pais”, restabelecendo o *status quo ante*, “de forma rápida e desburocratizada”.

⁶⁵ ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. Comentário ao RESP 1.239.777: O dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 28, jun, 2012, p. 111-137. Disponível também em <https://securservercdn.net/198.71.233.110/1vo.dd8.myftpupload.com/wp-content/uploads/2020/10/COMENTA%CC%81RIO-AO-RESP-1.239.777-O-DILEMA-ENTRE-A-PRONTA-DEVOLUC%CC%A7A%CC%83O-E-A-DILAC%CC%A7A%CC%83O-PROBATO%CC%81RIA-NA-CONVENC%CC%A7A%CC%83O-DA-HAIA.pdf>, p. 3.

⁶⁶ Artigo 16: “Não podem as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança foi ilicitamente levada ou esteja retida, tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda, após ciência da transferência ou retenção ilícitas e antes de resolvido o pedido de restituição”. Art. 17: “A existência de decisão relativa à guarda não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança ao país de origem, podendo, apenas, sua motivação ser levada em consideração pelo juiz que apreciará o pedido de devolução da criança”. Art. 19: “Qualquer decisão sobre o retorno da criança não afeta os fundamentos do direito de guarda”. Neste ponto, sob uma análise prática, vale ressaltar que acaso tramite uma ação de guarda na justiça estadual, ainda esta que está tenha sido iniciado anteriormente, não altera a competência: caberia, em aplicação do art. 16 acima transcrito, ao juízo federal em que tramita a ação de busca e apreensão comunicar ao de juízo de família (estadual) sobre a existência da ação, com o reconhecimento da prejudicialidade à ação de guarda, suspendendo a ação de guarda até o desfecho do processo federal, como determina o art. 313, V, “a”, do CPC.

⁶⁷ 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”.

⁶⁸ Artigo 19: “Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente Convenção, não afeta os fundamentos do direito de guarda”.

Aduz-se, portanto, ser o escopo da CH80 de ordem procedimental, com vistas a assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas de um país para o outro, à revelia do genitor deixado para trás – e em detrimento da criança.

2.a. Direito de Guarda e de Visitas

Quando se menciona o *left behind parent*, a matéria apresenta um contorno fático e jurídico, notadamente diante do artigo 3º, “b”, o qual prescreve que para a aplicação da Convenção, quando o ato foi praticado, o direito estaria em exercício de maneira efetiva por outrem, ou está-lo-ia se o acontecimento não tivesse ocorrido. Portanto, o contorno de guarda é fundamental à compreensão do texto convencional.

Recorde-se que completando a criança ou adolescente 16 (dezesesseis) anos, a Convenção não mais é aplicada, nos termos do artigo 4 da Convenção⁶⁹, sendo requisito para aplicação da CH80. Nesses casos, independente de como se opere a guarda no Estado-requerente não será atraída; e, caso sobrevenha a idade no curso do processo, será cessada.

Isto posto, é também preciso distinguir o poder familiar da guarda, o que se faz a partir da legislação brasileira. O poder *familiar* “*pressupõe o cuidado do pai e da mãe em relação aos filhos, o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a condição e fortuna da família*”.⁷⁰

No Brasil, o Código Civil (“CC” – Lei Federal nº 10.406/02), apresenta ampla gama de atributos que dele são decorrentes⁷¹. A guarda é um dos atributos do poder familiar e refere-se à responsabilidade sobre os filhos⁷².

⁶⁹ Artigo 4: “A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos”.

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 354.

⁷¹ Art. 1.634: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

⁷² OSA, Conrado Paulino da. Curso de Direito de Família Contemporâneo. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 329.

O Brasil possui, como regra, a guarda na modalidade compartilhada, na qual ambos os genitores serão responsáveis pelos deveres para com a prole (de assistir, de cuidar), compartilhando o direito-dever de ter a criança em sua companhia.

Para fins convencionais, a ideia de guarda deve ligar-se à autoridade específica para estabelecer a residência, vez que o seu artigo 5⁷³ define a guarda como o instituto que “*compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência*”, aplicando-se a CH80 em caso de retenção/transferência a outro local. Ou seja, para fins de CH80, a guarda tem relevância enquanto o instituto jurídico que definirá que a prole estará em sua companhia; e que este genitor tem a autoridade (jurídica) para definir o local da residência.

Por sua vez, o artigo 3⁷⁴, em sua parte final, complementa, prescrevendo que a guarda “*pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado*”. Portanto, deve ser apreciado o Direito local, ônus especial das autoridades centrais e do parente que busca a comprovação do direito violado.

No caso brasileiro, a guarda compartilhada é a regra e, nessa linha, nenhum genitor pode viajar para o exterior, menos ainda mudar-se, sem a anuência do outro – ou provimento judicial. Em realidade, a transferência é difícilíssima por um viés prático: há um amplo controle de fronteiras, especialmente no que se refere à criança.

Sendo a guarda unilateral, o outro genitor poderá fiscalizar, certificando-se sobre as decisões do filho comum, bem como exercer o direito de visitas para ter um convívio familiar⁷⁵. Na experiência brasileira, mesmo se a guarda for unilateral não se trata de uma carta branca para definir o local de residência, salvo se assim a decisão que regulou a guarda determinar. Mesmo para mudanças dentro do país, o genitor, via de regra, deve requerer ao juiz natural.

⁷³ Artigo 5. Nos termos da presente Convenção: a) o "direito de guarda" compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência; b) o "direito de visita" compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

⁷⁴ Cf. nota. 59.

⁷⁵ Na experiência brasileira, o art. 1.589 do Código Civil define: “*O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação*”. Ou seja, ainda que não seja quem tem e exerce a guarda, pode ter a prole em sua companhia e, casuisticamente, realizar viagens para locais distintos ao da residência habitual.

Como visto, no caso brasileiro, aplicando-se o Direito de Família, a regulamentação da guarda ocorrerá por homologação de acordo ou de decisão, ambos na esfera judicial⁷⁶, em caso de pais separados. Caso não haja regulamentação, esta seria exercida, como regra geral, na modalidade compartilhada, por força de Lei⁷⁷ e como atributo do poder familiar⁷⁸, o que não autorizaria uma mudança por um genitor à revelia do outro.

Mesmo em caso de guarda unilateral, deve-se observar os limites estabelecidos pelo Juízo de Família. Enfraqueceria, sem dúvida, a postulação em caso em que o Brasil fosse o Estado-requerente, mas não afastaria por si só – a guarda unilateral – a possibilidade de aplicação da Convenção, o que se cita para demonstrar que não é uma matéria a ser abordada de modo simplista.

Para fins convencionais, em síntese, o direito de guarda deve ser lido conjuntamente com a autoridade concreta de decidir sobre a residência. Qualquer hipótese distinta autorizaria a aplicação da CH80.

O genitor deixado para trás é percebido como a pessoa que, possuindo e exercendo regularmente o direito de guarda, teve de si subtraída a criança ou adolescente.

Em síntese, trata-se de ter a violação a uma situação de fato devidamente regulamentada por decisão ou decorrente de Lei, com um ato que viola direitos de outrem – e potencialmente da própria criança.

Deve ser apreciado, portanto, previamente à subsunção à Convenção, o exercício da guarda no local da residência habitual, como um primeiro elemento. Mais precisamente, também perceber a guarda na perspectiva da definição do local de residência.

⁷⁶ CPC, Art. 733: *"O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731".*

⁷⁷ A guarda compartilhada é uma regra, a partir da Lei nº 13.058/2014, que alterou o art. 1.584, par. 2º, do Código Civil. Acerca da prática forense brasileira: caso os pais se divorciem, o divórcio, envolvendo filhos menores, não pode ser extrajudicial, notadamente por demandar um provimento jurisdicional, com a atuação do Ministério Público, a fim de regulamentar a guarda em Juízo. Em caso de acordo, idem: o mesmo deve ser homologado perante a Justiça Estadual. Caso não haja a regulamentação, presume-se, para fins legais, que ambos os genitores têm o direito de guarda, decorrente do poder familiar, a qual será compartilhada. Nesse aspecto, ainda que um genitor apenas exerça a guarda de fato, e tenha convicção de que é seu o direito, seja qual for a razão, não poderia retirar o filho para outro país sem autorização do outro genitor ou judicial. Caso o faça, ainda que logre êxito em comprovar, futuramente, a situação de fato e regulamentar a guarda como unilateral, além de criar uma incerteza relevante ao futuro da prole, com danos potenciais, mitigará potencialmente as suas chances de êxito pelo ato não regulamentado à revelia do outro genitor e da Justiça, pelo que a regulamentação prévia é uma condição fundamental em quesito jurídico e prático – o que não se limita, mas inclui, matéria de Convenção.

⁷⁸ O art. 1.583, par. 1º, do Código Civil, define *"por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns"*, enquanto o art. 1.630 do mesmo diploma prescreve que *"Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores"*.

A Convenção se presta a trazer os limites que a atraem⁷⁹, cabendo concluir que deve ser observada a guarda e o limite da visitação de acordo com a Lei ou decisão do Estado-requerente.

2.b. Residência Habitual

O artigo 4 da Convenção, por sua vez, define que esta será aplicada “*a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita*”.

A *priori* o texto parece claro, mas as construções doutrinárias e jurisprudenciais demonstram existir um hiato normativo. É o que diagnostica a professora Nadia de Araújo, ao esclarecer que a Convenção “*não fixou critérios para a determinação da residencial habitual da criança, tampouco ofereceu qualquer parâmetro para a sua determinação*”, razão pela qual cabe ao direito local a última palavra sobre o conceito, operando-se uma “*regra de caráter qualificado*”⁸⁰.

Sobre esta temática, os comentários a serem desenvolvidos por este trabalho mais versam sobre casos específicos, de famílias com múltiplas residências ou que realizam mudanças.

Apesar da insubsistência do texto convencional, de qualquer modo, algumas noções não são controversas. A nacionalidade não interfere na residência habitual, tampouco se pode transcender a unicidade do local habitual: será um único local para fins convencionais.

Ademais, não exige o “*ânimo definitivo (como no domicílio)*”, mas sim o uso prevaemente do local como morada estável, em detrimento de outras residências que o indivíduo possa manter.⁸¹ É de ser ter em mente uma noção prática, ligada à rotina, às raízes existentes, a ser percebida casuisticamente.

Contudo, embora o texto convencional aborde o local de *imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita*, apresentam-se

⁷⁹ É imperativo mencionar: caso realizada uma viagem definida, seja com base em fundamento específico, como lazer ou visita a membros da família, seja com base no direito de visita, e daí ocorrer retenção indevida no local distinto ao da residência habitual da criança, terá então o início à aplicação da Convenção.

⁸⁰ ARAÚJO, Nadia. Op. cit. p. 358

⁸¹ Op. cit. p. 359

algumas controvérsias. Neste sentido, Beaumont e McEleavy⁸² apresentam sugestões a fim de definir a residência habitual:

“No caso das crianças, seis meses deve ser tratado como um lapso temporal diretriz quando se considera o período de tempo necessário antes de uma residência poder ser classificada como habitual (...) no interesse da criança um período mais curto de tempo deve ser aceito como suficiente para estabelecer uma residência habitual”.

Parece também tratar-se da alteração da residência habitual, especialmente se tiver em pauta famílias com constantes mudanças. Tal alteração encontra-se faticamente ligada ao artigo 12, acerca da adaptação, o que se apresenta como singela ressalva, pois do ponto de vista jurídico são institutos distintos.

Miguel Filho defende que *“cabera ao magistrado, após a apreciação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, decidir qual o local da residência habitual do menor”*⁸³, não afastando, no entanto, a leitura de que residência habitual é aquela imediatamente anterior ao ato ilícito.

A jurisprudência brasileira⁸⁴ demonstra que, para fins de definição, a posição majoritária é a de que a residência habitual é aquela imediatamente anterior à transferência ou retenção ilícita, o que não traz maiores ilações ao artigo 3. Poderia a criança ficar uma década no Brasil – e mesmo ser mantida, por força da exceção contida no artigo 12 –, e ainda assim a residência habitual para fins conceituais seria aquela imediatamente anterior ao ato ilícito.

No mesmo sentido, poderia compor uma família muito abastada, com diversas propriedades, ou que viaje reiteradamente seja qual for o motivo, como casal de diplomatas, mas serão elementos básicos, como uma rotina mais fixa (cite-se: escola), jurídicos, se existentes (como decisões de qualquer ordem ou contratos) e sobre o ilícito (cite-se: mudança brusca à revelia do outro) que poderiam convencer o juízo sobre a residência habitual e a transferência desta.

Por outro lado, como citado, este entendimento não implica na conclusão de que deve haver o retorno à referida residência habitual, caso se configure uma das exceções, inclusive a da adaptação decorrente da ambientação

⁸² Beaumont, Paul; McEleavy, Peter. The Hague Convention on International Child Abduction, New York: Oxford University Press, 1999, p. 112

⁸³ MIGUEL FILHO, Theophilo Antonio. Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www2.dbd.pucRio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0621494_2010_Indice.html>.p. 55)

⁸⁴ Nesse sentido, REsp 1214408/RJ, Relator Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, em 23.06.2015.

em novo local, se observados os requisitos de sua atração. Nota-se, portanto, que o desdobramento desta definição ilustra como o assunto, em primeira análise, é indefinido e com variáveis diversas.

Porém, certas conclusões aqui devem ser apresentadas: (i) a residência habitual pode ser alterada, a ser apreciada casuisticamente de acordo com dados concretos, mas será apenas uma; (ii) no que pese ser um elemento constitutivo do direito, em visão teórica, ainda que haja a definição da residência habitual, a criança pode restar adaptada em local distinto, portanto, em uma nova realidade, a ensejar o acolhimento da exceção⁸⁵, se cabível; e (iii), na hipótese brasileira, para qualificar a residência habitual de um caso da convenção no Brasil, utilizar-se-á a noção do direito brasileiro⁸⁶. Outrossim, (iv) não é alterada pela nacionalidade dos envolvidos para fins de Convenção. Por fim, (v) o entendimento literal do artigo 4, mesmo que receba comentários, é a hermenêutica que prepondera: a residência habitual é aquela imediatamente anterior ao ato.

⁸⁵ Não se atribui juízo de valor, sendo uma conclusão empírica pela abordagem jurisprudencial.

⁸⁶ ARAÚJO, Nádía. Op. cit. p. 359

3. As Exceções da Convenção

Se a regra é um retorno (célere e desburocratizado), as exceções têm uma ligação direta com direitos fundamentais das crianças, ao passo que, ao analisá-las, a hermenêutica deve ser orientada pelo princípio do melhor interesse da criança, a ser seguido da forma mais ampla possível⁸⁷.

Em contrapartida, tratando-se de exceção à regra, a sua leitura deve ser restritiva⁸⁸, o que gerará casuisticamente uma análise e subsunção dos fatos à norma. Soa como uma contradição, mas não precisa ser assim vista, conforme se desenvolverá.

Sobre o exposto, Mônaco e Rodas definem que *“este aspecto já fora posta em relevo por Elisa Perez Vera, quando da elaboração do relatório final e explicativo da Convenção, chamando a atenção para a necessidade de uma interpretação restritiva das exceções dos artigos 13 e 20”*⁸⁹. Igualmente, no caso, o artigo 12.

Haveria, sinteticamente, um paradoxo entre a percepção restrita da exceção e a apreciação ampla do melhor interesse da criança, o qual demandará em um procedimento mais cuidadoso e detalhado.

Apesar de soar antagônico, nesse prisma, é possível proceder com uma apreciação ampla, sem deixar de aplicá-las restritivamente: a hermenêutica deve ser amplamente cautelosa e “garantista” no procedimento, e mais restritiva no que se refere à subsunção à norma excepcional.

Em outras palavras, abordam-se dados distintos. Um é a verificação do melhor interesse da criança, a ocorrer do modo mais amplo possível; o outro é a interpretação do artigo de exceção pautada no corolário, que não deve ocorrer de modo expansivo.

Feito este primeiro esclarecimento, listam-se as hipóteses de exceção: (i) quando ocorrer a integração da criança ao novo meio, caso decorrido mais de um ano entre a data da subtração e a do início do procedimento tendente ao retorno (artigo 12); (ii) o não exercício efetivo do direito de guarda e/ou anuência do outro genitor (artigo 13, “a”); (iii) o risco grave a “perigos de ordem física ou psíquica”, assim como “situação intolerável”, no retorno (artigo 13, “b”); (iv) opinião

⁸⁷ ARAÚJO, Nadia. Op. cit. p. 357

⁸⁸ ARAÚJO, Nádía, Op. cit.. p. 355

⁸⁹ RODAS, João Grandino, MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Conferência da Haia de direito internacional privado : a participação do Brasil /– Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 313. No mesmo sentido,

da criança contrária ao retorno (artigo 13, parte final); e (v) quando o retorno for incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido “com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (artigo 20).

O presente trabalho focará naquelas exceções que ganham maior destaque e aplicação em casos de Convenção, especialmente no Brasil: a adaptação ao novo meio e – a sua relação com – o risco quando do retorno, previstos respectivamente nos artigos 12 e 13, “b”.

O trabalho busca, como posto, solucionar o pretense paradoxo entre a leitura restrita das exceções e a percepção ampla da proteção integral, a decorrer de uma proposta procedimental ampla compatível com uma interpretação restritiva das exceções.

Acerca das exceções, estas serão apresentadas separadamente, com os contornos necessários para fins de ilustrar as possibilidades. Nos capítulos seguintes, em que se analisa a sua aplicação, será dada, complementarmente, maior concretude à definição que aqui se apresenta de modo teórico.

3.a. Integração ao novo meio – artigo 12

Sobre a “adaptação” ou “integração ao novo meio”, esta jaz prevista no artigo 12⁹⁰, o qual preconiza que mesmo após expirado o período de 1 (um) ano a autoridade deverá ordenar o retorno da criança, “*salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio*”.

O propósito específico dessa exceção é preservar o bem-estar da criança, que depois de um tempo estará adaptada à nova vida no Estado requerido⁹¹. Evita-se, portanto, que seja retirada do local em que está integrada, gerando-lhe mais uma ruptura contrária a seus melhores interesses.

⁹⁰ Artigo 12: “Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. 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”.

⁹¹ ARAÚJO, Nadia. p. 362.

A adaptação, seguindo uma interpretação literal da norma, deve ser checada apenas em processos iniciados em mais de 1 (um) ano⁹² e a sua hermenêutica, por condição inerente, deve ser restritiva⁹³.

Jacob Dolinger, na clara linha do texto normativo, indica que mesmo se ultrapassado um ano, a restituição pode ocorrer, indicando que deve ser apreciada a capacidade da criança de se readaptar⁹⁴.

Trazendo à baila a noção de residência habitual, em contrapartida, há estudos que arguem a alteração do que é a residência habitual depois de transcorrido o prazo⁹⁵, o que poderia ensejar uma confusão entre os institutos.

Ainda que haja a adaptação e aplicação da exceção do artigo 12, contudo, a residência habitual para fins de Convenção parece bem definida, mesmo se a ordem de não retorno for determinada, como exposto no capítulo 2.b.

Não obstante, no exíguo hiato sobre o prazo de um ano, há construções⁹⁶ que defendem ser o mesmo arbitrário, pois a adaptação varia casuisticamente, a iniciar pela maturidade, mas também de acordo com a personalidade e realidade familiar ou de saúde da criança.

Tais posições soam adequadas, contudo, mostra-se necessário que haja regras, sob pena de impulsionar ainda mais um subjetivismo já exacerbado, servindo o prazo de 1 (um) ano como um parâmetro geral e compatível com as diversas infâncias. Desta forma, mesmo que não seja adotada à risca, como ocorre no Brasil, é observado.

Quando Jacob Dolinger⁹⁷, cite-se, menciona que mesmo após um ano uma criança pode ser repatriada, se tiver capacidade de adaptar-se, uma leitura *contra sensu* pode ser formulada: há crianças que em período inferior a um ano poderiam estar adaptadas e sem capacidade de readaptar-se.

Trata-se, portanto, de uma assertiva que esclarece que cada criança e adolescente possui uma capacidade única de adaptação e de resiliência – e um entendimento que vem sido adotado pelo Brasil, seja para reconhecer a adaptação em processos iniciados em menos de 12 (doze) meses, seja para poder

⁹² Nesse aspecto, há distintas construções tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais sobre o termo inicial, preponderando no Brasil que o termo inicial será o início do processo administrativo – inclusive por ser o que define a Convenção – e o que, contudo, não acarreta em um igual resultado prático, notadamente quando há adaptação é checada independente de prazos.

⁹³ Nesse sentido, REsp 1723068, Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, em 18.12.2020.

⁹⁴ Op. cit., p. 130

⁹⁵ Beaumont, Paul; McEleavy, Peter. The Hague Convention on International Child Abduction, New York: Oxford University Press, 1999, p. 112

⁹⁶ Beaumont, Paul R.; McELEAVY, Peter E. The Hague Convention on International Child Abduction. London: Oxford University Press, 2004, p. 203

⁹⁷ Cf. nota. 90

determinar o retorno em casos iniciados após o transcurso, pontos estes que serão pormenorizados à frente.

No mesmo sentido, há distinções sobre o termo inicial: se é suspenso até a localização da criança⁹⁸, por exemplo. Igualmente, se o lapso de um ano deve ser até o início do procedimento perante o órgão que efetivamente resolverá a demanda no Estado-requerido⁹⁹, valendo o processo administrativo apenas para Estados que resolverão o assunto na seara administrativa.

Se fosse uma tese majoritária – ou assim estivesse disposto na Convenção –, o processo judicial para a repatriação, e não apenas administrativo, deveria ser o termo no Brasil, que conta reiteradamente com a atuação do Judiciário, e cuja atuação, prevista em cláusula pétrea, é garantida e inafastável (CRFB/88, art. 5º, XXXV). Como será visto, tais construções se prestam especialmente a enriquecer o debate teórico.

O prazo de um ano entre o ato e o início do procedimento (administrativo ou judicial) parece bem expresso no artigo, o que, por outro lado, não repercute em sua leitura isolada ou literal para uma repatriação imediata, muitas vezes aplicado de modo simbiótico com o artigo 13, “b”, mitigando-se o rigor do prazo.

Na experiência brasileira, portanto, a sua hermenêutica é operada junto a outros dispositivos, dentro e fora da Convenção, o que mitigaria o rigor do prazo de 12 (doze) meses – sendo esta uma problemática relevante.

Isto posto, percebida a possibilidade de se arguir a “integração ao novo meio”, cumpre apresentar os contornos de sua configuração. Tiburcio e Calmon¹⁰⁰, comentando o acervo probatório para subsunção ao artigo 12, demonstram que:

“A prova de efetiva adaptação da criança ao novo ambiente não se satisfaz com a simples demonstração de matrícula da criança em uma boa escola; de habitação em uma moradia confortável; da contratação de babá, ou motorista, para atender o infante; de atendimento médico e hospitalar garantido por um excelente plano de saúde; ou de circunstâncias similares”.

⁹⁸ MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude, ao comentarem o caso, *Furnes v. Reeves* (HC/E/USf 578), defendem que o prazo de um ano deve ser iniciado após a efetiva localização.

⁹⁹ MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude. “Exceptions to Return: Settlement of the child: Commencement of Convention Proceedings”. *Case Law Analysis*. Disponível em: www.incadat.com

¹⁰⁰ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 264.

O trecho acima se mostra relevante por uma ordem bem prática. Por um lado, traduz a preocupação de que ocorra uma fraude ou simulação para a configuração de uma situação inexistente; por outro, demonstra a necessidade de se comprovar, materialmente, não apenas em papéis, a integração.

Isso porque, para comprová-la, são os elementos da vida cotidiana, básica, que indicarão se existe uma adaptação, as quais podem ser corroboradas por uma prova técnica, notadamente diante da ausência de definição precisa do que seria adaptação.

Dentre os elementos da vida diária, cite-se: a educação/vida escolar, presença de profissionais de saúde, idioma, amigos, vínculos familiares, inserção cultural, vida religiosa, etc. Elementos substanciais que demonstrem, nos diversos tipos de famílias e realidades nos Estados-contratantes, uma rotina que implique em uma adaptação.

Se a “*simples demonstração de matrícula da criança em uma boa escola*” ou o “*atendimento médico e hospitalar garantido por um excelente plano de saúde*” não seriam suficientes, como exemplos práticos a oitiva de uma professora, trabalhos escolares de períodos distintos e/ou o histórico médico e participação contínua com psicoterapeuta seriam elementos concretos.

Na experiência brasileira, de qualquer maneira, não há uma exata distinção entre provas documentais – que possuem até primazia – a outras, tampouco se conhece, em matéria de Convenção, casos em que as provas apresentadas foram tidas como alheias a uma adaptação de fato. Neste sentido, o magistrado pode entender que não há a adaptação, mas não pela natureza das provas.

Não obstante, as provas são utilizadas para a livre convicção do Juízo, podendo produzir-se prova pericial, se for o caso. Destaca-se, também, ser a adaptação um tanto notória, ainda mais para determinadas faixas etárias – o que não implicaria, como será visto, na conclusão final da ordem de não retorno.

Isto posto, caso alegada a adaptação, havendo um lastro probatório¹⁰¹, e a parte adversa busque invalidar a alegativa, processualmente seria o seu ônus comprovar tratar-se de documentos vazios¹⁰², o que de fato é de difícil demonstração em um plano prático¹⁰³.

¹⁰¹ Art. 373, I, CPC.

¹⁰² Art. 373, II, CPC.

¹⁰³ Não se conhece casos em que uma adaptação com base na escola, cite-se, foi requerida, mas entendeu o magistrado tratar-se de uma simples matrícula, sem convivência escolar. Há a possibilidade de se determinar o retorno, por entender que não transcorreu 1 (um) ano ou mesmo que o convívio escolar (cite-se) é insuficiente para demonstrar a adaptação, mas não há

Poderia arguir, cite-se, que embora adaptada à nova vida, a criança pode readaptar-se novamente à anterior, mitigando a exceção; haveria uma nova adaptação, sem restar em situação intolerável, o que se assevera porquanto ilustra caminho prático apresentados em processos de Convenção.

De qualquer modo, para um contorno estritamente teórico da presente exceção, quatro conclusões centrais são inferidas: (i) a adaptação pode ser arguida após transcorrido o prazo de um ano entre o ato de remoção ou retenção e o início do procedimento judicial ou administrativo; (ii) deve ser demonstrada por quaisquer meios idôneos; (iii) inclusive prova técnica; e (iv) mesmo que transcorrido o prazo, a repatriação pode ser determinada.

Por sua vez, em ressalva atenta à realidade jurisprudencial, como será demonstrado, (v) o prazo não é aplicado de modo absoluto pelas Cortes Federais, pela ampliação da hermenêutica voltada à proteção integral do(a) infante; (vi) há uma relação prática de simbiose com o artigo 13, “b”, mitigando o rigor do prazo de um ano para fins formais; (vii) sem prejuízo da aplicação complementar de outros dispositivos normativos de igual ou superior hierarquia normativa.

3.b.

Risco Grave de a Criança, no retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou numa situação intolerável – artigo 13, “b”

Acerca do “grave risco”, previsto no artigo 13¹⁰⁴, “b”, pode ser aplicado quando

“a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar (...) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável”.

“invalidação” de determinada prova como se insuficiente fosse, o que se limita, *a priori*, a uma possibilidade teórica. No REsp 1723068, Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, em 18.12.2020, cite-se, não há uma invalidação do tipo de prova, mas uma conclusão de que não há exceção, apesar de todas as prova, inclusive pericial.

¹⁰⁴ Artigo 13: “Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar: a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança”.

Para fins doutrinários¹⁰⁵, como se demonstrará, o grave risco se refere a “*uma medida de caráter humanitário, visando 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*”¹⁰⁶.

Em síntese, matérias que poderiam ser manchete em veículos de comunicação. Em uma seara macro, seria o caso, por exemplo, de repatriação para um país com golpe político-militar, desastre natural ou crise bélica – cite-se a Ucrânia, Estado-contratante, na primeira metade de 2022. Presume-se que nenhum Estado-requerido, neste momento, determinaria o retorno, tendo como um dos fundamentos o artigo 13, “b”.

Sobre o tema, não se encontrou precedentes em que, em decorrência da pandemia de COVID-19, por exemplo, uma repatriação fosse negada pelo risco físico ligado à doença. Encontrou-se, diante de um risco real de contágio e contaminação, a suspensão do retorno, a ser resolvido quando da execução da decisão¹⁰⁷, o que ilustra *a priori* a análise restritiva do dispositivo.

Contudo, em um plano mais próximo à problemática jurisprudencial, por grave risco de ordem física, em plano micro, percebam-se atos dentro do próprio seio familiar, como uma família com histórico de violência doméstica e agressão, o que demandaria uma prova substancial cuja produção pode – ou deveria poder – contar com o auxílio da autoridade central local.

Quanto ao risco de ordem psicológica e à situação intolerável, tratam-se de casos que possuem maior subjetividade. Inicie-se exemplificando com uma criança com condição específica de saúde, de ordem física (como hipoglicemia) ou emocional (como depressão), ambas refletindo em sua condição psicológica. Ou mesmo uma criança que, caso retirada do novo meio, ou da pessoa que é a sua figura de cuidados, comece a viver uma situação intolerável de ansiedade por ausência da figura, com estrita ligação ao perigo de ordem psicológica.

No mesmo sentido, cite-se uma criança que tenha algum tipo de deficiência (inclusive deficiência psicossocial, rica temática em construção, mas desde logo defensável), potencializando a sua hipervulnerabilidade e onde seria paralelamente aplicada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“CDPD”), de natureza constitucional.

¹⁰⁵ Nesse sentido, SCHUZ, Rhona. *The Hague Child Abduction Convention, A Critical Analysis*. Oregon: Hart Publishing, *Studies in Private International Law*, v. 13, 2013, p. 390.

¹⁰⁶ DOLINGER, Jacob. *Op. cit.* p. 257.

¹⁰⁷ Nesse sentido, TRF1, Apelação 1002566-71.2019.4.01.4300.

Todos os exemplos acima citados podem trazer dezenas de desdobramentos, com incontáveis hermenêuticas sobre o que é o melhor interesse da criança. Todos, independente de ordem final, apresentam a possibilidade de um risco.

A melhor forma para que os contornos dos fatos sejam postos seria por meio de um estudo técnico, o que se proporá. Carece ao intérprete direto da norma *expertise* para compreender os riscos reais e definir se a situação é de risco de ordem psicológica ou situação intolerável para fins da Convenção.

Mesmo que imparcial, não terá neutralidade, e a sua perspectiva do risco terá uma ligação direta com elementos distintos aos da CH80, especialmente quando esta não traça os limites objetivos da exceção. Não obstante, para haver uma interpretação restritiva do “risco”, os fatos devem estar suficientemente delineados, sob pena de enviar a criança à realidade materialmente oposta a seus melhores interesses.

Em síntese, não há como se falar em uma posição uníssona. Há opiniões, como a proferida por Beaumont e McEleavy¹⁰⁸, acerca da violência doméstica contra a genitora. Há uma mistura de risco físico e psicológico. Ainda que a criança não seja afetada diretamente, enquadra-se em uma hipótese de situação intolerável.

A partir do que fora previamente exposto, entende-se que esta posição seja não só adequada, como razoável, embora defensores assíduos da repatriação possam suscitar que não foi a criança agredida e que não há, portanto, perigo, tampouco cabendo arguir risco de danos futuros. Novamente, caberia uma análise aprofundada e interdisciplinar.

Não obstante, é certo que a alínea “b” em comento demanda a prova do alegado, inclusive utilizando-se de informações oficiais fornecidas pela autoridade central¹⁰⁹. Ao apreciar a justificativa, a autoridade judiciária brasileira pode oficiá-la, contando com a colaboração da Autoridade Central Administrativa Federal (“ACAF”) para obter informações locais.

Um caso de violência doméstica de qualquer natureza, por exemplo, pode ser alegado sem que a parte tenha algum documento. É um fato de fácil compreensão em que uma mãe, agredida, fuja com a prole sem qualquer preparo prévio, para que então um processo seja iniciado meses após.

¹⁰⁸ BEAUMONT, Paul R.; McELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 136

¹⁰⁹ ARAÚJO, Nádia. Op. cit. p. 362.

Fugir de um país em que, muitas vezes, as autoridades podem lhe ser rigorosas (veja-se uma imigrante, mulher, que não domina a língua do país, em um Estado-contratante religioso ou de cultura excludente) – e onde o ordenamento é menos protetivo que o brasileiro, que repressende fortemente a agressão. O procedimento pela agressão, se houver, restrito às autoridades policiais e/ou judiciárias locais, com difícilíssima obtenção por questões práticas. A análise doutrinária deve ser atenta sempre a tais fatos, existentes na vida real.

O Estado-requerente, contudo, assim como tem interesse na celeridade para ter o pedido apreciado, terá – ou deveria ter – em contrapartida, que conferir empenho em apresentar as provas e informações que o Estado-requerido julgar necessárias. A cooperação é, portanto, elemento comum.

Feito este adendo, que mais se liga à situação intolerável, em uma visão jurisprudencial o risco pode ser percebido como um elemento que atente ao pleno desenvolvimento do infante, variando inclusive no abalo psíquico caso afastado do genitor que a reteve.

A melhor forma de se sanar tamanha divergência é por meio de estudos técnicos, que podem ser fiscalizados, mas não elaborados, pelos profissionais do Direito. São imperativas, portanto, provas com dados precisos, conclusões com nexo de causalidade e contornos claros.

Ainda sobre a definição da presença de exceção, é de enorme relevância destacar que, destoando dos “casos humanitários”, a jurisprudência brasileira apresenta associação entre os artigos 12 (adaptação) e o 13 (grave risco, decorrente da adaptação), o que se desprende da *Lista de Julgados* anexa e mostra como a problemática é profunda.

Posição esta não restrita à jurisprudência e encontrada em construções doutrinárias, que apresentam a análise do artigo 12 com o artigo 13; reconhecem a abertura do artigo 13 a possibilitar tal hermenêutica; e, igualmente, apresentam a crítica da comunidade internacional para que esta última exceção não seja utilizada de modo indiscriminado¹¹⁰.

