



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Beatriz Souza Carneiro da Silva

**ALIENAÇÃO PARENTAL
E O SEQUESTRO INTERNACIONAL INFANTIL:
Aspectos civis de uma problemática familiar**

Recife

2019

Beatriz Souza Carneiro da Silva

**ALIENAÇÃO PARENTAL
E O SEQUESTRO INTERNACIONAL INFANTIL:
Aspectos civis de uma problemática familiar**

Monografia apresentada para obter nota no componente curricular Projeto de TCC, requisito para obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Direito Civil; Direito Internacional Privado.

Recife

2019

RESUMO

O presente trabalho tem como ponto central a análise da Convenção de Haia de 1980 sobre Sequestro Internacional de Crianças, principalmente a partir da ótica das discussões doutrinárias e dificuldades jurisprudenciais para o integral acolhimento do disposto na Convenção. O Sequestro é considerado como uma das consequências mais graves relacionada à alienação parental, síndrome psicológica que acomete um dos pais, o qual começa a agir de maneira a permanecer com o filho perto de si, afastando-o do outro. Acontece geralmente quando o casal está passando pelo processo de divórcio e, no caso do Sequestro Internacional, relaciona-se com casais que vivem juntos em outro país e um dos genitores se retira com o filho. Os casos vêm aumentando e tornando-se cada vez mais comuns dentro de uma sociedade cada vez mais internacionalizada e integrada através das tecnologias e facilidades de comunicação e relacionamentos, logo, o Direito Internacional ganha mais espaço em relação a assuntos tratados majoritariamente como direito interno. Dentro desse contexto, a Convenção de Haia sobre o Sequestro Internacional de Crianças tem como primeira intenção devolver a criança ao local de residência habitual da maneira mais célere possível, para evitar que ela perca contato com as pessoas que já conhece, rotina e cultura do país em que vive. Então ela traz diversos mecanismos os quais guiam o procedimento para que, logo que o Sequestro se caracterize, a criança não seja tão afetada. No Brasil ainda há problemáticas em relação à Convenção, como por exemplo a forma que ela é validada aqui e como isso afeta a sua aplicabilidade e eficácia real. Assim, considerando o contexto atual onde a mediação vem sendo cada vez mais apresentada como forma de resolução de litígios, ela é acolhida como opção de solução para os casos de Sequestro pela Convenção, que possui um Guia de Boas Práticas sobre o assunto.

Palavras-chave: Alienação parental; Sequestro Internacional de Crianças; Convenção de Haia de 1980; melhor interesse da criança; controle de convencionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. ALIENAÇÃO PARENTAL E O SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS	3
1.1 Alienação Parental: abuso do poder familiar e a desconsideração do melhor interesse infantil.....	3
1.2 Sequestro Internacional de Crianças - a partir do exposto pela Convenção de Haia – e a aplicação do princípio do melhor interesse infantil	10
2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS.....	17
2.1 Controle de convencionalidade dentro da ordem jurídica brasileira	17
2.2 Controle de Convencionalidade, aplicabilidade automática dos tratados que versem sobre direitos humanos e a Convenção de Haia sobre sequestro internacional de crianças no Brasil	23
3. MEDIAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO PARA OS CASOS DE SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS.....	31
3.1 Mediação como forma de solução para os casos de Sequestro Internacional de Crianças, conforme o Guia de Mediação feito pela Convenção de Haia de 1980.....	31
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca estudar a confluência dos Direito Internacional Privado e Direito de Família, ao abordar o assunto de *sequestro internacional de crianças*. Tal denominação é dada aqui no Brasil, mas não tem relação com a tipificação penal de sequestro ou cárcere privado. Na verdade, foi a tradução aproximada dada ao termo “*abduction*” presente na Convenção de Haia, que significa “abdução”.

