

CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQÜESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Assinado em: Haia

Data: 25 de outubro de 1980

Entrada em vigor internacional: 1º de dezembro de 1983

Promulgação: Decreto nº 3413, de 14 de abril de 2000

Entrada em vigor no Brasil: 1º de janeiro de 2000

Os Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita; decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições:

Comentários: Embora o Brasil tenha adotado a tradução da Convenção da Haia de 1980 para “seqüestro internacional de crianças”, não se trata precisamente do seqüestro tal como o conhecemos no Direito Penal. Trata-se, isto sim, de (a) um deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou (b) a sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual. Nos países de língua inglesa utilizou-se o termo “abduction”, que significa o traslado ilícito de uma pessoa (no caso, uma criança) para outro país mediante o uso de força ou fraude. A versão francesa da Convenção adota o termo “enlèvement”, que significa retirada, remoção. Em Portugal o termo foi traduzido para “rapto”, o que tem cabimento na legislação portuguesa, mas não na brasileira, onde o significado é também diverso. No Brasil, curiosamente, optou-se pela utilização do termo “seqüestro” o que, por não corresponder ao tipo previsto em nossa legislação civil ou penal, tem causado certa perplexidade entre os operadores do Direito e mesmo um pouco de incompreensão no plano interno.

A utilização do termo “seqüestro” tem causado repulsa até mesmo entre os pais que o cometem, por estar ligado à subtração de pessoas com o objetivo de obter dinheiro ou vantagem financeira, o que não é o caso. Um ajuste na tradução do texto original da Convenção para o português seria bem recebido, para aplacar muitas dúvidas e mal-entendidos.

Em geral, esse “seqüestro” é perpetrado por um dos pais ou parentes próximos e revela um estado de beligerância entre os cônjuges ou seus familiares na disputa pela custódia da criança. A atitude do “seqüestrador” consiste em tirar o menor do seu ambiente e levá-lo para outro País, onde acredita poder obter uma situação de fato ou de direito que atenda melhor aos seus interesses.

Quando a Convenção foi aprovada, em 1980, a maioria dos casos de subtração dos menores era cometida pelos pais, descontentes com a atribuição da guarda à mãe. Não era incomum que eles, em represália ou em autodefesa, levassem os filhos para o exterior, onde acreditavam poder viver sossegadamente, ao lado dos seus rebentos. O quadro hoje em dia é outro. A mãe se tornou o sujeito ativo dessa conduta e foge com o filho por motivos profissionais, familiares, violência doméstica ou até por vingança, para impedir o contato com o pai.

Conquanto se possa atribuir algumas falhas à Convenção, não se pode esquecer que, sendo resultado de muitas discussões entre os países que inicialmente a assinaram, ela certamente representa uma opção bem melhor do que o sistema de autodefesa. De fato, é inegável que a atitude de um dos pais, de arrebatá-la arbitrariamente a criança do convívio em família, traga a ela conseqüências nefastas, tais como mudança constante de endereço, de convívio social, de escola e às vezes até de nome.

O compromisso assumido pelos Estados-partes, nesse tratado multilateral, foi estabelecer um regime internacional de cooperação, envolvendo autoridades judiciais e administrativas, com o objetivo de localizar a criança, avaliar a situação em que se encontra e, só então, restituí-la, se for o caso, ao seu país de origem. Busca-se, a todas as luzes, apenas e tão-somente atender ao bem-estar e ao interesse do menor.

Capítulo I

Âmbito da Convenção

Artigo 1º - A presente Convenção tem por objetivo:

- a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;**
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.**

Comentários: A Convenção lida, na realidade, com dois grandes objetivos: o retorno da criança e o respeito ao direito de guarda e de visita. Mas na prática, o que prevalece na Convenção é o desejo de “garantir o restabelecimento da situação alterada pela ação do seqüestrador”¹. Desse modo, pode-se afirmar que o retorno da criança é a principal providência a ser considerada pelas autoridades requisitadas.

Isso porque, após inúmeras discussões, os Estados-partes chegaram à conclusão de que, diante do número crescente de casos, principalmente de pais que se separavam e quando um deles levava consigo a criança para outro

1 PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*, 1980. p. 4-5.

Estado, provavelmente para fugir da legislação do Estado de origem, a medida que atenderia, de fato, aos interesses da criança seria retorná-la ao seu ambiente de origem, ao país da sua **residência habitual**², juízo natural onde supostamente melhor se discutiriam as questões referentes à guarda.

Para verificar o direito de guarda e visita há que se fazer um exame da legislação do País de proveniência da criança, a fim de se determinar precisamente sua validade e extensão. A análise do conteúdo do direito de guarda e de visita no país requisitante é que vai permitir verificar a validade do pedido de restituição.

Artigo 2º - *Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.*

Comentários: O art. 2º consigna primeiramente uma recomendação aos Estados Contratantes de envidarem todos os esforços no cumprimento da Convenção, o que implica recorrer a procedimentos de urgência, já que a celeridade é o principal requisito para que se consiga a efetividade na realização dos seus objetivos.

Um problema recorrente nos casos em que o Brasil é parte refere-se à demora na localização do menor, geralmente causada pela escassez de pistas fornecidas pela parte requerente e pela amplitude do território brasileiro. Nem sempre essas dificuldades são compreendidas pelos países estrangeiros, o que tem motivado algumas reclamações nem sempre fáceis de se resolver.

O Código de Processo Civil brasileiro prevê, dentre seus procedimentos cautelares específicos, a ação de busca e apreensão de pessoas (arts. 839 a 843 do CPC). No entanto, há necessidade de revisão doutrinária sobre o tema, a fim de que se esclareça que a ação de busca, apreensão e restituição de menor, promovida pela Advocacia-Geral da União com base na Convenção, é ação própria e autônoma, ensejando amplo espectro probatório e não exigindo a propositura de ação de conhecimento. Ela não se confunde com a ação de busca e apreensão regulada pela Lei Adjetiva Civil. Certo é que no Brasil tem-se o instituto da antecipação de tutela (art. 273 do CPC) que permite ao juiz, já na inicial da ação, fazer um adiantamento do mérito do pedido. Observa-se, ainda, que vários países signatários têm criado leis próprias para a busca e apreensão de criança de que trata a presente Convenção.

2 Termo escolhido pela Convenção – ver comentários ao art. 3º.

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.

Comentários: O artigo 3º é, sem dúvida alguma, o núcleo central da Convenção, ao enumerar os casos em que a retenção ou remoção é considerada ilícita, o que autoriza a sua aplicação.

A Convenção adotou, como regra para a restituição da criança, que esta tivesse, no Estado Requerente, residência habitual, imediatamente anterior à violação do direito de guarda ou de visita. Os Estados contratantes manifestaram preferência, desse modo, por um termo que não oferecesse muita polêmica e fosse eminentemente prático, já que o conceito de domicílio, utilizado pelas legislações de vários Estados, entre os quais o Brasil, para fixação da competência jurisdicional internacional, é um conceito que engloba maior polêmica. No entanto, embora largamente utilizado, a Convenção não conceituou e nem fixou os critérios de determinação do que considera residência habitual, apenas dispendo que ele deverá ser apurado no momento em que ocorreu o ato ilícito da remoção ou transferência.

Nesses casos, deve-se sempre recorrer ao direito local, que é o que define os critérios para aferição da residência habitual. No entanto, é obrigatória observância do art. 16, sob pena de ocorrerem decisões judiciais ou administrativas conflitantes. Explica-se: no País em que vivia a criança, por exemplo, há decisão reconhecendo o direito de guarda e há o deslocamento da criança para o Brasil, onde surge, após requerimento, decisão judicial deferindo a guarda a quem detém a criança no Brasil.

O atual Código Civil brasileiro³, mantendo a mesma redação do Código de 1916, optou pelo conceito de domicílio, como o local irradiador dos direitos relativos ao Estado e à personalidade, definindo-o como o lugar em que a pessoa natural estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art.70). Quando a pessoa natural tiver várias residências, diz o Código, onde alternadamente viva, considerar-se-á seu domicílio qualquer uma delas (art. 71).

Não colide, desse modo, a Convenção de 1980 com a legislação brasileira, especialmente o art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de

3 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

família”. Apenas fixou a Convenção um critério menos rígido do que a lei brasileira. Em outras palavras, é no país onde a criança habitualmente residia que se delimitam os temas sobre os direitos de guarda e visita.

Isso porque o Direito brasileiro, na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao conceituar domicílio, propendeu para o Direito suíço, com o que conjugou dois elementos “um material, outro psíquico, e, assim, para o Direito brasileiro, o conceito de domicílio resulta da apuração de duas ordens de idéias: uma externa, a residência, e outra interna, a intenção de permanecer”⁴.

Do mesmo modo, CLOVIS BEVILÁQUA considerava que, em todas as definições de **domicílio**, uniam-se duas idéias: “a de morada e a de centro de atividades; aquela referindo-se à família, ao lar, ao ponto, onde o homem se acolhe para a vida íntima e o repouso; esta acenando à vida externa, às relações sociais, ao desenvolvimento das faculdades de trabalho, que todo homem possui”⁵.

Distinguir domicílio de residência não é tarefa das mais fáceis. Fazendo distinção que auxilia a compreender, RUGGIERO institui a seguinte gradação: morada, residência, domicílio. A residência pressupõe uma estabilidade maior do que a simples morada, que seria, por exemplo, a casa alugada para férias da família, ou adquirida para passar apenas uma temporada. Mas para o Direito brasileiro, no entanto, o que distingue o domicílio da residência não é o fato material de ser permanente, mas o fator psicológico, o ânimo definitivo. Enquanto para o Direito francês a residência é uma circunstância de fato, sendo o domicílio uma relação de direito, para o Direito brasileiro a conversão da residência em domicílio depende do ânimo, da intenção. Desse modo, o que distingue um do outro é o propósito de permanecer - “não é qualquer residência que faz o domicílio, porém a residência definitiva”⁶.

A Convenção optou pelo termo “residência habitual”, abandonando o termo domicílio, por ser certamente mais fácil de se aferir. Acrescentou ao termo residência o adjetivo relativo à habitualidade, o que nos remete à idéia a que se referia POTHIER: a residência compreende “o lar, o teto, a habitação do indivíduo e de sua família, o abrigo duradouro e estável”⁷.

O indivíduo pode ter mais de uma residência, assim como pode ter mais de um domicílio, pelo menos no Direito brasileiro. Mas em vários países, como a França, a Suíça, o Direito inglês e o norte-americano, vigora o princípio da unidade, segundo o qual o domicílio é um só, mesmo que o indivíduo tenha

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 248.