De qualquer forma, mesmo que dessa simbiose nasça um contrassenso insustentável para fins convencionais¹¹¹, a razão subjacente não apenas é justificável (uma criança retirada de sua figura de cuidados, o que deve

¹¹⁰ Rodas, João Grandino. A Conferência da Haia de direito internacional privado : a participação do Brasil / João Grandino Rodas; Gustavo Ferraz de Campos Mônico. – Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 314.

¹¹¹ Nesse sentido, MEIRA, Rodrigo Santos. Dissertação de mestrado. *O Paradoxo da Criança Adaptada: crítica à aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no Brasil*, orientador INEZ LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS. Brasília, 2018.

ser apreciado do modo mais cuidadoso possível), como a única alternativa tangível é operacionalizar a Convenção de modo a sanar o contrassenso sem convalidar a situação insustentável da criança por não apreciar o risco. A alternativa se dá, portanto, no campo do procedimento, e não da conclusão da ordem, como será apresentado à frente.

Para fins de definição do artigo 13, “b”, em síntese, há uma síntese inconclusiva. O grave risco e a situação intolerável devem ser percebidos de modo aberto: variam de construções que os aplicariam para casos absolutamente notórios, como uma guerra, a hipóteses igualmente relevantes, mas com teor subjetivo, como o risco de não atingir o pleno desenvolvimento caso retirada a criança do meio em que teve adaptação.

4. Vieses da Hierarquia Normativa da Convenção

Isto posto, ingressando na operacionalização da CH80, neste momento mostra-se necessário delinear quais normas complementares podem ser adotadas à Convenção e apreciar o *status* normativo das normas em voga, a iniciar pela própria Convenção, que não indica o procedimento prático.

Necessário se faz colacionar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal para introduzir a temática:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois **o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** (...) (RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349.703, Rel. Ministro CARLOS BRITTO, Relator p/ Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe 5/6/2009 – grifou-se)

A posição acima traduz a jurisprudência sedimentada no Brasil, segundo a qual os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos têm hierarquia constitucional, se incorporados nos moldes do artigo 5º, §3º¹¹²; e, caso anteriores à Emenda Constitucional (“EC”) 45/04, como em sua totalidade, salvo a CDPD, caso versem sobre direitos humanos terão *status* de supralegalidade: acima da lei ordinária e abaixo da Constituição.

Cumpra, por conseguinte, discutir quais normas versam sobre direitos humanos e se é o caso da CH80. *A priori*, a Convenção não versaria, limitando-se a estabelecer um procedimento especial. É o entendimento, dentre outros, da

¹¹² No Brasil apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi incorporada nesses moldes, promulgada pelo Decreto Presidencial 6.949/09.

professora Nádía de Araújo, a perceber a norma com *status* de norma ordinária, a qual deve observar as normas de hierarquia superior¹¹³.

Beaumont e McEleavy¹¹⁴, sobre a aplicação da CH80, destacam que o tema da proteção à criança compõe como plano subjacente os estudos dos direitos humanos, pelo que é uma tarefa precisa compatibilizar o caráter peremptório da Convenção com os direitos fundamentais subjacentes.

Não foi localizada construção doutrinária sólida que teça, isoladamente, a natureza de direitos humanos da Convenção, a fim de alçá-la como tal. As construções, como as citadas, são sobre a interação.

Entrementes, a jurisprudência se incumbem dessa tarefa e aborda a Convenção como norma de direitos humanos, condicionando-a, contudo, à companhia de outras de cunho material.

A perspectiva material da CH80, pois, alçaria-a a norma de direitos humanos. Explica-se: no plano nacional, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em *“relação à mencionada Convenção, é relevante destacar a posição hierárquico-normativa por ela ocupada no âmbito do Direito brasileiro”*, referindo-se à supralegalidade, *“ posição que afasta a procedência de qualquer impedimento de ordem formal que possa esvaziar de eficácia a finalidade protetiva da referida norma convencional”*¹¹⁵.

Consagra a Convenção como norma de direitos humanos, ao obstar uma repatriação automática, vez que a mesma garante um procedimento amplo e protetivo aos melhores interesses da criança. O precedente acima foi prolatado ao se debater a necessidade de prova pericial.

¹¹³ARAÚJO, Nádía. Op. cit. p. 357

¹¹⁴ Beaumont, Paul; McEleavy, Peter. The Hague Convention on International Child Abduction, New York: Oxford University Press, 1999, p. 2.

¹¹⁵ 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. (REsp 1458218/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 03/05/2018)

No plano europeu, no caso *Grand Chamber Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland*¹¹⁶, o qual tramitou perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, foi negada a repatriação de uma criança. O Tribunal em comento, por definição, julga matérias atreladas à Convenção Europeia de Direitos Humanos¹¹⁷, e entendeu que o artigo 8º desta seria violado se houvesse o retorno de forma automática, sem que fossem apreciados contornos da criança como o desenvolvimento, laços e adaptação.

O ponto aqui é denotar a aplicação da Convenção pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que atuou como uma instância revisora ao Judiciário suíço, por ter subjacente à forma especial e procedimental da Convenção a matéria de direitos humanos. Não foi a CH80 que, sozinha, levou o processo à CEDH, mas a sua leitura em conjunto a outras normas de direitos humanos.

Em um plano isolado, haveria de se falar em lei ordinária, afinal versa estritamente sobre a desburocratização de procedimentos. Contudo, a sua aplicação, especialmente nos casos em que há possível exceção, é indissociável a normas materiais de direitos humanos – no caso brasileiro, a própria Constituição da República; no europeu, a Convenção Europeia de Direitos Humanos; em ambos a Convenção da Criança, como exemplo, o que autorizaria a sua percepção como norma dessa natureza.

Nada obstante, mesmo se percebida a Convenção como tratado de direitos humanos por si só, teria como elementos inerentes a complementaridade, unidade e indivisibilidade¹¹⁸. Ou seja, mesmo que estivesse disposto que a norma é de direitos humanos (portanto, inequivocamente, no Brasil, como supralegal), a sua leitura seria igualmente percebida de forma interativa com os demais direitos humanos, tais como a Convenção da Criança, o que lhe daria necessária perspectiva material.

Universal porque a condição pessoa que detém o direito a ser exercido – no caso da CH80, a criança – *“há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição”*. Indivisível porque os direitos humanos

¹¹⁶ Catalogado no INCADAT como HC/E/CH 1323, disponível em <https://www.incadat.com/en/case/1323#:~:text=On%208%20January%202009%2C%20by,HC%2FE%2F%201001%5D>, acesso em 18.04.2022.

¹¹⁷ Disponível em <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>, acesso em 18.04.2022.

¹¹⁸ Nesse sentido, preconiza o parágrafo 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais.”

– de qualquer natureza ou terminologia – se somam, nunca se anulam¹¹⁹. Tratando-se de criança, grupo hipervulnerável, tais elementos são ainda mais presentes e indispensáveis, sob o corolário da proteção integral e da proteção à infância, a serem percebidos quando da operacionalização.

Dessa maneira, seguindo a jurisprudência brasileira, pela qual a Convenção é um diploma de direitos humanos, e tendo-os como uma unidade indivisível, resta esvaziada qualquer norma de ordem formal que busque, visando à implementação de procedimentos, obstar a aplicação de todos os direitos humanos que detém a criança, com as devidas consequências práticas, tais como a garantia de dilação probatória.

Da mesma forma que não há como pensar na “*liberdade divorciada da justiça social*”, não há como se cogitar um a sobreposição de um procedimento especial lacunoso a um direito material expressivo. Dessa forma, se percebida a Convenção como norma de direitos humanos, “*todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que diferentes direitos estão necessariamente interrelacionados e interdependentes entre si*”¹²⁰.

Caso percebida como norma especial sem o referido *status* supralegal, deveria de observar outras, como a Convenção de Criança, detentora de “*status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos*” a “*torna[r] inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão*”, nos termos do acórdão do STF colacionado. .

Dessa maneira, por mais nebuloso que soe e de fato seja, as conclusões centrais são claras: (i) a jurisprudência percebe a Convenção como norma de direitos humanos, possuindo no Brasil *status* de supralegalidade; (ii) a referida percepção é indissociável de outras normas, seja porque são estas que conferem à Convenção a leitura como norma de direitos humanos, seja porque mesmo se a Convenção possuísse o *status* autonomamente, os direitos humanos possuem complementaridade, unidade e indivisibilidade.

Por sua vez, (iii) ainda que determinado intérprete entenda que não se trata de norma de direitos humanos, com a percepção de sua supralegalidade esvaziada, com hierarquia de lei ordinária observaria as normas hierarquicamente superiores, culminando em um mesmo efeito de operacionalização de normas de direitos humanos.

¹¹⁹ PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro”, In: Revista da Procuradoria Geral d Estado de São Paulo. São Paulo. Centro de Estudos. Jan/dez/1999. pág. 92

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. “Temas de direitos humanos”, Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2018. p. 27.

Argumenta-se de que esta é a posição que soa mais adequada em teoria, pois não empresta à Convenção o conteúdo material que não tem, tampouco lhe desobriga a observar, na condição de norma de natureza procedimental que é, outras de hierarquia superior.

De qualquer modo, ainda que haja divergência teórica sobre o *status* normativo da Convenção, as posições apresentam a convergência mais importante: seja com *status* normativo supralegal ou com *status* normativo ordinário, deverá acompanhar as normas que versem materialmente sobre a criança como titular de direitos humanos, possuindo, portanto, o mesmo resultado.

Desse modo, ainda que oscile a leitura de acordo com o julgador, deve, impreterivelmente, observar as normas materiais complementares que ora se apresentam.

4.a. Normas complementares, análise da hierarquia normativa, oitivas e perícias

Como consequência, para fins processuais de produção probatória e de proteção integral à criança, o procedimento deve observar o que diplomas de cunho material determinam, visando ao melhor interesse da criança.

Isso porque, como consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça – e pela Corte Europeia de Direitos Humanos –, não pode nenhum entendimento esvaziar o sentido das normas de cunho material.

Cabe, então, apresentar quais são as normas complementares e/ou orientadoras do texto convencional, indicando os seus efeitos, especialmente nos casos em que é invocada uma exceção, para, então, buscar uma forma de operacionalizar a Convenção, respeitando-se e observando no plano subjacente o ordenamento.

Remetendo ao capítulo 3, a verificação dos artigos de exceção está impreterivelmente associada ao princípio do melhor interesse da criança, que se apresenta como um vetor hermenêutico de todas as normas, vez que se encontra tutelado pela Constituição Federal, em seu art. 227¹²¹.

No plano infraconstitucional, pode ser utilizada como norma orientadora o Estatuto da Criança e do Adolescente (“ECA”), com procedimentos

¹²¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

próprios, de natureza material e processual; o Código de Processo Civil (“CPC”), de natureza processual, ambos com *status* de lei ordinária; e, impreterivelmente, a Convenção da Criança, de *status* supralegal e natureza material.

Outros diplomas, como a Convenção Americana de Direitos Humanos¹²², também de natureza supralegal, podem ser citados, cabendo uma subsunção de fatos específicos a normas determinadas casuisticamente, o que ganha destacada importância¹²³.

Em relação à Convenção da Criança, esta opera, assim como a Constituição da República, como uma regra geral, a orientar todo o ordenamento e possuindo regras específicas. Mesmo sem estabelecer procedimentos específicos, cabe aos Estados-contratantes moverem-se para sua implementação.

Frisa a Convenção da Criança, nesse sentido, a necessidade de os Estados-parte adotarem mecanismos institucionais e práticos para o desenvolvimento pleno das crianças, com uma vida feliz junto à sociedade, que tem a igual obrigação de priorizar a criança e o seu desenvolvimento sadio.

Nesse aspecto se, por um lado, a CH80 buscava operacionalizar a célere repatriação, a Convenção da Criança serve como de supedâneo para preencher qualquer hiato normativo procedimental.

Publicada por meio do Decreto nº 99.710/90, preconiza em seu art. 3º:

“Artigo 3º 1. **Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.** 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a **proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar**, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, **tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.** 3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada”.
(grifou-se)

¹²² Promulgada no Brasil pelo Decreto 672/92, prevê no artigo 19 que “*Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.*”

¹²³ Cite-se, exemplificativamente, que o caso envolva pessoa com deficiência, atraindo a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto nº 6.949/09) de *status* constitucional.

A norma, sem maiores rodeios, estabelece que os esforços em proteção à criança não podem ser economizados. Embora não diga o que é o melhor interesse da criança, é clara a leitura que os esforços para definir que todas as ações (o que inclui procedimentos de qualquer natureza) não devem ser mitigados na busca da proteção – e definição – do Direito.

A relação da assertiva com a CH80 se dá pelo hiato desta: não cumpre aplicar a Convenção da Criança para afirmar que uma criança deve ser repatriada ou mantida, mas aplicar o diploma na operacionalização da CH80, somando todos os esforços possíveis para que a definição do melhor cenário para a criança seja alcançada da forma mais zelosa possível.

Indo além, a Convenção da Criança é por condição inerente norma de direitos humanos, possuindo quatro princípios de importante constatação neste trabalho, quais sejam: o princípio da não discriminação (artigo 8º); o princípio do interesse superior da criança (artigo 3º); o direito da criança ao desenvolvimento (artigo 6º); e, para o estudo em comento, principalmente o direito da criança a ter a sua vontade e opinião consideradas, por meio de oitiva (artigo 12º), transcrevendo-se este último:

“1. Os Estados Partes garantem à criança, **com capacidade de discernimento**, o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe digam respeito e essas opiniões devem ser devidamente tomadas em consideração de acordo com a sua idade e maturidade; 2. Para este fim, **é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe digam respeito, seja diretamente, seja através de representante ou de um organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional**”. (grifou-se)

Se a CH80 é omissa sobre o procedimento – com a ressalva de seu artigo 30¹²⁴, que admite a produção de provas, e mesmo da parte final do artigo 13, acerca da manifestação – são diversos os dispositivos que asseguram uma operacionalização cautelosa, inclusive de igual – ou superior – ordem hierárquica. Pelo artigo acima transcrito, a própria escuta da criança é prevista e deve ser levada a processos de CH80.

No caso, enquanto a Convenção operacionaliza a busca pelo melhor interesse da criança, tais dispositivos materializam a realização do procedimento sobre o corolário, como logo será melhor alvorecido como exemplos.

¹²⁴ Art. 30: “Todo o pedido apresentado às autoridades centrais ou diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante nos termos da presente Convenção, bem como qualquer documento ou informação a ele anexado ou fornecido por uma Autoridade Central, deverá ser admissível para os tribunais ou para as autoridades administrativas dos Estados Contratantes”.

A capacidade de discernimento, nada obstante ser analisada casuisticamente, é alterada pela forma como será feita a oitiva. Para uma criança de 14 (quatorze) anos, a oitiva pelo juiz natural e pelo órgão ministerial de sua vontade pode soar comum; mas mesmo para uma criança mais jovem deve ser possível. E embora mencione ser ouvida, o último princípio acima indicado não condiciona por quem (juiz natural, órgão ministerial ou equipe técnica), apenas que a opinião e o estudo da criança, seja direta (em oitiva no processo), seja indireta (por uma perícia judicial), deve ser considerada.

Acompanham, neste aspecto, os outros princípios (pleno desenvolvimento e superior interesse), que devem ser buscados com todos os esforços por quem opera processos em matéria de Convenção.

Em realidade, até escutas diretas poderiam ser obtidas de modo alternativo, como uma visita *in loco*, onde o próprio magistrado e/ou o fiscal da lei, no dever de tutelar o melhor interesse da criança, proceda com uma oitiva complementar no local em que se encontra (como a escola). Tais escutas diretas talvez soem distantes da realidade, mas são alternativas concretas.

Feito este parêntese, mesmo uma criança com menor discernimento objetivo pode ser ouvida de forma indireta, *através de um representante ou organismo adequado*, com uma escuta qualificada ou testes específicos, tais como o *Rorschach*. Trata-se de uma forma de prover a garantia a todas as crianças, não as segregando por idade, especialmente quando há recursos alternativos que garantam a oitiva para todas.

Esta implementação deve ocorrer casuisticamente, mas é por meio da aplicação de tais princípios de modo amplo que se operacionalizará, adequadamente, a CH80, de um lado viabilizando uma análise ampla e, de outro, não implicando em hermenêutica expansiva da exceção.

Para fins deste capítulo, o que deve ser pacificado é a regra da Convenção da Criança – e não apenas esta – pôr-se como uma necessária norma complementar à Convenção. Qualquer posição distinta estará, em realidade, colocando limites a dispositivo editado para ser aplicado de forma ampla, visando à máxima proteção à criança.

Não obstante, mesmo que soe oposto à parte da doutrina defensora da pronta repatriação, há uma norma expressiva, de eficácia plena, acerca do direito da criança, como sujeito integral de direitos, de ser ouvida. Isto leva diretamente, sob um crivo prático, às provas técnicas, ponto nevrálgico desta construção, bem como à oitiva pelas próprias autoridades judiciárias para a apreciação dos artigos de exceção.

Sem desconsiderar que “*não se trata de uma Convenção de direito de família ou de normas de direito material, mas sim de uma Convenção de cooperação internacional*”¹²⁵, cabe ao ordenamento local a sua efetivação, sob pena de violar a absoluta prioridade da criança, e levando a discussões processuais infinitas e contrárias não apenas à proteção integral da criança, como à própria celeridade.

É dessa maneira que a proteção da criança e do adolescente será percebida com o *status* de prioridade absoluta, sendo dever da comunidade, da família e do Estado a sua integral proteção, também nos moldes do art. 227 da CRFB/88.

A proposição ora formulada não busca aventar, em pura teoria, o conceito de prioridade absoluta, mas denotar que a proteção dos interesses da criança sobrepõe-se, quando da aplicação do direito, a qualquer outro bem jurídico em pauta. A sua matéria prevalece a qualquer forma – devendo não ser contida, mas operacionalizado da maneira mais ampla possível.

Portanto, da presente construção depreende-se o seguinte: (i) inexistência de conclusão acerca da hierarquia normativa da Convenção, a qual (ii.a) pode ser percebida como norma ordinária, se analisada isoladamente como um diploma de procedimento especial ou (ii.b) como norma supralegal, quando aplicada em conjunto com diplomas materiais. Ainda que percebida (ii.c) como norma de direitos humanos por si só, a sua condição implicaria a leitura integrada com as demais normas dessa natureza.

Em qualquer dos casos, portanto, (iii) a sua percepção deverá perceber as normas materiais, seja para consagrar-se como norma supralegal, quando possuirá os elementos inerentes aos direitos humanos, seja para não violar aquelas hierarquicamente superiores.

Acerca da operacionalização e da produção probatória, além de seguir impreterivelmente a hermenêutica da proteção integral da criança, que nunca poderá ser tímida se o risco for colocar a criança em situação grave ou de difícil reparação, (iv) há normas supralegais que, pautadas na proteção integral da criança, exigem a oitiva e a produção probatória, a *ex vi* a Convenção da Criança, que apresenta um rol não taxativo – ao revés.

Por último, (v) a máxima de proteção à criança para fins da Convenção se refere à ampliação do procedimento, o qual pode ser otimizado para não se

¹²⁵ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme (org.). Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014. P. 12

estender no tempo, visando a ser cuidadoso, mas não à ampliação da hermenêutica da exceção, que é restrita ao julgador.

Dessa forma, uma vez que a Convenção apresenta lacunas, deve ser percebida com a *Lex fori* em sua integralidade, especialmente no que concerne às normas de igual hierarquia e de natureza material, aplicando-as diretamente, sob pena de violá-las – e de violar-se.

Como uma última conclusão, toda a defesa que isola a Convenção ou refuta a necessidade de observância de outros diplomas e de dilação, não apenas periga equivocar-se em um plano argumentativo-teórico, como invariavelmente nega a realidade social, legal e jurisprudencial. Perigo este que, como alertado, mais afetará certos grupos sociais, ponto que não merece ser despercebido, especialmente quando a criança transversaliza e compõe todas as camadas da sociedade.

Também por essa razão, e como vem sido levantado pela jurisprudência dominante, caso arguida uma exceção, a proteção da criança deve ser considerada em seu aspecto fático, e não puramente teórico-formal; e, em vez de se insurgir contra uma realidade duramente sedimentada, mais pertinente é a criação de mecanismos que operacionalizem, em um plano efetivo e inclusivo, o direito de todas as crianças retidas ou subtraídas.

Parte II – A experiência brasileira na aplicação dos artigos sobre o não retorno

5.

A ausência de uniformidade para a verificação dos artigos de exceção

Neste ponto, ingressa-se no debate acerca da ausência de uniformidade encontrada na experiência brasileira. No caso, discutem-se as divergências no resultado final, acerca do retorno ou não retorno, e especialmente no procedimento para verificar a exceção, ora com enfoque nas provas.

Como aventado, se a produção de provas para a decisão de guarda será de competência exclusiva do juízo da residência habitual (o juiz natural), a autoridade do país em que foi retida/transferida a criança ou adolescente é autorizada a produção quando houver uma exceção, nos abertos termos convencionais.

No Brasil, cabe à Justiça Federal processar os processos de Convenção¹²⁶, iniciando no juízo de primeiro grau da Seção Judiciária que abrange o local onde está a criança; e após, em caso de recurso, à Corte regional (segundo grau), para fins de revisão; e, posteriormente, na experiência brasileira, há a possibilidade de recursos raros às Corte superiores, especialmente o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Cabe indicar, ainda, que caso a parte que cometeu o ato ilícito promova uma ação de guarda na justiça comum (de família), o mesmo processo será suspenso até a definição da repatriação pela Justiça Federal, sendo prejudicada qualquer decisão prolatada pela Justiça Estadual até o desfecho da matéria de CH80¹²⁷.

A construção acima, apesar de sólida, decorre de definição jurisprudencial, o que se ilustra para indicar como os julgados, em matéria de CH80, formam o Direito.

Como demonstrado, a implementação da Convenção depende da *Lex fori*, a qual, no caso brasileiro, possui um vácuo normativo: alguns pontos, como a competência, foram sanados, outros não, utilizando-se diplomas processuais

¹²⁶ São diversos os julgados do STJ acerca da competência, valendo indicar recente para fins de consulta: AgInt no AgInt no REsp 1904802/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022.

¹²⁷ Sobre o tema, SIFUENTES, Mônica. Pedido de restituição x Direito de guarda: análise do artigo 16 da Convenção de Haia de 1980. In LEX Coletânea de Legislação e Jurisprudência, ano 33, n. 392, agosto/2011. LEX Editora S.A. São Paulo, p. 12.

comuns, como o CPC, insuficientes a sanar completamente o hiato. Dessa forma, há um preenchimento pela jurisprudência¹²⁸, a viabilizar tamanha distinção.

Como exemplo de assuntos ainda longe de pacificação prática, enquanto alguns tribunais entendem pela inafastabilidade de prova pericial (como o STJ), outros possuem menor rigor (como o TRF3); enquanto alguns possuem entendimento quase uníssono pelo não retorno (como o TRF3), outros têm a “inclinação” a este entendimento mitigada (como o TRF1).

Por um lado, não cabe criticar a atuação do magistrado na tomada da decisão final, pois é prerrogativa que lhe é privativa, ainda que sobrevenha recurso posterior. Contudo, cabe a crítica em relação ao procedimento até a mesma, prestando-se o presente trabalho a explorar se há relação de causalidade entre os resultados e os procedimentos.

Não se olvida afirmar que foi enviado pela presidência do STJ ao Ministério da Justiça o Anteprojeto de Lei para abordar a implementação da Convenção¹²⁹, visando, especialmente, a conferir celeridade aos trâmites processuais em matéria de Convenção. Contudo, seja no que se refere aos conceitos, seja no que concerne às provas, o projeto se mostra insuficiente, notadamente diante de uma realidade jurisprudencial sólida existente, pouco alterando a realidade presente.

Igualmente, o CNJ editou a Resolução nº 449/2022¹³⁰, em 30 de março de 2022, que acaba por atravessar o Anteprojeto – enquanto este segue os trâmites necessários –, o qual é inovador e opera como um manual institucional, mas tímido em relação à problemática desta dissertação.

Dessa maneira, o que se tem por ora, como principal formadora do Direito relativo à matéria em análise, é a jurisprudência.

Pois bem, para apreciar a falta de procedimento específico para operacionalizar a Convenção é necessário remeter ao seu artigo 1º (objetivos) e 3º (definições do ato ilícito), constatações fundamentais para que as autoridades

¹²⁸ Importante frisar que, no Brasil há o sistema de *Civil Law*, romano-germânico, que tem a lei como fonte imediata de Direito. No entanto, há, sobretudo em matéria prática, uma força dos precedentes, cuja importância é consagrada no próprio CPC, citando-se as súmulas vinculantes do STF e os acordãos repetitivos do STJ (art. 926 e seguintes e 1.030 e seguintes).

¹²⁹ Em 15/03/2022, elaborado pelo Conselho de Justiça Federal, o presidente do STJ, Ministro Presidente Humberto Martins, enviou ao MJ o Anteprojeto de Lei. O arquivo não se encontra, nesta data, com fácil acesso pela internet, razão pela qual se disponibiliza o arquivo na plataforma Google drive, no seguinte link: <https://drive.google.com/file/d/1p1goAEiT5qGX1XGLxpAZ95yzOB1iIU45/view?usp=drivesdk>

¹³⁰ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original131217202204016246fa3199959.pdf>, acesso em 20.04.2022.

do país para o qual a criança foi transferida ou mantida possam decidir sobre o retorno e sobre as exceções a este, efetivando o princípio da prioridade da criança.

Para atingirem-se os objetivos convencionais, diretamente ligado ao entendimento de que a subtração gera efeitos negativos, um rito uniforme a todas as autoridades de um mesmo Estado-contratante é – ou deveria ser – uma condição inafastável.

Dessa forma, não olvidando afirmar que o entendimento de que a ordem final decorre do “*poder discricionário dos juízes do país em que a criança se encontra após seu deslocamento*”¹³¹, mais do que se preocupar com o resultado de retorno ou não retorno, a preocupação deve ser com a operacionalização da Convenção, não apenas mitigando excessos de discricionariedade, como garantindo o seu cumprimento de ordem procedimental.

Portanto, se o país não possui regras claras sobre o procedimento para a referida verificação, como se percebe no Brasil, não há apenas uma discricionariedade inerente ao processo, mas um *despotismo*, como já alertara, sob o mesmo viés protetivo à criança, Janus Korczak.

5.a.

Contornos Práticos da Jurisprudência na aplicação dos arts. 12 e 13, “b”, da Convenção

É nesse diapasão que o problema efetivamente emerge. Pautado na *ratio* de proteção integral da criança, ainda que verificada a ilicitude – a subtração/retenção –, percebe-se uma exceção ao retorno imediato – prevista nos artigos 12¹³², 13¹³³ e 20 da Convenção, as duas primeiras objeto de estudo.

¹³¹ DOLINGER, Jacob. Direito Civil internacional: a família no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245.

¹³² Art. 12 “Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. 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 retomo da criança”.

¹³³ Artigo 13 “Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar: b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança

5.a.i. Comentários ao artigo 12

A primeira exceção, como previamente exposto, visa a resguardar o bem-estar da criança/adolescente adaptada com a vida no novo local, ganhando relevo o lapso temporal. Como dados que indicam uma ambientação, cite-se a dinâmica familiar, amigos, profissionais de saúde e de educação, idioma, educação: elementos práticos a indicar uma adaptação.

O primeiro ponto a ser comentado é o seguinte: no que pese o artigo mencionar o retorno imediato caso não transcorrido o prazo de 1 (um) ano *“entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante”*, as cortes não observam consensualmente o lapso temporal, variando igualmente sobre a adaptação e pelas razões que ocasionaram a transferência.

Isso porque, de acordo com entendimento encontrado no STJ¹³⁴,

“Consoante se extrai da exegese do art. 12 da Convenção de Haia, mesmo quando não ultrapassado o prazo de um ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, lícita será a recusa de sua restituição, caso ela já se encontre integrada no seu novo meio.”

A construção jurisprudencial, por mais importante que seja, não resolve integralmente o problema, seja por não se tratar de decisões vinculantes, seja porque há decisões conflitantes. Igualmente, a faixa etária da criança é tocada de modo diferente pelo tempo¹³⁵ – como vem sido percebido em diversos julgados¹³⁶.

Por sua vez, como segundo aspecto comentado, as provas que podem convencer o juiz natural sobre a adaptação não possuem um contorno específico.

fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança”.

¹³⁴ Aqui cita-se o mais recente precedente do STJ, o REsp 1880584/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 18/11/2020. No caso, houve a repatriação, mas resta claramente exposta a flexibilidade do prazo.

¹³⁵ Sobre o tema, Jacob Dolinger indica que mesmo ultrapassado o período que a Convenção de Haia entende ser o necessário à adaptação da criança, a repatriação é viável, pois a sua capacidade de resiliir, isto é, readaptar-se, ainda é viável (op. cit., p. 130), havendo de se assumir, contudo, que a recíproca pode ser verdadeira, demandando um estudo técnico para se inferir a possibilidade adaptação.

¹³⁶ Uma criança na primeira infância não possui a mesma noção espaço-temporal que um adolescente; os elementos internos ainda estão em construção; a velocidade de adaptação e resiliência são distintos. A problemática se refere à total indefinição de como percebê-lo, havendo de modo solto, possivelmente arbitrário, o prazo de 1 (um) ano, como aduziu Beaumont, Paul R.; McELEVAY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. London: Oxford University Press, 2004, p. 203), pelo que a discricionariedade ganha espaço.

Em matéria de tamanha delicadeza, cujo provimento judicial é de natureza satisfativa, as provas mínimas deveriam ser regulamentadas, com uma certa padronização, inclusive no que se refere à integração e à possibilidade de nova adaptação.

Perceba-se que as provas técnicas vêm sendo crescentemente realizadas, na esteira dos casos do STJ comentados no capítulo 5.b., porém ainda sem critérios específicos seja de quando devem ser produzidas, seja de como devem ser.

Como será demonstrado quando da análise dos precedentes, quando uma decisão de um órgão *ad quem* reforma uma decisão *a quo* com base nos mesmos elementos, certamente o faz não apenas pelo seu dever de aplicar o Direito, como pela ausência de definições conceituais precisas (a adaptação) – o que é potencializado pela indefinição dos ritos (com destaque na necessidade de prova pericial e seus parâmetros). Revisões compõem o devido processo legal.

Entretantes, superando o princípio do *duplo grau de jurisdição*, quando esta experiência de entendimentos opostos é reiterada em um mesmo processo, em uma mesma Corte, ou quando se percebe que Tribunais têm posições divergentes em casos análogos, há um problema grave, viabilizado pela ausência de definições conceituais e procedimentais lineares que autorizam a não percepção da criança como sujeito ativo e integral de direitos ao conferir ao julgador tamanha discricionariedade. É o que ocorre, por exemplo, no caso brasileiro em relação ao artigo 12.

O problema decorre não apenas da falta de estrutura dos órgãos, mas, sobretudo, da falta de determinação para que determinada dilação específica ocorra, o que então obrigaria um imediato desenvolvimento dos órgãos, compatibilizando a dilação com celeridade.

Há críticas robustas a estipular que “*constituir provas no país de refúgio somente em dois casos: se o pedido de retorno for recebido na Autoridade Central ou na Justiça Federal depois do transcurso de um ano*” do ato ou se a criança tiver “*maturidade suficiente para se pronunciar sob sua preferência como residência habitual*”¹³⁷, sob o risco de desrespeitar a Convenção.

Contudo, a prática, que será ilustrada por meio dos precedentes judiciais, demonstra que a dilação não é limitada – e não deveria ser.

¹³⁷ MEIRA, Rodrigo Santos. Dissertação de mestrado. *O Paradoxo da Criança Adaptada: crítica à aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no Brasil*, orientador INEZ LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS. Brasília, 2018. p. 51

A teoria tampuco: para além de a Convenção não apresentar hipóteses específicas, ao revés (conforme artigo 30), a jurisprudência brasileira trabalha os diplomas complementares a fim de implementar a norma, cujo retrato foi apresentado no capítulo 4 sobre a hierarquia das normas.

Nessa linha, ensina Nadia de Araújo que as exceções são “*amparadas nas defesas dos direitos fundamentais*”, notadamente o princípio do melhor interesse da criança, assegurado no art. 227 da CRFB/88, o qual atinge todo o sistema jurídico nacional.

Coloca-se como um vetor axiológico a condicionar a interpretação das normas inferior. “*Por isso, na aplicação da Convenção, o magistrado precisa ter em mente a aplicação do princípio da proteção da forma mais ampla possível*”¹³⁸.

Daí que a operacionalização da Convenção precisa de linearidade mínima, para então desenvolver-se, respeitando o seu conteúdo procedimental e todas os pontos materiais subjacentes de forma sensível e real, o que vem sido reconhecido pela jurisprudência.

Por essa razão, o maior desafio não é afastar a prova acolhida por todo o ordenamento; menos ainda negar uma realidade consagrada. O grande degrau é atingir meios de, sem frustrar direitos fundamentais sólidos, resguardar um procedimento desburocratizado que motiva a Convenção, para então buscar o contorno do que é a integração ao meio.

Não suficiente, talvez como a maior crítica, o terceiro ponto ora comentado é aplicação do artigo 12 pelas Cortes em relação estrita com o art. 13, “b”, o que mitiga o rigor para a análise temporal. Uma criança adaptada de fato sujeitar-se-ia a uma situação intolerável caso repatriada, de acordo com grande parte da jurisprudência.

Há uma relação indissociável e, não raro, há fundamentação no artigo 13, “b”, pautado na adaptação, como se a abordagem fosse de um mesmo dispositivo. Ou no artigo 12, pautado no grave risco psicológico. É o que ilustra a Lista de Casos anexa, dos quais alguns serão comentados no capítulo 5.b.

Perceba-se, na linha do mais recente julgado do STJ (o qual reconheceu a repatriação), que exatamente após mitigar a rigidez do prazo do artigo 12, complementa que , “*da mesma sorte, os arts. 13 e 20 dessa mesma Convenção de Haia também indicam exceções à obrigatoriedade de restituição*”

¹³⁸ARAÚJO, Nádida. Op. cit. p. 357

da criança, independentemente do tempo em que já se encontre residindo no Estado Parte requerido”¹³⁹.