Segundo o Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980 do STF, a conduta intitulada como “sequestro” se refere à retirada ilícita da criança de seu país e/ou à retenção indevida desta, em outro local que não o da sua residência habitual, seja pelo fato dela ter sido levada ilegalmente por um dos pais, ou então após um período de férias autorizado onde, findo esse tempo, a criança não voltou à convivência com o parente que possui sua guarda.

Tal problema tem relação com outro que apesar de mais conhecido e discutido que o sequestro, também carece de maiores explicações: alienação parental. O sequestro seria uma das consequências mais graves de uma série de ações realizadas pelo genitor que detém a guarda da criança, o qual, buscando o afastamento da mesma do outro genitor que não possui a guarda, realiza diversas ações, desde distorções da realidade daquele que está distante, até mesmo a interferência direta nas visitas.

No primeiro item, será possível compreender um pouco mais sobre o poder familiar e como a alienação parental trabalha de forma a distorcer esse poder, que com o passar dos anos e das modificações do Direito, deve ser cada vez mais dividido de forma igualitária entre aqueles que possuem obrigações com a criança, sua educação e seu futuro.

A partir do que é a alienação parental apresenta-se também o que caracteriza o Sequestro Internacional de Crianças, uma das consequências mais graves advinda dos atos alienantes cometidos por um dos genitores para com o outro e com a criança, ente que mais sofre e que mais precisa ser protegido. Aqui, o Sequestro é explicado a partir da ótica da Convenção de Haia, que buscou criar mecanismos os quais garantam o retorno rápido da criança e de autores os quais estudaram a Convenção a partir da ótica do princípio do melhor interesse da criança.

No segundo item desse trabalho será abordada a problemática do controle de convencionalidade, conjuntamente com seu uso para a aplicação da Convenção de Haia dentro do Brasil. Algo – ainda - pouco discutido, mas que vem crescendo em importância,

dado o aumento da influência do Direito Internacional Privado dentro dos países, principalmente a partir dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Assim, será possível ver primeiramente como se dá sua aceitação dentro do ordenamento jurídico brasileiro, as discussões e teorias aceitas para melhor explicar esse controle e as contradições existentes as quais acabam por gerar dificuldades na melhor aplicação da Convenção.

Dificuldades essas abordadas no tópico subsequente do item, o qual busca destrinchar de maneira mais específica a relação do controle de convencionalidade com a Convenção de Haia, a consideração da mesma como tratado internacional de Direitos Humanos e o estudo de autores os quais buscaram caminhos que pudessem desfazer essas barreiras existentes dentro do ordenamento pátrio, que podem tornar lento o procedimento de aplicação da Convenção no país. Junto a isso, também será possível visualizar outras contendas jurídicas relacionadas, como os problemas de cunho processuais que causam lentidão no julgamento dos casos de Sequestro apresentados em juízo.

Por último, o terceiro item apresenta a mediação como opção de solução para agilizar soluções e também como forma de escapar dessas discussões jurisprudenciais. A partir de autores e do Guia feito pela própria Convenção de Haia, é possível enxergar a mediação não somente como opção para solução amigável de conflitos, mas como um princípio que vem se fortalecendo dentro do Direito contemporâneo, enxergando os litígios não somente como processos a serem solucionados a partir de procedimentos formais, mas enxergando as pessoas em conformidade com aquilo que elas sentem, pensam e desejam dentro do conflito que está sendo apresentado.

Em todos os itens que serão apresentados nesse trabalho, as discussões presentes irão pairar em torno da ótica onde o centro do ordenamento jurídico é o ser humano, sua relação com o outro e a importância de que isso seja considerado. Principalmente quando se fala do ser ainda em formação que é a criança, toda discussão é válida para que seus direitos sejam completamente garantidos.

1. ALIENAÇÃO PARENTAL E O SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

1.1 Alienação Parental: abuso do poder familiar e a desconsideração do melhor interesse infantil

O Direito Civil seguia, até a sua constitucionalização, o modelo patriarcal presente no século XX. Com isso, as relações familiares eram centralizadas na figura do pai, caracterizado como o “homem da casa”, e o que hoje se denomina como *poder familiar* no Código Civil de 2002, era identificado no Código Civil de 1916 como *pátrio poder*, caracterizando um período no qual o pai possuía uma posição de senhor com amplos direitos de decisão e imposição sobre a rotina familiar.