5 BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do Direito Civil*. Atualizada por Achilles Beviláqua. 4ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949, p. 195.

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... op. cit.*, p. 248-9.

7 *Idem*, p. 249.

mais de uma residência. O Direito alemão admite a pluralidade, como o brasileiro⁸.

O menor tem, no Direito brasileiro, domicílio necessário, que é o mesmo dos seus pais ou representantes (art. 76 do CCB), em razão da sua condição de incapacidade e dependência. A mesma disposição encontra-se na Lei de Introdução ao Código Civil:

“§ 7º Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda”.

Compete ao juiz ou autoridade administrativa responsável pela análise do pedido de retorno verificar se a criança efetivamente residia no País para o qual se pede a sua volta. Isso pode ser apurado por diversos meios de prova, tais como recibos de pagamento de mensalidades escolares, cursos que a criança freqüentava, declarações de vizinhos, de professores ou mesmo do Diretor da escola, contas de luz, água, telefone onde conste o endereço da família, correspondências ou cartões encaminhados ao menor pelos correios. Enfim, tudo o que puder comprovar que, naquele determinado local, a criança e seus pais ou responsáveis tinham o centro habitual das suas atividades, o seu lar, o abrigo duradouro e estável.

A letra “b” estabelece a necessidade de exercício do direito de guarda conceituado no art. 5º para caracterização da violação. E o último parágrafo do art. 3º exige que esse direito tenha sido concedido a um dos cônjuges ou ao casal, seja por decisão (judicial ou administrativa), por acordo, ou ainda, inexistindo qualquer destes, por atribuição de pleno direito. Dessa forma, mesmo não havendo estipulação expressa no caso concreto sobre quem deterá o direito de guarda do art. 5º, se a legislação do país de residência habitual da criança dá a um dos pais ou a ambos o direito descrito no art. 5º, “a”, a Convenção é aplicável.

Artigo 4º - 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.

Comentários: O art. 4º estabelece os seguintes requisitos para a aplicação da Convenção:

- 1) os Estados envolvidos no pedido de retorno devem ser signatários da Convenção;
- 2) a criança cuja restituição se pede deve ter tido residência habitual no Estado requerente;
- 3) essa residência habitual deve ter ocorrido imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita;

8 Idem, p. 256.

4) a criança em questão não pode ter idade superior a 16 anos completos.

Esses aspectos, portanto, deverão ser examinados pelo juiz ou autoridade administrativa, antes de determinar o retorno da criança.

O primeiro deles, de natureza formal, diz respeito a terem os Estados envolvidos aceito a convenção e serem mutuamente aceitos - devem, em suma, reconhecer-se mutuamente como contratantes aptos à cooperação, nos termos da Convenção. Em outras palavras, os Estados-partes devem reconhecer a adesão dos novos Estados parte da Convenção, na medida em que isso ocorra. Assim, o Brasil, país que nela ingressou posteriormente, deve ter sua adesão reconhecida pelos países que já eram membros. Somente depois de decorridos noventa dias a partir da data em que o reconhecimento tenha sido comunicado à Secretaria-Executiva da Conferência, poderá a Convenção passar a vigorar entre dois países. Atualmente são 77 (setenta e sete) os signatários, cuja relação se encontra no sítio eletrônico da Convenção (www.hcch.net).

Desse modo, nos casos em que o Estado brasileiro recebe pedido de Estado que, embora signatário do Convênio, não tenha aceito a adesão brasileira, a Autoridade Central Federal no Brasil - ACAF procura viabilizar a necessária aceitação, por meio de informação enviada ao Ministério das Relações Exteriores, fazendo o contato com a Autoridade Central do Estado da residência habitual. Se houver a aceitação, a cooperação prosseguirá. Caso o pedido fundado na Convenção seja apresentado diretamente pelo interessado ao Poder Judiciário, este deverá primeiramente informar-se sobre a aceitação da adesão brasileira pelo Estado requerente antes de aplicar o texto da Convenção ao caso concreto.

O passo seguinte, fundamental para que o juiz ou autoridade analise o pedido de retorno da criança é a verificação a respeito do local da residência habitual. Exige a Convenção que o menor estivesse efetivamente residindo no Estado requisitante quando ocorreu a violação do direito de guarda ou de visita, pois a obrigação imposta “aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda e de visita”.

A seguir, verificará o juiz ou autoridade se a transferência ou retenção foram ilícitas. Cumpre saber se, no caso em apreciação, o requerente é o titular do direito de decidir sobre a residência da criança ou se pode livremente levá-la para lugar diferente do de sua residência (art.3º, c/c art. 5º, alínea a). Ademais, o direito de guarda deve ter sido conferido ao interessado previamente à transferência ou retenção (art.3º).

Ao final, cumpre observar que o marco temporal para a aplicação da Convenção é o completamento da idade de 16 (dezesseis) anos. Após alcançados os 16 anos, ao tempo da ordem de retorno, a Convenção da Haia de 1980 não poderá mais ser invocada.

Artigo 5º - 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.

Comentários: A leitura do texto da Convenção revela o seu claro objetivo de não conceituar institutos de Direito, o que lhe confere a maleabilidade necessária à sua adaptação aos diversos sistemas jurídicos dos países que a ratificarem. Uma das exceções encontra-se neste art. 5º, que procura fornecer uma noção geral dos direitos de guarda e de visita, que a Convenção procura tutelar. Ressalte-se que, apesar da nomenclatura, os institutos de guarda e visita nem sempre serão idênticos aos regulados pela legislação interna de cada país. Sempre que a convenção falar em direito de guarda, por exemplo, estará referindo-se a sua própria definição, ou seja, aos direitos de cuidar da criança e de decidir sobre sua residência.

Esses direitos previstos pelo dispositivo, no Direito brasileiro, estão afetos ao "poder familiar", que no nosso Código Civil é titularizado por ambos os cônjuges, que deverão exercê-lo em conjunto.

Desse modo, compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores (CC, art. 1.634), entre outras atribuições:

1) Dirigir-lhes a criação e educação (CF, art. 229; Lei n. 8.069/90, arts. 4º, 19, 53 e 55), "provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Cabe-lhes ainda dirigir espiritual e moralmente os filhos, formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa. Cumpre-lhes capacitar a prole física, moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e de dignidade (ECA, arts. 1º, 3º, 4º e 15")⁹.

2) Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, por meio da ação de busca e apreensão. "O magistrado, ao receber o pedido de busca e apreensão, se convencido da ilegalidade da detenção do menor feita pelo réu que, p. ex., raptou-o ou subtraiu-o em desobediência à decisão judicial, ordenará a expedição de mandado liminar, sem audiência do referido réu. Washington de Barros Monteiro ensina-nos que não poderá exercer o direito de reclamar o filho o pai ou mãe que se descuida inteiramente dele ou que o mantém em local prejudicial a sua saúde"¹⁰.

9 DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19ª ed., 5º v., Direito de Família. Ed. Saraiva, 2004, p. 480.

10 Idem, p.482.

O direito de visita vem regulado no art.1589 do Código Civil, que dispõe: “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”.

Seja no tocante à guarda, como também ao direito de visita, o novo Código Civil fez prevalecer o interesse ou conveniência dos menores, tanto que, no art. 1584, estabeleceu que, em caso de separação judicial ou divórcio, não havendo acordo quanto à guarda dos filhos, “será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

Essa disposição está de acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989 e promulgada pelo Decreto n. 99.710/90, que assegura: “todas as ações relativas às crianças, levada a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **interesse maior da criança**”.

Por esse motivo, a questão de ser ou não a custódia exercida efetivamente por aquele que foi injustamente desapossado é questão probatória, que o juiz deverá apreciar em cada caso, no entanto, é bom frisar-se, sem decidir diretamente sobre o direito de guarda, que compete às autoridades do Estado da residência habitual da criança decidir.

Pergunta-se se esse direito de guarda a que se refere a Convenção implica o exercício das prerrogativas de fato e de direito decorrentes da guarda. Assim, por exemplo, pode ser que a criança e o seu guardião não vivam juntos, por motivo de doença, estudos da criança em colégio interno, por exemplo. A definição parece exigir as duas vertentes: o guardião deve exercer efetivamente a guarda, provendo a criança dos cuidados necessários à sua sobrevivência e educação, bem como deve ter o poder de decidir sobre o lugar da sua residência.

Em geral, no Direito brasileiro, o cônjuge que não detém a guarda, mas apenas o direito de visita, não tem o poder de decidir sobre o lugar da sua residência, matéria da qual o legislador pátrio não tratou, deixando-a para o acordo feito à época da separação (art. 1583 do CCB). No entanto, se essa mudança de domicílio afetar ou prejudicar o direito de visita, poderá o prejudicado solicitar ao juiz que interfira para resolver a questão (art. 1586 do CCB).

É bom ainda alertar que poderá acontecer de o guardião não estar mais exercendo o direito de guarda em razão exatamente da ação do seqüestrador, que subtraiu a criança do seu domínio. Obviamente não poderá o requisitado, agora, argüir impedimento ao retorno exatamente por fato a que deu causa.

Capítulo II

Autoridades Centrais

Artigo 6º - Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção. Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

Comentários: O Brasil não utilizou a prerrogativa de designar mais de uma autoridade central, embora seja um estado federal. Isso decorre apenas do fato de a União responder, no plano internacional, pelas obrigações oriundas dos tratados e convenções internacionais. A Autoridade Central brasileira é a Secretaria Especial de Direitos Humanos, como previsto no Decreto no. 3951/2000.