Em outro precedente, agora da Segunda Turma¹⁴⁰, a União manejou recurso especial indicando negativa de vigência ao artigo 12 da CH80. Contudo, em aplicação desta “as crianças mais viveram no Brasil do que na Espanha”, referindo-se o relator à integração.

Por seu turno, continua, “a jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que, configuradas as situações excepcionalíssimas do art. 13 da Convenção de Haia, é possível manter a criança no local onde se encontra”.

O reconhecimento da leitura indissociável pela jurisprudência precisa ocorrer, seja para alterá-la por meios próprios (como edição de Lei), seja para desenvolver o procedimento de forma a mitigar os possíveis danos da aplicação simbiótica, o que se mostra mais ponderado.

O desafio, portanto, para fins de delimitação do artigo 12 deve, em recíproca verdadeira, decorrer do esclarecimento preciso do artigo 13, o qual poderia advir não apenas de Lei, como de formações específicas – e mesmo da célere dilação probatória voltada a ambos, inclusive a técnica –, iniciando-se os comentários práticos sobre a aplicação do mesmo.

Por ora, contudo, deve-se ter em pauta os seguintes comentários ao artigo 12: (i) a integração ao meio segue o parâmetro de 12 (doze) meses para análise, mas pode ser mitigada; (ii) a adaptação pode ser demonstrada por qualquer tipo de prova, sendo recomendável que haja uma padronização, especialmente no que se refere à prova pericial, conforme entenimento consolidado pelo STJ; e (iii) uma criança adaptada à nova realidade, repatriada de modo automático e sem cautela, pode sujeitar-se a situação intolerável e de grave risco, pelo que há relação muito próxima dos artigos 12 e 13, “b”, como destacado pela jurisprudência.

Como último comentário, (iv) a jurisprudência¹⁴¹ não apenas tem ponderado a integração, ao analisar o artigo 12, como estuda a possibilidade de uma nova adaptação na residência habitual, com a mitigação da aplicação ampliada dos artigos 12 e 13, “b”, a demandar igualmente provas específicas, inclusive a pericial.

¹³⁹ Cf. nota. 130, da Primeira Turma do STJ.

¹⁴⁰ REsp 1387905/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 24/05/2017

¹⁴¹ Nesse sentido, REsp 1390173/RJ, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 28/10/2015

5.a.ii. Comentários ao artigo 13, “b”

Especificamente sobre a segunda exceção (art. 13, “b”) – o risco que estaria submetida a criança/adolescente, acaso determinada a ordem de retorno ao Estado da qual foi subtraída –, a questão que o intérprete se faz cabe formular ao leitor – “o que seria um risco ou uma situação intolerável?”.

Conforme transcrito, há entendimentos que afastariam ou restringiriam qualquer produção probatória sobre o risco. É a própria orientação recente do CNJ, comentada no capítulo 7.

Contudo, sobre um conceito que sequer há definição específica qualquer restrição à sua percepção atenta de modo direto aos direitos da criança. Houvesse, de fato, a definição normativa de que o risco se limita à definição de Schuz¹⁴² ou de Dolinger¹⁴³ (crises humanitárias), não haveria espaço para dúvidas.

Há precedentes¹⁴⁴ que ilustram o entendimento:

“O art. 13, “b”, da Convenção desobriga as autoridades do Estado envolvido de ordenarem a repatriação quando existir ‘risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável’. **O risco caracterizador dessa hipótese excepcional deve ser “grave” e satisfatoriamente comprovado in concreto, incumbindo o ônus inteiramente ao genitor-infrator. São insuficientes alegações genéricas ou veículo, aberto ou disfarçado, de preconceito, clichê ou ufanismo nacionalista. Logo, o retorno do menor e a inevitável separação do genitor-infrator não configuram, de maneira automática, a exceção referida na Convenção**, que deve ser interpretada restritivamente, evitando-se sua banalização e o consequente esvaziamento, pela porta dos fundos, do tratado em si.” (grifou-se)

Contudo, não é essa a jurisprudência majoritária:

“Consoante se extrai da exegese do **art. 12 da Convenção de Haia, mesmo quando não ultrapassado o prazo de um ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, lícita será a recusa de sua restituição, caso ela já se encontre integrada no seu novo meio. Da mesma sorte, os arts. 13 e 20 dessa mesma Convenção de Haia também indicam exceções à obrigatoriedade**

¹⁴² Schuz, Rhona. The Hague Child Abduction Convention: a Critical Analysis. Chapter 11.

¹⁴³ DOLINGER, Jacob. Direito civil internacional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 257.

¹⁴⁴ Nesse sentido, REsp 1788601/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 30/10/2019

de restituição da criança, independentemente do tempo em que já se encontre residindo no Estado Parte requerido”. (grifou-se)¹⁴⁵

Antes de se assumir posição sobre objeto de tamanha delicadeza, cumpre constatar os limites do que é o risco, tanto em visão teórica e doutrinária, quanto em uma visão prática e forense, com vistas a compatibilizar a proteção integral da criança com a celeridade inerente à Convenção.

De fato, a alínea “b” do art. 13 visa a proteger a repatriação quando puder gerar danos físicos ou psíquicos, ou qualquer situação intolerável, mas não apresenta rol taxativo – ou mesmo exemplificativo.

A doutrina, a par dessa vasta incerteza, que discute até a simbiose com o artigo 12 e a ruptura como o “novo meio”, expõe que o mecanismo para se aferir a presença de riscos no retorno é por meio de perícia técnica. É esta a posição defendida por Mazzuoli e Mattos¹⁴⁶, por exemplo.

Não há de se falar, portanto, em prescindibilidade da prova, recordando que a aplicação do princípio da proteção da forma mais ampla possível é uma vertente que harmoniza sem excessos irreparáveis os interesses em pauta¹⁴⁷.

De qualquer modo, ainda que parte da doutrina limite o art. 13, “b”, a situações públicas e extremas, capazes de atenção de veículos midiáticos, e divirja sobre a necessidade de instrução, a jurisprudência brasileira não se inclina à leitura, inclusive com tendência considerável a aplicar o inciso “b” do art. 13 como uma consequência do art. 12. Em verdade, não apenas no Brasil¹⁴⁸ verifica-se que os dispositivos são muito aplicados em conjunto.

Isto posto, há, aqui, dois comentários gerais à aplicação do artigo 13, “b”: (i) parte da jurisprudência busca isolá-lo, com leitura compatível com ricas doutrinas, restritas a casos humanitários; e (ii) a maioria entende que a criança

¹⁴⁵ Cf. precedentes citados no capítulo anterior (RESsp 1387905/RS e 1880504/SP). No caso, ainda mais importante perceber a jurisprudência dos TRFs conforme lista de casos, que aplicam usualmente o grave risco no retorno lastreados no artigo 12, ou a adaptação lastreada na situação intolerável do artigo 13 “b”.

¹⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MATTOS, Elsa de; Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência. *Revista dos Tribunais*. v. 954, p. 239-254, abril. 2015, p. 244

¹⁴⁷ Sobre o dilema da contradição em pauta, confira-se: ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. Comentário ao RESP 1.239.777: O dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 28, jun, 2012, p. 111-137. Disponível também em <https://secureservercdn.net/198.71.233.110/1vo.dd8.myftpupload.com/wp-content/uploads/2020/10/COMENTA%CC%81RIO-AO-RESP-1.239.777-O-DILEMA-ENTRE-A-PRONTA-DEVOLUC%CC%A7A%CC%83O-E-A-DILAC%CC%A7A%CC%83O-PROBATO%CC%81RIA-NA-CONVENC%CC%A7A%CC%83O-DA-HAIA.pdf>, p. 3.

¹⁴⁸ BEAUMONT, Paul R.; McELEVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 139

não pode, sob jeito algum, sujeitar-se a um risco ou situação intolerável, o que pode ser ligado à retirada de seu novo meio e de suas figuras de cuidado, não se tratando de “clichê ou ufanismo nacionalista”, mas de uma proteção integral da criança.

Como formas de sanar o problema, apresentado em capítulo próprio mas ora antecipado, ou caberia a edição de Lei que defina o que é o artigo 13, “b”, bem como a sua relação com o artigo 12, o que não soa como uma possibilidade próxima; ou, especialmente, a adoção de procedimentos institucionais que chequem, sob um viés estritamente técnico e ligados profissionais da saúde, se a situação pode incorrer no dispositivo, sendo uma hipótese mais verossímil e acessível na experiência brasileira.

Por ora, o comentário mais preciso em relação ao artigo 13, “b”, é a sua aplicação pela jurisprudência brasileira de modo vago, discricionário, sujeito ao relator ao qual sorteado o processo e, não raramente, vinculado ao artigo 12, do qual seria uma consequência.

5.b.

A jurisprudência brasileira sobre a instrução probatória: o STJ e os TRFs da 1ª e 3ª Regiões

Para trazer base à alegação deve ser demonstrada a vasta divergência jurisprudencial nas Cortes brasileiras, diagnosticando o problema material.

Sobre o **Superior Tribunal de Justiça**, o qual possui como missão constitucional a uniformização da interpretação de normas infraconstitucionais, dos 14 (quatorze) acórdãos encontrados no âmbito em seu portal¹⁴⁹, referente à exceção ao retorno que inclua o 12, ou 13, “b” da Convenção, dos últimos 10 (dez) anos¹⁵⁰, sintetizados na lista de julgados, (i) 6 (seis) determinaram ou confirmaram a manutenção da criança no Brasil, (ii) 5 (cinco) definiram ou confirmaram o retorno ao país de origem. Por seu turno, (iii) 3 (três) versavam especificamente sobre a prova pericial, e não sobre a ordem de retorno, como indica a lista de precedentes.

¹⁴⁹ Palavras-chave: “Convenção de Haia”, “sequestro” e “exceção”.

¹⁵⁰ Não há acórdão disponível para o ano de 2022. Há um único acórdão anterior ao período descrito, que é o único proferido por colegiados de Turma da Primeira Seção. Os demais acórdãos de período anterior sobre o tema são das outras Turmas, não se prestando em via teórica, mas especialmente prática, a demonstrar (inclusive para fins recursais dentro da Corte) divergência.

Em relação à ordem final, portanto, percebe-se uma proporção equilibrada, mas se deve recordar que o STJ não possui, em teoria, função de órgão revisor, mas de uniformização, inclusive por óbices formais (cite-se a súmula nº 7/STJ).

Em relação à operacionalização, ponto central do trabalho, constata-se que dos 14 (quatorze) casos, em 13 (treze) houve prova técnica, produzida pelo Juízo ou particular¹⁵¹ – ponto a ser cotejado à frente –, cuja fundamentação é conferida nos votos, e em apenas 1 (um) houve a negativa de produção de prova pericial assim concluída pelo STJ.

Em 3 (três) precedentes onde não havia a prova técnica o STJ determinou a sua produção, não havendo o lapso temporal interferido, outra matéria a ser aprofundada posteriormente.

O único acórdão que negou a produção, o REsp nº 1.351.325/RJ, Segunda Turma, de lavra do Ministro Humberto Martins, em 10.12.2013, atual presidente da Corte, restou consignado que embora não seja a regra de retorno absoluta, *“o ônus da prova da existência de exceção que justifique a permanência do infante incumbe à pessoa física, à instituição ou ao organismo que se opuser ao seu retorno”*.

Continua asseverando que *“o julgador ou a autoridade tem a discricionariedade de formar seu convencimento no sentido do retorno ou da permanência da criança”*, ou seja, poderia dispensar determinadas provas para a verificação das exceções – no caso a pericial –, não sendo obrigado a deferi-la, no caso concreto, eis que o processo administrativo foi iniciado em menos de 1 (um) ano do ato ilícito, muito embora o processo fosse antiquíssimo.

No que pese a publicação do julgado há longa data, bem como não se tratar de entendimento majoritário – ao revés –, sobrevivendo jurisprudência distinta da Primeira Turma, da mesma Segunda Turma e da Primeira Seção do STJ¹⁵², reflete uma posição ainda presente nas Cortes regionais, a vir a confirmar a ausência de linearidade no procedimento e a potencializar a divergência jurisprudencial sobre o retorno e o não retorno.

¹⁵¹ Tratando-se de processos sob segredo de justiça, há maioria apenas menciona a existência de pericia, mas se encontra casos específicos que mostram haver tanto judicial quanto particular, o que por si ilustra uma ausência de regra no procedimento.

¹⁵² Neste ponto, necessário frisar a Súmula 7/STJ: *“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”*. Em termos práticos: a súmula é utilizada pelas Cortes regionais, no exame de admissão do recurso especial; e, novamente, pelo STJ, que, entendendo que se busca o reexame de provas. Ainda que haja julgados diversos, tratando-se de uma matéria robustamente de fato, a construção jurisprudencial pelo STJ também possui óbice sumular.

Em contrapartida, e seguindo o REsp 1.239.777/PE e o EREsp 1.458.218/RJ¹⁵³, este prolatado pela Primeira Seção do STJ, a prova técnica vem sido uma regra para a aferição do art. 13, “b” e do próprio art. 12, com o qual tem uma relação próxima, sendo posição majoritária no STJ.

Nesse sentido, em 75% dos 4 (quatro) acórdãos que versavam apenas sobre perícia houve a sua concessão, junto àquela Corte Superior.

Quando em 13 (treze) dos 14 (quatorze) precedentes que chegaram ao STJ, ainda que não fosse a perícia o objeto principal¹⁵⁴, a mesma foi realizada, demonstra-se a sua presença em maioria considerável de 92,85% dos casos julgados por órgãos colegiados da Corte.

Há, claramente, uma inclinação do Superior Tribunal de Justiça, uniformizada pela Primeira Seção em recente aresto, segundo a qual foi o “*pedido de oitiva e perícia psicológica deferido considerando a prevalência absoluta do superior interesse da criança*”, cujo entendimento deve servir de parâmetro em processos sobre a matéria.

O retrato do STJ, contudo, não é igual ao das Cortes regionais. Isso porque grande parte da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, sem uma determinação institucional e sem decisões vinculantes, destoa do entendimento dominante do STJ, especificamente no que concerne à prova técnica (meio).

Como exposto na apresentação do trabalho, os precedentes encontrados junto à consulta pública do TRF da 2ª Região¹⁵⁵ são exíguos,

¹⁵³ “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” (EResp 1458218/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 03/05/2018)

¹⁵⁴ Neste aspecto, é importante destacar que embora haja prova pericial em 92,85% dos casos, não há linearidade também na natureza das provas (particulares ou judiciais), e menos ainda dos critérios, como será aprofundado à frente. Portanto, ainda que seja rico o debate sobre a (des)necessidade de prova, seria muito mais sério e efetivo se a discussão fosse quem produzirá a prova, especialmente um órgão neutro e imparcial.

¹⁵⁵ Rio de Janeiro e Espírito Santo.

tendendo, em qualquer cenário, ao retorno – como se vislumbra, inclusive, de recursos especiais originários do Rio de Janeiro. Os precedentes junto ao TRF da 4ª Região¹⁵⁶ apresentam menor quantidade, a maioria até o ano de 2014 e sobre recursos de agravo de instrumento e mesmo conflitos de competência, pelo que não se aprofundará. Por sua vez, os julgados do TRF da 5ª Região¹⁵⁷, embora ponderados, apresentaram pequena resposta aos parâmetros da pesquisa, certamente em decorrência do segredo de justiça.

A presente pesquisa, como anteriormente justificado, portanto, será focada nos precedentes dos TRFs da 1ª¹⁵⁸ e 3ª¹⁵⁹ Regiões, que apresentam maior banco de dados público disponível, iniciando-se o cotejo daquele e destacando-se que apenas são considerados precedentes prolatados por órgãos colegiados.

No **Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, dos 13 (treze) casos encontrados junto ao portal do Conselho da Justiça Federal¹⁶⁰, de 2016 a 2021¹⁶¹, determinou-se apenas em 4 (quatro)¹⁶², em que uma exceção (artigos 12 e/ou 13, “b”) foi arguida, a ordem de retorno.

Pelo que se indica, houve retorno em 30,76% (trinta por cento e setenta e seis centésimos percentuais), enquanto houve a manutenção em 69,23% (sessenta e nove por cento e vinte três centésimos percentuais) dos casos.

Por sua vez, dos casos em que houve a repatriação, em dois não há a informação sobre a perícia¹⁶³ (aparentam não ter ocorrido, mas não se pode afirmar com propriedade sem acesso à íntegra dos processos, sob segredo de justiça); e, em outros dois, expressamente não houve perícia.

¹⁵⁶ Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

¹⁵⁷ Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Alagoas e Sergipe.

¹⁵⁸ O TRF da Primeira Região tem competência sobre os seguintes estados brasileiros: Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima, Tocantins e o Distrito Federal.

¹⁵⁹ O TRF da Terceira Região tem competência sobre os seguintes estados brasileiros: Mato Grosso do Sul e São Paulo

¹⁶⁰ Pesquisa com o parâmetro de busca “Convenção de Haia” realizada no Conselho da Justiça Federal, de 2010 a 2021, totalizando 25 (vinte e cinco) casos. Disponível em <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. O setor de pesquisa jurisprudencial do TRF1 remete diretamente ao CJF.

¹⁶¹ Não há caso disponível na consulta pública da Corte para o ano de 2022, até a data base de 20/03/2022.

¹⁶² Apelações 1002566-71.2019.4.01.4300 e 1002566-71.2019.4.01.4300.

¹⁶³ Apelações 1000137-22.2018.4.01.3313 (processo iniciado em prazo inferior a um ano) e 1005715-81.2019.4.01.3813 (ausência de risco no retorno).

Portanto, percebe-se que 100% (cem por cento) dos casos em que houve o retorno são os mesmos em que não há estudo técnico. Concluem, sem prova pericial, pela ausência de adaptação e/ou ausência de risco¹⁶⁴.

Em um destes, a apelação 1004497-64.2017.4.01.3400, DJe 24/11/2021, houve fundamentação central no art. 12 da Convenção e em sua interpretação conforme o “REsp 1.351.325/RJ, Ministro Humberto Martins, 2T, DJe 16/12/2013”, acima citado, a concluir pela dispensa da prova.

Nos precedentes em que a exceção foi acolhida – 9 (nove) dos 14 (quatorze) ou 69,23% –, constata-se 1 (um) caso, apenas, em que não houve uma prova técnica¹⁶⁵, datado de 2016, em que se entendeu que a adaptação da criança, no processo iniciado 4 (quatro) anos antes, seria notória, provendo-se o apelo¹⁶⁶.

Ou seja, 8 (oito) dos 9 (nove) casos em que não houve o retorno, há presença de perícia, o que representa que em 88,88% (oitenta e oito por cento e oitenta e oitenta e oito centésimos percentuais) houve a prova técnica.

Se todos os casos em que houve o retorno são aqueles sem perícia, como inferido dos parágrafos anterior, em 100% (cem por cento) das perícias judiciais junto ao TRF1 houve a conclusão pela presença de exceção, cuja constatação é importante para comparação a ser feita à frente.

A Corte Regional da Primeira Região, como se depreende da lista de julgados, majoritariamente decide pelo não retorno e tende à determinação da prova técnica – seguindo o mesmo corolário do melhor interesse da criança, o que se amolda aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, com enfoque no EREsp 1.458.218/RJ, sedimentado pela Primeira Seção.

Contudo, esta aparenta apresentar uma relação de causalidade da repatriação e perícia, notadamente quando em todos os casos de retorno são aqueles sem prova técnica, sendo a recíproca verdadeira: todos os casos em que há a prova técnica houve a ordem final de não retorno. Relação esta que, se verificada, poderia mostrar-se um tanto indevida, não apenas pela hermenêutica, mas – principalmente – pela forma como os laudos são elaborados, o que ganhará maior destaque quando comparado ao TRF3.

¹⁶⁴ Apelações 1004496-64.4.01.3400 (menos de um ano, mencionando não haver o risco: na fundamentação aplica o REsp 1.351.325/RJ). 1002566-71.2019.4.01.4300 (ausência de exceções)

¹⁶⁵ Apelações 0030786-18.2012.4.01.3500, na qual se constatou a desnecessidade de perícia, presumindo-se a adaptação e o risco; e 1003815-08.2019.4.01.3314 – onde não se localizou informação sobre o estudo técnico.

¹⁶⁶ Apelação 0030786-18.2012.4.01.3500.

Ainda assim, mesmo em casos sem prova técnica pode haver ordem de não retorno¹⁶⁷, o que mitigaria o nexo de causalidade entre o estudo e a manutenção, e apenas corroboraria a necessidade de prova técnica, desde que o assunto seja desenvolvido junto aos setores auxiliares da justiça.

De qualquer forma, o TRF1 demonstra ter uma interpretação um tanto adstrita aos laudos elaborados e é possível que não haja contornos necessários à sua elaboração, quando se percebe que em todos os estudos há uma mesma conclusão, em que a situação fática inferida é subsumida ao dispositivo excepcional.

Como se demonstrará, seja para o retorno, seja para o não retorno, a prova é – ou deveria ser – apresentada, mitigando discricionariedades excessivas que podem coincidir ou não como o melhor interesse da criança. Contudo, é importante que os parâmetros sejam também uniformes, o que será aprofundado no capítulo 6, sob pena de apenas delegar a outrem uma discricionariedade excessiva.

Ademais, a relação de causalidade que soa existir entre o estudo e o retorno ou não retorno no TRF1 não deveria ser uma alternativa para que se obtenha o retorno: a alternativa plausível é o preparo de equipes técnicas em matéria de Convenção.

Denota-se, com base nos julgados do TRF1, que provas são indeferidas ou deferidas dada a discricionariedade do Juízo – e talvez diante das estratégias postas em mesa pelos causídicos, especialmente se conhecedores da dinâmica forense –, restando um infante à luz do hiato normativo, sujeito a estratégias calculistas de um *jogo sem regras* claras e, também, à sorte quando da distribuição do processo.

O mérito sobre o retorno ou manutenção, como arguido, não é o foco deste trabalho, mas sim a robustez do processo até a tomada de decisão e, ainda, a viabilidade de se recorrer ao Superior Tribunal de Justiça, com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional¹⁶⁸, para a produção de uma prova que poderia ser facilmente produzida e utilizada como supedâneo para a fundamentação¹⁶⁹, que busca de fato conhecer a realidade da criança.

¹⁶⁷ Apelação 0030786-18.2012.4.01.3500, sob o fundamento de que as exceções eram evidentes, dispensando estudo técnico.

¹⁶⁸ Art. 105, III, CRFB/88.

¹⁶⁹ Aqui, cite-se que é raríssimo STJ reformar um recurso, conforme súmula 7/STJ, aplicável para o reexame de provas; posição pouco distinta quanto à determinação da realização da prova nunca feita.

Antecipando a crítica social, que atinge a maioria dos processos que deveriam estabelecer um pronto procedimento protetivo à verificação, o entendimento local molda o final (irrecorrível ou que não superará o Juízo de admissibilidade) especialmente para crianças de famílias que não possuem ampla capacidade econômica (e formas de financiar exaustivamente recursos).

Em contrapartida, um procedimento probatório poderia ser garantido e realizado desde o início. Remetendo à assertiva de que o *entendimento local molda o final*, quer-se dizer que as decisões anteriores, ainda mais se seguindo uma ampla instrução, acabam por definir e delimitar de modo robusto o porvir do processo. A reforma é a exceção, especialmente se a decisão anterior for embasada em fatos e provas.

Portanto, por mais judiciosa em teoria que possa ser uma crítica contrária a instruções amplas, deve ter em pauta, impreterivelmente, que sua aplicação atinge mais famílias não abastadas. A crítica contrária à produção seria rica em teoria, mas afetaria em plano prático grupos sem o mesmo acesso ao *artigo 5º, LV*, alheia à realidade social do país em que se vive – o que será objeto de capítulo próprio.

Não suficiente, a falta de procedimento uniforme deixa a criança também em situação de desigualdade com seus pares regionais, cujos resultados podem ser distintos se, ao acaso, tiverem domicílio em outro ente da federação.

Nesse aspecto, inicia-se o cotejo do **Tribunal Regional Federal da Terceira Região**. Em pesquisa diretamente no portal da Corte¹⁷⁰, dos 8 (oito) casos encontrados nos termos da pesquisa¹⁷¹, entre os anos de 2016 e 2021, 7 (sete) acolheram a exceção e 1 (um), apenas, determinou a ordem de retorno¹⁷². Resta imperativo mencionar ainda que não há precedentes disponíveis para o ano de 2022¹⁷³.

Das decisões colegiadas, portanto, percebe-se que 87,5% (oitenta e sete e meio por cento) determinaram o não retorno, enquanto apenas 12,5% (doze e meio por cento) o retorno, o que ilustra uma inclinação do entendimento da Corte, especialmente por tratar-se de convicção sem a presença de prova técnica.

¹⁷⁰ Disponível em <http://web.trf3.jus.br/base-textual>

¹⁷¹ Pesquisa com o parâmetro de busca “Convenção de Haia” e “exceção”.

¹⁷² Apelação 0002402-81.2013.4.03.6110, Des. Federal SOUZA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, em 22.08.2017. Para além do prazo temporal objeto da construção, encontrou-se a Apelação 0000491-35.2011.4.03.6100, Juiz Convocado MARCIO MESQUISA, PRIMEIRA TURMA, em 2.10.2012 e Agravo 0009609-65.2012.4.03.0000, Des. Federal COTRIM GUIMARÃES, SEGUNDA TURMA, em 12.6.2012, em igual sentido.

¹⁷³ As pesquisas foram atualizadas até 04/2022.

No caso, a inclinação é ainda superior ao do TRF1 quanto retorno – em que 69,23% dos precedentes mantiveram.

No caso do TRF3 ganha destaque o fato de que no único caso em que houve o retorno foi determinada a prova técnica, a qual verificou a ausência de risco (art. 13, “b”)¹⁷⁴.

Apesar de tratar-se de um único precedente, infere-se que 100% (cem por cento) dos casos em que houve a ordem de retorno são aqueles em que houve o estudo técnico, denotando à luz da jurisprudência que não é a perícia um fator determinante ao não retorno, ao revés.

Não obstante, no TRF3 em todos os casos em que não houve a prova técnica foi ao final decidido o não retorno¹⁷⁵. Isto é, em 100% (cem por cento) dos precedentes sem prova houve a conclusão de não retorno, em movimento oposto ao do TRF1, em que 100% (cem por cento) dos casos que decidiram pelo retorno são aqueles sem prova técnica – e no qual os únicos casos em que houve retorno foram aqueles sem perícia, a ilustrar uma *possível tendência* oposta ao TRF3.

O entendimento das Cortes destoa de forma discrepante, ilustrando uma possível inclinação discricionária. Neste sentido, mesmo que os casos não sejam uníssonos, as exceções em matéria de CH80 em síntese alegam a integração ao meio e/ou o risco no retorno.

Outrossim, ainda que haja especificidades, quando as decisões em 100% dos casos, sem estudo pericial, em um Tribunal, diverge de 100% das decisões de outro Tribunal, também em casos sem perícia, percebe-se no mínimo uma inclinação hermenêutica em matéria de Convenção.

Mais que isso, destoando do TRF1, ainda seria possível afirmar que há uma relação inversa de causalidade da ordem com o estudo técnico: em todos os casos de retorno no TRF3, o mesmo se justificou no resultado da prova técnica, enquanto nenhum do TRF1, com perícia, concluiu pela ausência de exceção.

Ou seja, também dentro das formações das juntas pode haver uma inclinação ou preparação distinta, o que decorreria não apenas da ausência de fiscalização (do Judiciário, Ministério Público e dos próprios causídicos), como – principalmente – de formações que podem ocorrer de modo distinto nas diversas partes do país.

¹⁷⁴ Apelação 0005514-51.2010.4.03.6114.

¹⁷⁵ Apelações 0016040-22.2010.4.03.6100 e 0001552-18.2017.4.03.6100: as provas foram entendidas como dispensáveis, pois a adaptação e o risco seriam evidentes (simbióticos), prescindindo-se a opinião técnica, que poderia ter conclusão distinta dos fatos.

É evidente que cada caso deva ser visto singularmente, não podendo ser feita uma afirmação geral, o que seria irresponsável em assuntos dessa delicadeza. Mas periga haver preparos distintos aos setores auxiliares da justiça dos respectivos Tribunais. Sendo um perigo concreto ou abstrato, a forma de ser sanado dá-se apenas por meio de formações uniformes de todos os setores auxiliares dessa única Justiça Federal, tanto para a elaboração dos laudos, quanto para a fiscalização ulterior da metodologia utilizada.

Dessa forma, transcendendo qualquer juízo de valor e dando concretude ao perigo narrado, denota-se a ampla discricionariedade, seja para determinar um retorno sem verificar com *experts* o dano (como o faz o TRF1¹⁷⁶), seja para determinar um não retorno, mesmo que não verificado por um profissional técnico (como tem ocorrido no TRF3). No mesmo sentido, a discricionariedade na elaboração dos laudos, deve ser sanada – ou mitigada – apenas por meio de formações específicas e de preferência institucionalmente.

Como **considerações finais** deste capítulo, percebe-se que no caso de uma transferência, a criança que reinicia a vida em São Paulo (TRF3) pode ter mais chance de restar no Brasil do que a de Brasília (TRF1).

Aquela que foi transferida para o Mato Grosso do Sul deve, ainda, evitar um estudo técnico: há um entendimento sólido do TRF3 em processos sem perícia; já a família daquela criança dos estados da Primeira Região deveria, a todo custo, buscá-la: além de todas as perícias judiciais concluírem pela exceção, todas as ordens de retorno são em casos sem a referida prova.

A conclusão vale também para a União: se o processo tramitar na circunscrição do TRF3, a União teria, pelo que se infere dos casos aqui listados, mais razão estratégica em buscar uma perícia. A mera possibilidade de se traçar estratégias dessa natureza é colocar a criança na posição de sujeitar-se a um xeque-mate, o que causa – ou deveria causar – uma indignação a todos os envolvidos e ao Estado.

Portanto, ainda que tal estratégia seja positiva para alguém (União ou genitor), toda e qualquer trilha processual deve valorizar, exclusivamente, o melhor interesse da criança, que não deveria estar sujeita à sorte e a elementos dessa natureza. Soa estranho, mas é o que uma análise dos precedentes ilustra e o que operadores do Direito podem implementar.

Todos os casos do TRF1 pelo retorno não tiveram perícia, com conclusão de que inexistiria exceção, apesar da ausência de estudo; todos os

¹⁷⁶ 0030786-18.2012.4.01.3500

casos do TRF3 pelo retorno são aqueles sem perícia. Inclusive, a partir dessa leitura, é viável que famílias possam repensar os seus pedidos em processos.

Não há como responder de modo claro, pois são especulações restritas ao livre convencimento do juiz natural, mas a pesquisa indica um caminho, trilhado pela discricionariedade de alguns de modo distinto da de outros e que gerariam diferentes conclusões de acordo com o ente federativo onde se encontra a criança.

Não se trata, contudo, de um *jogo de xadrez*, ainda que seja esta a prática forense de muitos que tecem páginas sobre o melhor interesse da criança. Nessa análise de estratégia pelo êxito a criança sempre sucumbirá, pois não haverá regras que de fato busquem o seu melhor interesse; apenas melhores comandos para uma *partida* desregrada visando o próprio “deferimento”, seja qual for o pedido.

Um procedimento igual (especialmente no que se refere à perícia, desde que os profissionais sejam também restritos a regras claras) tornaria a decisão mais judiciosa e igualitária às duas crianças das distintas regiões. Ademais, também seria bem sucedida em mitigar as discricionariedades.

Em primeira síntese da lista dos julgados, portanto, depreende-se (i) entendimentos diversos sobre o procedimento, decorrente de uma lacuna normativa preenchida por precedentes não vinculantes; qual seja, (ii) a construção jurisprudencial pela Corte Superior para a produção de prova técnica a fim de verificar o artigo de exceção; (ii.a), cuja observância não é obrigatória ou mesmo seguida à risca pelas Cortes Regionais; e (ii.b) cuja análise prática demonstra relação quase simbiótica entre o art. “12” e “13.b” no que concerne à produção, podendo ocorrer em processos com menos de 12 (doze) meses, nos termos sintetizados na lista de julgados, os quais, diante de insurgências e ausente uma linearidade institucional, escalonam-se no tempo.

Depreende-se, ainda, (iii) movimentos destoantes de Tribunais distintos, mas de uma mesma Justiça Federal, dos quais (iii.a) alguns são inclinados ao retorno, enquanto outros ao não retorno, nos casos sem perícia, (iii.b) havendo a mesma conclusão para os estudos técnicos, cuja realidade pode advir da falta de parâmetros uniformes para as juntas periciais.

5.b.i.

Estudo de caso: o melhor interesse da criança em Convenção decorre da melhor operacionalização do processo

Inexistindo um procedimento claro, o que se verifica pelos textos contidos nos próprios acórdãos, caminham órgãos distintos, mas de uma única Justiça Federal, para entendimentos divergentes sobre como se verificar uma exceção – potencializando distinções e mesmo subativismos ao interpretá-la.

É de se destacar, ademais, que o dilema hoje superado pelo STJ não era incomum em outras jurisdições. Nadia Araújo e Daniela Vargas, nesse sentido, demonstram que “*talvez a questão enfrentada seja uma das mais tormentosas nos casos da Convenção da Haia*”, porquanto desafiador “*equilibrar-se a celeridade na devolução, com a dilação probatória, sempre demorada*”¹⁷⁷.

Contudo, uma vez constatado o problema, este merece ser sanado de forma concreta, sob pena de conferir perpetuidade a uma situação injusta em diversos aspectos. Cumpre, assim, de modo prático, dar concretude à alegativa, especialmente no que se refere ao excesso de discricionariedade e de como um *jogo sem regras* pode ter estratégia traçadas de modo errado ao interesse, que não é o mesmo da criança.