A partir das mudanças ocorridas e com o crescente influxo dos Direitos Fundamentais na sociedade, a família, vista como grupo social mais importante que integra a estrutura do Estado¹, começa a ser vista em sua totalidade, como um sujeito de direitos e deveres onde todos exercem influências entre si, considerando a individualidade de cada um. A dignidade da pessoa humana e a igualdade são princípios que encontram bastante força dentro da relação familiar, modificando o contexto de centralização na figura masculina e trazendo uma nova conformação de igualdade entre os membros, onde a autoridade passa a ser vista também na figura da mãe que, em conjunto com o pai, deve buscar uma educação embasada no diálogo e entendimento mútuos, e não de atos ditatoriais ou de comandos cegos².

Exemplo disso é o comentário da autora francesa Françoise Dolto³, que critica o termo autoridade parental dizendo que ele não mais corresponde à realidade dos pais modernos. Atualmente os adultos não são vistos com a autoridade de outrora, onde se percebia uma hierarquia entre pais e filhos, sendo facilmente identificável pelas crianças a falta dessa característica. A especialista adiciona então que a utilização da expressão *responsabilidade parental* seria mais compreensível⁴.

¹CAMPELO, Vinícius Spíndola. **Aspectos Jurídicos das Relações Entre Pais e Filhos**. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45985/aspectos-juridicos-das-relacoes-entre-pais-e-filhos>. Acesso em: 22 de ago. de 2019.

²RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: 10ª. Ed. Local: Rio de Janeiro. Forense, 2019.

³MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes; **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: 11ª. Ed. Local: São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

⁴MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes; **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: 11ª. Ed. Local: São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

Atualmente, o poder familiar tem caráter de *múnus público*, ou seja, os atributos advindos de tal poder são irrenunciáveis, sendo determinados pela Lei e se protraindo no tempo independentemente da vontade de quem tem o poder familiar, uma vez que tal poder não gera efeitos apenas para aqueles que o possuem – os pais –, mas tem em vista o interesse de outras pessoas, nesse caso as crianças, que estão dentro dessa relação como seres que precisam de proteção, orientação e acompanhamento dos pais.

Sobre isso, o autor civilista San Tiago Dantas comenta que o pátrio poder não é uma *auctoritas*, é um *múnus* o qual deve ser exercido livremente, sem considerar o interesse próprio como principal, mas sim, o interesse daqueles ou daquela coisa cuja guarda lhe cabe.⁵ Sobre as normas existentes a respeito das obrigações cabíveis, o *caput* do art. 227 da Carta Federal discrimina uma série de direitos em favor da criança e do adolescente, ressaltando tais incumbências no art. 229 da mesma Carta de forma genérica.

No ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) há várias normas com o intuito de proteção, como por exemplo a do art. 22, que incumbe aos pais o dever de sustentar, guardar e educar os filhos menores, além da obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Finalmente, o Código Civil vigente também traz determinações entre seus artigos como, por exemplo, o art. 1634, com diversos incisos contendo obrigações cabíveis no âmbito do poder familiar.

Além disso, o poder familiar é inalienável, cabível aos pais de forma que não pode ser transferido a outrem, a título gratuito ou oneroso. Antes havia a exceção da *delegação do poder familiar*, permitida em nosso ordenamento jurídico quando os pais buscavam prevenir que o menor incorresse em situação irregular. É também imprescritível, uma vez ele não deixa de pertencer aos genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo; tal situação só ocorre nos casos previstos em lei.