Artigo 7º - As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção. Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

- a)** localizar uma criança transferida ou retida ilícitamente;
- b)** evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c)** assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d)** proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;
- e)** fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- f)** dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise ao retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
- g)** acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
- h)** assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
- i)** manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

Comentários: Segundo informações fornecidas pela Autoridade Central Administrativa Federal - ACAF, o procedimento adotado pelo órgão é o seguinte:

a) Nos casos de seqüestro internacional de menores trazidos para o território brasileiro, a atuação da ACAF tem início a partir do momento em que é recebido o pedido de restituição da criança, enviado diretamente pela Autoridade Central estrangeira. Ao receber o processo, a ACAF dá início à análise do pedido de restituição e verifica se estão preenchidos os requisitos formais para aplicação da Convenção;

b) Após confirmação do recebimento do processo relativo ao caso, a ACAF notifica a Interpol para localização da criança em prazo de até 48 horas. É obrigação da Autoridade Central estrangeira e da ACAF prover a Interpol com as informações mínimas necessárias para se tentar localizar o menor, tais como prováveis endereços ou telefones de contato, fotografias, matrícula escolar etc. Em caso de dificuldade nas buscas, a ACAF poderia enviar pedido adicional de cooperação a redes de localização de crianças desaparecidas como a S.O.S Criança. As diligências da Interpol são de natureza sigilosa e têm como único objetivo confirmar a localização da criança no território brasileiro, de forma a se evitar o início de trâmites administrativos ou judiciais desnecessários. Cumpre lembrar que, em vários casos recebidos pela ACAF, o Brasil foi país de passagem, se encontrando os menores cuja restituição era requerida por Governo estrangeiro em terceiros países;

c) Nos casos em que menores tenham sido trazidos para o Brasil por estrangeiros (parentes ou não), e estes se encontrarem em situação irregular no país, existe a possibilidade de atuação direta da Polícia Federal no sentido de promover a deportação da pessoa acusada da subtração ao seu país de origem. Este procedimento não requer ordem judicial, mas a pessoa será comunicada com antecedência para que deixe o país em oito dias; expirado este prazo sem a saída voluntária do estrangeiro, será promovida a deportação pela Polícia de Imigração. Além disso, caso haja condenação penal contra o estrangeiro acusado de subtração de menor para o Brasil, seja por sentença estrangeira homologada pelo STJ ou por sentença de juiz brasileiro, poderá ser requerida extradição do mesmo, que será decretada por juiz brasileiro;

d) Após a localização da criança pela Interpol, caso o pai ou a mãe que mantém o filho em território nacional seja brasileiro(a), não estando sujeito(a), portanto, a deportação ou extradição, a ACAF fará notificação direta à parte que tem consigo o menor, informando-a acerca da existência do pedido de restituição ou de direito de visitas apresentado pela Autoridade Estrangeira, e propondo uma tentativa de solução amigável com prazo determinado para resposta;

e) Quando a ACAF brasileira recebe um pedido de assistência de uma ACAF estrangeira, é efetuada a análise do pedido e, caso a ACAF entenda

atendidos os requisitos, remete à AGU, para o ingresso de ação. Em outros países, existe tanto assistência por órgãos próprios do Executivo, semelhante ao trabalho da AGU, até assistência por advogados voluntários, que atuam de forma “pro bono”.

f) Caso necessário, a Autoridade Central brasileira deverá tomar as medidas necessárias para que seja efetuado judicialmente o pedido de restituição do menor. Destarte, a União, pessoa jurídica de Direito Público interno em cuja estrutura reside a Secretaria Especial de Direitos Humanos, é a parte legítima para ingressar com ação judicial fundamentada na Convenção. Outro fundamento da legitimidade ativa dessa ação está no compromisso assumido pelo Estado brasileiro, representado no Direito interno pela União, de fazer cumprir as obrigações estabelecidas em tratados e convenções internacionais.

A ACAF aciona, então, a Advocacia-Geral da União, que possui o “jus postulandi” para ingressar em juízo com a ação. É importante lembrar que a União atua em nome próprio, pois caracterizado está seu interesse de agir. Não há que se falar em substituição processual ou litisconsórcio necessário.

Vale ressaltar, também, a importância da atuação do Ministério Público, já que cabe a ele a função de fiscal da lei, devendo o MP ser intimado para se manifestar e acompanhar toda ação que diga respeito a interesse de criança e adolescente, nos termos da CF e da legislação da infância e juventude.

Nos casos de em que foi deferida a devolução, a ACAF Brasil tem prestado uma ampla assistência para a devolução da criança, utilizando-se sempre que possível das estruturas de assistente social e apoio psicológico de funcionários da Justiça Estadual. Tal prática poderia ser expandida, mediante convênios a serem firmados entre os vários Tribunais Regionais Federais e a Secretaria Especial de Direitos Humanos.

Capítulo III

Retorno da Criança

Artigo 8º - *Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança. O pedido deve conter:*

- a)** *informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção da criança;*
- b)** *caso possível, a data de nascimento da criança;*
- c)** *os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança;*

- d)** todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança. O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:
- e)** cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;
- f)** atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;
- g)** qualquer outro documento considerado relevante.

Comentários: Tal artigo disciplina em primeiro lugar a titularidade para o início do procedimento e também a documentação necessária, visando a que o pedido tenha a mais ampla expectativa de sucesso.

Artigo 9º - Quando a Autoridade Central que recebeu o pedido mencionado no Art. 8 tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Contratante, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora, à Autoridade Central desse Estado Contratante e disso informará a Autoridade Central requerente ou, se for caso, o próprio requerente.

Comentários: É uma medida que objetiva a economia de tempo, visando assim à superação de entraves burocráticos. Pode-se dizer que, à semelhança das cartas precatórias itinerantes, reguladas pela nossa legislação processual e amplamente utilizadas pelos juízes, os pedidos de restituição de crianças com base na Convenção de 1980 também possuem esse caráter itinerante. Desse modo, havendo notícia de que a criança se encontra em outro país, o pedido de restituição e os documentos que o acompanham devem ser remetidos, sem delongas, ao local onde presumivelmente se encontra a criança.

Artigo 10º - A Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma.

Comentários: Esse artigo confere legitimidade para a ação à ACAF Brasil, que aciona a AGU para que ingresse em juízo, embora não haja dúvida da necessidade de atuação do Ministério Público Federal, já que cabe a ele a função de fiscal da lei, devendo ser intimado para se manifestar e acompanhar toda ação que diga respeito a interesse de criança e adolescente, nos termos da CF e da legislação da infância e juventude.

A ACAF brasileira tem utilizado, em ampla medida, a mediação como forma de resolução do conflito, o que é elogiável.

Por outro lado, os países signatários da referida Convenção têm demonstrado sensibilidade acerca da necessidade de estimular a devolução

voluntária. Na última reunião da Conferência de Haia, realizada entre 29/10 a 10/11 de 2006, foram aprovadas moções nesse sentido, até mesmo auxiliando a contornar eventuais efeitos penais do deslocamento ou retenção ilícita.

Deve-se registrar ser alvissareiro o estímulo que os países signatários da Convenção conferem à devolução voluntária. Os interesses da criança envolvida no conflito devem estar acima de qualquer outro. Nesse sentido, a resolução do conflito de forma voluntária se revela muito mais eficaz do que a aplicação ao infrator de outra penalidade.

Artigo 11 - *As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retorno da criança. Se a respectiva autoridade judicial ou administrativa não tiver tomado uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data em que o pedido lhe foi apresentado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora. Se for a Autoridade Central do Estado requerido a receber a resposta, esta autoridade deverá transmiti-la à Autoridade Central do Estado requerente ou, se for o caso, ao próprio requerente.*

Comentários: Embora o prazo de 6 (seis) semanas seja relativamente curto para as práticas comuns do Poder Judiciário, há que se estabelecer um procedimento célere para a resolução dessa questão especial, no prazo fixado na Convenção. Uma sugestão viável é a designação, pelo Conselho da Justiça Federal e pelos Tribunais Regionais Federais, de varas específicas, em cada unidade territorial brasileira, para apreciação dos casos relativos à aplicação da Convenção, bem como disciplinar um procedimento próprio, como a determinação imediata de audiência para oitiva das partes e decisão.

O período fixado em seis semanas tem por finalidade a redução ao máximo das nefastas conseqüências do deslocamento ilegal, visando à devolução da criança ao seu centro de convivência no prazo mais célere possível. A sua fixação não foi aleatória, mas em atenção aos interesses da criança, que foi subtraída indevidamente do seu local de residência habitual, isto é, privação do convívio de seu círculo familiar e social, muitas vezes seu afastamento da escola, pois quando há deslocamento ou retenção ilegal, a criança passa a uma situação de clandestinidade e precariedade.

Por fim, registre-se a existência de experiências exitosas na Justiça Federal, em várias unidades jurisdicionais (com destaque para Santos/SP), no sentido do cumprimento do prazo previsto no convênio, por meio de procedimentos inovadores e céleres.

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.

Comentários: um dos principais objetivos da Convenção é a celeridade para repor à criança seu “status quo” anterior ao da retenção indevida e nesse sentido há que ser encarado com “granus salis” a observação da exceção relativa à integração da criança em seu novo meio. O que não se pode é permitir que o processo tenha tramitação demorada, de modo a premiar o infrator que, de forma contrária a lei, retirou a criança do seu centro de convivência, que é sua residência habitual.

Um ponto que chama a atenção na leitura desse art. 12 refere-se à fixação do prazo ou tempo-limite de 1 (um) ano, adotado pela Convenção como marco delimitatório que o juiz ou autoridade deverá observar para determinação das providências atinentes ao retorno da criança. Esse termo-limite deverá ser obrigatoriamente analisado pelo juiz ou autoridade, antes mesmo de qualquer outro juízo de valor sobre o cabimento do pedido de retorno. Isso porque a constatação de que o pedido se deu antes ou depois do prazo de um ano, contado a partir da subtração, implicará conseqüências de diversa natureza.

Deverá o juiz ou autoridade, primeiramente, portanto, avaliar se já decorreu ou não o período de 1 (um) ano entre a data da transferência ou retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar.

Poder-se-á, aqui, tomar emprestado o mesmo raciocínio do Direito Civil quanto ao desforço imediato e considerar como sendo nova ou recente, a abdução ocorrida há menos de 1 ano antes do início do procedimento administrativo ou judicial; e velha, aquela que ocorreu há mais de um ano e dia antes do início desse processo. A análise desse marco temporal permitirá ao juiz ou autoridade encarregada do caso (pedido de retorno) determinar o retorno imediato da criança. Isso significa que poderá conceder medida liminar, ainda que, a seu critério, sem a oitiva da parte contrária.

Assim, a importância da disposição está na fixação do termo-limite que deverá ser obrigatoriamente analisado pelo juiz ou autoridade, antes de qualquer outro juízo de valor: se a remoção ou retenção indevida é velha ou nova, em relação ao prazo fixado - **um ano**. Se a remoção ou retenção se deu no período de um ano anterior ao pedido de retorno, o ato é novo e deve ser analisado dentro da própria lógica do Direito Civil, que é a do desforço imediato. Portanto, a urgência é imperativa. Ultrapassado esse tempo-limite de um ano, o retorno ainda poderá ser determinado, mas nesse caso já se abre à parte

seqüestradora o direito de provar que a criança se encontra adaptada ao seu novo meio.