Junto ao TRF da 3ª Região, em recente julgado de 2020, o qual em grau de apelação reformou a sentença determinando o não retorno, decidiu-se:

“(…) não realizada a perícia judicial em razão de seu indeferimento pelo Juízo Processante, e à vista dos elementos constantes dos autos - que apontam para uma plena adaptação da menor à comunidade em que vive, no Brasil, tenho que a decisão que melhor se coaduna com o princípio constitucional da prevalência absoluta do superior interesse da criança é a de se presumir que a abrupta modificação deste estado de coisas importará em sua exposição a riscos de ordem psíquica, sendo este um motivo a mais para se rejeitar o pedido deduzido pela União nestes autos”.¹⁷⁸

A perícia, após insurgência da AGU, por estratégia que poderia ser considerada mal traçada (como se depreende dos dados acima), foi indeferida em primeiro grau, quando se determinou o retorno da criança. Tratava-se de, *a priori*, um êxito da União.

Em grau recursal, contudo, com base nos mesmos elementos cognitivos, ainda sem perícia, o órgão revisor obstou o retorno, dada a *plena adaptação* e a *exposição a riscos de ordem psíquica* – o que denota a relação simbiótica – dispensando-se igualmente um parecer técnico.

¹⁷⁷ Op. cit. p. 10

¹⁷⁸ Apelação 0001552-18.2017.4.03.6100, Relator Des. Federal WILSON ZAUHY, PRIMEIRA TURMA, em 14.08.2020 – pesquisa realizada junto ao TRF3.

O primeiro problema é a divergência conceitual sobre adaptação e (consequentes) riscos, a qual seria ao menos mitigada se presente um parecer técnico – ou um rito específico a ser seguido que não deixasse qualquer parte sob a sombra de uma discricionariedade excessiva. Como visto, esse mesmo caso poderia ter um entendimento final diferente no TRF1 (em que todos os retornos são aqueles sem perícia).

Não obstante, extrai-se do voto que o pátrio poder, em Portugal, era de ambos os genitores, não havendo guarda regulamentada, o que atrairia, em teoria, a Convenção.

Contudo, “*a criança vivia com a mãe (...) de tal sorte que se conclui que era apenas a mãe quem efetivamente exercia o direito de guarda, e não o genitor, como bem registraram os apelantes*”, do que já se depreende a guarda em duas distintas leituras: a de fato e a de Direito.

Uma prova técnica, se realizada desde quando requerida em primeiro grau, não apenas mitigaria as chances de uma reforma ou anulação futura pela instância *ad quem*, como o faria em escala ainda maior em relação ao Superior Tribunal de Justiça, obstado de reexaminar provas por seu óbice sumular nº 7. Esta prova técnica inclusive tornaria menos necessária que novas leituras da guarda, um tanto quanto restrita em matéria de CH80 (que deve ser regulamentada ou decorrente de Lei, e apenas de uma situação de fato) fossem precisas.

No caso, autorizando o *despotismo*, a ausência de procedimento institucionalmente definido imperou, tanto em primeiro grau (retorno), quanto em segundo grau (não retorno).

A criança está ou não está adaptada e se verifica ou não se verifica o risco no retorno, que pode ser ou não ser mitigado. Os dois entendimentos não podem coexistir sem um lastro mínimo. Ainda que haja uma zona cinzenta, uma das leituras equivoca-se. A referida zona nebulosa seria limitada por meio de um estudo específico.

Insistindo-se neste ponto, ainda que os casos, permeados por Direito de Família, sejam únicos, não é razoável um entendimento completamente oposto ao anterior sem que haja uma equipe técnica que tenha opinado sobre a verificação da exceção.

Ou que o TRF1 tenha, sem prova pericial, um entendimento (de retorno) oposto do TRF3 (de não retorno) na integralidade dos casos em que não há uma prova pericial.

A revisão indica, no mínimo, a dúvida; e esta, mesmo que não resolvida integralmente, deveria ser no mínimo mitigada por uma equipe técnica preparada para tais questões.

No caso ora comentado, percebe-se que (i) a União insurgiu-se contra a prova técnica; (ii) foi determinada a repatriação; (iii) ainda sem prova técnica, em 14.08.2020, em grau recursal, foi determinado o não retorno.

Mesmo antes do resultado final, em maio de 2022, constatou-se que a União interpôs recurso especial (ainda em 2020), inadmitido na origem; interpôs então agravo em recurso especial (recurso adequado para superar o primeiro juízo de admissibilidade e chegar ao STJ); e, autuado como AREsp nº 1.924.350/SP, foi desprovido monocraticamente.

Agora, decorridos já 2 (dois) anos do acórdão regional, mais um recurso, o agravo interno, concluso à ministra Assusete de Magalhães, quando será pautado a ser julgado pelo colegiado. Em breve haverá novo precedente da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

A União, que lança esforços nos trabalhosos recursos há um triênio, poderia ter não apenas anuído, como se esforçado, pela prova técnica, inclusive para aprimorar o seu interesse recursal, se fosse o caso. Sobre a estratégia traçada, indica-se ainda que no caso do TRF3 todos aqueles em que houve o retorno são aqueles onde se verifica a prova pericial, de modo que não apenas prejudicaria o interesse da criança como da própria União.

Há, portanto, um equívoco no estudo da sua estratégia, o que caberia aos exemplares causídicos formularem para tutelar o único interesse da União: a repatriação. E com ele atuar por uma defesa invariável (a repatriação), porém sem repelir o melhor interesse da criança, que deve ter a situação de fato devidamente apreciada.

Sseja para o retorno, seja para o não retorno, deveria haver uma comunhão de esforços para se buscar qual é o melhor interesse da criança, o que seria operacionalizado por meio de estudo técnico, e não hermenêuticas vagas ou procedimentos pretensamente abreviados.

Enquanto isso, no caso concreto, uma criança e um requerimento de “busca e apreensão” formulada há 5 (cinco) anos pela União. Criança esta detentora de direitos e com prioridade absoluta – e que vive em presumível pavor de ser levada de sua casa: de ser “buscada e apreendida” do local em que vive hoje para o exterior. Ponto este relevante de destacar, porquanto existente nas vidas que preenchem os processos e que não merece ser despercebido por nenhuma construção doutrinária.

Por mais que ao operador do Direito seja exígua a chance de um êxito da União no STJ, é um drama da vida que não merecia ocorrer. Não merece nenhuma criança viver tantos percalços e demandar, ainda nessa fase da vida, tamanha *coragem* até que *esfrie* e *sossegue*. Deveria ser, com comunhão de esforços, mitigada, com uma operacionalização própria: neste caso, com uma célere perícia. A criança demanda proteção.

Espera-se que não seja de senso comum o que ocorreu neste processo, que traz contornos práticos ao leitor sobre o princípio de melhor interesse da criança, previsto seja na Constituição, na Convenção da Criança, ou aquele do preâmbulo da CH80.

Percebe-se, ademais, que o resultado junto ao TRF3 foi o acima talvez devido ao sistema de *livre sorteio*. Poderia ter outra distribuição e outro andamento (caso distribuído ao TRF1, cite-se).

Contudo, mesmo se houvesse um resultado oposto ou se fosse uma estratégia melhor formulada, ambos teriam um mesmo elemento comum: o processo não foi operacionalizado percebendo a criança como um sujeito ativo e integral de direitos, com dilações e buscas concretas de seu melhor interesse. Há um litígio entre Estados, entre famílias e sabe-se mais o que, mas que não valoriza, como o ordenamento obriga, a criança: independente de quem logre êxito ao final, o procedimento impróprio provocou a sucumbência da criança.

A tese contrária pode sustentar-se em obra escrita ou nos limites textuais do recurso, mas os contornos práticos são insustentáveis à criança, que deve ter a Convenção operacionalizada tendo em pauta, insista-se, a realidade de fato: é a forma como levado adiante o processo que deve tutelar o melhor interesse dessa criança, e não o de outrem.

5.c.

Análise crítica à divergência: a verificação da produção probatória e da duração razoável do processo e da igualdade a partir de precedentes do Superior Tribunal de Justiça

Muito embora o ponto nodal seja uma análise macro dos casos que tramitaram junto a Cortes brasileiras, cabe apresentar a relação da causalidade entre a dilação e a morosidade a partir de casos concretos, com vistas a trazer contornos concretos à possível existência.

Como apresentado, uma das críticas centrais a processos em matéria de Convenção CH80 se refere à demora e ao prêmio que não pode ser dado

àquele que cometeu o ato ilícito¹⁷⁹, o qual emerge como uma consequência do transcurso do tempo.

Com base na jurisprudência do STJ, que serve em teoria e na prática como órgão máximo em matéria de CH80, serão cotejados alguns casos concretos que chamaram maior atenção.

Os precedentes apresentados neste capítulo visam a dar contornos reais sobre: (i) não ser a prova pericial que torna o processo moroso; (ii) a produção do laudo não ter causalidade direta com a ordem de retorno; e (iii) em viés estritamente prático, os processos em que os laudos são produzidos apresentarem maior dificuldade de serem reformados ou anulados no Superior Tribunal de Justiça, que sequer chega a “conhecê-los” (não adentram no mérito), o que também tornaria uma execução prévia da sentença, que tem caráter satisfativo, mais judiciosa e responsável.

Os primeiros a serem apresentados se referem a precedentes que versavam, exclusivamente, sobre a prova pericial, havendo a dicotomia de duas teses centrais: (i) o caso deve “*ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica*”¹⁸⁰, e, de outro lado, (ii) “*o julgador tem a discricionariedade (...) entender que não haveria necessidade de parecer técnico em casos de retenção nova. Assim, viável o indeferimento da perícia com base no art. 12 da Convenção*”¹⁸¹.

Não se busca, aqui, discutir o cabimento de prova quando alegado o artigo 12, especialmente por sua aplicação pelas Cortes brasileiras, em regra, de modo indissociável com o artigo 13, “b”. Busca-se, sob um viés pragmático, desconstruir entendimentos que atribuam à dilação probatória a responsabilidade pela morosidade.

Dos recursos especiais acima citados, no primeiro (REsp 1.239.777/PE), a criança foi retida em julho de 2007, a Autoridade Central brasileira foi instada em outubro de 2007. Ajuizada a ação pela União, as provas sobre o artigo de exceção (artigo 12) foram indeferidas. A adaptação, como

¹⁷⁹ DOLINGER, Jacob. Direito civil internacional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 251; MARTINS, Natalia Cambas. SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: As exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças - Interpretação judicial da adaptação da criança. 1ª Edição. Curitiba: Editora CRV, 2013; e MEIRA, Rodrigo Santos. *O paradoxo da criança adaptada: crítica à aplicação da convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças no Brasil*. 2018. 183 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

¹⁸⁰ REsp 1.239.777/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/4/2012

¹⁸¹ REsp 1.351.325/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013

indicado, poderia colocar a criança em situação intolerável caso repatriada. Em 2012 – isto é, 5 (cinco) anos após – o STJ determinou a realização de prova.

Neste sentido, a prova pericial, como demonstrado, poderia ter sido realizada por equipe multidisciplinar em semanas, no início do processo, mas transcorreu meia década para que a sua necessidade fosse reconhecida.

No segundo precedente (REsp 1.351.325/RJ), igual em relação ao transcurso do tempo, foi, ao final, indeferida a produção de prova pelo STJ. O processo foi iniciado mais de 3 (três) anos antes do julgamento pelo STJ: parte das provas requeridas (prova pericial multidisciplinar) para aferir a exceção foram denegadas e apenas em 2013, houve a decisão final pela Corte Superior.

Nesse precedente, seja por “falha” da parte, ao não demonstrar que a criança poderia sujeitar-se ao grave risco, na linha da jurisprudência do STJ; seja por hermenêutica consolidada do relator, com distinção mais contundente do artigo 12 e 13, “b”; seja por uma barreira formal a obstar uma análise material (Súmula 7/STJ), não foi realizado o estudo. A criança foi repatriada, mais de três anos após requerida a prova, sem a sua produção. Pode-se concluir que o seu melhor interesse pode ter sido atendido – ou não.

Em contrapartida, o precedente, como instado no capítulo anterior, é isolado no STJ mas permanece produzindo efeitos junto às Cortes regionais. De qualquer maneira, ainda que ambos os precedentes, proferidos pelo mesmo órgão julgador, diverjam quanto à necessidade de produção, eles também convergem em um ponto: a discussão sobre a sua produção autorizou a extensão superior a triênio às demandas, e não foi a negativa anterior ou no STJ que abreviou o transcurso do processo.

A prova corroboraria qualquer fundamentação, seja para a ordem de retorno, seja para de não retorno, não se prestando tampouco a vincular a decisão futura. Poderia, em ambos os casos, terem sido finalizadas em tempo muito inferior.

Como se não bastasse, ainda que o segundo precedente tenha indeferido com base no artigo 12, é de ser constatada uma realidade, extraída da lista de precedentes, que o Brasil faz uma aplicação direta entre a adaptação e, daí, o risco no retorno.

Ainda que não tenha sido este o dispositivo indicado à época, há uma regra geral de atraí-lo às demandas, o que não deve passar despercebido, especialmente quando algumas crianças certamente terão “defesa” mais sólida que outras. Não havendo uma distinção que atinja a todas as crianças, todas devem igualmente ter acesso à produção, mesmo que não seja invocado por um

defensor: a Convenção da Criança, cite-se, é complementar à CH80 e é norma de ordem pública. Poderia tê-lo sido de ofício ou pelo órgão ministerial.

O ponto é destacar uma realidade potencial de que é menos acessível a algumas crianças, por uma questão de ordem prática de representação. Em ambos os casos, uma prova poderia ter sido já produzida pelo juízo *a quo*, seja sobre a adaptação, seja sobre o risco no retorno, em semanas, afastando discussões que acompanham toda uma infância.

O STJ, em vez de decidir anos após sobre a necessidade de realização, decidiria, se fosse o caso, sobre a aplicação do dispositivo de acordo com um laudo previamente produzido. Mais: todas as medidas cautelares¹⁸² para suspender execuções provisórias de decisões junto ao STJ perderiam força (caso se indicasse não haver adaptação e/ou risco) ou sequer precisariam ser manejadas (caso indicasse, o que deixaria os órgãos anteriores mais cautelosos a realizar uma ordem imediata).

Não suficiente, se os precedentes antigos são das Turmas da Primeira Seção, cumpre fazer breve cotejo sobre o EREsp 1.458.218/RJ, proferido pela própria Primeira Seção, cujo papel é uniformizar a jurisprudência de ambas as Turmas, acerca da prova técnica.

Advém o acórdão de processo iniciado em 2014. Apenas em sede de embargos de divergência, após mais de 4 (quatro) anos e de recurso especial não conhecido, foi determinada a perícia.

No judicioso voto do relator, ministro Og Fernandes, ex-magistrado de Vara da Infância, ficou consagrada a necessidade da prova – e estabeleceu-se que a realizasse em até 45 (quarenta e cinco) dias.

Compatibilizou o procedimento especial da Convenção com a primazia da proteção integral da criança, levando ao tema uma solução concreta que dispositivos legais – e interpretações isoladas dos mesmos – ainda não se desincumbiram de fazer.

Mesmo sendo alguma tese contrária à produção, não há como fugir do fato que não foi o seu indeferimento que abreviou o procedimento, tampouco possui relação de causalidade com a morosidade. Pelo contrário.

A ausência de procedimento uniforme conferiu morosidade ao resultado final, com litígios que se escalonam no tempo; com discussões, autorizadas pela ausência de decisão ou dispositivo vinculante, sobre assunto que

¹⁸² Cita-se especificamente a medida cautelar como um remédio que visa a suspender os efeitos de decisão anterior. É o caso, cite-se, da Medidas Cautelares nº 18.538/RJ e 22.129/RJ.

deveria – ou poderia – ser consensual desde o início, especialmente por buscar, seja qual for o resultado, a análise do melhor interesse da criança.

Destaca-se que mesmo para aqueles que defendem traduzir-se e limitar-se a CH80 à repatriação, tampouco é a prova técnica que evita a ordem final, pelo contrário, como por si indicaria o TRF3: poderia ter sido feita mesmo de ofício, no início, concluindo pelo retorno, mas sem obstar que uma criança seja devidamente estudada.

Outrossim, mesmo quando há laudos no sentido do não retorno, por haver adaptação e/u risco, o magistrado pode não acolhê-lo. Sob esse entendimento, não apenas por dever ser a hermenêutica restritiva, como pela possibilidade de mitigar os riscos.

Introduz-se, assim, a segunda etapa dos casos comentados.

Sobre o REsp nº 1.727.052/MG, relatado pelo ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, publicado no DJe em 20.11.2018, versa o processo acerca de caso de Convenção de criança nascida em 2011. Com pouco mais de oito meses de idade, esta foi transferida pelo pai dos Estados Unidos para o Brasil, atraindo os moldes convencionais.

A sentença, por sua vez, determinou a restituição, sem instrução mínima, nos termos do artigo 12 (prazo inferior a um ano entre o ato e o processo).

Posteriormente, o Tribunal de origem anulou a sentença e determinou o retorno dos autos ao juízo de origem, a fim de que fosse retomada a instrução processual, com a realização de competente prova pericial, mediante estudos psicossociais. Restou consignado que desde a transferência para o Brasil, transcorreram (à época do acórdão regional) 3 (três) anos de convívio, *“circunstância essa que, ante de qualquer pronunciamento definitivo acerca do seu retorno, impõe-se a observância da norma constante do art. 12 da multicitada Convenção”*. Desta forma, por si percebe-se a mitigação do rigor do prazo do artigo 12.

Isto posto, destaca-se que o MPF buscou a prova pericial, consistente em estudos por assistente social e psicólogo, em relação ao autor e à criança, com a ressalva de ser inviável com o *left behin parent* (a mãe), o que por si poderia também enviar o resultado de um estudo.

A União insurgiu-se contra o acórdão do TRF1 (talvez ciente da possível relação de causalidade, no âmbito da Corte, entre os resultados das perícias e as ordens finais). O STJ, contudo, sequer conheceu o recurso da União.

Transcorreram anos discutindo-se a necessidade da prova que, em qualquer caso, versa sobre o interesse da criança, enfrentando a União não

apenas um entendimento consagrado no STJ, como a sua matéria subjacente, que é a busca pelo melhor interesse da criança com a elaboração do laudo.

A crítica aqui formulada é a seguinte: poderia a União empenhar-se na realização do laudo, na operacionalização do processo, na busca por uma perícia célere em que a mãe também seja ouvida, sem uma exclusão que possa enviesar a produção da prova.

Em outras palavras, poderia empenhar-se no desenvolvimento da prática consagrada e que, independente de sua conclusão, busca conferir o melhor interesse da criança, com comunhão de esforços, junto à Justiça Federal, para desconstruir uma possível conclusão invariável de laudos naquela Corte, o que ocorreria por meio do aprimoramento dos setores.

O que ocorre, contudo, soa como simples interesse litigar contra algo que não observa interesse de ninguém. É o que denota o desfecho do recurso da União, cujo mérito sequer foi apreciado pelo STJ, com a confirmação da realização de prova pericial, sem parâmetros esclarecidos, para, então, se aplicar a eventual exceção.

O que se percebe, em síntese, é uma lide um tanto inócua, que não desenvolve o processo em matéria de Convenção, não atua pela celeridade e tampouco busca a tutela do melhor interesse da criança.

Por sua vez, o REsp 1.390.173/RJ, relatado para acórdão pelo min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, publicado no DJe de 28.10.2015, versa sobre processo de Convenção em que houve a adaptação.

Discute-se os artigos 12 e o decorrente 13, “b”, novamente ilustrando-se a relação de causalidade entre ambos nas diversas Cortes brasileiras.

Depreende-se do acórdão do STJ serem os laudos unânimes sobre ter a criança “*boa relação familiar, encontra[r]-se matriculada em escola e aparenta estar integrada ao seu novo meio social*”. Continua, expondo “*que possivelmente a ruptura de tais vínculos irá lhe gerar algum tipo de impacto psicológico*”. Ou seja, houve adaptação, um risco psicológico e o que, *a priori*, afastaria o retorno.

O mesmo laudo, elaborado por equipe que aplica a exceção, apesar da exceção evidente, continua: “*no entanto, vislumbra-se a possibilidade de que retome o convívio amoroso com o pai*”.

Mesmo que houvesse a adaptação e um risco decorrente da ruptura com o seio familiar no Estado-requerido, entendeu-se existir a possibilidade de uma readaptação, mitigando o risco e a adaptação e, assim, afastando-se as

exceções, as quais foram lidas sob uma hermenêutica restritiva, apesar da operacionalização ampla.

Em outras palavras, a equipe que o elaborou visa precisamente a apresentar contornos claros da criança em matéria de Convenção. É claro que há adaptação; é presumível que exista um risco e um trauma decorrente da ruptura com a figura de cuidados, independente de sua responsabilidade para situação. A questão são os desdobramentos, a intensidade e como compatibilizá-lo, se possível, com a CH80.

O laudo, se preparado por equipe com *expertise* para matéria de Convenção, pode igualmente apresentar contornos para a mitigação do dano – e mesmo formas de enfrentá-lo. No caso concreto, os riscos foram diminuídos e a alegativa de adaptação freada pela possibilidade de uma readaptação e pelo carinho do genitor deixado para trás.

Poderia, ora se especulando em abstrato, ir além: com chamadas de vídeo junto ao parente que cometeu o ato; acompanhamento psicológico; viagens programadas em determinado local; atuação da ACAF para relaxamente com sua congêneros de restrições etc. São inúmeras as possibilidades e as formas concretas que profissionais da saúde têm para mitigar ainda mais os danos psicológicos.

São incontáveis as alternativas, a serem apresentadas por equipe preparada e no caso concreto; mas o ponto é indicar que existem e que devem ser trabalhados por meio de formações específicas, com profissionais competentes e procedimentos minimamente uniformes em matéria de Convenção.

No STJ o recurso especial não foi conhecido (sequer adentrou-se na discussão de haver uma correta subsunção dos fatos delineados aos artigos), o que decorre principalmente da produção do laudo, conclusivo sobre as possibilidades e que não poderiam ser reexaminados pela Corte.

O precedente indica, em síntese, que mesmo quando há uma exceção, a mesma pode ter uma leitura menos simplista e com maiores contornos que viabilizem a repatriação. Reitera-se, portanto, que não é o laudo que impede o retorno. No caso, ocorreu o oposto.

Não suficiente, mesmo em processos em que se adentrou no mérito, um laudo que indica a exceção, sem maiores desdobramentos e alternativas, pode não ser acolhido integralmente pelo magistrado, dados outros contornos concretos.

É o que ocorre no REsp 1.315.342/RJ, relatado pelo min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, publicado no DJe em 04.12.2012. Tratava-se

de emblemático caso de dois irmãos, o mais velho nascido em 15.01.2000 e o mais novo em 13.04.2002, na Noruega, local de residência habitual.

No final de 2006 houve a transferência pela genitora, muito embora fosse o genitor deixado para trás o guardião exclusivo. Ajuizada a ação pela União, inicialmente foi extinto o processo, em clara confusão de implementação da Convenção ou de carta rogatória – o que denota uma grande evolução de processos em matéria de Convenção desde então.

Posteriormente, o TRF2 anulou a sentença. Em nova decisão de primeiro grau foi determinada a busca e a apreensão. Perceba-se que foi elaborado laudo, durante o longo curso do processo, frisando a adaptação, que afastaria, em leitura isolada, o retorno. Ainda assim, após apelação e embargos infringentes (recurso à época existente na legislação processual), a última decisão da Corte regional foi por refutar exceção, não se mostrando adstrita ao laudo.

O STJ, anos após, conheceu o recurso, mas manteve a decisão local. O relator, em seu voto, foi claro ao indicar que os estudos “*demonstraram a adaptabilidade das crianças*”. Entretanto, continua expondo que “*não configura qualquer surpresa e é mesmo óbvio em virtude do tempo em que aqui estão*”. Isso porque, em hermenêutica que não se restringe ao laudo, “*o período de tramitação do processo de busca e apreensão baseado na Convenção*” não poderia transcorrer em desfavor do genitor deixado para trás, o que indica uma interpretação restritiva da exceção.

Tampouco haveria no processo outros dados, em desfavor do genitor ou da situação na residência habitual, que impedissem o retorno: havia uma situação péssima decorrente da “transferência”, mas que não se tornaria ainda pior por conta de sua restituição ao *status quo ante*.

O ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sempre cauteloso em seus votos na busca pelo melhor interesse da criança, ateu-se ao laudo, mas igualmente a outros contornos e provas do processo, que o levaram a concluir pela ausência de um risco no retorno – e, portanto, pela possibilidade da repatriação, mesmo com aquela prova pericial. Por fim, o recurso especial, que teve o mérito apreciado, não foi provido.

A relevância do precedente previamente analisado é ilustrar como não é o magistrado limitado pelo laudo. Este deve ser orientado por ele, mas não adstrito, podendo inclusive determinar a produção de novo, conceder ou determinar de ofício quesitação suplementar, acolher em todo ou em parte impugnações etc.

A conclusão acaba por desconstruir o risco infundado de que um laudo, a favorecer o genitor que cometeu o ato ilícito, apresenta relação com a ordem final de não retorno. Se algo pode favorecê-lo é a ausência de uniformidade no procedimento; a morosidade para a elaboração de um laudo, que um dia será deferido, especialmente às crianças que contam com uma ampla defesa de fato; e a falta de capacitação dos profissionais da saúde da área.

Como consideração final, os julgados acima mostram uma regra geral, que denotam a ausência de causalidade entre a elaboração do laudo e o retorno, seja pela conclusão do próprio laudo, seja pela forma como o julgador vai aplicá-lo. Denotam ainda, em viés prático, que os processos com laudos têm uma inclinação a não superar o juízo de admissibilidade, pela Súmula 7/STJ – e mesmo aqueles que superam não ficam adstritos a essa única prova.

Como conclusão mais importante neste capítulo, demonstram que não existe uma responsabilidade da elaboração do laudo pela morosidade do processo. Estudos podem ser elaborados em semanas, em tempo inferior ao processamento de um único recurso.

Seja qual for a conclusão do laudo, a perícia visa a estudar exclusivamente o melhor interesse da criança em matéria de Convenção, isto é, se há adaptação, se há risco, se há relação entre ambos, se pode ser remediada, o que deveria, ainda mais de acordo com a conjuntura sedimentada, ser um litígio a ser assumido por todos, visando ao desenvolvimento da prática.

No caso do TRF3, apresentado no capítulo anterior, o Juízo de 1º grau indeferiu atendendo à insurgência da União, que “sucumbira” em segundo grau, dois anos após a apelação ainda não há previsão para que o recurso final seja julgado pelo STJ.

A criança do precedente não está segura¹⁸³: esteve nos últimos anos em constante ameaça de alteração de sua realidade, o que poderia, para fins processuais atentos à realidade recursal, ter sido em muito mitigado caso desde o início uma prova fosse realizada.

A “sucumbência” nunca pode ser da criança, mas independente de ser mantida ou repatriada, a criança que viveu grande parte da infância – toda uma pandemia, cite-se – aguardando uma decisão final, o que se vê no caso concreto, experimentando uma perda prática no sentido mais fidedigno da sucumbência.

¹⁸³ Segurança, neste aspecto, não remete à ordem de retorno ou de não retorno, tampouco quem será a figura de cuidados, aspectos sequer ventilado neste cotejo, mas de incerteza e instabilidade em relação ao futuro e em qual país restará.

É a maior prejudicada pela condução do processo. Um estudo técnico mitigaria consideravelmente a desproteção. A chance de reforma pelo STJ, já pequena, seria ainda mais mitigada, independente de qual fosse a ordem final. A proteção à criança, portanto, não deveria se limitar ao papel.

Dessa forma, para além de demonstrar que o tempo pode ser utilizado em conjunto, e não como um adversário, insta reiterar que uma realidade teórica (celeridade) não deve suprimir uma fática (procedimentos atentos à proteção integral). Entendimento contrário é uma retórica insustentável, formulada com bases em hermenêuticas específicas de dispositivos isolados, mas desconstruída por meio de números e de casos concretos, preenchidos por vida de crianças reais. Soa descompromissada com os fatos da vida processual – e da criança.

Para os implacáveis defensores da célere repatriação e para aqueles com maior cautela nos direitos que envolvam a infância, a luta pela operacionalização do melhor interesse da criança em matéria de Convenção deveria ser uma batalha conjunta, a atender ambas as teses, mas especialmente a proteger a criança.

Por fim, embora ambas (celeridade e proteção da criança) sejam normas de eficácia plena, caso uma sobreponha-se à outra, a última deve prevalecer, sendo válido reiterar, para fins desta dissertação, a necessidade de uniformização do procedimento também em atenção ao princípio da igualdade e da efetiva prestação jurisdicional.

5.d. Problema de ordem social

O presente capítulo ganha relevante importância à produção acadêmica. Não é argumento apresentado nos processos judiciais e, até o presente momento, não é se encontra como motivação de qualquer Projeto de Lei. Em realidade, a própria doutrina negligencia e convalida a prática ao ignorar a problemática ora apresentada.

A realidade socioeconômica das famílias brasileiras é de vasta desigualdade, o que é igualmente refletido em processos de CH80. A criança transversaliza todos os grupos sociais; e, a partir de uma perspectiva realista, a capacidade socioeconômica tem seus efeitos diretos no que tange ao seu acesso à Justiça.

Não suficiente, mesmo em matéria de Convenção, onde o leigo poderia supor que os envolvidos têm maior capacidade, moraram no exterior ou

qualquer dado inversossímil, deve-se ter em pauta que não seria uma alegação correspondente ao que se vivencia, sendo restrições financeiras uma problemática na matéria (para custear causídicos, recursos, viagens, perícias, visitas – além de toda a vida fora do processo).

As assertivas têm uma relação de grande importância com a forma como o procedimento seguirá, inclusive em relação às provas. Contudo, mesmo ciente dessa realidade de ordens diversas, há entendimentos como o explanado pelo Conselho da Justiça Federal (“CFJ”), previamente à elaboração do Anteprojeto de Lei, ao editar o *Manual de aplicação da convenção da Haia de 1980*, segundo o qual “a perícia não deve ser uma regra geral para todos os casos de subtração internacional de crianças”¹⁸⁴.

A pergunta ora formulada é: - “não será uma regra para quais crianças?”.

Como já demonstrado, o ordenamento jurídico permite a produção de provas. Crianças de famílias abastadas buscarão, exaustivamente, a garantia desse direito.

A divergência sobre o procedimento não defende ou ataca determinada tese sobre o que é a proteção da criança quando se aborda o retorno para outro país – cujas linhas argumentativas são diversas –, mas que lê a criança como um objeto sujeito ao despotismo, no dizer de Korczak, carente de regras e procedimentos processuais lineares, das quais umas são mais suscetíveis.

O meio probatório, como se depreende dos casos citados neste capítulo, resta à sorte da distribuição do processo e que será, no caso do(a) genitor(a) que cometeu o ato ilícito, sujeito também à sua capacidade de exercer, efetivamente, o direito consagrado no art. 5º, LV, da CRFB/88 (contraditório e ampla defesa), ponto que ganha, também para fins acadêmicos – e deveria para fins institucionais – um destaque preciso.

Todas as teses e acórdãos judiciais sobre o acesso à justiça e capacidade socioeconômica construídos na Academia encaixam-se, precisamente, à matéria de Convenção, não havendo possibilidade de se ignorar essa realidade em matéria convencional. Ainda que caiba ao intérprete, com base nos elementos fáticos dos autos, subsumir determinados fatos a normas e conceitos, com a liberdade inerente a seu ofício, a ausência do procedimento vem catalisado e potencializado a dita discricionariedade, que se mostra uma

¹⁸⁴ Op.cit. p 30.

problemática de ordem social, o que se ilustrará por meio do mais recente precedente do STJ a fim de dar contornos concretos ao leitor.

O REsp 1.880.584/SP¹⁸⁵, relatado pelo min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, publicado no DJe em 18.11.2020, trata de criança nascida na cidade de Madri em 20.4.2010, mudando, após o nascimento, com a mãe (brasileira) e pai (mexicano) para o México.

A genitora, em meados de 2015, indicando maus tratos, mudou-se para o Brasil com a criança: a viagem ocorreu de forma clandestina, “o que fez

¹⁸⁵ *PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERNACIONAL. RECURSO ESPECIAL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS (ONU/1980). REPATRIAÇÃO DE CRIANÇA PARA O MÉXICO. INFANTE TRAZIDO PELA GENITORA PARA O BRÁSIL. PEDIDO DA AUTORIDADE CENTRAL JULGADO PROCEDENTE EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. REFORMA PELA CORTE REGIONAL. NOBRE APELO DA UNIÃO CONHECIDO. EXEGESE DO ART. 12 DA CONVENÇÃO DE HAIA. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ARTS. 1.034 DO CPC E 225, § 5º, DO RISTJ. CASO CONCRETO. MELHOR INTERESSE DO IMPÚBERE. APLICAÇÃO DO ART. 3.1 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (ONU/1989). MANUTENÇÃO DO FILHO MENOR NO LAR PATERNO ESTRANGEIRO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ALEGADA OFENSA AO ART. 20 DA CONVENÇÃO DE HAIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 12 DA MENCIONADA CONVENÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF, APLICADA POR ANALOGIA. REAPRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS REFERENTES À ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA AO CONVÍVIO DOS PARENTES NO BRASIL. QUESTÕES QUE, NO CASO, DEMANDAM O REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. 1. Versa o caso sobre ação de busca, apreensão e restituição de criança, em que a Autoridade Central brasileira, por meio da União, com base na Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (ONU/1980), postula medida judicial que determine o retorno de infante ao lar paterno, no México, de onde foi trazido ao Brasil pela genitora, de forma alegadamente ilícita. 2. Sentenciando o feito, o julgador de primeiro grau deu pela procedência da ação, o que acarretou, logo em seguida (6/5/2017), o retorno do filho do casal para o território mexicano, onde permanece residindo junto de seu pai. 3. Ao depois, em 4/6/2019, a Corte regional deu provimento para a apelação da mãe do infante, determinando o retorno deste último para o Brasil. 4. Consoante se extrai da exegese do art. 12 da Convenção de Haia, mesmo quando não ultrapassado o prazo de um ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, lícita será a recusa de sua restituição, caso ela já se encontre integrada no seu novo meio. 5. Da mesma sorte, os arts. 13 e 20 dessa mesma Convenção de Haia também indicam exceções à obrigatoriedade de restituição da criança, independentemente do tempo em que já se encontre residindo no Estado Parte requerido. 6. Nesse contexto normativo, portanto, não pode prevalecer a tese recursal brandida pela União no sentido de que, "Nos casos em que transcorrido menos de um ano entre a retenção ilícita e o início dos procedimentos de retorno, ainda que a criança esteja adaptada ao novo ambiente, é obrigação da autoridade do país requerido ordenar a restituição da criança". 7. Caso concreto, no entanto, em que já se passaram, até a presente data (outubro/2020), três anos e meio desde o regresso do menor ao México, onde hoje, com dez anos de idade, se presume continuar residindo em companhia do pai. 8. De acordo com o artigo 3.1 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), ratificada no Brasil pelo Decreto 99.710/90, "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança". 9. Levando-se em estíma o incontroverso contexto fático que emerge dos autos, e aplicando-se o direito à espécie (arts. 1.034 do CPC e 255, § 5º, do RISTJ), tem-se que, conhecido o especial apelo da União, mas não se descortinando violação aos normativos por ela indicados, ainda assim o inconformismo deve ser provido, mas na perspectiva de que, na atualidade, consulta ao melhor interesse do filho impúbere do desorientado casal sua manutenção junto ao lar paterno, isto é, em território mexicano. 10. Recurso especial da União conhecido e provido. (REsp 1880584/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 18/11/2020)*

com que o genitor reivindicasse o retorno do filho ao México, invocando, para tanto, os favores da Convenção”.