Se o pai ou mãe não se encaixarem nos casos de suspensão ou destituição do poder familiar, não há compatibilidade desse poder com a tutela, ou seja, não se pode nomear um tutor ao menor. Maria Helena Diniz diz que o poder familiar conserva a natureza de uma relação de autoridade, uma vez que há um vínculo de subordinação entre pais e filhos, sendo os genitores detentores do poder de mando e os filhos, obrigados a obedecê-los, conforme diz o inciso IX do art. 1634 do Código Civil vigente⁶.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: 10ª. Ed. Local: Rio de Janeiro. Forense, 2019.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**: 25ª. Ed. Local: São Paulo. Saraiva, 2010.

O ponto principal de mudanças dentro do Direito de Família está relacionado à posição que a pessoa humana adquiriu, onde sua dimensão ontológica passou a ser ainda mais considerada, aumentando o foco naquilo que ela é, o seu *ser*, e não mais o que ela possui; e o patrimônio tratado como parte de uma totalidade. Assim, como cita Paulo Lôbo tratando sobre o assunto, o autor Orlando de Carvalho julgou oportuna a repersonalização de todo o Direito Civil, isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, de sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos⁷.

A evolução histórica supracitada modificou a ideia individualista de um pátrio poder para um ideal plural, inserido na nomenclatura *pater familias*. Assim, permitiu à mulher assumir uma postura de maior protagonismo dentro da família, tendo possibilidade de tomar decisões que antes eram dadas ao domínio único do homem. Criase então a necessidade de que os pares, em igualdade, decidam pelo futuro familiar e o que é preciso para sua manutenção harmônica.

Dentre os princípios constitucionais que regem as relações familiares, o mais importante é o da dignidade da pessoa humana, uma vez que é ele o princípio estruturante e conformador dos demais. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º, coloca-o como um dos fundamentos da organização da família, conforme exposto abaixo:

Art.226, §7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas⁸.

A partir desse princípio, a Constituição vai além e especifica o princípio da dignidade da pessoa humana em face da criança, tornando explícita a sua intenção em protegê-la, considerando sua maior vulnerabilidade dentro do contexto social e familiar. Assim é dito no artigo 227, caput, da Carta Magna:

Art. 227, caput: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁹.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 20 ago. 2019.

⁸BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁹ Idem.

Essa mudança de paradigma ocorre após a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada no dia 24 de setembro de 1990, no artigo 227 da Constituição Federal, que adotou a doutrina da proteção integral e reconheceu direitos fundamentais para toda criança e adolescente, modificando a doutrina da situação irregular, onde o melhor interesse era considerado somente nos casos onde a criança estivesse exposta a situações de risco. Assim, dentro dos litígios de natureza familiar, o princípio da dignidade da pessoa humana tem enfoque principal na figura da criança, considerada com maior vulnerabilidade.

ECA. GUARDA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Nas ações relativas aos direitos de crianças, devem ser considerados, primordialmente, os interesses dos infantes. Os princípios da moralidade e impessoalidade devem, pois, ceder ao princípio da prioridade absoluta à infância, insculpido no art. 227 da Constituição Federal. Apelo provido¹⁰.
O BRASIL, AO RATIFICAR A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, ATRAVÉS DO DECRETO 99.710/90, IMPÔS, ENTRE NÓS, O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA, RESPALDADO POR PRINCÍPIOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. O que faz com que se respeite no caso concreto a guarda de uma criança de 03 anos de idade, que desde o nascimento sempre esteve na companhia do pai e da avó paterna. Não é conveniente, enquanto não definida a guarda na ação principal, que haja o deslocamento da criança para a companhia da mãe que, inclusive, é portadora de transtorno bipolar. Agravo provido¹¹.

Conforme expõe a autora Kátia Regina Ferreira, tal princípio é orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos ou mesmo para elaboração de futuras regras¹². Não cabem subjetivismos nesses casos, sendo imprescindível a consideração do princípio em toda e qualquer decisão tomada pelo intérprete. A dignidade da pessoa humana concentrada na criança deve ser aplicada de forma objetiva, observando o ser em desenvolvimento que ela é.