Antes de um ano, há uma presunção que milita em favor do requisitante: de que não houve ainda tempo hábil para a adaptação da criança. Após esse tempo, não será difícil ao seqüestrador demonstrar que a criança já se encontra integrada ao novo ambiente.

Por esse motivo a celeridade no processamento é o elemento mais importante para a eficácia e o sucesso da Convenção. No entanto, dificuldades inúmeras têm sido encontradas pela Autoridade Central no Brasil, que vão desde a demora na localização da criança, em razão tanto da extensão do território brasileiro como da escassez de informações fornecidas pela parte requerente, até a demora no procedimento judicial.

Outra observação pertinente diz respeito à ordem de retorno imediato. No Brasil, trata-se da utilização de medidas cautelares para busca e apreensão de menores ou de antecipação de tutela em processos de conhecimento, que tem sido sistematicamente negada por juízes, já que poderia inviabilizar a oitiva da parte brasileira, (suprimir - além de configurar-se como procedimento de extrema violência, principalmente nos casos em que a mãe é a pessoa que retém a criança). É necessário discutir o tema e examinar qual a melhor forma de se proceder ao cumprimento dos dispositivos da Convenção.

A concessão de medidas de natureza cautelar ou de urgência é expressamente prevista na Convenção não apenas neste art. 12 como também no art. 11, onde se lê que “as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retorno da criança”.

No tocante ao cumprimento das ordens de busca e apreensão de crianças, várias dificuldades têm sido enfrentadas pelas autoridades administrativas e judiciais, em particular com relação à necessidade de apoio por equipes especializadas (psicólogos, assistentes sociais etc), cuja atuação é de extrema importância, mas muitas vezes inviável. Outro ponto importante é o das garantias que podem ser apresentadas pelas autoridades centrais ao juízo para o deferimento da restituição da criança ao país estrangeiro. Cumpre lembrar que a instituição pela AGU de assinatura de Termo de Entrega da criança pelo representante consular no Brasil da Autoridade Central estrangeira não tem sido aceito por alguns países. A negativa baseia-se no argumento de que a assinatura de tal termo por representantes consulares não obriga juízes em outros países a determinarem o retorno da criança ao Brasil no caso de reversão posterior, pela Justiça brasileira, da ordem inicial de restituição ao país de residência habitual. Uma discussão sobre como proceder ao cumprimento de ordens de restituição de crianças a países estrangeiros seria útil e poderia orientar o trabalho feito até o momento pela ACAF e AGU.

As principais reclamações dos Estados contratantes, em relação ao Brasil, referem-se à demora no procedimento judicial. Não é possível que um processo demore três anos, como ocorre em alguns casos, enquanto a Convenção da Haia tem como objetivo justamente promover o rápido retorno do menor ao seu país de residência habitual. Há na ACAF casos que tramitam há mais de dois anos sem que uma decisão tenha sido tomada pelo juiz - e, pior, sem que o menor tenha contato com o parente requerente -, gerando protestos dos países estrangeiros junto ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil, e

eventualmente, com possibilidade de protesto formal junto à Conferência da Haia¹¹.

No entanto, a lentidão na Justiça não é privilégio nosso e há casos em que o Brasil é o requerente e cujo processo judicial também é demorado. Por isso, a tentativa de conciliação que tem sido feita pela nossa autoridade central é bastante louvável e já registra 30% (trinta por cento) de casos resolvidos pelo método da composição amigável, extrajudicial. Apesar dos resultados positivos obtidos, muitas autoridades centrais estrangeiras não demonstram interesse em tentativas de acordo entre as partes, por entenderem que são medidas protelatórias de decisões judiciais¹².

Quando a parte tiver advogado contratado, a ACAF pode atuar subsidiariamente com a Interpol na localização da criança, como também poderá tentar mediar um retorno voluntário, o que sempre é feito, quando solicitado. Não poderá, no entanto, acompanhar os trâmites judiciais, pois nesses casos a União não é parte no feito. De se ressaltar que o apoio logístico para retornar a criança ao país de origem ficará sob responsabilidade direta do pai, mãe ou seu representante legal quando da decisão de restituição da criança.

Observe-se, por fim, que ainda que o processo demore mais de ano, é possível a restituição, não podendo a parte infratora alegar estar a criança adaptada ao local para onde foi deslocada ou retida, pois entendimento em sentido contrário terminaria por premiar o seqüestrador e estimular a prática que o convênio busca vedar.

Ademais, o prazo de um ano somente deveria ser contado a partir da localização da criança, pois é muito freqüente que a localização da criança, que, a partir da subtração quase sempre leva uma vida de clandestinidade, muitas vezes demore, ainda mais em um país com as dimensões continentais do Brasil.

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.*

11 Informações da Dra. Patrícia Lamego - Coordenadora da Autoridade Central Administrativa Federal.

12 Idem.

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.

Comentários: Sendo o objetivo da Convenção o retorno da criança ao seu país de origem, em regra, ele deverá ser sempre determinado pelo juiz ou autoridade processante, nos termos do art. 12, já analisado. O art. 13 concentra as exceções, ou seja, aqueles casos em que o juiz poderá recusar o retorno. Trata-se de artigo considerado polêmico e já foi objeto de inúmeras discussões em seminários internacionais. O assunto foi debatido longamente no seminário internacional realizado pela Conferência da Haia no México, em dezembro de 2004.

Segundo constou do Relatório de Elisa Perez Vera, na ocasião das discussões, dois elementos estavam invariavelmente presentes em todos os casos examinados, o que, de certo modo, tornava os casos mais ou menos semelhantes:

1) Estamos confrontados em cada caso com a remoção de uma criança de seu ambiente habitual, no qual a sua guarda foi confiada ou legalmente exercida por uma pessoa natural ou jurídica. Naturalmente, a recusa em recolocar a criança no seu próprio ambiente, após uma estada no exterior a que a pessoa que exercia o direito de guarda consentiu, deve ser colocado na mesma categoria. Em ambos os casos, o resultado é, na verdade, o mesmo: a criança é retirada do seu ambiente social e familiar, no qual sua vida vinha-se desenvolvendo. Ainda, neste contexto, o tipo de título legal que subjaz o exercício do direito de guarda, acima dos interesses da criança, desde se existente ou não a decisão sobre a custódia, de forma a não alterar a realidade sociológica do problema.

2) Segundo, a pessoa que remove a criança (ou que é responsável pela sua remoção, onde o ato de remoção é realizado por um terceiro), espera obter o direito de custódia das autoridades do país para o qual a criança foi levada. O problema então relaciona-se à pessoa que, falando em termos gerais, pertence ao círculo familiar da criança. Realmente, na maioria dos casos, a pessoa referida é o pai ou a mãe¹³.

A Convenção não tem por finalidade – o que fica bastante claro da leitura desse dispositivo – decidir sobre o direito de guarda da criança, decisão que será melhor proferida pelo juízo natural, que é o Estado de residência habitual da criança.

O art. 13 trata, portanto, das exceções à restituição de crianças ao país de residência habitual, ou seja, aquelas situações de recusa ao pedido de

13 Relatório PEREZ-VERA, Elisa, parte introdutória, objetivos da Convenção.

restituição. Há grande controvérsia com relação à aplicação desse artigo entre os diversos países e, na reunião de Monterrey, México, 2004, a orientação da Conferência de Haia foi da utilização desse artigo com restrições.

No entanto, essa obrigação de retorno da criança não poderia ser absoluta sob pena de frustrarem-se os próprios direitos e interesses da criança. Por esse motivo, a Convenção previu exceções à essa obrigação de retorno, que vêm delineadas não apenas nesse art. 13, como também no art. 20 da Convenção.

Considera-se, portanto, desobrigado o juiz ou autoridade do Estado-requerido, de determinar o retorno da criança, quando a parte que se oponha ao seu retorno provar que:

1) a pessoa ou entidade requerente não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou retenção (art. 13, a, primeira parte);

2) essa pessoa ou entidade havia consentido ou concordado posteriormente com essa transferência ou retenção(art. 13, a, segunda parte);

3) haja um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica (art. 13, b, primeira parte);

4) que haja um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar numa situação intolerável (art. 13, b, segunda parte);

5) quando a própria criança se opuser ao retorno e, pela sua idade e maturidade, a autoridade se convencer de que deva levar em consideração a sua opinião (art. 13, § 2º);

6) quando o pedido de retorno da criança, ainda que esteja de acordo com o art. 12, não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 20).

Essas exceções comportam o mundo. Várias hipóteses dela poderão se originar ou delas terão conseqüência, conforme uma interpretação mais ou menos liberal. Mas como exceções que são, não se deve olvidar o princípio de Direito universalmente aceito, deverão ser interpretadas restritivamente, de modo que não se admite a invocação de outro impedimento ao retorno que não os expressamente previstos nos arts. 13 e 20 da Convenção.

Dois outros pontos parecem bem claros da leitura do dispositivo acima nominado. O primeiro deles refere-se ao ônus da prova: a parte (pessoa física, instituição ou organismo) que se opuser ao retorno da criança, tem a obrigação de provar o alegado. O segundo diz respeito ao convencimento do juiz ou autoridade: trata-se de norma que não lhe impõe a obrigatoriedade de recusar o retorno da criança, naquelas circunstâncias, mas antes lhe concede o poder discricionário de recusar, segundo as provas realizadas pela parte.

Segundo a sistemática processual brasileira, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (art. 332 do CPC), cabendo o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, I), e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art.333, II). Em linhas gerais, é essa a distribuição do ônus da prova no Direito brasileiro.

A Convenção adotou, desse modo, a máxima de que aquele que alega deve provar o alegado. Mas não apenas isso. A conjugação desse dispositivo

com o contido no seu preâmbulo e nos objetivos convencionais permite a conclusão de que, ao aplicar essa regra, a Convenção pretendeu também equilibrar a situação jurídica das duas partes em conflito, porque considera que, em princípio, o seqüestrador encontra-se em posição de vantagem, pois a sua fuga possibilitou-lhe escolher o foro que, em tese, lhe era mais favorável. Desse modo, invocam-se as razões elencadas no art. 13, bem como também no art. 20 da Convenção, assume o ônus de provar as suas alegações, uma vez que, em princípio, a principal medida a ser tomada é a ordem de retorno imediato da criança.