Em março de 2016 a União ajuizou ação de busca e apreensão e, com fulcro no transcurso do prazo do artigo 12, foi acolhido em maio de 2017. Houve a execução da sentença, que é, por natureza, satisfativa. Em grau de apelação, após o retorno, o TRF3 reformou a sentença. Após, a União interpôs recurso especial e, assistida pela Defensoria Pública da União¹⁸⁶, a genitora apresentou resposta.

Sobre este caso, pondera o relator, contrário à tese da União sobre a adaptação no Brasil,

“que esse mesmo artigo 12, antes ou depois de ultrapassado o aludido prazo anual, consente com a não devolução do infante sob disputa, caso ele já se encontre integrado no seu novo meio (...) ressalte-se, os arts. 13 e 20 da Convenção de Haia, também acima reproduzidos, indicam exceções à obrigatoriedade de restituição da criança, independentemente do tempo em que já se encontre residindo no Estado Parte requerido.” (grifou-se)

A insurgência da União, acolhida, é a de que *“não há risco de o menor sofrer com a ruptura da adaptação ao Brasil, pois ele está no México desde maio de 2017 e lá está adaptado”*. Soa razoável.

Contudo, pode ser arguida apenas porque mesmo antes de processado o recurso contra a sentença ao TRF3, a criança foi repatriada. Ou seja, três anos antes da decisão do STJ, a criança já estava no México, o que levou à conclusão de que estaria adaptada novamente e que não haveria risco.

Em contornos práticos, há situação de perda de objeto, como se a jurisdição brasileira não mais fosse versar sobre o caso, especialmente por se tratar de decisão (cumprida) de natureza satisfativa¹⁸⁷.

Ainda assim, seja o relator, seja nos demais votos (como o do ministro Napoleão Nunes Maia Filho), há ressalva direta de necessidade de proteção integral, que pode não ter ocorrido no caso concreto. No caso, não houve elaboração de laudo – a criança, antes mesmo de apreciado o mérito em segunda instância (que reformou a decisão) foi repatriada.

Ainda que se entenda que a ordem final foi adequada (o retorno), o que não é o objeto deste estudo, percebe-se que é a *categoria* de criança que pode

¹⁸⁶ Dentre os critérios para a DPU patrocinar uma lide, a parte deve assinar formulário sobre a sua hipossuficiência econômica e demonstrar auferir até 2 (dois) salários mínimos. Nesse sentido, a Resolução nº 156/DPU, de 05.11.2019.

¹⁸⁷ Ainda que o STJ confirmasse a decisão do TRF3, pois, haveria um impasse diplomático. O México não procederia com a devolução ao Brasil da criança transferida nos moldes da CH80.

ser alcançada por pedidos de urgência e por decisões que permitam cumprimentos céleres e abreviando dilações precisas: crianças e famílias com menos recursos, que serão *objeto* de busca e apreensão antes que se possa recorrer a um órgão revisor.

Qualquer entendimento distinto pode ganhar espaço em teoria, mas não é compromissado com os fatos, mostrando-se esta crítica por viés estritamente prático: a celeridade sem parâmetros ou procedimentos abreviados afetarão aqueles com o acesso mitigado à Justiça.

Enquanto alguns contam com apoios até de partidos políticos, como se viu na ADPF 172, outros não têm igual assistência – e não conseguem nem mesmo ter um recurso apreciado sem uma prévia execução da sentença. É uma realidade que precisa ser assumida. À falta de uniformidade na operacionalização – a permitir que uma decisão seja cumprida em um mês ou em uma década – estarão sempre mais sujeitas algumas crianças.

O próprio voto do ministro relator e do vogal, disponível na consulta pública do STJ, indicam como, mesmo provido o recurso especial da União, houve uma criança cujo melhor interesse não se conhece. Pode-se afirmar, portanto, que a vida real, concreta, foi transposta ao abstrato e, por mais que a terminologia seja coloquial, houve a *coisificação* de uma criança.

Um laudo, em casos como o cotejado, ingressa então em um problema de ordem social, em que toda criança, e não apenas àquelas com preparadas e céleres bancas de advocacia¹⁸⁸, terão acesso a uma ampla defesa. O foco é a criança, o que deve ser um consenso em todos os operados do Direito. Mais que isso, o foco é toda e qualquer criança. E a Convenção não é – ou não deveria ser – mais um instrumento a viabilizar a categorização de pessoas, como pode ocorrer.

Não suficiente, no Brasil, de um lado, em prol da Convenção – e do retorno –, há o primo trabalho da AGU pelo retorno, vez que o dispositivo da advocacia pública não foi denunciado quando da ratificação, como outros Estados-contratantes o fizeram. Para além da AGU, que conta com trabalho distinto, é possível – e não raro – a participação direta do genitor interessado, corroborando o pedido de repatriação com argumentos de ordem mais pessoal.

De outro, uma figura de cuidados requerida, que pode ter acesso a uma ampla defesa – ou não –, não se olvidando o rico trabalho desempenhado

¹⁸⁸ Como exemplo concreto, proceda-se com pesquisa “Convenção de Haia” e “medida cautelar” ou “Habeas Corpus” junto ao porta do STJ, procedendo-se com a análise das partes nos casos em que houve a suspensão de cumprimentos obrigatórios.

pela Defensoria Pública da União. No entanto, na vida forense real, conhecida pelos operadores do Direito, resta evidente que pode inoconter a *paridade de armas*.

Como demonstrado, o manejo de um recurso especial – ou mesmo de uma apelação com pedido de efeito suspensivo, medidas cautelares que fazem jus a plantões judiciais, dentre tantos recursos –, embora em teoria acessível a toda a população, não é equânime no Brasil – Estado-contratante o qual tem a AGU visando à proteção integral da criança, cuja leitura é invariável quanto à ordem de retorno.

Neste ponto, ainda que o novo Manual da CFJ¹⁸⁹ afirme que “*A União atuará no interesse do cumprimento da Convenção firmada pelo Estado brasileiro*”, em anterior Manual¹⁹⁰, a cartilha traduzia a realidade: “*a União atuará no interesse da pessoa ou instituição que pretende a restituição da criança ao local de sua residência habitual*”.

Apenas os vocábulos foram suavizados, mas seja qual for o melhor interesse real da criança, o cumprimento da Convenção pela AGU terá a mesma direção, que pode ou não coincidir com o corolário, restando ainda mais vulnerável a criança hipossuficiente – e que o causa, ou deveria causar, ao Estado e à sociedade um sentimento de responsabilidade.

Doutrinas semelhantes, segundo as quais “*essa interpretação [do deferimento liminar], que admite a não aplicação dessas medidas por incompatíveis com a ordem judicial do Estado (...) o que ‘representa inegável redução da rapidez e da eficácia dos pedidos de restituição’*”¹⁹¹, acabariam por ser aplicáveis sobre determinadas crianças, da mesma forma.

Ainda sobre a problemática social, a questão da liminar foi retomada no Manual do CFJ e na Resolução 449 do CNJ e, mesmo superado pela União que evita os pedidos, apresenta um grande retrocesso¹⁹². Compatível com as teses contrárias a uma operacionalização ampla da CH80, mas que acabam por restringer a um procedimento seguro a apenas algumas crianças.

¹⁸⁹ Op. cit. p. 27

¹⁹⁰ SIFUENTES & CALMON (Coordenadores). Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 22

¹⁹¹ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme (org.). op. cit. p. 53

¹⁹² Nesse exato sentido, Nádia de Araújo expõe que “uma ordem liminar impondo o retorno, embora possa parecer atingir o objetivo da rapidez em restabelecer o *status quo ante* da situação, é contrária ao espírito da Convenção, porque não permite a análise da questão de todos os seus ângulos, em face de sua natureza manifestamente satisfativa” (op. cit. p. 362).

Mais do que defender tais abreviações, deve-se pensar na adoção de mecanismos operacionais que sejam compatíveis com o ordenamento interno e aplicáveis a todos.

Negar essa realidade é não apenas colocar toda e qualquer criança e adolescente em situação sujeição a discricionariedades, como ocorre com a criança que viveu toda a pandemia vivendo um processo de CH80¹⁹³, como maximizar a vulnerabilidade de criança e adolescentes de determinados grupos sociais, como a criança repatriada antes de processado um recurso ao TRF, distinta de outras de tantos precedentes.

Deve-se recordar, em toda proposta e produção, a realidade fática, seja no aspecto econômico-social, seja no aspecto processual, ponderando em igual sentido os precedentes pretorianos e dos demais diplomas positivados – e, paralelamente, buscar uma operacionalização mais igualitária da Convenção.

Argumenta-se que o ponto aqui desenvolvido não é se insurgir contra a realidade, mas como desenvolvê-la, fazê-la célere e também inclusiva. Mais que buscar a necessidade ou não de realização de determinada prova, insurgindo-se ou não contra a sua presença, a busca é pela linearidade institucional e de *como* deve ser produzida a prova, se assim definida – quando, como, por quem, em quais casos e em quais prazos.

Não há bom direito que possa violar a percepção da criança como sujeito integral de direitos e, quando uma lacuna é grande o suficiente para autorizar que duas teses antagônicas sejam aplicáveis, a criança traduz-se em um mero objeto em disputa, tornando-se ainda mais vulnerável a de origem não abastada.

Há uma exceção ou não há uma exceção; e há procedimentos que devem ou não ser observados para a sua verificação. A negativa da assertiva causa mais, em vez de mitigar, a morosidade na prática, ainda que em teoria sejam previstos dias céleres e um imediato retorno.

A proposta é efetivar a Convenção em comento, buscar o cumprimento desta, com o máximo rigor, mas compromissado com uma realidade de fato e de Direito, sob pena de se restar em uma discussão sempre teórica em matéria que existe no direito vivo – e onde vive uma criança.

Mais: obstando, com os devidos esforços conjuntos, que sejam crianças de certos grupos tratadas como cidadãs de segunda classe. É o que o

¹⁹³ Cf. nota. 166

procedimento abreviado faz, mesmo que haja o suposto melhor interesse de todas as crianças tão frisado.

Por fim, reitera-se que o STJ vem se posicionado de modo majoritário no sentido da ampla produção probatória, como se depreende de 13 (treze) dos 14 (quatorze) precedentes, dentre eles o EREsp nº 1.458.218/RJ.

Sobre os embargos em comento, a decisão da Seção que uniformiza os precedentes das 1ª e 2ª Turmas e reconheceu a necessidade de prova pericial (cf. nota 9) sucedeu outra da Corte Especial, segundo a qual “*em caso de conhecimento dos embargos, deve ser afastada a regra técnica da Súmula 7/STJ, para dar provimento à divergência*”¹⁹⁴.

Mesmo que não sejam decisões vinculantes ou normas que seguiram o processo legislativo, ilustram, de modo claro, a direção trilhada pelo STJ. São os colegiados máximos da Corte e suas posições sobre como deve seguir uma instrução em matéria de CH80. Se uma criança tiver o direito negado, será, via de regra, e em um plano que transcende as letras frias das produções, a criança de determinada classe social.

Portanto, a criança que não seguir essa linha de proteção, como reiterado, será a criança para a qual o 5º, LV, da CRFB/88 é uma letra menos calorosa, cuja vida é mais *desinquieta*: a de família com menos recursos.

A percepção dessa crítica de ordem social deve, especialmente em fins acadêmicos, gerar uma indignação da prática abreviada – e, dela, uma reflexão para desenvolver-se o procedimento, garantindo acessibilidade a todas as crianças. Por outro lado, a negação da crítica gera – ou deveria gerar – uma sensação de responsabilidade, especialmente em país de tamanha desigualdade e diferentes acessos à Justiça como o Brasil.

Se o princípio do melhor interesse da criança é “*reitor da atividade legislativa e das políticas públicas atinentes à criança*”, deve-se ter em mente que todo os atos devem proteger a criança, da edição de Lei à operacionalização do processo pelo magistrado. Isso porque “*procurou-se enxergar um verdadeiro direito subjetivo que pudesse ser, como todo direito subjetivo exigido direta e coercitivamente*”¹⁹⁵, a contemplar, por todos os atores envolvidos e em um plano

¹⁹⁴ EREsp 1458218/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, em 01.06.2016. Na ocasião, o referido órgão ainda referendou decisão monocrática que suspendeu o cumprimento provisório da decisão de maioria da 1ª Turma, encaminhando o feito à 1ª Seção, que posteriormente decidiu pela necessidade de perícia.

¹⁹⁵ MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Declaração Universal dos Direitos da Criança e Seus Sucedâneos Internacionais. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2004, p. 15

prático e associado à realidade, toda criança, e não apenas aquela cujo pai ou mãe tem uma ampla rede de apoio e amplos recursos.

6. Introdução às Perícias Judiciais

Demonstrou-se que mesmo diante de entendimentos distintos, a jurisprudência pretoriana indica que a perícia judicial é uma regra, merecendo implementação, em casos de verificação da exceção.

Seja a do art. 12, mas, sobretudo, a correlata do art. 13, “b”, o seu desenvolvimento mostra-se necessário para que não perigues nenhum processo violar o texto convencional, por morosidade, ou restar em pura teoria, negando a prova, a afetar os ainda mais hipossuficientes.

Em qualquer caso, o primeiro desafio é a definição de procedimentos para a verificação da exceção, reconhecendo-se como premissa para fins deste capítulo a presença da prova técnica nos precedentes do STJ. Assumida a realidade fática, dentro da prova pericial há uma extensão do problema a ser enfrentado: a imprecisão dos parâmetros utilizados nas perícias, o que tem relação íntima com o resultado do estudo.

Inicialmente, expõe-se que os testes psicológicos podem ser traduzidos como instrumentos utilizados para fins de avaliação psicológica, avaliando características ou processos psicológicos. Fundamentados em determinada teoria e método, seguem requisitos de validade¹⁹⁶.

De acordo com os artigos 10 e 16 da Resolução do Conselho Federal de Psicologia (“CFP”) nº 002/2003¹⁹⁷, serão utilizados testes psicológicos que foram aprovados pelo CFP. Nesse mesmo sentido, a Resolução nº 008/2010¹⁹⁸ igualmente estabelece parâmetros.

No entanto, resta enfrentar se é o que ocorre na prática – ou se as centenas de testes viabilizam uma verdadeira discricionariedade a embasar, por conseguinte, as decisões judiciais, reforçando (por alocação) a discricionariedade – não mais de um julgador, mas sim de um especialista ou de uma junta de profissionais da saúde.

Dentre os elementos, pode ser citada a falta de controle – ou mesmo conhecimento do magistrado, do fiscal da Lei e de causídicos – acerca dos mais de trezentos testes psicométricos do CFP: se são observados pelas juntas periciais.

¹⁹⁶ <https://satepsi.cfp.org.br/docs/notaTecnica.pdf>

¹⁹⁷ <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/05/resoluxo022003.pdf>

¹⁹⁸ https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_008.pdf

Não obstante a especificidade da temática, em relação direta, não há formação direcionada aos operadores sobre a temática, seja nas graduações, seja mesmo após. A formação costuma ocorrer, e mesmo aquém do recomendável, para os profissionais da saúde.

Embora o foco seja averiguar a presença de adaptação ou de risco no retorno, quando não há definição de quais os quesitos e respostas se buscam encontrar, há uma carta branca aos profissionais técnicos, de difícil fiscalização pelos operadores do Direito.

Uma perícia sobre a adaptação pode ser formulada e concluída em versos sobre alienação parental, alterando-se o espoco do estudo, o qual, embora correlato, tem como objeto as exceções, sendo a possível alienação um dos elementos a ser ponderado para verifica-la, mas não o elemento central da exceção (salvo se assim for decidido pelo operador do Direito).

Se a problemática geral é uma discricionariedade, alterar o titular do poder discricionário não é uma solução – em realidade, periga ser pior, porquanto descentralizaria ainda mais a ausência de regras, a insegurança jurídica e o *despotismo*.

Sobre o tema, Meira¹⁹⁹ tece comentários contrários à produção probatória, indicando como um dos fundamentos centrais à preocupação a ausência de diálogo profundo, o que acaba por transferir *“ao perito de psicologia o papel de julgador, sem o devido respeito às normas convencionais e às normas do CFP”*.

No que pese tratar-se de uma crítica final distinta à formulada nesta dissertação, a razão de ser é a mesma. Sustenta-se, de maneira semelhante, que *“desconhecedores dessa gama de normas para a produção de um laudo psicológico, os magistrados respaldam suas decisões supostamente em favor do melhor interesse da criança num laudo em que o genitor abandonado quase nunca é ouvido”*.

Como construído no curso deste trabalho, o ponto não é contestar a presença de prova, cuja necessidade material é justificada, menos ainda buscar o interesse de um dos genitores como se primordial fosse. Não é convalidar uma tese de que o genitor abandonado não seja ouvido, tampouco assumir que peritos se manifestam sobre questões de Direito – se o praticam, é incontroverso que o fazem erroneamente e, os que fazem, certamente não o praticam de modo

¹⁹⁹ MEIRA, Rodrigo Santos. Dissertação de mestrado. *O Paradoxo da Criança Adaptada: crítica à aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no Brasil*, orientador INEZ LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS. Brasília, 2018. p. 58

explícito, mas com sutileza que os blinde de um processo disciplinar e não evite futuras nomeações.

Entretanto, reconhecendo que as normas e a jurisprudência se encarregam de garantir as perícias, cumpre concordar no que se refere à necessidade da definição parâmetros para a produção dos laudos, e de *diálogo* (leia-se, conhecimento e controle), seja no que tange à técnica e à forma, seja no que se relaciona ao tempo e ao espaço.

Tal construção somente pode advir após a constatação do problema, do reconhecimento da conjuntura social, legal e jurisprudencial, e de um trabalho construtivo e interdisciplinar de formação, a propiciar diálogos entre os magistrados, órgão ministerial, defensores e auxiliares da Justiça. Em outras palavras, trata-se de trabalhar o desenvolvimento do laudo, e não alocar esforços contrariamente a uma temática um tanto consagrada.

Ao se verificar a exceção em matéria de Convenção o operador aferirá determinada situação principal: se a criança está adaptada e/ou se há grave risco no retorno, com as diversas ramificações (como as razões para a situação, a possibilidade de contorná-la etc).

Os demais elementos (tais como alienação parental) são acessórios. Ainda que possam ser fortes o suficiente a ponto de modificar o principal (a exceção), são secundários. Nesse sentido, o processo deve ser técnico, com liberdade e autonomia do profissional, mas não discricionariedade, que só pode ser reduzida por meio de regras e padrões precisos, sob pena de conferir ao *expert* uma produção aberta, sem parâmetros necessários a um resultado equânime e sobre o objeto tutelado, o qual é restrito.

De fato é uma tendência, seja para a manutenção, seja para a repatriação, a fundamentação nos laudos produzidos, como indicam os precedentes inclusos, salvo poucas exceções.

O magistrado não fica adstrito ao laudo, como se exemplificou com o REsp nº 1.315.342/RJ, mas há uma forte ligação, como se depreende da lista de julgados anexas, ou mesmo dos precedentes analisados, seja do TRF3 (retorno), seja do TRF1 (não retorno), que mesmo com conclusões distintas, em sua totalidade seguem os laudos.

O ponto que merece destaque é, portanto, traçar os limites deste laudo, para que não versem sobre objetos conexos, porem diferentes daquele primário em matéria de Convenção. Ainda, traçar caminhos comuns a todos os laudos, por meio de regramento claro e específico.

Dessa maneira, como primeira constatação, mostra-se precisa a definição da perícia para que ocorra no seio do juízo, e não particular, conferindo maior imparcialidade, idoneidade e controle.

Por mais óbvio que pareça, quando determinado Juízo entende pela não necessidade da produção, a própria parte pode produzi-la, particularmente, servindo de forma um tanto prática de parâmetro para decisões futuras, notadamente por ausente um judicial.

Por conseguinte, para além de ser preciso que seja sempre judicial, a definição dos testes que podem ser utilizados, por quem, para quais grupos etários, a forma da escuta, os trabalhos desenvolvidos, necessidade de gravação etc., merece grande cautela, uma vez que um mesmo caso processado com técnicas distintas pode culminar em conclusões destoantes.

Para trazer maiores contornos ao leitor, cite-se um caso de transferência em que a mãe indica “maus tratos” e o pai “alienação parental”. Se o laudo for produzido por junta com *expertise* em alienação, assunto de fato em pauta do no Direito de Família, como se demonstrará, haverá quase inevitável conclusão de repatriação. Se for produzido por junta com maior vivência em Direito Criminal, em casos como Lei Maria da Penha, a conclusão poderia ser distinta. Tudo decorrendo da ausência de parâmetros próprios em matéria de CH80.

Contudo, ainda que maus tratos e alienação devam ser observadas em ambos os estudos, o objeto principal é a exceção, que merece uma metodologia própria, sob pena de novamente ficar uma criança sujeita à sorte da banca pericial designada. De fato, não se trata de uma tarefa fácil ou simples, mas deve ser iniciada, especialmente em matéria de Convenção, um tanto específica.

Há a necessidade de o Judiciário lançar a questão e enfrentar o problema por meio de uma construção interdisciplinar, possivelmente no próprio seio da Justiça Federal.

O Anteprojeto de Lei, elaborado pelo CJF²⁰⁰, por exemplo, aborda os juízes de enlace, assim como seminários e formações para os magistrados²⁰¹. Não há qualquer menção à capacitação dos setores auxiliares da justiça: menciona os profissionais da saúde apenas sobre o bem-estar no acompanhamento ao retorno²⁰².

²⁰⁰ Cf. nota 125.

²⁰¹ Art.27 do Anteprojeto.

²⁰² Art. 26. A autoridade central brasileira ficará encarregada de todos os procedimentos relativos à execução da decisão judicial que ordene o retorno da criança ou do adolescente, certificando-se da aferição do bem-estar e segurança deste no território nacional, podendo-se utilizar do apoio de profissionais da área de Psicologia e Assistência Social. Parágrafo único. O juiz federal requisitará

A constatação ilustra um descompromisso com a realidade jurisprudencial e, para além desta, da uniformização, por via institucional, do procedimento, olvidando o seu necessário aprimoramento.

Não suficiente, novamente há um retorno à crítica de ordem social. Especialmente em matéria de alienação parental hoje, no Brasil, há um mercado no setor, com formações, entrevistas, cursos voltados à temática. Os peritos, especialmente aqueles que ganham destaque juntos às Cortes e à mídia, sejam os judiciais, sejam os assistentes, apresentam honorários consideráveis, acessíveis a alguns, mas impossíveis para outros.

Olvidar essa realidade, não procedendo com regras específicas, é, também em matéria de Convenção, lançar a uma segunda categoria determinadas famílias e crianças, que não terão uma garantia de perícia judiciousa. Talvez nem assistentes tenham, menos ainda com a formação necessária, o que torna ainda mais precisa a capacitação dos peritos judiciais.

Aqui, a crítica é válida e proveitosa tanto para quem demanda a repatriação, quanto para quem litiga pela ordem de não retorno. Por um lado, é primordial que os profissionais da saúde conheçam os critérios de identificação da alienação parental; por outro, é, para fins da CH80, com primazia, necessário que critérios especialíssimos sejam desenvolvidos aos profissionais que auxiliarão os juízos, sob pena de desvirtuar o assunto periciado, seja qual for o novo rumo, vulnerabilizando ainda mais alguns grupos.

Provar “*que a criança já se encontra integrada no seu novo meio*” (artigo 12) ou mesmo a ausência de clareza sobre o que é o “*risco grave*” (artigo 13, “b”) é – ou tem se mostrado ser – uma norma aberta – e dá ensejo interpretações jurídicas distintas, seja pelo intérprete direto da norma, seja pelos setores auxiliares da Justiça.

Dessa maneira, sem ingressar em juízo de valor sobre a sua validade, defende-se que o universo pericial demanda um contorno específico a ser preenchido de modo uniforme pelo Direito, especialmente no âmbito da Justiça Federal, de modo institucional, com procedimentos e formações lineares, mitigando a presença perícias desviadas.

Em síntese, há uma (i) falta de procedimento claro, dos quesitos, do prazo à metodologia, (i.a) para o operador direto do Direito e (i.b) para os setores auxiliares da justiça, notadamente os setores de psicologia, hoje com grande discricionariedade para versarem sobre o que bem entenderem.

o auxílio da autoridade policial, quando couber, inclusive nos casos de monitoramento dos deslocamentos da criança no território nacional.

6.a. Comentários Sobre as Perícias e os Laudos Periciais

Do latim, a palavra “laudo” possui um teor específico ligado a mérito, a valor, ao apreço. *Laudare*: exaltação. O dicionário Houaiss define o “laudo” como “texto contendo parecer técnico” e “suporte em que está exarado tal parecer”²⁰³. Trata-se, em síntese, do instrumento utilizado pelo assistente do Juízo como meio de interligar o “objeto” avaliado (no caso de artigo de exceção, a sua aferição) e a tomada de decisão pelo operador do Direito, o magistrado.

Fato é que o laudo é o retrato descritivo e interpretativo da situação avaliada, cujo prolator possui formação técnica que o juiz ou outro operador direto do Direito não possui. Emitido por um assistente do Juízo, permitirá que este tome a decisão de forma técnica e fundamentada. Visa à descrição de determinado indivíduo, com diagnóstico e prognóstico, traçando uma estratégia decorrente do resultado obtido.

Em caso de exceção em Convenção, é a utilização de técnicas, instrumentos e métodos que permitam uma avaliação objetiva de determinada situação; da verificação de uma adaptação ou de grave risco potencial no retorno. É o estudo que levará ao magistrado uma posição técnica sobre determinada situação, para que o operador direto do Direito entenda quais são os fatos, para então subsumi-lo à norma em efetiva proteção à criança.

Citando-se o REsp nº 1.390.173/RJ, supra comentado, o laudo é o documento que indicará a presença da exceção (no caso, adaptação e risco) e, ainda assim, outras ramificações e alternativas (possibilidade de nova adaptação e afastamento do risco, mitigando a exceção).

Em outras palavras, pode-se dizer que são os laudos os instrumentos que darão ao auxiliar da Justiça meios para aferir determinada situação, para que o operador do Direito (o magistrado, o fiscal da lei, o causídico etc.) indique se a situação se enquadra ou não em certo dispositivo legal.

A problemática dos testes periciais na experiência brasileira decorre de dois “subproblemas”, com acima narrado: (i) a quantidade elevada de testes psicométricos para perícias, que podem ou não possuir relação com o objeto periciado (o risco grave de retorno ou adaptação) e (ii) ausência de observância

²⁰³ Houaiss A, Villar MS. 4. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001

pelas juntas periciais, ainda mais quando presente profissionais não sujeitos ao CFP, dos testes e parâmetros listados por este órgão²⁰⁴.

O CFP instituiu um manual de elaboração de documentos escritos, a Resolução nº 07/2003²⁰⁵. Segundo este documento, a orientação é que na primeira parte do laudo seja feita a identificação de três pontos: (a) o profissional avaliador; (ii) o interessado, com um resumo; e (iii) a finalidade do laudo – ponto que ganha relevo nesta dissertação diante de possível inobservância pelos especialistas.

A Resolução CFP nº 009/2018²⁰⁶, mais recente, estabelece diretrizes para a realização de Avaliação Psicológica no exercício profissional do psicólogo, bem como estabelece quais requisitos mínimos os instrumentos devem apresentar para serem reconhecidos como testes psicológicos.

Entretantes, como asseverado, o CFP possui uma lista com mais de 300 (trezentos) testes psicométricos²⁰⁷, os quais carecem de parâmetros claros para perícia, especialmente sobre Convenção (e não apenas sobre este tema). Constam três subcategorias de parecer pelo Conselho sobre a sua realização: “favorável”²⁰⁸, “desfavorável”²⁰⁹ e “em andamento”²¹⁰. Tais definições representam, respectivamente, sua aprovação, desaprovação e ausência de conclusão sobre o seu cabimento de acordo com o CFP.

Perícias que versam sobre o risco grave do retorno podem ter uma junta pericial que, não obstante a quantidade notável de testes, ainda podem alocar a finalidade do estudo a outro tema. O psiquiatra ou o assistente social, por exemplo, sequer estariam sujeitos a tais parâmetros do CFP.

Se, por um lado, o operador do Direito não elaborará o laudo, cabe a este instruir sobre os limites técnicos do estudo a ser realizado, que não fique sujeito a hiatos normativos.

Não há como esperar que o CFP, que sequer controla todos os profissionais da saúde relacionados, solucione a demanda. Há de se esperar que haja um controle oriundo do próprio Juízo processante. Resta imperativo evitar

²⁰⁴ De modo que para além dos mais de 300 (trezentos) testes já previstos, que por si podem configurar uma ausência de parâmetros para um teste, juntas podem realizar – ou vem realizado – ainda outros, sem mencionar de profissionais não psicólogos que utilizam testes exclusivos deste ramo.

²⁰⁵ https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2003/06/resolucao2003_7.pdf

²⁰⁶ <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-9-de-25-de-abril-de-2018-12526419>

²⁰⁷ https://satepsi.cfp.org.br/lista_teste_completa.cfm,

²⁰⁸ <https://satepsi.cfp.org.br/testesFavoraveis.cfm>

²⁰⁹ <https://satepsi.cfp.org.br/testesDesfavoraveis.cfm>

²¹⁰ https://satepsi.cfp.org.br/Avaliacao_Teste.cfm

também que Juízos processantes distintos tenham ideias um tanto opostos sobre os contornos do laudo. Os contornos mínimos devem ser uniformes, tais como quesitos, testes, prazos, oitivas.

É onde se remete ao terceiro ponto da Resolução n° 07/2003²¹¹: ainda que a finalidade do laudo seja a verificação de um artigo de exceção, o teste e a metodologia podem ser voltados à outra temática, o que é viabilizado pela amplitude de instrumentos e ausência de regras.

Também por essa razão, em matéria de CH80, a qual é especial e muito mais restrita (cite-se, que discussão sobre o direito de guarda²¹²), é preciso que os parâmetros sejam pré-definidos, evitando que outro assunto vire principal, ainda que seja de grande importância.

Embora esta nova temática pudesse assessorar na verificação do objeto em comento, passa, pois, a protagonizar e possivelmente desvirtuar a finalidade do estudo.

Em realidade, em caso de CH80 sequer a metodologia é uniforme²¹³, o que se ilustra com casos em que genitores não são entrevistados, enquanto são em outros; ou em casos em que a quantidade de encontros com a criança é extensa ou pontual, isolada ou em conjunto, *in loco* ou em uma sala de audiência. Ou mesmo com testes distintos, de difícil controle pelos operadores do Direito.

Não suficiente, apesar dos incontáveis testes, ainda assim a doutrina apresenta como outro problema a escassez de instrumentos qualidade e apropriados para situações concretas, e mesmo uma falha na postura técnica ou mesmo ética dos profissionais.²¹⁴ Ou seja, mesmo sendo incontáveis poderiam ser insuficientes. Não há aqui um contrassenso, mas uma desorganização a ser superada se determinados testes e ou metodologias, em matéria de CH80, fossem

²¹¹ Cf. nota 188

²¹² Perceba-se, por exemplo, que a guarda não faz coisa julgada, podendo ser revisitada sempre que alterado o quadro fático, o que ocorre regularmente no Direito brasileiro (nesse sentido REsp n° 1878043/SP). Em matéria de Convenção é distinto: além de fazer coisa julgada, nos casos de repatriação ainda há uma verdadeira perda de objeto, dada a natureza satisfativa da decisão.

²¹³ É o caso, cite-se, do REsp n° 1.727.052/MG acima comentado. Em recurso do MPF ao TRF1, buscava-se a perícia, sem a necessidade de oitiva do *left behind parent*, pois poderia ensejar muita demora. A corte regional acolheu. O REsp não foi conhecido. De qualquer forma, não era o foco (ao menos principal) da União que uniformizar a metodologia para que todos fossem ouvidos, o que seria uma alegativa muito contributiva à construção.

²¹⁴ Nesse sentido, BORSA, Juliane Callegaro. Considerações sobre a formação e a prática em avaliação psicológica no Brasil. *Temas psicol.* [online]. 2016, vol.24, n.1 [citado 2022-04-20], pp. 131-143. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2016000100006&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 1413-389X. <http://dx.doi.org/10.9788/TP2016.1-09>; Frizzo, N. P. (2004). *Infrações éticas, formação e exercício profissional em psicologia* (Dissertação de mestrado, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil); e NORONHA, A. P. P., Ziviani, C., Hutz, C. S., Bandeira, D. R., Custódio, E. M., Alves, I. B., Alchieri, J. C., ...Domingues, S. (2002). Em defesa da avaliação psicológica. *Avaliação Psicológica*, 1(2),173-174.

estipulados, filtrando o que será realizado, viabilizando um padrão de controle e de qualidade.