No entanto, é de todo aconselhável, sempre que possível, a oitiva da criança, pois nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre deverá preponderar o interesse da criança. Claro que tal oitiva há de ser feita com grande cuidado, pois devemos lembrar que a criança que foi deslocada ilicitamente está em contato com o seqüestrador, com quem pode desenvolver vínculos afetivos mais fortes do que com aquele que legitimamente postula o retorno, haja vista que este foi irregularmente privado do convívio com a criança.

De qualquer modo, essas exceções devem ser analisadas sempre restritivamente, sob pena de desnaturar-se o próprio objetivo da convenção. Por exemplo, há que se ter uma extrema certeza do risco que estaria submetida a criança em caso de devolução, não bastando a simples alegação do "seqüestrador", bem como esse risco seja completamente provado.

Há certo consenso entre os juízes de que crianças pequenas deveriam permanecer com suas mães, o que resulta em decisões contrárias a restituição para outros países. Esse é um fator de desgaste nas nossas relações com outras autoridades centrais, já que, uma vez proferida decisão por juízo brasileiro, cabe a ACAF sustentar a posição do Judiciário. Seria interessante aprofundar uma discussão sobre como fundamentar as posições contrárias ao retorno, inclusive em casos recentes, em que os menores foram trazidos com menos de um ano para o Brasil por suas mães, sendo questionável a ordem de se retornar a criança a um país com o qual não criou vínculos.

Sobre o tema, há farta doutrina no já referido sítio da Conferência da Haia, no *link* "publicações", de onde ressalta-se o "The Judge's Newsletter", com versões em inglês, francês e espanhol. Por fim, é necessário salientar que no sítio www.incadat.com, também disponível nas três línguas acima mencionadas, existe jurisprudência de países de todo mundo relativa à aplicação do referido convênio.

Observe-se, ainda, que há grande preocupação em todos os países sobre o regresso seguro da criança e de seu (sua) guardião (guardiã), como ficou claro por ocasião da última reunião da Conferência, acima citada (no *site* da Conferência há todas as moções aprovadas na última reunião). Na ocasião entendeu-se que não basta detectar uma situação de risco ou perigo, mas sim que é necessário controlá-la e superá-la mediante uma ampla cooperação administrativa e judicial, mediante comunicações judiciais e juizes de ligação.

Assim, parece que somente quando não se consiga controlar e superar as situações de perigo ou risco identificadas é que se pode aplicar a exceção para negar o pedido de restituição.

Artigo 14 - *Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.*

Comentários: Da leitura do texto da Convenção da Haia de 1980 outra impressão não resta ao seu intérprete do que a sua grande preocupação com a celeridade. De fato, sendo uma das suas principais idéias impedir que o raptor consiga artificialmente criar uma situação que legitime o seu ato no país de refúgio, a Convenção labora por estabelecer os melhores meios para que se impeça a consolidação de uma situação de fato que os seus países signatários aceitaram reprimir.

Uma das formas habilmente idealizada pela Convenção foi a expressa nesse art. 14, que estabeleceu a flexibilização das formas e meios de o juiz do país de refúgio ter acesso e conhecimento das normas jurídicas ou das decisões, administrativas e/ou judiciais oriundas do país da residência habitual da criança, que supostamente teriam dado amparo ao ato de subtração ou retenção indevida do raptor.

Desse modo, nos casos sob sua apreciação, em que as autoridades judiciais ou administrativas do Estado de refúgio necessitarem apurar sobre a ilicitude da transferência ou remoção da criança segundo as normas jurídicas em vigor no país do seu domicílio originário, ou sobre a existência e vigência de uma decisão judicial ou administrativa naquele Estado, não é preciso seguir os rigores dos trâmites porventura estabelecidos no país de refúgio para a obtenção dessas informações. O próprio juiz ou autoridade administrativa poderá tomar conhecimento direto dessas informações, sem ter que recorrer a procedimentos formais e demorados.

Busca-se, com esse expediente, otimizar a atividade da autoridade que irá decidir sobre a necessidade ou não de retorno da criança.

Três pontos deverão fundamentar, segundo o art. 14, esse ato decisório da autoridade:

1) é preciso que a autoridade, judicial ou administrativa, aja com o objetivo de determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do Art. 3, ou seja, apenas neste caso se autoriza essa interferência ou conhecimento direto da autoridade a respeito da lei ou decisão de outro país, sem recorrer aos meios formais de conhecimento desses aspectos, que em outras situações seriam necessários até mesmo para lhe conferir validade. O Direito brasileiro tem normas específicas a respeito do conhecimento e prova do Direito estrangeiro, pelo juiz nacional. Mas há países em que isso não ocorre e em que há um pesado e complicado caminho burocrático a seguir antes

que o juiz ou autoridade administrativa tome conhecimento formal do Direito alienígena ou de decisão de suas autoridades;

2) essas autoridades do país de refúgio podem tomar conhecimento direto do próprio Direito, o que de certa forma hoje em dia, com a multiplicidade de meios de comunicação, não é difícil de se apurar, bastando ao interessado utilizar-se da internet ou mesmo de bibliografia estrangeira ou comunicação direta com as embaixadas dos países envolvidos. Note-se aqui que o juiz não precisa demonstrar a fonte da sua pesquisa, mas apenas dizer aquilo que serviu de base para a sua convicção.

3) as autoridades poderão, também, tomar conhecimento direto das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, do país do domicílio da criança, que supostamente amparem a atividade do seqüestrador. Nesse ponto verifica-se uma maior dificuldade em obter-se diretamente essa decisão, já que não são muitos os países que disponibilizam para o público em geral o conteúdo das decisões. Muitas vezes, a publicação da decisão envolve apenas a sua parte dispositiva, ou seja, o resultado final, que nem sempre é esclarecedor sobre os termos e fundamentos nos quais ela se deu. Nesse caso, torna-se imprescindível a atuação das Autoridades Centrais dos países envolvidos, que deverão providenciar, mediante um pedido da autoridade, o conhecimento do teor das decisões então existentes, bem como da sua validade.

Não é despidendo lembrar que no Brasil, a propósito do conhecimento do Direito estrangeiro, trata-se de uma faculdade e não de uma obrigação de o juiz exigir da parte a prova do direito invocado.

De fato, segundo a sistemática processual brasileira, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (art. 332 do CPC), cabendo o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, I), e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art.333, II). Em linhas gerais, é essa a distribuição do ônus da prova no direito brasileiro.

O juiz, no entanto, poderá de ofício determinar as provas necessárias à instrução do processo (art.130), devendo atentar para o art. 125, I, do mesmo Código, que lhe impõe o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento, contudo no que toca à prova do Direito estrangeiro, cumpre à parte que o alegar provar o seu teor e a sua vigência, se assim o determinar o juiz (art. 337, CPC).

Essa norma processual já era conhecida no Direito brasileiro desde a Lei de Introdução ao Código Civil, que prevê no seu art. 14 a faculdade de o juiz exigir a prova do texto e vigência da lei estrangeira da qual porventura ele não tivesse conhecimento:

“Art. 14. Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência”.

O direito não carece de provas, como afirmou Moacyr Amaral Santos¹⁴ (p. 47). Sendo uma das características da lei a obrigatoriedade,

14 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v.4 p. 47.

conseqüentemente, ninguém pode se escusar ao seu cumprimento, sob alegação de desconhecê-la (art. 3º LICC) nem pode o juiz, sendo um órgão do Estado e um técnico em Direito, eximir-se de cumprir a lei, alegando ser ela omissa ou obscura, caso em que decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º LICC). O CPC reuniu as duas regras no seu art. 126.

Desse modo, considerando ser a lei a principal fonte do Direito, “generaliza-se o princípio, universalmente aceito, de que as regras de direito independem de prova. E independem, principalmente, porque o juiz conhece o direito - *curia novit ius*”¹⁵.

O juiz brasileiro não pode, a seu turno, aceitar provas estrangeiras que não sejam reconhecidas pelo Direito brasileiro, como se vê do art. 13 da LICC:

Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

No que toca ao Direito estrangeiro, nem sempre é fácil provar-lhe o teor e a vigência. Hoje em dia, no entanto, com a fartura de recursos, principalmente a internet, ficou mais fácil a prova da existência do direito estrangeiro, bastando a indicação do sítio eletrônico no qual ela se encontra, não sendo mais necessário, que apresente uma cópia autêntica da lei ou coleção oficial da lei em que se encontrar. Nada impede, por outro lado, já que a exigência da prova encontra-se no âmbito do poder discricionário do juiz, que ele mesmo faça a pesquisa sobre o conteúdo e vigência da lei invocada.

A prova também poderá ser feita pela “referência a qualquer obra jurídica de reconhecido merecimento que contenha a lei invocada”¹⁶

Segundo MOACYR AMARAL SANTOS, “da vigência do direito estrangeiro valerá também como prova a referência à obra recente de escritor consagrado, que a focalize e aprecie, ou a julgados de tribunais, tanto nacionais como do país em que a lei vigora”¹⁷.

Artigo 15 - *As autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do Artigo 3º da Convenção, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidas no referido Estado. As autoridades*

15 Idem., p. 48.

16 Idem, p. 51.

17 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários...*, p. 52.

centrais dos Estados Contratantes deverão, na medida do possível, auxiliar os requerentes a obter tal decisão ou atestado.

Comentários: O art. 15 confere às autoridades judiciais ou administrativas a possibilidade de, antes de determinar o retorno da criança, requisitar a decisão ou outra determinação da autoridade da residência habitual da criança, de modo a aferir sobre a ilicitude da sua transferência, no termos do art. 3º. Não é raro ocorrer, ante a insuficiência dos documentos anexados ao pedido de restituição, que as autoridades competentes, judiciais ou administrativas, do país requisitado, não consigam firmar a convicção plena de que a remoção ou retenção da criança ocorreu de forma ilícita, nos termos da legislação do país requisitante. Para esse fim, podem elas solicitar ou determinar ao requerente a obtenção, junto às autoridades do Estado de residência habitual da criança, de uma decisão ou atestado, comprovando a ilicitude do ato de subtração da criança.

O dispositivo coloca às Autoridades Centrais dos países envolvidos o dever de ajudar o requerente a obter a decisão ou determinação, com o que objetiva facilitar o seu trabalho, já que o art. 8, 3, f da Convenção coloca como requisito da sua petição a juntada desse atestado ou declaração.

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana sobre Prova e Informação acerca do Direito Estrangeiro¹⁸, concluída em Montevideu, 1979, dispõe:

“Artigo 7 - As solicitações a que se refere esta Convenção poderão ser dirigidas diretamente pelas autoridades jurisdicionais ou por intermédio da autoridade central do Estado requerente a correspondente autoridade central do Estado requerido, sem necessidade de legalização”.

“A autoridade central de cada Estado Parte receberá as consultas formuladas pelas autoridades do seu Estado e as transmitirá à autoridade central do Estado requerido”.

Disposição semelhante se encontra no Protocolo de Las Leñas, no capítulo VII, que trata das informações do Estado estrangeiro:

ARTIGO 28 - As Autoridades Centrais dos Estados-partes fornecer-se-ão mutuamente, a título de cooperação judicial, e desde que não se oponham às disposições de sua ordem pública, informações em matéria civil, comercial, trabalhista, administrativa e de direito internacional privado, sem despesa alguma.

O auxílio das Autoridades Centrais, nesse passo, foi providência expressamente consignada nas “recomendações” oriundas da última reunião de revisão da Convenção de 1980, ocorrida em outubro de 2006.

18 Concluída em Montevideu, Uruguai, em 8 de maio de 1979. DECRETO Nº 1.925, DE 10 DE JUNHO DE 1996.

Artigo 16 - *Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.*

Comentários:

1. Noções gerais

O art. 16 é considerado de fundamental importância para a aplicação da Convenção e não deve ser por outro motivo que ele, juntamente com o art. 13, formam o par de artigos que têm sido alvo das maiores discussões nos foros internacionais. Segundo o art. 16, é vedado às autoridades do país requisitado decidirem sobre o mérito do direito de guarda, após terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do art. 3º.

Com a finalidade de promover a realização dos objetivos da Convenção relativamente ao retorno da criança, a disposição busca prevenir uma decisão de mérito do direito de custódia que poderá ser conseguida “fraudulentamente” no Estado de refúgio. Para este fim, é proibido às autoridades competentes deste Estado julgar o mérito, quando eles foram informados de que a criança em questão foi, em termos da convenção, injustamente removida ou retida.

Esta proibição desaparecerá quando se demonstrar que, de acordo com a Convenção, não seja apropriado devolver a criança, ou então tenha decorrido um período razoável de tempo sem que se requeresse a sua aplicação, o que acaba por significar a adaptação da criança ao novo meio.

Trata-se de uma recomendação às autoridades administrativas e judiciais dos países contratantes, para evitar que estas sejam involuntariamente utilizadas pelo(s) seqüestrador(es) para legitimar a atitude reprovável do deslocamento ou retenção ilícita. Isto não conflita com o princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto na Constituição Federal, haja vista que, como afirmado acima, o juízo que tem competência é do local da residência habitual, como determina a LICC, em seu art. 7º. Portanto, uma vez provocado o Poder Judiciário brasileiro, porquanto qualquer pessoa tem o direito subjetivo de ação, este terá de pronunciar-se sobre o caso e, uma vez informado o deslocamento ou retenção ilícita, somente após a apreciação do pedido de restituição é que o Poder Judiciário brasileiro poderá se manifestar sobre a questão de fundo, que é a guarda. Cuidar-se-ia, aqui, de uma prejudicial ao exame do mérito da guarda.

Por outro lado, é importante notar que a guarda ou o direito de guarda não é tratada no processo de restituição com relação a sua questão de fundo, mas somente analisada para fazer o juízo de admissibilidade da ação de restituição, ou seja, primeiro o juiz analisa a possibilidade da restituição e somente após decidida esta questão, haverá de ser apreciada a questão da guarda. Isto, claro, não impede a utilização de medidas acauteladoras no próprio processo de restituição, como, por exemplo, o deferimento de guarda provisória ou mesmo a regulação provisória do direito de visita.

Os dois grupos de circunstâncias que podem pôr fim ao dever contido no artigo são muito diferentes, ambos nas razões atrás deles e nas suas conseqüências. Na realidade, é perfeitamente lógico entender que esta obrigação cessará assim que estabelecidas as condições do retorno da criança, seja porque as partes chegaram a um arranjo amigável, seja porque é apropriado considerar as exceções previstas nos arts. 13 e 20. Além disso, em tais casos, a decisão de mérito sobre o direito de custódia vai finalmente regular o caso.

De outra parte, como a "notificação" que pode justificar a proibição de decidir o mérito do caso deriva tanto de uma petição para o retorno da criança que é submetida diretamente pelo candidato, ou de uma comunicação oficial da Autoridade Central do mesmo Estado, é difícil ver os casos em que a notificação não é seguida por uma aplicação não seria contido dentro da primeira hipótese. Além disso, se tais situações existem, a ambigüidade na frase "tempo razoável" poderia conduzir a decisões que são dadas antes do período de um ano, contidas no art. 12, primeiro parágrafo, expirou; em tal um caso, esta decisão coexistiria ao lado do dever de devolver a criança, conforme a Convenção, dando origem assim a um problema que é tratado no art. 17.

O grande problema para as autoridades brasileiras, no tocante ao art. 16 diz respeito à organização judiciária brasileira, que prevê duas esferas distintas de competência judicial - federal e estadual, com possibilidade de prejuízo para qualquer uma delas. É comum ocorrer que, quando proposta a ação para cumprimento da Convenção perante a Justiça Federal, já esteja em curso, perante a Justiça comum dos Estados, ação para fixação do direito de guarda, proposta pelo genitor que esteja na posse da criança.

A solução para esse delicado problema, que tem sido fonte de infundáveis discussões e até mesmo causado protestos por parte de outros Estados signatários da Convenção, em relação ao Brasil, passa pela análise da competência das duas esferas judiciais e a escolha de um elemento de conexão entre elas, de modo a possibilitar ao menos o conhecimento, por ambos os juízes, dos procedimentos e providências determinados por uma ou outra.

2. Competência da Justiça Federal e da Justiça Comum dos Estados

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

Art. 21. Compete à União:

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

(...)

Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:
III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

CONFLITO DE COMPETENCIA. AÇÃO CAUTELAR, PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PUBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. CAUSA FUNDADA EM TRATADO INTERNACIONAL. A AÇÃO CAUTELAR, PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, FUNDADA EM TRATADO INTERNACIONAL, PARA PREVENIR DANO AO MEIO AMBIENTE DEVE SER PROCESSADA E JULGADA PELA JUSTIÇA FEDERAL (CF, ART. 109, III); ESSA COMPETENCIA É FIXADA EM FUNÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL DO PEDIDO, DE MODO QUE A APLICABILIDADE, OU NÃO, DO TRATADO INTERNACIONAL A ESPÉCIE DEPENDE DE JUÍZO DE MÉRITO A SER FEITO PELO JUIZ FEDERAL, DEPOIS DE PROCESSADA A AÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O MM. JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA 2A. VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.(STJ. CC 16.953/SP, Rel. MIN. ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SECAO, julgado em 26.06.1996, DJ 19.08.1996 p. 28417)

SENDO O LOCAL SEDE DE VARA FEDERAL, AOS JUÍZES FEDERAIS COMPETE O PROCESSO E JULGAMENTO, NÃO SÓ PELO INTERESSE DA UNIÃO NA CAUSA, COMO PORQUE ASSIM SE PROCEDE EM TODAS AS CAUSAS FUNDADAS EM TRATADO OU CONTRATO DA UNIÃO COM ESTADO ESTRANGEIRO OU ORGANISMO INTERNACIONAL (ART. 109, I E III, C.F.).

(CC 3.389/SP, Rel. MIN. HÉLIO MOSIMANN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25.05.1993, DJ 21.06.1993 p. 12330)

A Justiça comum dos estados é o foro competente para as ações relativas ao direito de família, tendo a Lei de Introdução ao Código Civil - LICC (Decreto-Lei n. 4.657, de 04.09.1942), fixado como elemento de conexão aplicável às demandas relativas a essas questões a lei do país em que for domiciliada a pessoa (art. 7º):

Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

3. Competência concorrente da autoridade brasileira

A competência internacional da Justiça brasileira vem determinada nos arts. 88 a 90 do CPC.

O art. 88 trata da competência concorrente, ou seja, “aquela que pode ser afastada pela vontade das partes, e valerá a sentença que primeiro

alcançar a coisa julgada, devendo a estrangeira (se assim tiver sido) ser regularmente homologada”¹⁹.

Nesses casos de competência internacional concorrente, pode, todavia, a ação ser proposta no Brasil mesmo que já esteja em andamento igual demanda perante Tribunal de outro país (CPC, art. 90). A litispendência, normalmente impeditiva a que alguém renove a mesma causa que já está em juízo (v. CPC, art. 301, V, e § 3º), neste caso, excepcionalmente, não opera como exceção processual. Mas, se a ação proposta no estrangeiro já foi definitivamente julgada, sua homologação perante nosso Supremo Tribunal Federal impedirá, desde então, a renovação da demanda em Tribunal brasileiro.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal pode conferir a seu presidente competência para conceder o *exequatur* a cartas rogatórias e para homologar sentenças estrangeiras (CF, art. 102, I, h).

A concessão do *exequatur*, pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, a cartas rogatórias de juízos ou Tribunais estrangeiros é prevista nos arts. 225 a 229 do Regimento Interno (aprovado em 15/10/1980).

De outra parte, “a sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo presidente do Supremo Tribunal Federal” (Reg. Interno, arts. 215 a 224), cabendo da decisão do presidente, concessiva ou denegatória de homologação, agravo regimental para o Plenário do Tribunal.

Conforme decisão do Min. Celso de Mello, mostra-se relevante a norma inscrita no art. 90 do CPC, “que consagra a prevalência da competência internacional da autoridade judiciária brasileira sobre processos em curso no exterior ou sobre decisões já proferidas por tribunais estrangeiros, ainda que com trânsito em julgado, pois, enquanto não sobrevier a homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, do ato sentencial alienígena, inexistirá qualquer obstáculo a que a Justiça do Brasil conheça da mesma causa e de todas aquelas que, com ela, guardem relação de conexidade” (SE 5.778-EUA, rel. Min. Celso de Mello, dec. de 12-5-2000, informativo do STF, n. 189, maio 2000, DJU, 19 maio 2000).

De outra parte, se o fato ocorreu em território estrangeiro, sem repercussão em nosso país, a Justiça brasileira será incompetente: nesse sentido, decidiu o STJ que o retorno forçado ao Brasil de passageiro de empresa aérea, ao descer em aeroporto espanhol, não enseja indenização por danos morais perante a Justiça brasileira, pois a soberania nacional não se estende aos fatos ocorridos fora do território do Brasil, salvo nas hipóteses do art. 88, I e II, do CPC; irrelevante, pois, a prevalência dos direitos humanos ou a existência de convênio de cooperação jurídica. Precedente citado: AC 13-RS, DJU, 13 dez. 1993 (RO 19-BA, rel. Min. César Rocha, j. 21/8/2003, informativo do STJ, n. 180, ago. 2003).