Não cabe, nesta dissertação, apresentar testes específicos ou fazer uma lista taxativa de quesitos, que além de demandar uma construção especialmente dos profissionais da área da saúde, será vista casuisticamente. Contudo, cabe, aqui, indicar a ausência de parâmetros, de formação específica em instituições, tais como o próprio CFP²¹⁵, ou direcionadas a apenas uma temática, como a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro²¹⁶, e também à abertura de uma indústria para a realização de laudos – cujo objeto investigado pode acabar por variar em função do que as formações permitem e interesses particulares buscam. Cabe demonstrar que a CH80 foi pouco desenvolvida em matéria de perícia, o que demanda atenção.

Argumenta-se ser inviável ao operador do Direito fazer o controle, sem o preparo anterior. Desse modo, por um lado não se olvida reconhecer que a Resolução CFP nº 002/2003 prevê a liberdade para o perito psicólogo, mas por outro, estabelece igualmente que *“as condições de uso dos instrumentos devem ser consideradas apenas para os contextos e propósitos para os quais os estudos empíricos indicaram resultados favoráveis”* (art. 11).

Portanto, se há uma contradição ou uma lacuna, cabe ao operador do Direito sanar, traçando limites claros do que será periciado, ponto repetido por ser de grande importância para o Direito.

No que pese os congressos, cursos e formações, no Direito e nos setores auxiliares da Justiça não se encontra uma delimitação para a realização de perícias; tampouco, na experiência brasileira, parâmetros para a aferição dos artigos de exceção, que poderia ocorrer: (i) pela listagem de testes aplicáveis; (ii) métodos específicos, como entrevista, visita *in loco* pelo próprio magistrado ou profissionais especialistas para aferição da primeira exceção (art. 12); (iii) pessoas a serem ouvidas; (iv) quantidades de encontros; (v) por quesitos necessários e

²¹⁵ Nesse sentido, a título exemplificativo, curso de formação do CFP com listagem de matérias a serem analisadas, destacando-se alienação parental e falsa memória, sem mencionar nenhuma matéria relacionada com os artigos de exceção em Convenção de Haia. Disponível em <https://site.cfp.org.br/?evento=curso-de-pericia-judicial-no-ambito-da-psicologia> (2017), <https://site.cfp.org.br/?evento=curso-de-capacitacao-forense-de-perito-judicial-na-psicologia-8> (2019).

²¹⁶ No caso da PUC-Rio, são três os cursos em 2021 que envolvem criança e adolescente: “Alienação Parental”, “Aprimoramento em Alienação Parental”, “Memória da Criança e Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes” (2021), pelo que se supõe uma formação dirigida a determinada aferição. Disponível em <https://cce.puc-rio.br/sitecce/website/website.dll/cursos?aDist=S&todos=S&nInst=cce>

principais ao objeto periciado, com determinada valoração aos mesmos; (v) quesitos sobre a mitigação e contornos da exceção.

Mais do que propor quesitos ou métodos, o que caberia em construção específica interdisciplinar, insista-se, trata-se de alertar à necessidade de se uniformizá-los, sob pena de conferir tratamentos desiguais a situações potencialmente semelhantes.

Sem uniformização, sequer ao fiscal da lei, cuja formação é usualmente centrada em outra área (Direito, e não saúde) fica esclarecida se a perícia seguiu os protocolos em matéria de Convenção.

No caso, diante da ausência de uniformidade e das centenas de possibilidade, ainda que haja um protocolo formal, é demasiadamente aberto sob o viés material, possibilitando resultados distintos a situações próximas – e cujos mais vulneráveis, além daqueles com menores recursos, serão invariavelmente a criança, ainda mais a de origem não abastada, ficando apenas no papel a sua condição de centro do Direito.

6.b. Exemplos concretos da problemática

Para refletir sobre o risco imediato do retorno, a ansiedade e transtornos decorrentes (que levam a males psíquicos e físicos) podem ser testados. É o caso do teste SCARED²¹⁷, que pode vir a ser aplicado em perícia de Convenção, embora não aprovado pelo CFP.

Apesar de apresentar características psicométricas favoráveis, seus dados foram elaborados apenas com amostras clínicas, não oferecendo normas para a população em geral, menos ainda para crianças que foram transferidas, retidas, adaptadas e viveram anos a fio na tensão – e resiliência – oriunda do processo de Convenção.

²¹⁷ Nesse sentido, PEREIRA, Ana Isabel, BARROS, Luisa, BEATO, Ana. Escala de avaliação da ansiedade e superproteção parentais: estudo psicométrico numa amostra de pais e mães de crianças em idade escolar. RIDEP · Nº 35 · VOL. 1 · 2013. Disponível em https://www.aidep.org/03_ridep/r35/r35art2.pdf, acesso em 20.04.2022. Definem como "um instrumento com 69 itens, que tem por objectivo a avaliação de diferentes dimensões de problemas de ansiedade em crianças: perturbação de ansiedade de separação, perturbação de ansiedade generalizada, perturbação de pânico, fobia social, fobia à escola, fobia específica, perturbação obsessivo-compulsiva e perturbação aguda de stress e de stress pós-traumático. Existem duas versões do instrumento, uma para ser respondida pelos progenitores das crianças e outra respondida pelas próprias crianças. Os respondentes têm que classificar a frequência com que cada um dos sintomas é experimentado (...)".

E embora “este instrumento te[nha] sido bastante utilizado e suas normas atualizadas, não houve registro de validação publicada no Brasil”²¹⁸, podendo não atender a uma realidade local²¹⁹.

Quando se menciona validação, aborda-se o cabimento de determinados instrumentos à realidade brasileira e regional, frisando que a gama de testes aplicados – em Convenção, mas não apenas nesta matéria – se limita à mera tradução de outros países, sem quaisquer adaptações que observem um viés particular da realidade local, a iniciar pela cultura.

Os pesquisadores brasileiros que exploravam o campo dos testes eram poucos²²⁰, o que se constatara quando ratificada a Convenção pelo Brasil, mas permanece nos dias atuais. A vida real, cuja percepção demanda, por consequência, um teste que não a adultere ou busque examinar uma realidade distinta da real, uma realidade meramente “laboratorial”. É definir um parâmetro base para os testes a serem realizados no Brasil, atentos à(s) realidade(s) regional(is), assim como a pertinência de determinada metodologia.

Contudo, não é o que se vislumbra, seja como se extrai de pesquisa junto a instituições²²¹, seja por de fato inexistir uma formação linear dos setores auxiliares no âmbito da Justiça Federal, que possa preparar profissionais de todas as regiões e garantir a busca pelo melhor interesse de todas as crianças em matéria de Convenção. Por ora, como dito, há um território ainda não desbravado e que periga violar o melhor interesse da criança.

Frise-se, neste ponto, que não se trata de defender uma repatriação ou o não retorno de uma criança, ponto este que se repete, tampouco de aferir carga valorativa a determinados testes, o que caberia em uma construção interdisciplinar capitaneada também por profissionais da saúde. Trata-se de lançar falta de uniformização e de situar que deve haver um procedimento com limites minimamente claros, que averigue a situação de exceção seguindo estritamente a finalidade convencional, de modo pré-estabelecido, e não ficando a criança à mercê da discricionariedade do *adulto* perito.

²¹⁸ SILVA, Wildson Vieira da, FIGUEIREDO, Vera Lúcia Marques de. Ansiedade infantil e instrumentos de avaliação: uma revisão sistemática. *Brazilian Journal of Psychiatry* [online]. 2005, v. 27, n. 4 [Acessado 20 Abril 2022], pp. 329-335. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1516-44462005000400014>>. Epub 12 Dez 2005. ISSN 1809-452X. <https://doi.org/10.1590/S1516-44462005000400014>.

²¹⁹ BIRMAHER, B, KHETARPAL S, BRENT D, CULLYM, BALACH L, KAUFMAN J, et al. The Screen for Child Anxiety Related Emotional Disorders (SCARED): scale construction and psychometric characteristics. *J Am Acad Child Adolesc Psychiatry*. 1997;36(4):545-53

²²⁰ HUTZ C, Bandeira D. Tendências contemporâneas no uso de testes, uma análise na literatura brasileira e internacional. *Psicol Reflex Crit*. 1993;685-101.

²²¹ Cf. notas 200 e 201, como exemplo

Desde a edição da Lei de Alienação Parental (“LAP”), por exemplo, as formações voltam-se à alienação parental, o que se percebe no âmbito do CFP e de instituições de ensino renomadas, como a própria PUC-Rio. Formações que instruem operadores diretos e indiretos do Direito; que formam juntas periciais, mas que não abordam a Convenção.

De fato, as instituições gozam de extensa liberdade para os cursos de formação; mas o fenômeno deve ser percebido pelo operador do Direito. São direcionadas e não abordam a CH80, levando à matéria, contudo, consequências lidas nos próprios acórdãos: crítica comum, independente de quão restritiva seja a hermenêutica.

A formação focada ou que não contemple minimamente a Convenção periga de modo direto desvirtuar o instituto efetivamente periciado – sua constatação é fruto da ausência de uma uniformidade no procedimento também dentro das perícias judiciais.

O objeto do estudo é, portanto, uma exceção à Convenção. Versar sobre outro tema pode ter pertinência, mas o seu protagonismo só merece destaque se assim ficar definido pelo operador do Direito, o que não ocorre na prática, porquanto sequer lançada foi a matéria.

Igualmente, se na experiência brasileira não há a definição dos limites da perícia e há perícias que se prestam a versar sobre objetos ligados, mas distintos, daquele periciado, a doutrina também apresenta crítica direta à não formação adequada, que surge como uma problemática primária em casos de Convenção – e o que transversaliza todos os ramos do Direito que envolva criança.

Problemática que não existiria “*se o psicólogo fosse mais objetivo nas suas avaliações*” ou mesmo “*se o psicólogo fosse melhor formado na área, se os docentes que ensinam nas Instituições de Ensino Superior fossem mais qualificados*”²²², ou mesmo mais voltados a determinadas temáticas, o que poderia ser lançado pelo operador do Direito.

Em matéria de Convenção a crítica ainda é reforçada pela ausência de definição pelo Direito de critérios precisos para os estudos, os quais são – ou deveriam ser – especialíssimos e mais restritos, na medida dos artigos de exceção.

²²² NORONHA, A. P. P., Ziviani, C., Hutz, C. S., Bandeira, D. R., Custódio, E. M., Alves, I. B., Alchieri, J. C., ...Domingues, S. (2002). Em defesa da avaliação psicológica. *Avaliação Psicológica*, 1(2),173-174.

Trata-se, em outras palavras, de um problema um tanto prático: a abertura de diálogo entre as instituições para que haja conhecimento e formação em matéria de Convenção. Sem esse preparo, como apontado pela doutrina ao criticar a prova técnica pela mesma razão (falta de diálogo), o problema é escalonado quando não há um controle técnico do que será elaborado.

Esta é uma tarefa de que instituições de ensino poderiam se incumbir; mas é, sobretudo, um dever do qual Poder Público não pode se isentar, valorando a realidade de fato, e promovendo formações ou convocação de grupos de estudo interdisciplinares.

No caso, é imperiosa a constatação dessa problemática pela Justiça Federal, com resoluções acessíveis, propondo-se, por exemplo, um *banco de peritos/juntas periciais* com formação especializada; formações no âmbito da Justiça Federal; quesitos, instrumentos e parâmetros uniformes oriundos de construção conjunta. Estabelecer, por exemplo, prazos que denotem a compatibilidade da instrução com a CH80. Estipular quantidade de encontros e quem deve ser ouvido, valendo-se ainda de todos os avanços que a tecnologia autoriza. São exemplos, apenas.

Esta construção, por sua vez, deve ocorrer do modo mais democrático e interdisciplinar possível, permitindo um pronto acesso a laudos periciais. Caso contrário, a não constatação e/ou o não aprimoramento dos trabalhos técnicos permitem o *despotismo* contra a criança, no dizer de Korczak: possibilita que, também em matéria de CH80, um artigo de exceção não seja verificado, mas sim interesses de outrem – Estados, genitores – em detrimento da criança.

O hiato autoriza que uma criança não seja integralmente protegida, quer para restar onde foi retida, quer para retornar de onde foi transferida, por ausência de aplicação devida do Diploma.

Por fim, não obstante as varas especializadas, se no Brasil há cinco distintas regiões²²³, cujos operadores têm construções profissionais e pessoais distintas – o dado é intensificado quando levado às juntas periciais com um escalonamento das divergências em suas formações e no resultado de suas perícias.

Trata-se, no entanto, de uma só Justiça Federal, de uma só Convenção e de um só ordenamento jurídico que a implementará. Poderia (ou deveria) haver uma formação direcionada no âmbito da Justiça Federal, alçando

²²³ 766 (setecentos e sessenta e seis), em 31.12.2016, de acordo com a Justiça Federal. Disponível em https://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/QUADRODEVARAS_JEF_TR_REG.htm

a todas as bancas perícias preparo para o estudo da matéria, independente da região em que se encontra.

Portanto, seja pela ausência de regras e parâmetros claros, seja pela ausência de formação específica para perícia em Convenção, a formação com critérios mínimos, especialmente sobre os artigos de exceção, garantirá um resultado esperado, e não igualmente sujeito à sorte da distribuição.

Como reiterado no curso desta dissertação, como crítica final à perícia, a lacuna no estudo técnico é uma realidade que invariavelmente atinge mais os hipossuficientes. Uma parte abastada e bem representada terá assistente técnico, patronos para apresentar a quesitação, impugnação efetiva de laudos que não se prestem a estudar o artigo de exceção e quaisquer tipos de recursos e remédios para que o objeto da perícia seja adequado.

Este, contudo, não é um retrato fidedigno da maior parte da sociedade brasileira e a crítica deve ater-se à conjuntura.

Também por essa razão uma prática interdisciplinar e colaborativa merece ser lançada em matéria de perícias judiciais, para que haja formações direcionadas e especializadas em Convenção, mitigando a discricionariedade e permitindo que haja uma operacionalização mais judiciosa e democrática em CH80, a proteger todos os envolvidos, mas especialmente a criança.

7. A Resolução do Conselho Nacional de Justiça: uma Crítica Propositiva

Com efeito, a título de consideração final e de proposição, será comentada a Resolução nº 449/2022/CNJ²²⁴.

Inicialmente é importante indicar que o texto do CNJ representa um grande avanço. Apresenta os caminhos e uma padronização para processos em CH80. Não tem um caráter restritivo, impedindo que direitos sejam apreciados, mas essencialmente orientador, para que os operadores da matéria possam seguir os parâmetros.

A formulação feita neste capítulo não se presta a criticar defeitos ou hiatos da Resolução; busca principalmente demonstrar, nesta produção acadêmica, formas que poderiam (e podem) ser ainda desbravadas: o capítulo é essencialmente propositivo.

O novo texto do CNJ, que revogou a Resolução nº 257/2018/CNJ²²⁵, não substitui o Projeto de Lei enviado ao Ministério da Justiça, mas o atravessa (embora tenha distinta hierarquia normativa e efeitos vinculantes), e visa à célere execução, o que já se presta a fazer.

O presente capítulo dividirá algumas críticas centrais, apresentando o motivo da colocação e como poderia melhor contribuir para o desenvolvimento de processos de CH80.

O primeiro ponto cotejado se refere a uma inovação encontrada no preâmbulo: “*CONSIDERANDO que a integração ao novo meio não pode ser conhecida nos casos de transferência ou retenção recente (artigo 12, 2)*”.

Busca, assim, implementar o artigo 12, “2”, da Convenção, usualmente aplicado pelas Cortes Federais mesmo quando não transcorrido 1 (um) ano, indicando que a arguição sequer deve ter o mérito explorado se não transcorrido um (um) ano.

Contudo, além de não haver incluído como uma regra expressiva, mas como uma motivação preambular, não enfrenta a necessária aplicação simbiótica prevista na jurisprudência brasileira entre os artigos 12 e 13, “b”, quando o grave risco no retorno decorre da própria adaptação – e que não se sujeita ao lapso de 1 (um) ano para ser aplicado.

²²⁴ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original131217202204016246fa3199959.pdf>, acesso em 13.04.2022.

²²⁵ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2686>, acesso em 13.04.2022.

É o caso da maioria dos precedentes contido na tabela de julgados. Mas, aqui, cite-se novamente o mais recente precedente do STJ, o REsp 1.880.584/SP (DJe em 18.11.2020).

Se, por um lado, acolhe a pretensão da União, por outro o acórdão é taxativo “*que esse mesmo artigo 12, antes ou depois de ultrapassado o aludido prazo anual, consente com a não devolução do infante sob disputa, caso ele já se encontre integrado no seu novo meio*”.

Continua o acórdão, sobre a adaptação, o seu alinhamento com o artigo 13. Trata-se de uma matéria prática de necessário enfrentamento, sob pena de inovar textualmente, muito embora apenas repita o texto convencional – e, sob um viés prático, previsto inclusive no STJ, e normativo, nada resolver.

Não há, cite-se, uma tentativa mínima de caracterizar o artigo 12 para distingui-lo do artigo 13, “b”, o que poderia fazer também em sede preambular, com vista ainda menos vinculante, mas sugestiva – e que merece atenção por ser uma problemática real.

Por sua vez, como segundo tópico comentado, determina a Resolução em seu artigo 1º:

Art. 1º Os processos que versarem sobre a restituição de crianças ou sobre o direito de visita, fundadas na Convenção da Haia de 1980, promulgada pelo Decreto no 3.413, de 14 de abril de 2000, **reger-se-ão pelas disposições de direito material e processual aplicáveis, observando-se as determinações e orientações complementares estabelecidas nesta Resolução.** (grifou-se)

De fato, a Resolução possui uma limitação hierárquica. Não tem força de Lei e versa sobre matéria processual, de competência privativa da União. Ainda assim, tem uma relevância prática e, como demonstrado no capítulo 4, há um relevante hiato de quais são as “*disposições de direito material e processual aplicáveis*”.

Até o presente momento não é uníssono sequer o entendimento sobre o *status* normativo da Convenção, muito embora tenha se demonstrado que deva seguir as normas supralegais que versem materialmente sobre a infância e sobre a proteção aos interesses da criança.

Poderia, ao menos com viés sugestivo com vistas e diminuir a ampla divergência jurisprudencial, destacar em dispositivo próprio as normas processuais e materiais aplicáveis, como a Convenção da Criança – e, igualmente, expressar se a Convenção versa ou não sobre direitos humanos, para que reste reforçada a sua hierarquia normativa.

Em julgados como o EREsp nº 1.458.218/RJ, proferido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, restou assentado tratar-se de norma de direitos humanos, o que lhe conferiria *status* supralegal.

Entretanto, este não é um entendimento pacificado. Ou seja, quando o dispositivo define que a Convenção será implementada de acordo com as normas processuais e materiais, “*observando-se as determinações e orientações complementares estabelecidas nesta Resolução*”, não esclarece e sequer indica uma questão básica: quais são as normas – especialmente materiais – aplicáveis, tampouco o *status* normativo da Convenção, o que acarreta na conclusão de ser um texto enriquecido, mas de prática de tamanha abertura a ponto de tornar-se inócua.

Mesmo que a Resolução não vincule, indicação dessa natureza ganha importância quando da aplicação e da formação de jurisprudência, sendo análoga a um manual de ordem institucional, que não se desincumbiu da uma tarefa um tanto possível.

Não obstante, a este ligado, como terceiro ponto, se por um lado não define tais parâmetros – ainda que de modo orientador e sugestivo – ao final da Resolução há determinações que permitem a participação/fiscalização de órgãos internos ao Judiciário, porém que não o próprio juiz natural²²⁶.

Quando criado o Conselho Nacional de Justiça, houve grande debate acerca da independência do Judiciário, concluindo o Supremo Tribunal Federal, em apertada maioria, pela sua constitucionalidade²²⁷.

A razão é distinta, mas a preocupação aqui lançada é apresentada por analogia prática: órgãos distintos ao Juiz natural poderão ingerir – ou buscar interferir – na decisão e no procedimento, o que era o receio tão debatido quando da criação do CNJ.

O receio no caso concreto, contudo, perigaria ser ainda maior, pois são casos específicos, sob sigilo de justiça e com menos repercussão e possibilidade de controle social.

²²⁶ Art. 25. A Corregedoria Nacional de Justiça poderá instaurar Pedido de Providências para acompanhamento de ações previstas nesta Resolução e dos respectivos recursos e direcionará correspondência ao magistrado, encaminhando material informativo e reforçando a importância de adotar decisão conclusiva nos prazos estabelecidos. Parágrafo único. As atribuições deste artigo poderão ser exercidas concorrentemente com o Conselho da Justiça Federal, a Corregedoria-Geral da Justiça Federal e as Corregedorias Regionais da Justiça Federal.

Art. 26. A Presidência do Supremo Tribunal Federal designará um juiz coordenador e juizes de enlace para a Convenção da Haia de 1980 entre os juizes de cada um dos Tribunais Regionais Federais. (...)

²²⁷ ADI 3.367/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 22.09.2006

A definição de que a “a *Corregedoria Nacional de Justiça* poderá instaurar Pedido de Providências” ou de que “as atribuições deste artigo poderão ser exercidas concorrentemente com o Conselho da Justiça Federal, a Corregedoria-Geral da Justiça Federal e as Corregedorias Regionais da Justiça Federal”, não fere o princípio do Juiz natural de modo teórico^{228 229}, mas apresenta uma verdadeira carta aberta para a ingerência de outros órgãos do Judiciário (procedimento que já existe, ressalte-se) à conduta do Juiz natural.

Entende-se que o controle aqui posto é especialmente sobre os prazos – o que já pode ser objeto de processo administrativo.

Contudo, não resta expresso no texto normativo, percebendo-se um risco de se estar sujeito, em visão estritamente prática, a uma reprimenda caso não observado aquilo que determinado órgão espera já no mérito, destacando-se, ainda, que TRFs apresentam posições não consensuais (o que refletiria na posição das respectivas corregedorias), e menos ainda a Corregedoria-Geral, cuja composição é alterada bienalmente, muitas vezes por ministros que não votam nos termos da própria Resolução (cite-se o artigo 12 anteriormente comentado).

Caso de fato a Resolução ou a *Lex fori* fosse completa, sem hiatos quaisquer à implementação, o sentido seria maior. No entanto, não cabe estipular uma possibilidade de providências administrativas para o cumprimento da Resolução – e da Lei –, quando esta sequer apresenta qual Lei deve ser de fato aplicada. Ou contornos mínimos de conceitos. E mesmo quando os Tribunais e juízes têm distintos entendimentos, que são refletidos nas respectivas corregedorias.

Por sua vez, como quarto assunto, ligado ao anterior, para ilustrar a aberta possibilidade perceba-se o artigo 2º da Resolução, segundo o qual:

Art. 2o Na interpretação e aplicação da Convenção da Haia de 1980, observar-se-ão as normas de direito internacional privado previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em especial no art. 7º, aplicando-se, conforme o caso, o direito privado do Estado de residência habitual da criança ou o Código Civil brasileiro. (grifou-se)

O texto é de fato fiel à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”). Mas não corresponde a uma prática mínima encontrada junto às Cortes federais, sequer ao próprio STF ou STJ. Ademais, não é de simples

²²⁸ “Art. 5º (...): XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

²²⁹ Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos cujo art. 8º define “juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei”.

compreensão, permitindo distintas conclusões, sendo a crítica necessária apenas no que se refere a um possível controle por outros órgãos.

Além de não estipular quais normas deveriam ser aplicadas – como o ECA, o CPC ou a Convenção de Criança, como vêm sido, tampouco indicar o *status* normativo da Convenção –, apresenta dispositivo da LINDB que de fato causariam, se aplicáveis, uma balburdia processual²³⁰.

Faz-se apenas uma ressalva, sobre esse aspecto, em relação ao artigo 5º, par. 2º, acerca da guarda: “*Na dúvida sobre a atribuição e sobre a qualificação jurídica do direito de guarda, recomenda-se ao magistrado observar a lei do país de residência habitual da criança*”.

A recomendação, no caso, é fundamental; contudo, para a aplicação da Convenção, a guarda, no país de residência habitual, é condição *sine qua non* para aplicação. A própria ACAF ou AGU farão – ou deveriam fazer – uma comprovação mínima da violação ao direito de guarda; e, igualmente, aquele que transferiu o reteve a criança indevidamente indicaria o fato modificativo.

No que pese ser importante recomendação, entende-se que já ocorre, impreterivelmente, mas não preenche quais são os outros tipos de normas recomendados no *caput* do artigo 2º, e como seriam feitas.

Do dispositivo depreende-se apenas algo já evidenciado – ou um texto que poderia causar confusão nas distintas formas da aplicação da Lei local.

Como quinto ponto, define o artigo 10 que, recebida a petição inicial, o juiz federal:

“(...) I – analisará o pedido de tutela provisória, se for o caso”.

O inciso I apresenta-se como um retrocesso ao procedimento atingido em matéria de Convenção, especialmente às crianças e famílias de origem não abastada.

Após anos de embate acerca da possibilidade liminar, a AGU obstou a sua prática de realizar o pedido, tendo em vista a necessidade de um contraditório mínimo em processos que envolvam criança.

Isso porque, como elucida Nádia de Araújo,

“Uma ordem liminar impondo o retorno, embora possa parecer atingir o objetivo da rapidez em restabelecer o status quo ante da situação, é

²³⁰ Menciona-se, por exemplo, a Apelação 0001552-18.2017.4.03.6100, Relator Des. Federal WILSON ZAUHY, PRIMEIRA TURMA, em 14.08.2020 – pesquisa realizada junto ao TRF3. Apreciou a Lei portuguesa e, ao final, concluiu que mesmo a guarda formal fosse de ambos, era de fato da mãe, o que pode viabilizar maiores ilações sobre como é operada a guarda em Portugal para fins de atração da CH80 no Brasil. Os esforços devem ser opostos a tais ilações – e o que dispositivo parece compatibilizá-la (ou em nada inovar).

contrária ao espírito da Convenção, porque não permite a análise da questão de todos os seus ângulos, em face de sua natureza manifestamente satisfativa”²³¹.

De duas, apenas uma possibilidade soa plausível: ou se trata de um dispositivo automático, eis que evidentemente o juiz natural apreciará o pedido se requerido, como já pode fazê-lo; ou se trata da abertura do que vem sido trilhado no Brasil em matéria de Convenção, com o incentivo a formulação de pedidos liminares, os quais nunca foram obstados, mas ganharam um novo espaço, especialmente pela AGU.

Neste aspecto cabe, ainda, a remessa ao *capítulo 5.d*: a criança que será repatriada em sede liminar é, em viés atento à prática forense, aquela com menos acesso à Justiça.

Em qualquer dos casos, mais seria construtivo à matéria um rol indicativo de quando se deferir ou indeferir o pedido, e quais são os pedidos oportunos em sede de tutela de urgência – cite-se, a repatriação liminar ou monitoramentos diversos ou a apreensão de documentos e inclusão no sistema da Polícia Federal.

Não se olvide tampouco a sua análise em conjunto com o artigo 18 da Resolução²³², que gera maior preocupação e retrocesso, notadamente ao dividir de modo simplista a guarda regulamentada (art. 1.583, CC) daquela oriunda do poder familiar (art. 1.630, CC), a qual impera em casos graves de família que demandam situações extremas – ou suportadas por pessoas que não contam com grande apoio familiar e financeiro para regulamentações.

Se, no passado, a proteção da criança era decorrente do próprio poder familiar²³³, hoje não apenas é um direito próprio e autônomo, como também um vetor axiológico. Mesmo que a guarda seja aquela decorrente do poder familiar, sem uma regulamentação adequada e, portanto, insuficiente à alteração do local de residência; e mesmo ciente de que o progenitor que cometeu o ato agiu ilicitamente, pode ser analisada a exceção.

²³¹ ARAÚJO, Nadia. op. cit. p. 362

²³² Art. 18. O deferimento da tutela provisória observará a legislação processual civil. § 3o O juiz considerará a imediata devolução da criança, em especial se houver evidência de que a pessoa que está em companhia da criança não tem direito semelhante ao qualificado como guarda, ainda que compartilhada, pelo direito brasileiro (art. 1.583, § 1o , do Código Civil), mesmo que detenha direito semelhante ao qualificado como poder familiar pelo direito brasileiro (art. 1.630 do Código Civil).

²³³ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos A proteção da criança no cenário internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 125.

Portanto, a indicação liminar parece ferir o corolário e indicar um retrocesso, especialmente por tratar-se de decisão de ordem satisfativa e irreparável – e um tanto quanto já superada nos processos brasileiros.

Isto posto, como sexto tópico, o mesmo artigo, em seu inciso II, trata da citação, seguindo o prazo regular brasileiro²³⁴ de 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 11 da Resolução²³⁵, sendo o prazo de 30 (trinta) dias para a audiência de mediação (inciso III)²³⁶ uma inovação que segue os cânones processuais em prol da solução consensual²³⁷.

Nesse aspecto, a Resolução soa interessante por reforçar a institucionalização a prática, mas não apresenta contornos práticos que se percebem nas famílias que preenchem os processos de CH80 – o que será estudado no oitavo tópico.

Como sétimo ponto, o artigo 12²³⁸ faz uma exaustiva ilustração do que pode conter a contestação, caso haja oposição ao retorno, alvorecendo organizadamente o texto convencional. Esta ilustração serve como um interessante guia, como uma verdadeira instrução àqueles com menos experiência em matéria de CH80 e que têm de defender os duros processos da matéria.

A constatação acima ganha especial destaque pela aplicação do artigo 13, “b”, e artigo 12, que pela citação do dispositivo seriam dissociados, e não postos como um único, evitando erros materiais que possa obstar uma análise mais ampla.

Assim como há magistrados que fundamentam o grave risco no artigo 12, mas não gera problema a si, se o patrono o fizer poderia comprometer uma devida apreciação, por ser um dispositivo mais restrito que o outro.

²³⁴ Art. 335, CPC.

²³⁵ Art. 11. O prazo para resposta será de 15 (quinze) dias, contados a partir da juntada do comprovante de citação

²³⁶ “(...) III – designará audiência de mediação, a se realizar no prazo de 30 (trinta) dias, sempre que entender viável”

²³⁷ Art. 3º, par. 2º, CPC.

²³⁸ Art. 12. A contestação deverá se ater aos fundamentos que obstam o retorno da criança, nos termos da Convenção, notadamente: I – a inexistência do direito de guarda sobre a criança, pela pessoa que supostamente a teria de acordo com a lei do Estado estrangeiro, no momento da transferência ou da retenção; II – o não exercício efetivo do direito de guarda pela pessoa que supostamente a teria de acordo com a lei do Estado estrangeiro, no momento da transferência ou da retenção; III – a preferência da criança com idade superior a doze anos por não retornar ao país de residência habitual; IV – a existência de um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável; V – a integração da criança ao local de residência atual, se, na data do recebimento do pedido de cooperação jurídica pelo Estado brasileiro, decorreu um ano ou mais da data da transferência ou da retenção indevidas; e VI – a verificação de que a restituição da criança violaria os princípios fundamentais da República brasileira quanto à matéria de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Se a Resolução, sem força de Lei, é uma espécie de manual institucional, apresenta-se como inovadora ao orientar de modo claro aqueles que terão processos de CH80, evitando que o contraditório seja afastado por ausência de conhecimento ou experiência.

Em relação aos prazos, ora como oitavo ponto, a contestação ocorrerá em 15 (quinze) dias, enquanto a audiência de mediação em 30 (trinta) dias. Novamente se entenda como uma prática proativa, seja pela celeridade, seja pelo controle, seja pelo incentivo à composição.

Há genitores que têm grande receio de participar de atos processuais pessoalmente, pelo risco da busca e apreensão da criança no ato: é uma realidade que permeia os processos de Direito de Família, como também são os de CH80. Nesse sentido, não há sugestão a ser feita aqui que não possa afrontar muitos direitos e interesses, mas cabe ponderar a realidade. A partir dessa, poderia ser pensada uma alternativa mínima de garantias ao menos para esse primeiro ato – da audiência de mediação –, inclusive para fomentar a composição, que demanda imprescindivelmente de segurança para ser exitosa.

Por mais que aparente ser antiquada, percebe-se que *o left behind parente* ou a AGU podem, no curso de uma audiência, requerer a apreensão da criança – a qual pode ser deferida. Trata-se de um receio concreto que, paralelamente, não coaduna com o ânimo de uma audiência de mediação, a qual demanda uma postura específica para a composição. Portanto, cumpre trazer o comentário, para que sejam refletidas espécies de garantias compatíveis com a prática conciliatória.

Por conseguinte, estipula o *caput* do artigo 14, como novo ponto, que, “*não obtida a mediação, o juiz realizará, ato contínuo, a organização e o saneamento do processo, decidindo todas as questões previstas no art. 357 do Código de Processo Civil*²³⁹, e designará audiência de instrução e julgamento em prazo não superior a 30 (trinta) dias”.

O mesmo dispositivo continua, apresentando os limites sobre a instrução probatória:

“§ 3º É inadmissível a prova sobre a adaptação da criança ao Brasil, se transcorrido menos de um ano entre a data da subtração ou retenção ilícita e o recebimento do pedido de cooperação

²³⁹ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 ; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

jurídica internacional pela Autoridade Central brasileira, ou o início do processo judicial no caso de a demanda ser ajuizada pela pessoa deixada no Estado da residência habitual da criança, devidamente representada por advogado;

§ 4º Admitida a produção de prova pericial, o juiz nomeará perito e estabelecerá calendário para sua realização, devendo o resultado ser impreterivelmente apresentado até a data da audiência de instrução e julgamento;

§ 5º O juiz poderá deixar de conhecer da alegação sobre grave risco contida no art. 13, alínea “d”, se a prova for de difícil ou demorada obtenção e a matéria puder ser tratada pelas autoridades do país de residência habitual da criança.

§ 6º Excepcionalmente, o prazo para a realização da audiência de instrução e julgamento poderá ser prorrogado por até 30 (trinta) dias, a pedido das partes, ou no interesse da produção de provas indispensáveis”. (grifou-se)

Como décimo ponto ora comentado, o par. 3º, embora repita quase integralmente o artigo 12 da Convenção, deixa esclarecido quais são os termos e autoridades competências para delimitá-lo.

Em síntese, será de 1 (um) ano, independente de ter ou não se ingressado com processo Judicial, o que embora esteja contido na Convenção, não seria unânime na doutrina²⁴⁰. Contudo, para além de destoar da jurisprudência do próprio STJ, seria especialmente recomendável que fizesse um comentário mínimo acerca de sua relação com o artigo 13, o que será à frente cotejado, também se ligando à primeira crítica formulada neste capítulo.

O par. 4º, como décimo primeiro tópico, não há novidades. De fato, se admitida a prova técnica, o juiz designará *perito* é algo já previsto na experiência brasileira e no CPC.

Não define, no caso, as hipóteses em que deve ser acolhida a prova técnica, tampouco quem será o *perito*, que pode ser uma junta pericial, com profissionais da saúde de ordens distintas. Além disso, tampouco determina se deve ocorrer a perícia, o que evitaria recursos prolongados a serem, para aqueles com devido acesso à Justiça, concedidos futuramente, porquanto um direito inerente e amplamente assegurado àqueles com efetivo acesso à Justiça.

Dessa forma, a ressalva é de importância, pois não inova absolutamente sobre o cabimento da prova pericial; em nada avança sobre a operacionalização uniforme, talvez o assunto de mais urgência em matéria de CH80, destacando-se novamente os julgados das Turmas da Primeira Seção do STJ, não seguidos à risca pelas regionais.

²⁴⁰ Cf. nota 96.

No caso, mais que repetir que a prova pericial pode acontecer, o que não é novidade, poderia demonstrar a sua necessidade e forma a se alcançar o prazo estipulado de até a audiência de instrução e julgamento, citando-se o cadastro de juntas periciais nos bancos dos TRFs, forma de custeio, prazos, quesitos, testes, contornos à exceção e afins. Ou mesmo indicar, na Resolução, a necessidade de a Justiça Federal, por meio das Corregedorias, promover diálogos e formações no assunto.

Aqui merecia, de fato, maior ousadia, pois são orientações a serem adotadas não apenas pelos magistrados ao apreciar e julgar um caso, mas pela própria Justiça Federal, administrativamente, ao desenvolver os seus procedimentos, tais como seminários e cursos. Portanto, mais que repetir uma norma processual genérica de que o magistrado pode deferir a prova pericial, é buscar apresentar mecanismos para que a prova técnica tenha parâmetros, seja acessível e seja célere.

A indefinição, já presente, apenas reforça a possibilidade de reforma ou de anulação futura por órgãos *ad quem*, reiterando-se que a presença de prova pericial, como já destacado, não é decisiva a morosidade do processo, mas sim a indefinição sobre a sua necessidade.

Contudo, se tal crítica existe por mostrar-se o dispositivo um tanto tímido, o par. 5º do artigo 14, como décimo segundo tópico, é materialmente problemático, como se expõe.

Ao definir que “*o juiz poderá deixar de conhecer da alegação sobre grave risco contida no art. 13, alínea “d”, se a prova for de difícil ou demorada obtenção*” procede não apenas contrariamente à jurisprudência e a corolários básicos (como o da proteção integral da criança e da ampla defesa), com um considerável contrassenso de que uma prova, que visa a demonstrar uma situação extrema à criança, pode ser afastada se demorada a produzi-la.

Em primeira análise, repete-se: melhor seria dividir o artigo 13, “b”, do 12; ou, então, especificar os contornos do grave risco. Não obstante, há diversas normas que passaram sob o crivo democrático, de ordem pública, e regulamentam que uma prova de difícil obtenção pode ser produzida, sobretudo tratando-se de criança, sujeito de direitos hipervulnerável.

Não suficiente, o próprio laudo pericial poderia ser uma alternativa a outras provas, caso impossíveis. A Resolução, nesse aspecto, apenas freia aquilo que normas ordinárias e supralegais, assim como a jurisprudência, encarregam-se de resguardar.

Dessa maneira, novamente, mais propício seria a indicação de mecanismos para a prova pericial, “se deferida”: caso a Corte não tenha uma junta qualificada cadastrada, e as partes não tiverem recursos para assistentes técnicos ou para custear a prova do Juízo, o resultado será uma verdadeira incógnita, o que é uma questão prática cuja atenção deve ser posta pelo CNJ.

Contudo, obstar uma prova que o ordenamento garante se for de difícil obtenção não soa judicioso: é possível que seja de difícil obtenção justamente pela gravidade do risco – e aí em diante, demandando a atuação do Estado, e não a sua escusa, na tutela da criança.

Mais: especialmente à criança de origem menos farta para manejar os recursos que lhe garantam, pelas Cortes superior, um entendimento consagrado.

Neste aspecto, como décimo terceiro ponto, percebe-se que há artigos na Resolução que, de modo exemplar, versam sobre juízes de enlace²⁴¹, seminários, aprimoramento e afins, mas não há um único dispositivo que teça um norte sobre o desenvolvimento dos setores auxiliares da justiça – as juntas periciais –, as quais, como indicado no capítulo anterior, não possuem critérios mínimos ou uniformes para realização de perícia.

Enquanto 100% das perícias do TRF1 concluíram pelo não retorno, 100% das perícias do TRF3 concluíram pelo retorno. Uma causa mais que possível, provável é a formação distinta. A alegativa se opera no abstrato, mas deve ser percebida pelo CNJ para não olvidar esforços no aprimoramento dos setores auxiliares da justiça.

²⁴¹ Art. 26. A Presidência do Supremo Tribunal Federal designará um juiz coordenador e juízes de enlace para a Convenção da Haia de 1980 entre os juízes de cada um dos Tribunais Regionais Federais. § 1o Aos juízes de enlace para a Convenção da Haia no Brasil caberá: I – o compartilhamento de informações gerais sobre a Convenção e sobre a Rede de Juízes internacionalmente criada para lidar com os casos de sequestro internacional de crianças; II – estimular a participação de juízes em seminários e eventos, nacionais e internacionais, sobre o tema da Convenção, que ajudem a contribuir no desenvolvimento da especialização daqueles que lidam com a matéria; III – estabelecer comunicações diretas com juízes brasileiros relacionadas com casos específicos, com o objetivo de colaborar para a solução de impasses que impeçam a regular aplicação da Convenção no Brasil, realizando reuniões periódicas de acompanhamento das causas em andamento com os respectivos magistrados de primeira e segunda instância; IV – estabelecer relações com as autoridades centrais brasileiras e com todos aqueles envolvidos com a proteção internacional de crianças sequestradas; V – atuar como intermediário entre magistrados e as corregedorias na solução de demandas e em busca de estabelecer diretrizes destinadas a promover o célere andamento e julgamento dos processos que envolvam a Convenção; VI – atuar como facilitador na prática de atos processuais que envolvam a jurisdição do Estado de residência habitual da criança; VII – identificar dificuldades e problemas que possam surgir no curso do processo e estejam relacionadas com o pedido oriundo da autoridade central estrangeira; e VIII – participar de reuniões convocadas pela Corregedoria Nacional de Justiça, cujo assunto esteja diretamente relacionado com a Convenção. § 2o Compete ao Coordenador, além das atribuições conferidas aos juízes de enlace: I – estabelecer contatos com congêneres, autoridades centrais e outras autoridades no exterior, no interesse da Convenção e com a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado; II – estabelecer comunicações diretas com juízes estrangeiros relacionadas com casos específicos, com o objetivo de colaborar para a solução de impasses que impeçam a regular aplicação da Convenção; III – coordenar a atuação dos juízes de enlace.

Tampouco há no dispositivo a menção do aprofundamento dos juízes – inclusive os de enlace e/ou suas equipes – sobre os critérios periciais, que por natureza fogem à sua área de formação, mas que, na linha dos precedentes cotejados, são elementos centrais à fundamentação da ordem de retorno ou de não retorno.

Portanto, espera-se que haja seminários sobre perícias – mas é algo que poderia advir precisamente de uma Resolução do CNJ e abordar toda a comunidade jurídica, servindo não apenas pela sua natureza judicial, orientando magistrados, como administrativa, para que a Justiça Federal adote programas adequados ao diálogo e à formação interdisciplinar.

Se por um lado a Resolução não vincula um juiz natural ou afasta outra norma editada pelo Legislativo, tem uma força interna e administrativa, a qual poderia avançar, nesse sentido, sobre o diálogo e capacitação em matéria de prova pericial.

Por último, como décimo quarto ponto aqui cotejado, o artigo 16 da Resolução afirma que “*oferecida a defesa prevista na alínea “c” do art. 13 da Convenção da Haia de 1980, o juiz ouvirá a criança*”, certificando que a mesma tem manifestação livre da influência de quem realizou o ato ilícito.

Referida criança, pelo que se infere em interpretação sistemática com o artigo 12, III, da Resolução²⁴², o qual versa sobre argumentos de defesa, é aquela com idade entre 12 (doze) e 16 (dezesesseis) anos.

Não há alínea “c” no artigo 13 da Convenção, referindo-se o dispositivo a seu penúltimo parágrafo²⁴³. Mesmo não sendo o objeto deste estudo referida parte do artigo 13, cumpre cotejar a Resolução e criticar tal dispositivo com vistas aos artigos 13, “b” e 12, da Convenção, no que se refere à oitiva da criança pelo Juiz natural – e pelo Ministério Público Federal.

O artigo 16 da Resolução propõe, de maneira limitada, a oitiva de crianças de faixa etária específica, o que não vem de Lei, somente quando houver alegação específica da recusa da criança – o que não é assunto de natureza simples ou objetiva – ignorando a oitiva de crianças de outras idades (o que se mostra viável, ainda que demande o Juízo de assistência técnicas dos setores auxiliares).

²⁴² Art. 12. “A contestação deverá se ater aos fundamentos que obstem o retorno da criança, nos termos da Convenção, notadamente: nsferência ou da retenção; III – **a preferência da criança com idade superior a doze anos** por não retornar ao país de residência habitual” (grifou-se).

²⁴³ Art. 13 “(...) A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.”

Ignora, igualmente, a oitiva direta ou mesmo indireta em caso das exceções do artigo 12 e 13, “b”.

Se deve o Juízo, nos termos do artigo 16 da Resolução, ouvir a criança quando esta, em teoria, se opuser, devendo averiguar “*se a manifestação é livre da influência indevida da pessoa responsável pelo sequestro*” – dado este tampouco objetivo ou de simples constatação -, deve, no mínimo, ouvi-la, direta ou indiretamente, sem ressalva para a produção (cite-se a do artigo 14, par 5^o²⁴⁴), em caso de adaptação e/ou de grave risco no retorno, sob pena de incorrer em um latente contrassenso.

Outrossim, cumpre observar diversas normas complementares²⁴⁵, como indica o artigo 1º da Resolução, tal como a Convenção da Criança (artigo 12)²⁴⁶, de *status* supralegal e que determina a oitiva, sem tamanhas ressalvas, ou o ECA, cujo artigo 100²⁴⁷, incluído no capítulo *das medidas específicas de proteção*, determina a “*oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada*”.

São normas materiais complementares de acordo com a jurisprudência brasileira, citando-se o próprio EREsp nº 1.458.218/RJ pela sua força dentro dos precedentes.

Não obstante, a proposta da Resolução acolhe um padrão de 12 (doze) anos que não corresponde à experiência brasileira, inclusive de Tribunais de Justiça competentes a demandas de família, que deferem a oitiva direta desde que haja discernimento e, caso contrário, garantem a indireta.

²⁴⁴ “(...) § 5o O juiz poderá deixar de conhecer da alegação sobre grave risco contida no art. 13, alínea “d”, se a prova for de difícil ou demorada obtenção e a matéria puder ser tratada pelas autoridades do país de residência habitual da criança”.

²⁴⁵ Citem-se os arts. 12, 13 e 14, da Convenção da Criança; art. 5º, incisos IV e IX, da CRFB/88; arts. 28, par 1º, art. 45, par 2º, art. 100, par. único, XII, art. 111, V, art. 124, I, II, III e VIII, e art. 161, par 2º do ECA.

²⁴⁶ “Art. 12.1: Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança. 2. Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional”.

²⁴⁷ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:: XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1 o e 2 o do art. 28 desta Lei.

Para a oitiva direta, sempre que houver a possibilidade de a criança ser ouvida pelas próprias autoridades; mas a segunda, em função de maturidade e discernimento, deve de fato ser autorizada diretamente para que se possa apreciar a exceção ao regresso²⁴⁸. Ou mesmo para apreciar a sua oposição, ainda que com idade inferior ao estipulado na Resolução.

O direito é da criança, não do genitor.

No que tange à oitiva, ainda, poderia ir além, mitigando a divergência jurisprudencial a qual autoriza que processos andem anos a fio até uma decisão final no STJ.

Sugere-se, no lugar de limitar a oitiva a um entendimento não uniforme sobre os 12 (doze) anos²⁴⁹, indicar a recomendação da oitiva de qualquer criança direta pelo juiz natural e mesmo pelo Ministério Público, caso haja discernimento da criança, de forma rápida e eficaz (cite-se mesmo um visita *in loco*); e, caso inadequado, junto à equipe pericial, viabilizando uma pacificação do assunto em um viés realista e plural.

Considerando, também, que provas periciais ou oitivas, sobretudo se formuladas no início, acabam por orientar todo o procedimento futuro, constatação que tem uma ordem igualmente prática e muito ligada às relações de família.

7.a. Considerações Sobre a Operacionalização

De modo geral, a crítica à Resolução liga-se à sua operacionalização. Preocupa-se com assuntos há muito superado, como a liminar, mas deixa de apresentar ideias procedimentais para implementar a Convenção, o grande desafio no Brasil. Apresenta-se, indubitavelmente, como um manual orientador, mas para fins de proposição desta dissertação merecia ir além.

Quando se menciona operacionalização, não apenas de determinar ser uma perícia é devida ou não – o que demanda, claramente, uma edição por Lei, de competência privativa da União²⁵⁰ –, mas de sugestões e indicações para orientar os operadores do Direito.

²⁴⁸ Nesse sentido, QUENTAL, Ana Margarida, VAZ, Marcela e LOPES, Luís. “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”. Revista do CEJ, Lisboa, 2013. p. 188.

²⁴⁹ Perceba-se que em casos como o de adoção, a partir dos 12 anos o consentimento (não oitiva) é necessário. E não há norma que delimite, tampouco jurisprudência firme nesse sentido. Há um consenso acerca da necessidade de discernimento.

²⁵⁰ CRFB/88, Art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”

Sobre o tema, veja-se que em 2015, o que é um passado recentíssimo, mas para fins tecnológicos um tanto distantes, a doutrina, voltada à prática judicial em matéria de Convenção, sugeria inovações

“Tais como o desenvolvimento do sistema de processo eletrônico, do cumprimento de mandados sem a necessidade de expedição de precatórias (SMweb), dos sistemas de audiências por videoconferência e, ainda, de ações contínuas de capacitação de magistrados sobre aspectos da Convenção de Haia/1980”²⁵¹.

Nesse sentido, da mesma forma que cabe a ação contínua de capacitação dos juízes, o que se percebe na Resolução, uma matéria prática hoje e realista é a capacitação dos setores auxiliares sobre o procedimento probatório que vingue à luz do ordenamento e da realidade, harmonizando técnica e celeridade.

A sugestão acima transcrita é feita por magistrada, conhecedora da realidade forense pátria. Contudo, a problemática é comum aos Estados-contratantes, não havendo uma única meta a ser atingida: sempre pode ser aprimorada.

Elisa Pérez-Vera oferecia, muito antes de se cogitar medidas como audiências por videoconferência, outras práticas, como a tramitação prioritária dos pedidos de retorno e a possibilidade de provimento de cautelares, de acordo com as necessidades dos casos concretos²⁵².

Posição mais aguçada apresentara Erik Jayme²⁵³ na Academia de Direito Internacional da Haia, em 1995, antes mesmo do início da aplicação da Convenção no Brasil, asseverando o problema de divergência jurisprudencial, desconhecimento de normas, paralisação de revisões, dentre outros, apresenta a necessidade de se ter uma ampla formação de juristas, voltada para a internacionalização de conflitos.

Portanto, *mutatis mutandis*, para além das novas realidades sociais um ponto estável é a necessidade contínua de aprimoramento que garanta de acordo com a realidade forense e tecnológica presentes, com a aplicação da

²⁵¹ DADICO, Claudia Maria. O tempo do processo e a Convenção de Haia/1980. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.66, jun. 2015. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Claudia_Dadico.html> Acesso em: 23 mar. 2022.

²⁵² PÉREZ-VERA, Elisa. Rapport explicatif. Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982, p. 458.

²⁵³ JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne (Volume 251)”, in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995. p. 68.

Convenção e a percepção da criança como um sujeito integral de direitos, com proteção integral, o que atende dispositivos expressos da própria Convenção.²⁵⁴

O aprimoramento, assim como Erik Jayme já indicava, é por meio de capacitação e formação adequadas²⁵⁵, o qual deve aproveitar toda a realidade conjuntural, tal como os avanços tecnológicos. A capacitação é a chave, a qual deve observar não apenas textos, mas a realidade conquistada e vivida em seus aspectos sociais, legais e jurisprudenciais.

Sendo a Convenção uma norma de natureza procedimental, o aprimoramento das práticas que a operacionalizam, ligado à conjuntura fática e jurídica, no Estado-contratante, é matéria que precisa de grande atenção para que toda criança tenha seus melhores direitos efetivamente protegidos.

Qualquer entendimento distinto, rico no plano teórico, mas dissociado dos contornos reais aqui indicados, são ociosos: a operacionalização deve ocorrer em um viés estritamente prático, moldada pelos limites técnicos que as letras normativas apresentam.

²⁵⁴ Citem-se os artigos 2 e 11 da Convenção, expressos ao determinar “procedimentos” e “medidas” de urgência, que claramente se adaptarão à realidade social existente. A celeridade de hoje, com o processo eletrônico, é muito mais desenvolvida que há 20 (vinte) anos, e muito aquém do necessário – e do que se espera que seja em futuro próximo. Há necessidade contínua de desenvolvimento e de adaptação para o aprimoramento.

²⁵⁵ Exemplificam-se algumas ações concretas anteriores, como o estabelecimento pelo CNJ de grupo de trabalho para a capacitação do judiciário em matéria de CH80, presidido pelo desembargador federal Guilherme Calmon, atual presidente do grupo dos juizes de enlace; ou a ação do Ministério da Justiça, referente à criação de grupo visando à elaboração de diploma, criado pela Portaria Interministerial nº 500, dos qual a professora Nádia de Araújo fazia parte; igualmente, de forma menos institucional, mas relevantes, seminários anuais do Instituto Brasileiro de Direito de Família, formador de opiniões, dentre outros.

Conclusão

Como demonstrado no curso deste trabalho, o escopo da Convenção é operacionalizar o processo de repatriação de uma criança indevidamente transferida ou retida. Estabelece um procedimento especial, o qual demanda a implementação pelos Estados-contratantes.

Um Estado-membro que não tenha mecanismos para operacionalizá-la acaba, por definição, por esvaziá-la. Quisesse a CH80 estabelecer apenas a repatriação versaria exclusivamente sobre a ordem final. Estabelece, contudo, contornos sobre o procedimento.

É imperioso, neste ínterim, que os Estados-contratantes aloquem esforços para o estabelecimento interno de procedimentos especiais para a matéria, que sejam atentos à vida jurídica e social de fato, sob pena não apenas de se causar um descontentamento com os outros Estados, como, essencialmente, violar a Convenção.

Mais importante que buscar estatísticas de repatriação – o que também é de suma importância – é buscar meios para ver a Convenção cumprida, seja para determinar o retorno, seja para reconhecer a presença de uma exceção. Em ambos os casos, com o ponto comum, desenvolver continuamente o procedimento intermediário.

Para tal é preciso defender o princípio do melhor interesse da criança, cuja leitura é essencialmente material: um vetor hermenêutico e um direito subjetivo a ser exigido diretamente nos casos que envolvam crianças, como o são os de Convenção.

O princípio pode estar contido em defesas pela ordem de não retorno e naquelas pela repatriação, em um mesmo processo inclusive, o que deve ser percebido mais do que em uma hermenêutica de seu significado, mas, em matéria de CH80, na forma de como operacionalizada – nunca restritiva.

Desse modo, quando se aborda o tal princípio em matéria de Convenção, faz-se necessário remeter ao capítulo preliminar e perceber a criança como sujeito integral e ativo de direitos, seguindo lições atemporais de Janus Korczak.

É o entendimento de que o procedimento não tutela um Estado ou uma família, mas em primeiro plano tutela a criança, centro do Direito e cujo *melhor interesse* é princípio e vetor axiológico de todo o ordenamento.

Não faltam definições e interpretações sobre o corolário, mas aqui se demonstra que, mesmo se a interpretação final diverja, um ponto deve convergir:

todas as ações que tutelem a criança devem percebê-la com absoluta prioridade, não economizando esforços para descobrir qual de fato é a decisão que melhor atende a seu melhor interesse.

Isto posto, demonstrou-se, a partir da *Parte I* do trabalho, que o Direito Público e Privado, Internacional e de Família, mesclam-se em matéria de CH80. As noções de ambos, portanto, são complementares e de presença indispensável ao operador: da guarda à reciprocidade, do poder familiar à sanção.

A proteção à criança transversaliza e permeia todos os conceitos e noções, unindo os ramos do Direito. Para demonstrar –, como buscou o trabalho, a ausência de uniformidade na aplicação da CH80 pelos Tribunais, foi necessário previamente indicar os objetivos do texto convencional e conceitos fundamentais – guarda, residência habitual e o ato ilícito que leva à sua aplicação.

Igualmente, os contornos dos artigos 12 e 13, “b”, não apenas por meio de definições teórico-doutrinárias, como por uma perspectiva empírica e da própria correlação de ambas dada pelos Tribunais.

Apresentaram-se, sob a ótica desta última, os vieses da hierarquia normativa da Convenção, de norma ordinária ou supralegal. Apesar de possíveis distinções, restou delineado que seja qual for o entendimento do intérprete, cabe uma essencial identidade: ao operacionalizar a Convenção as normas de natureza material devem ser observadas.

Por sua vez, para ilustrar o principal problema diagnosticado pelo trabalho, ingressou-se na *Parte II*, sobre a *A experiência brasileira acerca da aplicação dos artigos sobre o não retorno*.

Restaram elucidadas nesta parte do trabalho algumas conclusões principais: **(i)** o STJ determina a prova pericial e a máxima cautela em procedimentos que versem sobre criança; **(ii)** a cautela se refere à operacionalização e não implica em ordem de retorno; **(iii)** o STJ tem uma lista de precedentes pareados no que se refere ao retorno e ao não retorno (cinco e seis precedentes, respectivamente), mas sedimentado quanto à necessidade de um procedimento amplo (treze dos quatorzes precedentes determina ou fundamenta na prova pericial).

Demonstrou-se, no âmbito dos TRFs, **(iv)** que um único precedente isolado contrário à dilação, do STJ, permanece sendo utilizado como fundamento; **(v)** o TRF1 e o TRF3 apresentam acórdãos em maioria pelo não retorno – 69,23% e 88,88%, respectivamente; **(vi)** todos os casos do TRF1 pelo retorno são aqueles sem prova pericial, enquanto todos os casos do TRF3 sem a prova acarretaram em conclusão pelo não retorno, indicado a possibilidade de uma hermenêutica

diametralmente inversa; **(vii)** todos os casos do TRF1 com prova acarretaram no não retorno, enquanto todos os casos do TRF3 com o estudo terminaram no retorno, igualmente apresentando um movimento possivelmente inverso em relação aos parâmetros utilizados pelas juntas.

Demonstrou-se, por conseguinte, **(viii)** inexistir relação de causalidade entre a morosidade do feito e a produção da prova pericial, pelo contrário: há feitos em que transcorrem anos apenas na discussão de uma prova, independente de ser produzida ou não ao final, a qual visa à checagem da situação da criança e com possibilidade de ser realizada em semanas.

Ainda que houvesse um entendimento equivocado de que provas causam morosidade ao processo, demonstrou-se que podem ser formuladas em menos de 2 (dois) meses, conforme precedente da Primeira Seção do STJ, havendo processos em que, de um recurso a outro, transcendem anos – tendo como uma causa embrionária a ausência de prova²⁵⁶. A responsabilização, se for o caso, deve ter uma direção coerente.

Por fim, ainda no âmbito dos Tribunais, além da divergência regional, **(ix)** demonstrou-se, principalmente a partir da jurisprudência do STJ, a garantir uma devida instrução, que se um processo abreviado ocorrer, assim será, em viés prático, em relação às crianças e a famílias com menos recursos.

Disso infere-se uma prática não apenas contrária à proteção integral da criança em viés teórico, como discriminatória com certos grupos, sendo uma irresponsável sob o aspecto social, alçando também em matéria de CH80 crianças menos abastadas como cidadãos de segunda classe.

Demonstrou-se que para além dos ritos judiciais e processuais demandarem uniformização, os procedimentos auxiliares (com vistas na perícia judicial) merecem igual linearidade, com o lançamento da questão especialmente no âmbito da Justiça Federal, para que haja uma capacitação e aperfeiçoamento dos setores auxiliares da justiça.

Daí que, precedendo esta conclusão, comentou-se em tom propositivo a Resolução nº 449/2022/CNJ. Apresenta um indubitável avanço, utilizando-a especificamente para apresentar como os processos de Convenção ainda

²⁵⁶ Neste corrente momento, menciona-se o AREsp nº 1.924.350/SP, oriundo do caso comentado no capítulo 5.b.i, no qual em primeiro grau a União foi contra a produção da prova e, em 2020, o TRF3 reformou a decisão, ainda sem prova. Recebido no STJ, após recursos na origem, em junho de 2021, foi desprovido monocraticamente em dezembro de 2021 (o primeiro recurso no STJ) Interposto agravo interno pela AGU, não há, em maio de 2022, previsão para ser pautado o novo recurso.

precisam de grande aperfeiçoamento, não apenas em um viés teórico e legal, mas sob uma ótica prática e atenta à conjuntura social e jurisprudencial.

Dessa maneira, o ponto nodal do trabalho é mostrar que deve existir um procedimento atento ao melhor interesse da criança, no sentido mais amplo possível, considerando também o caminho jurisprudencial, desenvolvendo-o para que seja igualmente célere. Não se discute o cabimento da dilação (que já ocorre e serve de premissa). Aprofunda-se, a partir de seu reconhecimento, em formas para desenvolvê-la, o que não implica, como exposto, em uma hermenêutica final ampliativa.

Como sabido, a operacionalização tem *“papel é crucial para que seus mecanismos não se transformem, como ocorre em tantas outras convenções, em letra morta”*²⁵⁷, devendo estar atenta a uma realidade conjuntural.

Isto posto, como demonstrado neste trabalho, as hipóteses convencionais de exceção ao retorno de integração da criança no seu novo meio e o risco grave ou a situação intolerável no retorno permanecem apresentando grandíssima divergência, não apenas na hermenêutica, como – e principalmente – no procedimento.

Como exemplo, mais que defender que não haja perícia em processos iniciados em menos de um ano, e olvidando a relação com o artigo 13, “b” pela jurisprudência, seria construtivo alocar esforços para que seja realizada o quanto antes, aí sim abreviando o processo de modo concreto.

Enquanto há Cortes regionais, como o TRF3, em que todos os casos de repatriação são aqueles em que houve prova pericial, enquanto todos os sem estudo técnico acarretam em manutenção, há outros, como o TRF1, em que todos os casos onde houve a ordem de retorno são os sem perícia.

A AGU pode, a partir desse reconhecimento, construir estratégia. Igualmente, a defesa de qualquer das partes poderia fazê-lo. O ponto, contudo, é o reconhecimento para que a Justiça Federal desenvolva de modo efetivo a matéria. Aqui, não visando o Judiciário ao êxito de uma parte ou de outra, mas à efetiva tutela de toda criança, como sujeito integral de direitos, merecedora de regras claras – e não sujeita à melhor estratégia.

A inferência de causalidade não transcende a especulação, mas os dados falam por si. Se não há uma causalidade direta, há, no mínimo, uma grande possibilidade, por sinal diametralmente opostos no caso dos Tribunais estudados. A partir do reconhecimento caberá o desenvolvimento.

²⁵⁷ ARAÚJO, Nádia. P. 360.

Não suficiente, se a relação acima é uma hipótese, a ausência de relação de causalidade entre morosidade e a perícia apresentam uma ligação concreta. Ao revés, é muito causada pela indefinição procedimental, que por si só autoriza que a discussão sobre a produção, por si só, leve anos.

Como indicado, em 92,85% casos que tramitaram junto ao STJ houve a prova pericial, seja determinada pela Corte, seja em momento mais oportuno, anterior.

De qualquer modo, o que se percebe é um entendimento quase unânime sobre a necessidade de uma instrução ampla, o que não implica em uma hermenêutica expansiva, tampouco em morosidade, desde que assumida uma realidade a ser desenvolvida. O ponto é garantir o desenvolvimento da prova pericial – e para todas as crianças, não apenas aquelas que terão acesso efetivo à Justiça.

Demonstrou-se, nesse exato sentido, que aqueles casos em que a União lograria êxito em um procedimento abreviado são os mesmos que haveria não apenas uma parte hipossuficiente pela condição de criança, como hipossuficiente no aspecto socioeconômico.

O abreviamento contrário a diversos dispositivos de Lei e à construção jurisprudencial consagrada alçará certas crianças a uma segunda categoria de proteção.

Repete-se este ponto, para fins acadêmicos, pois é preciso que a questão cause indignação e reflexão. A partir do diagnóstico de ordem prática, gere construção e desenvolvimento.

De nada adianta tecer páginas e páginas sobre o melhor interesse da criança se, em um processo, a criança de poucos recursos será a repatriada sem dilação ou em liminar satisfativo. É antagônico e *causa espécie*, o que merece atenção por aqueles que criam o operam o Direito.

A operacionalização uniforme e protetiva, por outro lado, sana o perigo, reconhecendo que toda a criança, independente da capacidade econômica da família ou do ente federativo em que se encontra, é digna de uma proteção integral, porquanto sujeito ativo e integral de direitos.

Contudo, como denotado, no Brasil, transcorridos 22 (vinte e dois) anos em que vigora a CH80, por maiores que sejam os avanços, não há ainda norma específica que a regulamente, causando um hiato preenchido pela jurisprudência.

O papel da doutrina, na experiência brasileira, muito se limita a questões de ordem teórica, voltada a uma finalidade específica e, seja qual for esta, pautada no mesmo princípio do melhor interesse da criança.

Contudo, não faltam vertentes que defendam a repatriação ou juristas que entendam pela sua mitigação: o que ambos deveriam ter em comum é a constatação de que, mesmo com uma interpretação restritiva da exceção e independente de qual seja o resultado final, sem um rito protetivo inexistirá o melhor interesse.

Se houver, advindo do *livre sorteio* – ora recordando-se a causalidade entre a prova pericial nos TRFs da Primeira e Terceira Regiões – e não da devida operacionalização. A proposta que se faz, portanto, fidedigna à realidade processual que causa uma grande divergência, refere-se ao meio até a decisão, com enfoque nas perícias; proposta esta atenta às normas e, especialmente, à experiência brasileira em matéria de Convenção.

São diversas as formas de aprimoramento, para além dos comentários à Resolução 449/CNJ, exemplificando-se com a oitiva por um órgão qualificado – ou junta pericial; oitiva pelo Juízo e equipe em sala adaptada; ou mesmo visita *in loco* para que o Juízo – e/ou equipe – averigüe a adaptação da criança e o grave risco no retorno, ainda que não conste especificamente no processo a ressalva da indicada “alínea c”.

É o caso de perceber o direito da própria criança de não lhe ter negada uma prova técnica e um procedimento amplo, independentemente de um terceiro. Se for esta uma possibilidade do melhor interesse, o que soa verossímil, é convergir para que ocorra do modo mais transparente, uniforme e célere possível. É a implementação do direito subjetivo da criança.

O aprimoramento pode ocorrer no próprio seio do Judiciário, de modo institucional e uniforme. Aplicável aos magistrados e magistradas, mas também aos setores auxiliares, com padrões próximos de qualidade.

Apesar de a Resolução do CNJ valer-se como um manual, poderia apresentar também a produção de prova de ofício, a qual, em viés pragmático, definirá todos os caminhos seguintes. É uma constatação muito presente e que protege até mesmo a pretensão da União.

São de fato utópicas em um meio que não propõe cursos de aperfeiçoamento e formações, ou que viabiliza a perícia ou a assistência pericial como uma exceção de curto alcance. Realizadas formações, organizadas as juntas, operacionalizada a Convenção, converte-se qualquer senso de distância em prática de celeridade. Não se trata de utopia.

Igualmente, ainda que houvesse um entendimento sem lastro de que o laudo favorece o genitor que reteve, o receio é de fácil desconstrução, não apenas pelos precedentes comentados, como por meio de formações organizadas pelos operadores do Direito sobre a forma como deve ser elaborado o laudo.

Muito embora se conheça opiniões sobre a impossibilidade de leituras distintas à imediata repatriação, sob a justificativa de que “ampliar” as hipóteses de exceção, negar a realidade legal e jurisprudencial brasileira é não apenas desacreditar que recursos a cortes superiores existem no Brasil, como afrontar os próprios direitos da criança, que merecem o máximo de cautela.

Não suficiente, demonstrou o risco de se alçar crianças de certos grupos socioeconômicos como crianças de segunda categoria, que podem ser sujeitas a uma repatriação em urgência, destoando daquela com uma família de mais recursos, que terá seu processo apreciado por um colegiado de ministros e, sobretudo, a sua *psique* estudada por profissionais da saúde pela rede de apoio que a sustenta. Ponto este que merece ser repetido. O pensamento do operador do Direito merece ter uma visão pautada na prática forense, cuja desigualdade no acesso ainda é pulsante.

Em síntese, o desenvolvimento do procedimento é uma condição precisa para que uma não criança seja mantida indevidamente – por justificativas como a adaptação pelo puro lapso temporal sem que esteja adaptada – e que outras sejam repatriadas, apesar das exceções presentes e não verificadas pela Justiça.

O desenvolvimento ocorrerá se constatado e assumido o problema, em toda a sua conjuntura, com a adoção de mecanismos efetivos e atentos à realidade em constante mutação, ressaltando que caso contrário os mais lesados, especialmente para fins de verificação da exceção, serão os hipossuficientes, cuja igualdade no acesso à Justiça²⁵⁸ tem eficácia limitada²⁵⁹.