No julgamento do REsp 2.170 (3ª Turma, j. 7-8-1990, rel. Min. Eduardo Ribeiro), considerou o Superior Tribunal de Justiça que a competência da autoridade judiciária brasileira firma-se quando verificada alguma das hipóteses previstas nos arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil, não se admitindo a conexão como critério para ampliar a competência da Justiça

19 ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. V. I. SP:RT, 2003, p. 316.

brasileira para conhecer de causas ou de pedidos de competência de Justiça estrangeira (RSTJ, 12:361).

Dispõe, ainda, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 216: “Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Quando exclusiva a competência da Justiça brasileira, a concessão de eficácia à sentença estrangeira seria ofensiva à soberania nacional. Além disso, e sob outro ângulo, é requisito indispensável à homologação o haver sido a sentença estrangeira “proferida por juiz competente” (Reg. Interno, art. 217, I), e na hipótese o juiz competente será o juiz brasileiro, não o estrangeiro.

Por fundamento idêntico não será dado cumprimento às rogatórias (Reg. Interno do STF, art. 226, § 2º). (fls. 67/68).

4. O elemento de conexão: a questão prejudicial externa

No caso de disputa sobre direito de guarda vigora o critério da competência concorrente da Justiça brasileira. Desse modo, permite-se ao genitor ou a qualquer pessoa que se encontre na posse da criança, que ingresse com ação na Justiça brasileira, pedindo seja-lhe deferido o direito de guarda sobre ela, ainda que haja ação em curso perante outro tribunal estrangeiro. Valerá, como já dito acima, a decisão que primeiro alcançar a coisa julgada sendo que, no caso de sentença estrangeira, deverá ser ela ainda objeto de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, para ter validade interna.

Qual resposta poder-se-ia então aplicar para solucionar o problema do cumprimento da Convenção, diante de duas jurisdições que se sobrepõem no ordenamento jurídico brasileiro? Deverá o juiz federal sempre indeferir o pleito de busca e apreensão de menor, com base na Convenção, quando tiver sido ajuizada ação de guarda no juízo estadual?

A situação passa a ser satisfatoriamente resolvida com a argüição da questão prejudicial externa, que vem fixada no art. 265, IV, a, do CPC:

Art. 265. Suspende-se o processo:

(...)

IV - quando a sentença de mérito:

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

(...)

§ 5º Nos casos enumerados nas letras a, b e c do n.º IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.

Art. 266. Durante a suspensão é defeso praticar qualquer ato processual; poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável.

A chamada “prejudicialidade externa” prevista na alínea a do n. IV do art. 265 do CPC, condicionante da decisão de mérito, há de referir-se a processo em curso em jurisdição diversa.

Por esse motivo, sendo absoluta a competência da Justiça Federal e de ordem pública a matéria tratada na ação que nela tem curso (tratado

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

TRATADO INTERNACIONAL - LEI ORDINÁRIA - HIERARQUIA. O TRATADO INTERNACIONAL SITUA-SE FORMALMENTE NO MESMO NÍVEL HIERARQUICO DA LEI, A ELA SE EQUIPARANDO. A PREVALÊNCIA DE UM OU OUTRO REGULA-SE PELA SUCESSÃO NO TEMPO. (REsp 74.376/RJ, Rel. MIN. EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.10.1995, DJ 27.11.1995 p. 40887)

Não se pode concordar, portanto, com a interpretação de que a questão relativa à guarda possa ser apreciada e decidida pela Justiça Federal, nos termos do art. 109 da CF, por implicar questão objeto de convenção internacional.

A uma, porque não é objetivo da Convenção, como já várias vezes assinalado, discutir o direito de guarda, de modo que o Juiz Federal somente poderá, por via reflexa ou indireta, analisar a guarda como elemento de convicção para o deferimento ou indeferimento do pedido de retorno;

A duas, porque a competência por conexão é relativa, nada obrigando ao juiz que determine a reunião dos processos (art. 105, CPC);

A três, porque já se decidiu que a competência da Justiça Federal é absoluta e improrrogável por conexão:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO E AÇÃO DECLARATÓRIA, AQUELA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL, ESTA PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. AVOCAÇÃO, PELO JUIZ FEDERAL, DA AÇÃO DE EXECUÇÃO, POR ENTENDER OCORRENTE CONEXÃO ENTRE AS DEMANDAS. RECUSA DO JUIZ ESTADUAL, QUE SUSCITA O CONFLITO.

A CONEXÃO NÃO IMPLICA NA REUNIÃO DE PROCESSOS, QUANDO NÃO SE TRATAR DE COMPETÊNCIA RELATIVA - ART. 102 DO CPC. A COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL, FIXADA NA CONSTITUIÇÃO, É IMPRORROGÁVEL POR CONEXÃO, NÃO PODENDO ABRANGER CAUSA EM QUE A UNIÃO, AUTARQUIA, FUNDAÇÃO OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL NÃO FOR PARTE.

(CC 832/MS, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26.09.1990, DJ 29.10.1990 p. 12119)

Ademais, também já decidiu o STJ que o Direito brasileiro não elegeu a conexão como elemento de fixação de competência internacional:

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL - CAUSAS CONEXAS. A COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA FIRMA-SE QUANDO VERIFICADA ALGUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS ARTIGOS 88 E 89 DO C.P.C. O DIREITO BRASILEIRO NÃO ELEGEU A CONEXÃO COMO CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL QUE NÃO SE PRORROGARA, POR CONSEQUENTE, EM FUNÇÃO DELA.

(REsp 2170/SP, Rel. MIN. EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07.08.1990, DJ 03.09.1990 p. 8842)

Importante notar que, havendo conexão entre uma ação de restituição e uma ação de guarda, o juízo competente, por conexão, será a

Justiça Federal, que deverá apreciar o pedido de restituição. Nesse sentido foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça ao analisar o Conflito de Competência nº 64.012-TO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, conforme ementa que segue:

Conflito positivo de competência. Justiça Federal. Justiça Estadual. Guarda de menor.

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

2. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins para o julgamento das ações.

Isso implica que o juiz federal apreciará o pedido de restituição e esse pedido é uma espécie de preliminar de prejudicialidade a qualquer outro pedido de guarda, pelo que os processos que estiverem tramitando em varas diversas deverão ser reunidos, a fim de evitar decisões contraditórias.

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.*

Comentários: Nos termos do art. 17, a decisão relativa à guarda da criança não se constitui em óbice para a sua ordem de retorno ao país de origem, nos termos dessa Convenção. No Brasil, embora a competência para apreciação dos casos relativos à aplicação da Convenção seja da Justiça Federal, em realidade a competência, nos termos do Direito interno brasileiro, para a apreciação das situações de guarda é da Justiça da Infância e Juventude. Essa dualidade de jurisdições tem sido causa de muitos problemas quanto ao cumprimento da Convenção, ocasionando demoras no seu julgamento, em razão dos conflitos de competência que têm sido instaurados.

Artigo 18 - *As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento.*

Comentários: O objetivo do art. 18 é reforçar a idéia da inafastabilidade dos objetivos convencionais, pelo que as exceções contidas no seu texto à ordem de retorno da criança devem ser interpretadas restritivamente. Segundo o Relatório PEREZ-VERA, esta cláusula, que foi delineada na base do art. 45 do projeto preliminar, e que não impôs obrigação, delineia a não-exaustiva e complementar natureza da Convenção²⁰. Desse modo, trata-se de disposição que autoriza a autoridade competente a ordenar o retorno da criança, invocando outras razões, que não as expressamente elencadas, mas que possam justificar o seu procedimento.

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

Comentários: Esse artigo apenas reafirma o postulado anterior de que, na ação de busca e apreensão, não se discute o direito de guarda, mas sim apenas o retorno ou não da criança.

Também tem por objetivo facilitar as restituições voluntárias pelos seqüestradores, já que o juízo de guarda que posteriormente tramitará perante os tribunais da residência habitual poderá mesmo autorizar a mudança de residência, sem ser penalizado pela subtração cometida. O que é importante ficar claro é que o convênio busca (1) garantir os tribunais da residência habitual da criança como o juízo natural para as discussões do direito de guarda; (2) preservar os melhores interesses da criança e (3) estimular um ambiente de cooperação administrativa e judicial entre países, baseado na confiança mútua e solidariedade.

Artigo 20 - *O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.*

Comentários: O fato de a ressalva ao retorno da criança quando “não for permitido pelos princípios fundamentais do Estado requisitante

20 .Relatório PEREZ-VERA, Elisa.

relativamente à proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais” ter sido colocada no último artigo do capítulo foi, segundo o Relatório Elisa Perez-Vera²¹, reveladora da intenção de enfatizar a excepcional natureza da aplicação dessas provisões.

A exceção prevista neste art. 20 deve ser analisada com rigor pela autoridade competente, não bastando a mera alegação de que o retorno da criança colidiria com os princípios constitucionais de proteção à liberdade, no Estado requisitado. É preciso mais que isso. É preciso demonstrar, efetivamente, qual o princípio violado e os motivos da violação.

Nas reuniões de especialistas que têm sido realizadas para revisão ou discussão da Convenção de 1980, nota-se um consenso quanto a evitar-se a aplicação do art.20²².

Deve-se alertar, no entanto, as autoridades competentes de que a tendência em se tentar manter a criança, especialmente quando brasileira, em nossa jurisdição, por entender que aqui ela teria melhor ambiente para a sua educação deve ser repelida ou, pelo menos, evitada. Antes de qualquer manifestação exacerbada de nacionalismo, o que se deve analisar é o interesse maior da criança, que é o fim perseguido pela Convenção.

Capítulo IV **Direito de Visita**

Artigo 21 - *O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança. Às Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito.*

As autoridades centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.

As autoridades centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito.

21 Relatório PEREZ-VERA, Elisa.

22 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado - a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.252, nota 45.

Comentários: é importante dar uma interpretação ampla que permita a aplicação do Convênio ao maior número de casos. Quando se trata de direito de visita, é lícito que o requerimento possa ser efetuado pela autoridade central ou país requerido, porquanto o direito de visita não é apenas o direito dos pais em relação aos filhos, mas principalmente o direito dos filhos de terem plena assistência de seus pais, como forma de garantir o seu desenvolvimento sadio.

Portanto, ao reconhecer o direito às autoridades centrais de postularem também o direito de visita, como tal legitimados pela Convenção, nada mais se faz que dar plena aplicação à Convenção e ao art. 1589 do Código Civil Brasileiro, pois acima de tudo está o interesse da criança em ter o convívio mais pleno possível com seus pais. Até porque devemos ter em mente que a vedação ao exercício pleno do direito de visita pode ocasionar novas subtrações, como mostra a experiência internacional nessa área.

Capítulo V

Disposições Gerais

Artigo 22 - *Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja a sua denominação, poderá ser imposta para garantir o pagamento de custos e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos previstos na presente Convenção.*

Comentários: A Convenção é um tratado multilateral de ajuda recíproca entre os países contratantes e seria despropositado que houvesse a exigência de caução ou depósito como garantia do seu cumprimento. O dispositivo encerrado nesse art. 22 se apresenta mais como medida de proteção aos pais desapossados dos seus filhos e que pedem o amparo da Convenção, para que nenhum profissional ou instituição inescrupulosa possa se valer da sua situação de desespero para exigir indevidamente qualquer quantia, sob esse argumento.

Artigo 23 - *Nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção.*

Comentários: Esse art. 23 vem em reforço ao art. 14, já analisado, onde se observa o claro propósito da Convenção em simplificar os atos ao

máximo, evitando procedimentos burocráticos, como forma de acelerar o seu cumprimento.

Artigo 24 - *Os pedidos, comunicações e outros documentos serão enviados na língua original à Autoridade Central do Estado requerido e acompanhados de uma tradução na língua oficial, ou numa das línguas oficiais, desse Estado, ou, quando tal tradução for dificilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês. No entanto, um Estado Contratante poderá, fazendo a reserva prevista no Artigo 42, opor-se à utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos, em todo pedido, comunicação ou outro documento enviado à respectiva Autoridade Central.*

Comentários: O Brasil expressamente fez ressalva a esse artigo. (A ressalva estabelece que documentos relativos a casos de seqüestro deverão ser apresentados acompanhados de traduções para o Português feitas por tradutor juramentado). A reserva a este artigo está prevista no art. 42, e, por ocasião da apresentação da ressalva pelo Governo brasileiro, não houve oposição.

Artigo 25 - *Os nacionais de um Estado Contratante e as pessoas que habitualmente residam nesse Estado terão direito, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da presente Convenção, à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam.*

Sobre esse artigo, cumpre lembrar que o Governo brasileiro presta assistência jurídica através da atuação da Advocacia-Geral da União, sem qualquer ônus para o requerente. Como o tema de implementação da Convenção da Haia de 1980 envolve necessariamente decisão do Poder Judiciário, e sendo a Advocacia-Geral da União a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente, segundo dispõem o art. 131 da Constituição Federal e o art. 1º da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, a ela incumbe exclusivamente demandar judicialmente para a promoção dos interesses da Autoridade Central, no que diz respeito ao imediato regresso das crianças e adolescentes ao Estado de sua residência habitual, bem como, na promoção de direitos de visitas.

Artigo 26 - *Cada Autoridade Central deverá arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção. A Autoridade Central e os outros serviços públicos dos Estados Contratantes não deverão exigir o pagamento de custas pela*

apresentação de pedidos feitos nos termos da presente Convenção. Não poderão, em especial, exigir do requerente o pagamento de custos e despesas relacionadas ao processo ou, eventualmente, decorrentes da participação de advogado ou de consultor jurídico. No entanto, poderão exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança. Todavia, qualquer Estado Contratante poderá, ao fazer a reserva prevista no Artigo 42, declarar que não se obriga ao pagamento dos encargos previstos no parágrafo anterior, referentes à participação de advogado ou de consultor jurídico ou ao pagamento dos custos judiciais, exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica. Ao ordenar o retorno da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança.

Artigo 27 - *Quando for constatado que as condições exigidas pela presente Convenção não se encontram preenchidas ou que o pedido não tem fundamento, a Autoridade Central não será obrigada a recebê-lo. Nesse caso, a Autoridade Central informará de imediato o requerente ou, se for o caso, a Autoridade Central que haja remetido o pedido das suas razões.*

Artigo 28 - *A Autoridade Central poderá exigir que o pedido seja acompanhado de uma autorização escrita dando-lhe poderes para agir em nome do requerente ou para nomear um representante habilitado a agir em seu nome.*

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

Artigo 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.*

Artigo 31 - Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou mais sistemas de direito aplicáveis em diferentes unidades territoriais:

a) qualquer referência à residência habitual nesse Estado significa residência habitual numa unidade territorial desse Estado;

b) qualquer referência à lei do Estado de residência habitual corresponde à lei da unidade territorial onde a criança tenha a sua residência habitual.

Artigo 32 - Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou vários sistemas de direito aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, qualquer referência à lei desse Estado corresponderá a referência ao sistema legal definido pelo direito deste Estado.

Artigo 33 - Um Estado no qual diferentes unidades territoriais tenham as suas próprias regras de direito em matéria de guarda de crianças não será obrigado a aplicar a presente Convenção nos casos em que outro Estado com um sistema de direito unificado não esteja obrigado a aplicá-la.

Artigo 34 - Nas matérias às quais se aplique a presente Convenção, esta prevalecerá sobre a Convenção de 5 de outubro de 1961 Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, no caso dos Estados-partes a ambas Convenções. Por outro lado, a presente Convenção não impedirá que outro instrumento internacional em vigor entre o Estado de origem e o Estado requerido ou que o direito não convencional do Estado requerido sejam invocados para obter o retorno de uma criança que tenha sido ilicitamente transferida ou retida, ou para organizar o direito de visita.

Artigo 35 - Nos Estados Contratantes, a presente Convenção aplica-se apenas às transferências ou às retenções ilícitas ocorridas após sua entrada em vigor nesses Estados. Caso tenham sido feitas as declarações previstas nos Artigos 39 ou 40, a referência a um Estado Contratante feita no parágrafo anterior corresponderá a referência à unidade ou às unidades territoriais às quais a Convenção se aplica.

Artigo 36 - Nenhuma disposição da presente Convenção impedirá que dois ou mais Estados Contratantes, com o objetivo de reduzir as restrições a que poderia estar sujeito o retorno da criança, estabeleçam entre si um acordo para derrogar as disposições que possam implicar tais restrições.

Capítulo VI

Cláusulas Finais

Artigo 37 - A Convenção é aberta à assinatura dos Estados que eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado quando de sua 14^o sessão. A Convenção será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 38 - Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção. O instrumento de adesão será depositado junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos. A Convenção entrará em vigor, para o Estado aderente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito de seu instrumento de adesão. A adesão apenas produzirá efeito nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que tenham declarado aceitar essa adesão. Esta declaração deverá ser igualmente feita por qualquer Estado membro que ratifique, aceite ou aprove a Convenção após tal adesão. Esta declaração será depositada junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, que, por via diplomática, enviará uma cópia autenticada a cada um dos Estados Contratantes. A Convenção entrará em vigor entre o Estado aderente e o Estado que tenha declarado aceitar essa adesão no primeiro dia do terceiro mês após o depósito da declaração de aceitação.

Artigo 39 - Qualquer Estado poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, declarar que a Convenção será aplicável ao conjunto dos territórios que internacionalmente representa ou apenas a um ou mais deles. Essa declaração produzirá efeito no momento em que a Convenção entrar em vigor para esse Estado. Tal declaração, bem como qualquer extensão posterior, será notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 40 - O Estado Contratante que compreenda duas ou mais unidades territoriais nas quais sejam aplicáveis diferentes sistemas de direito em relação às matérias reguladas pela presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, que a presente Convenção deverá aplicar-se a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas, e poderá, a qualquer momento, modificar essa declaração apresentando outra em substituição. Tais declarações serão notificadas ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, e mencionarão expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção será aplicável.

Artigo 41 - Quando o Estado Contratante possua um sistema de Governo em virtude do qual os poderes executivo, judiciário e legislativo sejam partilhados entre autoridades centrais e outras autoridades desse Estado, a assinatura, ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou adesão a esta, ou a declaração feita nos termos do Artigo 40, não trarão qualquer consequência quanto à partilha interna de poderes nesse Estado.

Artigo 42 - Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quando de uma declaração feita nos termos dos Artigos 39 ou 40, fazer uma ou ambas reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo. Nenhuma outra reserva será admitida. Qualquer Estado poderá, a qualquer momento, retirar uma reserva que haja feito. A retirada deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos. O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação mencionada no parágrafo anterior.

Artigo 43 - A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão previsto nos Artigos 37º e 38º. Em seguida, a Convenção entrará em vigor:

- 1) para cada Estado que a ratifique, aceite, aprove ou a ela adira posteriormente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do respectivo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.
- 2) Para os territórios ou unidades territoriais onde a Convenção tenha sido tornada extensiva nos termos dos Artigos 39º ou 40º, no primeiro dia do terceiro mês após a notificação prevista nesses Artigos.

Artigo 44 - A Convenção terá uma duração de cinco anos a partir da data da sua entrada em vigor, em conformidade com o primeiro parágrafo do Artigo 43, mesmo para os Estados que a tenham ratificado, aceito, aprovado ou a ela aderido posteriormente. A Convenção será tacitamente renovada de cinco em cinco anos, salvo denúncia. A denúncia deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos pelo menos 6 meses antes de expirar-se o período de cinco anos. A denúncia poderá limitar-se a certos territórios ou unidades territoriais onde a Convenção vigore. A denúncia só produzirá efeito em relação ao Estado que a tenha notificado. A Convenção permanecerá em vigor para os outros Estados Contratantes.

Artigo 45 - O Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos notificará os membros da Conferência, bem como os Estados que a ela tenham aderido em conformidade com as disposições contidas no Artigo 38°:

- 1) das assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações referidas no Artigo 37;
- 2) das adesões referidas no Artigo 38;
- 3) da data em que a Convenção entrará em vigor, de acordo com o Artigo 43;
- 4) das extensões referidas no Artigo 39;
- 5) das declarações mencionadas nos Artigos 38 e 40;
- 6) das reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo, e das retiradas de reservas previstas no Artigo 42;
- 7) das denúncias referidas no Artigo 44.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados, assinaram a presente Convenção. Feita na Haia, em 25 de outubro de 1980, em francês e em inglês, sendo ambos os textos igualmente originais, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos e do qual será remetida, por via diplomática, uma cópia certificada conforme a cada um dos Estados Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado à data da sua 14ª Sessão.