Portanto, ainda que exista, de fato, inúmeras respeitáveis correntes teóricas contrárias à sua realização, o presente estudo se presta a apresentar uma proposta que transcenda o papel e possa ser utilizado, de fato, como uma prática colaborativa e construtiva a ser implementada: uma proposta para catalisar o processo em que, por detrás do acórdão, de fato vive uma criança em

²⁵⁸ CRFB/88, Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁵⁹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 84.

vulnerabilidade. Para que tenha acesso à dilação; e que esta não implique nem em uma ordem final específica, tampouco em morosidade, ao revés.

Se a Convenção, de ordem procedimental, estabelece a celeridade da devolução (vide o artigo 11) e, igualmente, não delimita as provas, abrindo espaço para a dilação, indicado pela doutrina como contradição²⁶⁰, o ponto é reconhecer a realidade fática e jurídica para desconstruir proativamente qualquer contrassenso. Não por meio do argumento teórico mais forte, sempre em um plano dúbio e abstrato, mas em um campo prático-teórico de colaboração para o desenvolvimento dos processos em Convenção.

Não há como se transpor um obstáculo (morosidade na perícia, cite-se) que não é constante em todo o país sem antes constatar a necessidade de ter uma perícia célere ou mesmo da vasta divergência entre os tribunais. Primeiro cumpre a sua uniformização (presença ou ausência da prova – e em quais casos), para, então, operar a transposição da morosidade em um rito de qualidade e célere.

Por fim, destacou-se que a proposta em qualquer matéria que envolva criança deve ter um conteúdo material, essencialmente, não podendo, sob nenhum viés, uma norma de ordem formal suprimir direitos materiais. É o que percebe a jurisprudência ao alçar a Convenção como norma de direitos humanos. Não faz por determinar um procedimento especial, mas por ter como fato subjacente a proteção à criança na dita operacionalização.

O texto convencional é uma conquista e as normas para a sua implementação (não apenas) no Brasil são uma necessidade; a sua operacionalização deve, atenta à criança, observar toda a ordem legal, jurisprudencial e social, sob pena de restar como uma letra fria.

Acredita-se que, transcorridos maior tempo, haverá mais educação, seja dos setores institucionais, seja das próprias famílias. Mais formações e preparos, evitando-se que a CH80, de desdobramentos graves, seja atraída.

Pela conjuntura de hoje, contudo, são diversos os novos casos e, quando houver chance de verificar uma exceção, amparada na defesa dos direitos fundamentais, merece uma devida aplicação, ampla e restritiva, um antagonia terminológica, mas de fácil harmonização.

Mais que harmônicos, complementares a operacionalização ampla e a hermenêutica restritiva. É assim, percebendo a criança como sujeito integral e

²⁶⁰ SIFUENTES, Monica. Pedido de restituição X Direito de Guarda – análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 57-64, out./dez. 2011. Disponível em <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1500/1526>

ativo de direitos, que a Convenção da Haia Sobre o Sequestro Internacional de Crianças deve ser adotada: de modo verossímil e proativo para a apresentação de novas propostas, sendo um texto vivo e efetivo.

Efetivo na busca pelo melhor interesse da criança fora da letra fria da norma; vivo na realidade que permeia o processo.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 9ªd, rev., atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. Comentário ao RESP 1.239.777: O dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 28, jun, 2012, p. 111-137..

BEAUMENT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. The Hague Convention on International Child Abduction. London: Oxford University Press, 2004.

BIRMAHER, B, KHETARPAL S, BRENT D, CULLYM, BALACH L, KAUFMAN J, et al. The Screen for Child Anxiety Related Emotional Disorders (SCARED): scale construction and psychometric characteristics. J Am Acad Child Adolesc Psychiatry. 1997;36(4):545-53

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. STJ. REsp 1880584/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 18/11/2020.

_____. STJ. REsp 1723068/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 18/12/2020.

_____. STJ. REsp 1788601/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 30/10/2019

_____. STJ. REsp 1727052/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 20/11/2018.

_____. STJ. EREsp 1458218/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 03/05/2018.

_____. STJ. EREsp 1458218/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 16/06/2016

_____. STJ. REsp 1387905/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 24/05/2017.

_____. STJ. REsp 1390173/RJ, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 28/10/2015.

_____. STJ. REsp 1214408/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015.

_____. STJ. REsp 1196954/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 13/03/2014.

_____. STJ. REsp 1351325/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 16/12/2013.

_____. STJ. REsp 1293800/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 05/06/2013.

_____. STJ. REsp 1315342/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012.

_____. STJ. REsp 1239777/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012.

_____. STJ. AgRg no REsp 1239777, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 05/10/2011, DJe 21/10/2011

_____. STJ. REsp 954.877/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 18/09/2008.

_____. TRF 1ª Região, AC 1000137-22.2018.4.01.3313, JUÍZA FEDERAL KÁTIA BALBINO DE CARVALHO FERREIRA (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, PJe 24/12/2021

_____. TRF 1ª Região, REO 1000075-68.2017.4.01.3813, DESEMBARGADOR FEDERAL KATIA BALBINO DE CARVALHO FERREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, PJe 06/12/2021

_____. TRF 1ª Região, AC 1005715-81.2019.4.01.3813, JUIZ FEDERAL GLAUCIO MACIEL (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, PJe 01/12/2021

_____. TRF 1ª Região, AC 1004497-64.2017.4.01.3400, JUIZ FEDERAL GLAUCIO MACIEL (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, PJe 24/11/2021

_____. TRF 1ª Região, AC 1003815-08.2019.4.01.3314, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, PJe 03/05/2021

_____. TRF 1ª Região, AC 1002566-71.2019.4.01.4300, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - SEXTA TURMA, PJe 08/02/2021

_____. TRF 1ª Região, AC 0011092-13.2014.4.01.3300, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, PJe 16/11/2020

_____. TRF 1ª Região, AC 0002300-17.2013.4.01.3814, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 04/09/2019

_____. TRF 1ª Região, EIAC 0000472-74.2012.4.01.3505, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, TRF1 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 28/01/2019

_____. TRF 1ª Região, AC 0026605-32.2016.4.01.3500, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 14/06/2019

_____. TRF 1ª Região, AC 0025295-82.2011.4.01.3300, JUIZ FEDERAL ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 12/02/2019

_____. TRF 1ª Região, AC 0001259-19.2011.4.01.3803, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 29/11/2016

_____. TRF 1ª Região, AC 0030786-18.2012.4.01.3500, DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 16/09/2016

_____. TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001552-18.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 14/09/2020, Intimação via sistema DATA: 18/09/2020

_____. TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 1607695 - 0005514-51.2010.4.03.6114, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 22/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/08/2019

_____. TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2241038 - 0001525-54.2016.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/04/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2019

_____. TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1806736 - 0019090-56.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 04/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/10/2018

_____. TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2181541 - 0000279-68.2013.4.03.6124, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, julgado em 07/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/11/2017

_____. TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2162100 - 0004360-41.2014.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, julgado em 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/08/2017

_____. TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2068726 - 0016040-22.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, julgado em 17/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/05/2016

_____. TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2037996 - 0006030-96.2013.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 16/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/03/2016

DADICO, Claudia Maria. O tempo do processo e a Convenção de Haia/1980. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.66, jun. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu, KORCZAK, Janusz. O direito da criança ao respeito. São Paulo, Summus, 1986.

DECAUX, Emmanuel. La réciprocité em droit international. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1980.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1ª ed., 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme, "Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?", in Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC, vol. 8, n.º 1, 2013.

HUTZ C, Bandeira D. Tendências contemporâneas no uso de testes, uma análise na literatura brasileira e internacional. Psicol Reflex Crit. 1993;685-101.

JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne (Volume 251)", in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995.

KORCZAK, Janusz. Como amar uma criança. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MARTINS, Natalia Cambas. SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: As exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças - Interpretação judicial da adaptação da criança. 1ª Edição. Curitiba: Editora CRV, 2013

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MATTOS, Elsa de; Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência. Revista dos Tribunais. v. 954, p. 239-254, abril. 2015, p. 244

MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude. "Exceptions to Return: Settlement of the child: Commencement of Convention Proceedings". Case Law Analysis.

MEIRA, Rodrigo Santos. *O paradoxo da criança adaptada: crítica à aplicação da convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças no Brasil*. 2018. 183 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENEZES, Luciana Tavares de. A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças : a celeridade da cooperação internacional e o melhor interesse do menor / Luciana Tavares de Menezes. In: Publicações da Escola da AGU, v. 9, n. 1, p. 81-93, jan./mar. 2017.

MÉRIDA, Carolina Helena Lucas, "Sequestro Interparental: O Novo direito das crianças", in Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.º 9, 2011.

MIGUEL FILHO, Theophilo Antonio. Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Declaração Universal dos Direitos da Criança e Seus Sucedâneos Internacionais. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2004

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Declaração Universal dos Direitos da Criança e Seus Sucedâneos Internacionais. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2004

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos A proteção da criança no cenário internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. O Décimo-Quinto Aniversário da Convenção sobre os Direitos da Criança – contributo para o aprofundamento e implementação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 831, jan. 2005

MOTA, Helena, "Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de junho", in Revista Eletrônica de Direito, n.º 2, junho, 2017.

NORONHA, A. P. P., Ziviani, C., Hutz, C. S., Bandeira, D. R., Custódio, E. M., Alves, I. B., Alchieri, J. C., ...Domingues, S. (2002). Em defesa da avaliação psicológica. *Avaliação Psicológica*, 1(2),173-174.

PEREIRA, Ana Isabel, BARROS, Luisa, BEATO, Ana. Escala de avaliação da ansiedade e superproteção parentais: estudo psicométrico numa amostra de pais e mães de crianças em idade escolar. RIDEP · Nº 35 · VOL. 1 · 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. O "melhor interesse da criança". In: O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PÉREZ-VERA, Elisa. Rapport explicatif. Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982, .

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. "Temas de direitos humanos", Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. "A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro", In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo. Centro de Estudos. Jan/dez/1999.

QUENTAL, Ana Margarida, VAZ, Marcela e LOPES, Luís. "O direito de audição da criança no âmbito de processos de raptos parentais internacionais". Revista do CEJ, Lisboa, 2013.

RODAS, João Grandino, MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Conferência da Haia de direito internacional privado : a participação do Brasil /- Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention, A Critical Analysis. Oregon: Hart Publishing, Studies in Private International Law, v. 13, 2013.

SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. Transnational Law and Contemporary Problems, Vol. 12, 2002.

SHAPIRA, Amos. Private International Law aspects of child custody and child kidnapping cases. Recueil des Cours - Académie de Droit International, v. 214, 1989

SIFUENTES, Monica. Pedido de restituição X Direito de Guarda – análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 57-64, out./dez. 2011.

SIFUENTES, Mônica. Pedido de restituição x Direito de guarda: análise do artigo 16 da Convenção de Haia de 1980. In LEX Coletânea de Legislação e Jurisprudência, ano 33, n. 392, agosto/2011. LEX Editora S.A. São Paulo.

SIFUENTES, Monica, CALMON, Guilherme (Coordenadores). Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Wildson Vieira da, FIGUEIREDO, Vera Lúcia Marques de. Ansiedade infantil e instrumentos de avaliação: uma revisão sistemática. Brazilian Journal of Psychiatry [online]. 2005, v. 27, n. 4.

STEARNS, Peter. N. Infância: história mundial. São Paulo: Contexto, 2006.

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

Lista de Julgados

STJ (2012-2021). Critérios de pesquisa: "Convenção de Haia, Sequestro"	Ordem Retorno	Perícia	Fundamento central
REsp 1880584 1ª Turma, DJe 18.11.2020	Sim	Realizada. A criança foi repatriada em sede de execução de sentença (satisfativa). Acórdão que reformou a sentença nunca foi cumprido. STJ, percebendo inexistir grave risco, reformou a sentença.	Melhor interesse da criança seria o retorno. União tentou afastar a perícia brasileira, sob o fundamento do requerimento anterior a 1 ano.
REsp 1723068, 2ª Turma, DJe 18.12.2020	Sim	Judicial, não. Na Espanha, apenas, meses antes do retorno. Não se tratava de artigo de exceção, mas da vontade da criança de ficar com a mãe.	Procedimento administrativo iniciado menos de um ano da retenção. Ausência de exceções.
REsp 1788601, 2ª Turma, DJe 30.10.2019	Não	Sim, concluindo pela adaptação e risco de dano psicológico.	Nas instâncias a quo, arts. de exceção 12 e 13; no STJ, adolescente com mais de 16 anos.
REsp 1727052, 2ª Turma, DJe 20.11.2018	Versa sobre perícia, a qual será realizada.	Sim, determinada pelo TRF.	Recurso especial não conhecido por óbices formais.
REsp 1458218, 1ª Seção, DJe 03.05.2018	STJ determina em questão de ordem a realização de perícia pelo TRF para proceder com o julgamento da causa. Questão de Ordem acolhida.	Sim, determinada pelo STJ.	Diplomas hierarquicamente superiores que determinam a oitiva e perícia psicológica para garantia da proteção integral da criança e aplicação da Convenção.
REsp 1.387.905, 2ª Turma, DJe 24.05.2017	Não	Sim, pelo TRF.	Adaptação e risco de dano, arts. 12 e 13.
REsp 1.390.173, 1ª Turma, 15/09/2015	Sim	Sim, pelo TRF: retorno causaria danos, mas seria amoroso com o pai.	Art. 3º, sem cabimento dos artigos de exceção. REsp não conhecido pela s.7.
REsp 1.214.408, 1ª Turma, 23/06/2015	Não	Sim, pelo TRF, integração ao novo meio.	Arts. 12 e 13.
REsp 1.196.954, 2ª Turma, 25/02/2014	Não	STJ definiu a perícia, reformando também nesta parte o julgado do TRF.	Arts. 12, 13 e 20.
REsp 1.351.325, 2ª Turma, 10/12/2013	Sim	Não foi realizada e STJ indeferiu a perícia, vez que o proc. Administrativo foi inferior a um ano.	Art. 3º
REsp 1.293.800, 2ª Turma, 28/05/2013	Não	Realizada pelo TRF.	Art. 12
REsp 1.315.342, 1ª Turma, 27/11/2012	Sim	Sim.	Art. 3º, ausência de exceção.
REsp 1.239.777, 1ª Turma, 12/04/2012	Definiu a prova pericial.	REsp parcialmente provido determinando a prova pericial.	Não consta no voto/acórdão, mas pedido se lastreia no art. 300 CPC/73 e 12 e 13, "b" da Convenção.
REsp 954.877 1ª Turma, 18/09/2008	Não.	Houve prova pericial.	Adaptação (12), relacionada ao grave risco no retorno (13)

TRF 3: (2016 – 2021) Critérios de pesquisa: "Convenção de Haia, Sequestro, Exceção"	Ordem Retorno	Artigo / Fund.	Prova Pericial	Duração	DJe
0001552-18.2017.4.03.6100	Não	Art. 13, "a" e "b", embora fundamente com base em adaptação.	Não. O acórdão tampouco determinou, mas frisou que sem um estudo entedia por bem o não retorno	3 anos	2020
0005514-51.2010.4.03.6114	Sim	Art. 6º - e ausência dos arts. 12 e 13.	Sim, de onde se verificou a ausência de risco no retorno.	9 anos	2019
0001525-54.2016.4.03.6105	Não	Art. 12 e 13, "b"	Sim	3 anos	2019
0019090-56.2010.4.03.6100	Não	Art. 12 e 13, "b"	Sim, frisando o acórdão a mesma para embasar ambos os arts. de exceção.	8 anos	2018
0000279-68.2013.4.03.6124	Não	Art. 13, "b"	Sim	4 anos	2017
0004360-41.2014.4.03.6119	Não	Art. 12 e 13 "b"	Sim	3 anos	2017
0016040-22.2010.4.03.6100	Não	Art. 12 e 13 "b", juntos.	Não.	6 anos	2016
0006030-96.2013.4.03.6104	Não	Art. 12 e 13 "b"	Sim, frisando o acórdão a mesma para embasar ambos os arts. de exceção.	3 anos	2016
TRF1/(2016 – 2021) "Convenção de Haia, Sequestro, Exceção"	Ordem Retorno	Artigo / Fund.	Prova Pericial	Duração	DJe
1000137-22.2018.4.01.3313	Sim	Tempo inferior a um ano.	Não informado.	3 anos	2021
1000075-68.2017.4.01.3813	Não	Art. 12 e 13.	Sim.	9 anos	2021
1005715-81.2019.4.01.3813	Sim	Ausência de risco no retorno	Não informado	3 anos	2021
1004497-64.2017.4.01.3400	Sim	Art. 12, mencionando negativa de violação ao 13.	Não. Sob o fundamento de que o processo administrativo foi iniciado em menos de 1 ano, justifica, "conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante (...) viável o indeferimento da perícia com base no art. 12 da Convenção (...) (REsp 1.351.325/RJ)".	4 anos	2021
1003815-08.2019.4.01.3314	Não	13, "b". Fundamentação menciona	Não informada.	2 anos	2021

		ausência de residência habitual na Suíça e adaptação no Brasil.			
1002566-71.2019.4.01.4300	Sim	Ausência de exceção (13 ou 12)	Não	2 anos	2021
0011092-13.2014.4.01.3300	Não	Art. 13, "b" e 12	Sim	6 anos	2020
0002300-17.2013.4.01.3814	Não	Art. 12 e 13, "b".	Sim, adaptação utilizada na fundamentação.	5 anos	2019
0000472-74.2012.4.01.3505	Não	Art. 12 e 13	Sim. Em sentido oposto ao primeiro precedente (1004497-64.2017), mesmo que iniciado o processo no prazo do art. 12, transcorreu prazo muito superior até o julgamento,.	7 anos	2019
0026605-32.2016.4.01.3500	Não	Art. 12. Menção ao art. 13, "b"	Sim, adaptação utilizada na fundamentação	3 anos	2019
0025295-82.2011.4.01.3300	Não	Art. 12, 13 e 20	Sim, adaptação utilizado na fundamentação	7 anos	2019
0001259-19.2011.4.01.3803	Não	Art. 12 e 13, "b"	Sim, verificando-se a adaptação, utilizada na fundamentação	5 anos, embora iniciado com menos de 1 ano	2016
0030786-18.2012.4.01.3500	Não	Art. 12 e 13, "b"	Não: desnecessária para verificar ambos os artigos	5 anos	2016

CNJ - Resolução nº 449 de 30.03.2022

Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000.

Fonte: Administração do Site, DJE/CNJ , de 01.04.2022. P. 02 a 07

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO a Convenção da Haia de 1980, que trata dos Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 79, de 15 de setembro de 1999, e promulgada pelo Decreto Presidencial no 3.413, de 14 de abril de 2000;

CONSIDERANDO que a Convenção é aplicável a qualquer criança que tenha residência habitual em um Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita, e que essa aplicação cessará quando a criança atingir a idade de dezesseis anos, diante do conceito convencional de criança;

CONSIDERANDO que é da competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, I e III, da Constituição da República, a matéria relacionada à restituição internacional e visitação transnacional de crianças com base na Convenção da Haia de 1980;

CONSIDERANDO o dever de o Brasil responder com brevidade os pedidos de retorno da criança, assinalando a Convenção o prazo de seis semanas para tanto (artigo 11) e a necessidade de observar procedimento judicial compatível com essa determinação;

CONSIDERANDO que o retorno imediato da criança é a medida prevista pela Convenção como aquela que melhor atende ao interesse da criança em caso de transferência ilícita ou retenção indevida (art. 1, alínea “a”);

CONSIDERANDO que a Convenção não admite a modificação das condições de guarda, as quais devem ser demandadas em ação própria perante a autoridade do Estado da residência habitual da criança (artigo 16);

CONSIDERANDO que a integração ao novo meio não pode ser conhecida nos casos de transferência ou retenção recente (artigo 12, 2);

CONSIDERANDO a deliberação do Plenário do CNJ no Ato Normativo no 0000904-78.2022.2.00.0000, na 347ª Sessão Ordinária, realizada em 22 de março de 2022;

RESOLVE:

Art. 1o Os processos que versarem sobre a restituição de crianças ou sobre o direito de visita, fundadas na Convenção da Haia de 1980, promulgada pelo

Decreto no 3.413, de 14 de abril de 2000, reger-se-ão pelas disposições de direito material e processual aplicáveis, observando-se as determinações e orientações complementares estabelecidas nesta Resolução.

CAPÍTULO I

DO DIREITO

Art. 2o Na interpretação e aplicação da Convenção da Haia de 1980, observar-se-ão as normas de direito internacional privado previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em especial no art. 7o, aplicando-se, conforme o caso, o direito privado do Estado de residência habitual da criança ou o Código Civil brasileiro.

Da residência habitual

Art. 3o Aplica-se a Convenção aos casos em que, no momento da transferência ou retenção, a criança mantinha residência habitual em Estado signatário.

Da guarda

Art. 4o Aplica-se a Convenção aos casos em que, no momento da transferência ou retenção, havia outra pessoa natural ou instituição com direito de guarda da criança de acordo com a legislação do Estado onde mantinha residência habitual antes da transferência ou retenção.

§ 1o Considera-se guarda o direito de ter a criança sob seus cuidados e de decidir sobre o lugar de residência dela, na forma do artigo 5o, alínea "a", da Convenção.

§ 2o Na dúvida sobre a atribuição e sobre a qualificação jurídica do direito de guarda, recomenda-se ao magistrado observar a lei do país de residência habitual da criança.

§ 3o O direito de guarda pode ser atribuído diretamente pela legislação, por decisão judicial ou administrativa ou por contrato (artigo 3o, 2o, da Convenção).

Da ilicitude da transferência ou retenção

Art. 5o Aplica-se a Convenção à transferência ou retenção ilícita da criança do Estado de sua residência habitual.

Parágrafo único. Considera-se ilícita a transferência ou retenção quando:

I – tenha havido violação a direito de guarda, e

II – esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse sê-lo caso tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

Das partes, do interessado e do ministério público

Art. 6o A União será intimada, na pessoa de seu representante judicial, nos processos judiciais de retorno fundados na Convenção da Haia de 1980, em que

não for autora, podendo assumir qualquer dos polos ou atuar como *amicus curiae*.

Art. 7o A pessoa em cuja companhia está a criança no território brasileiro será parte legítima para responder ao processo.

Art. 8o A pessoa natural ou a instituição que alega titularizar direito de guarda da criança de acordo com a legislação do Estado onde mantinha residência habitual antes da transferência ou retenção é considerada interessada nos processos judiciais em que a União for parte autora, podendo intervir como assistente.

§ 1o A União manterá contato com a pessoa interessada, cientificando-a dos atos cuja participação é conveniente ou necessária.

§ 2o Caso necessário, a União fornecerá ao juízo os meios de contato da pessoa interessada e solicitará sua notificação dos atos processuais.

Art. 9o O Ministério Público Federal será intimado de todos os termos do processo.

Do despacho inicial

Art. 10. Recebida a petição inicial, o juiz federal tomará as seguintes providências:

I – analisará o pedido de tutela provisória, se for o caso;

II – determinará a citação da parte ré;

III – designará audiência de mediação, a se realizar no prazo de 30 (trinta) dias, sempre que entender viável; e

IV – determinará, desde logo, a produção das provas que forem requeridas ou possam ser determinadas de ofício, assegurando o direito da parte ré à participação nesta fase.

Parágrafo único. No mandado de citação, deverá constar:

I – a determinação de que o réu forneça, durante o cumprimento do ato, todos os seus meios de contato – telefone, e-mail, endereços alternativos – e comunique previamente ao juízo qualquer propósito de mudar de endereço ou de se ausentar de seu local de domicílio atual, até a conclusão do processo e enquanto a criança estiver sob seus cuidados; e

II – a informação de que o prazo para a contestação iniciará da data da juntada do mandado cumprido, na forma do art. 231, II, do Código de Processo Civil.

Da resposta

Art. 11. O prazo para resposta será de 15 (quinze) dias, contados a partir da juntada do comprovante de citação.

Art. 12. A contestação deverá se ater aos fundamentos que obstam o retorno da criança, nos termos da Convenção, notadamente:

I – a inexistência do direito de guarda sobre a criança, pela pessoa que supostamente a teria de acordo com a lei do Estado estrangeiro, no momento da transferência ou da retenção;

II – o não exercício efetivo do direito de guarda pela pessoa que supostamente a teria de acordo com a lei do Estado estrangeiro, no momento da transferência ou da retenção;

III – a preferência da criança com idade superior a doze anos por não retornar ao país de residência habitual;

IV – a existência de um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável;

V – a integração da criança ao local de residência atual, se, na data do recebimento do pedido de cooperação jurídica pelo Estado brasileiro, decorreu um ano ou mais da data da transferência ou da retenção indevidas; e

VI – a verificação de que a restituição da criança violaria os princípios fundamentais da República brasileira quanto à matéria de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Da mediação

Art. 13. A audiência de mediação será realizada na forma da lei processual civil.

§ 1o À pessoa interessada será assegurada a participação na audiência, podendo utilizar meios eletrônicos de comunicação a distância.

§ 2o A mediação incentivar a participação de ambos os genitores nos direitos e deveres decorrentes do poder familiar.

Da organização e de saneamento

Art. 14. Não obtida a mediação, o juiz realizará, ato contínuo, a organização e o saneamento do processo, decidindo todas as questões previstas no art. 357 do Código de Processo Civil, e designará audiência de instrução e julgamento em prazo não superior a 30 (trinta) dias.

§ 1o As partes requererão a produção de provas na petição inicial e na contestação, respectivamente, e arrolarão as testemunhas até a organização e saneamento.

§ 2o As testemunhas que não se encontrarem no Brasil serão apresentadas pela parte requerente independentemente de intimação, facultada a utilização de videoconferência.

§ 3o É inadmissível a prova sobre a adaptação da criança ao Brasil, se transcorrido menos de um ano entre a data da subtração ou retenção ilícita e o recebimento do pedido de cooperação jurídica internacional pela Autoridade Central brasileira, ou o início do processo judicial no caso de a demanda ser ajuizada pela pessoa deixada no Estado da residência habitual da criança, devidamente representada por advogado.

§ 4o Admitida a produção de prova pericial, o juiz nomeará perito e estabelecerá

calendário para sua realização, devendo o resultado ser impreterivelmente apresentado até a data da audiência de instrução e julgamento.

§ 5o O juiz poderá deixar de conhecer da alegação sobre grave risco contida no art. 13, alínea “d”, se a prova for de difícil ou demorada obtenção e a matéria puder ser tratada pelas autoridades do país de residência habitual da criança.

§ 6o Excepcionalmente, o prazo para a realização da audiência de instrução e julgamento poderá ser prorrogado por até 30 (trinta) dias, a pedido das partes, ou no interesse da produção de provas indispensáveis.

Da audiência de instrução e julgamento

Art. 15. Salvo motivo de força maior, não haverá adiamento da audiência de instrução e julgamento.

§ 1o A audiência será concluída na mesma data, salvo absoluta impossibilidade.

§ 2o A audiência suspensa será retomada na primeira oportunidade.

Art. 16. Oferecida a defesa prevista na alínea “c” do art. 13 da Convenção da Haia de 1980, o juiz ouvirá a criança e averiguará se a manifestação é livre da influência indevida da pessoa responsável pelo sequestro ou retenção ou terceiros.

Das traduções

Art. 17. Poderão ser utilizados quaisquer recursos para a compreensão de documentos em língua estrangeira, inclusive tradutores automáticos, se o documento for produzido por pessoa que goza do benefício da assistência judiciária gratuita ou a versão juramentada puder atrasar a tramitação processual.

Da tutela provisória

Art. 18. O deferimento da tutela provisória observará a legislação processual civil.

§ 1o Em caso de risco de novo sequestro ou retenção indevidos, o juiz considerará a adoção de medidas restritivas da liberdade de viajar da pessoa em cuja companhia está a criança e da própria, como retenção de passaporte e alerta às autoridades de fronteira.

§ 2o Havendo elementos para crer que a criança está em situação de risco, o juiz considerará medidas de proteção, em especial o acolhimento institucional ou familiar.

§ 3o O juiz considerará a imediata devolução da criança, em especial se houver evidência de que a pessoa que está em companhia da criança não tem direito semelhante ao qualificado como guarda, ainda que compartilhada, pelo direito brasileiro (art. 1.583, § 1o, do Código Civil), mesmo que detenha direito semelhante ao qualificado como poder familiar pelo direito brasileiro (art. 1.630 do Código Civil).

Dos recursos

Art. 19. Os recursos em processos previstos nesta Resolução serão julgados em até duas sessões ordinárias, contadas da data da conclusão ao relator.

Da execução da ordem de retorno

Art. 20. O juiz federal poderá solicitar o auxílio da Advocacia da União e da Autoridade Central brasileira para a realização, no âmbito de suas atribuições, dos procedimentos concernentes à execução da decisão judicial que ordenar o retorno da criança, certificando-se do seu bem-estar e da sua segurança no território nacional.

Parágrafo único. O juiz federal poderá, igualmente, solicitar o apoio de profissionais da área da psicologia e da assistência social, além do acompanhamento da Polícia Federal, se necessário.

Das ações de guarda na jurisdição brasileira

Art. 21. Nos termos do artigo 17 da Convenção da Haia de 1980, a decisão proferida pelo juiz federal com determinação de retorno da criança deverá ser cumprida ainda que haja decisão relativa ao direito de guarda proferida em ação judicial perante a Justiça Estadual brasileira.

Art. 22. Ao tomar conhecimento da pendência de processo relativo à guarda de criança em curso na Justiça Estadual, o juiz federal comunicará ao juiz de direito a tramitação do pedido de restituição, formulado nos termos do artigo 16 da Convenção da Haia de 1980.

Parágrafo único. Constatada a tramitação de processo relativo à guarda de criança na Justiça Estadual, nas hipóteses previstas nesta Resolução, ficará ele sobrestado até o pronunciamento da Justiça Federal sobre o retorno ou não da criança.

Das custas, despesas e honorários

Art. 23. Os procedimentos decorrentes do cumprimento da Convenção seguirão as regras gerais do Código de Processo Civil (CPC) quanto à isenção de custas, honorários, taxas, distribuição do ônus da prova e também quanto à assistência jurídica gratuita, quando requerida por uma parte.

CAPÍTULO II

DO PROCESSO JUDICIAL PARA ASSEGURAR DIREITO DE VISITA

Art. 24. Ao processo judicial para assegurar o direito de visita, na forma do artigo 21 da Convenção da Haia de 1980, aplica-se, no que couber, esta Resolução.

CAPÍTULO III

DAS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS

Do acompanhamento pela Corregedoria

Art. 25. A Corregedoria Nacional de Justiça poderá instaurar Pedido de Providências para acompanhamento de ações previstas nesta Resolução e dos respectivos recursos e direcionará correspondência ao magistrado,

encaminhando material informativo e reforçando a importância de adotar decisão conclusiva nos prazos estabelecidos.

Parágrafo único. As atribuições deste artigo poderão ser exercidas concorrentemente com o Conselho da Justiça Federal, a Corregedoria-Geral da Justiça Federal e as Corregedorias Regionais da Justiça Federal.

Dos juízes de enlace

Art. 26. A Presidência do Supremo Tribunal Federal designará um juiz coordenador e juízes de enlace para a Convenção da Haia de 1980 entre os juízes de cada um dos Tribunais Regionais Federais.

§ 1º Aos juízes de enlace para a Convenção da Haia no Brasil caberá:

I – o compartilhamento de informações gerais sobre a Convenção e sobre a Rede de Juízes internacionalmente criada para lidar com os casos de sequestro internacional de crianças;

II – estimular a participação de juízes em seminários e eventos, nacionais e internacionais, sobre o tema da Convenção, que ajudem a contribuir no desenvolvimento da especialização daqueles que lidam com a matéria;

III – estabelecer comunicações diretas com juízes brasileiros relacionadas com casos específicos, com o objetivo de colaborar para a solução de impasses que impeçam a regular aplicação da Convenção no Brasil, realizando reuniões periódicas de acompanhamento das causas em andamento com os respectivos magistrados de primeira e segunda instância;

IV – estabelecer relações com as autoridades centrais brasileiras e com todos aqueles envolvidos com a proteção internacional de crianças sequestradas;

V – atuar como intermediário entre magistrados e as corregedorias na solução de demandas e em busca de estabelecer diretrizes destinadas a promover o célere andamento e julgamento dos processos que envolvam a Convenção;

VI – atuar como facilitador na prática de atos processuais que envolvam a jurisdição do Estado de residência habitual da criança;

VII – identificar dificuldades e problemas que possam surgir no curso do processo e estejam relacionadas com o pedido oriundo da autoridade central estrangeira; e

VIII – participar de reuniões convocadas pela Corregedoria Nacional de Justiça, cujo assunto esteja diretamente relacionado com a Convenção.

§ 2º Compete ao Coordenador, além das atribuições conferidas aos juízes de enlace:

I – estabelecer contatos com congêneres, autoridades centrais e outras autoridades no exterior, no interesse da Convenção e com a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado;

II – estabelecer comunicações diretas com juízes estrangeiros relacionadas com casos específicos, com o objetivo de colaborar para a solução de impasses que

impeçam a regular aplicação da Convenção;

III – coordenar a atuação dos juízes de enlace.

Da autuação

Art. 27. Os processos tendo por pedido a restituição de crianças terão como assunto principal: “10921 Restituição de Criança, Convenção da Haia 1980”.

Parágrafo único. O Comitê Gestor das Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário e da Numeração Única poderá modificar ou desdobrar o assunto, bem como criar assunto específico para a regulamentação do direito de visita (artigo 21 da Convenção).

Do segredo de justiça

Art. 28. O segredo de justiça incidente sobre os processos de que trata esta Resolução não obstará a publicação das decisões proferidas, desde que omitidos elementos que permitam a identificação dos interessados.

CAPÍTULO IV

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 29. Revoga-se a Resolução CNJ n. 257/2018.

Art. 30. Esta Resolução entrará em vigor 30 (trinta) dias após sua publicação.

Ministro LUIZ FUX