É necessário compreender tudo que se apresentou inicialmente para caracterizar o que seria a Alienação Parental. Primeiro, esse assunto comporta grande complexidade, uma vez que a alienação parental é estudada a partir de três aspectos: psicológico, social, jurídico e, dentro do âmbito jurídico, é muito observado dentro da ótica do poder familiar e na necessidade de considerar a criança como parte mais importante da relação, tendo

¹⁰ TJRS, **Apelação Cível 70008140303**, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 14-4-2004

¹¹ TJRS, **Agravo de Instrumento 70000640888**, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 6-4-2000.

¹² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes; **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: 11ª. Ed. Local: São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

em vista sua vulnerabilidade. Assim, o princípio do melhor interesse é profundamente considerado aqui.

Dentro do contexto de poder familiar e a consideração do melhor interesse infantil, a Alienação Parental se caracteriza como um abuso desse poder e uma ignorância do princípio existente. Isso ocorre porque, quando um dos genitores se comporta de forma a buscar afastar a criança do convívio do outro genitor, está imbuído de um ideal onde ele teria em si as melhores características para ser seu único responsável. Importante pontuar que, quando o pai ou a mãe aliena o outro em face do filho, não há a intenção primeira de ser vilão de uma história, mas o pensamento de que está fazendo o melhor porque o outro genitor comporta-se como má influência.

Temos em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 12.318/2010, que trata diretamente da Alienação Parental e, em seu art. 2º, apresenta seu conceito legal. Nele é dito que:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Após isso, os incisos do artigo apresentam exemplos de condutas que podem caracterizar o ato.

Considerando a interdisciplinaridade contida nesse assunto, o conceito legal de alienação parental foi inspirado nos estudos do psiquiatra estadunidense Richard Alan Gardner, que classificou a alienação parental como uma síndrome. Segundo ele, a grande litigância entre os pais após o divórcio e a disputa pela guarda dos filhos são os maiores fatores de desencadeamento da síndrome e as crianças, que anteriormente possuíam bons vínculos com os pais, passam a rejeitar um deles sem motivos justificáveis.¹³ A SAP – Síndrome da Alienação Parental – seria uma desordem psiquiátrica gerada pela soma entre o que é falado pelo genitor que está com a guarda da criança e aquilo que ela passa a reproduzir conforme acredita naquilo que chega ao seu conhecimento, dando suporte ao alienante.

A Alienação Parental em geral se instaura em um dos momentos de maior fragilidade de uma família: logo após um processo de divórcio, quando há disputa de guarda ou regulamentação de visitas. Bom pontuar que pode ocorrer também enquanto

¹³ CAMPOS REFOSCO, Helena; GUIDA FERNANDES, Martha Maria. **Entre o afeto e a sanção: uma crítica à abordagem punitiva da alienação parental.** Revista Direito FGV, São Paulo, V. 14, Nº 1, Págs. 79-98, Jan-Abr 2018.

os cônjuges ainda estão casados – com um tentando desqualificar o outro na frente do filho -, no entanto é uma situação que ocorre com menor frequência.

O contexto geral de ocorrência da SAP é após o divórcio, um momento na relação entre os ex-cônjuges onde há bastante fragilidade, surge no ser alienante uma profunda insegurança em relação ao filho, considerando que houve uma recente perda a partir da separação. Não conseguindo enxergar-se como ser individualizado frente ao filho, inicia-se um sentimento neurótico de dificuldade de individuação, de conseguir perceber que genitor e criança são seres diferentes entre si.

Ocorre então uma união nociva onde a criança passa a ser superprotegida, dominada e oprimida; a mãe ou o pai se comportam como se não conseguissem viver sem o filho e começam a agir de forma a garantir que a convivência seja cada vez mais estreita consigo e afastada do responsável que não está convivendo diariamente com a criança¹⁴. Tudo o que estiver ao alcance será feito para alcançar êxito no afastamento, chegando a situações extremas onde ocorrem acusações falsas de agressões e abuso sexual.

Na maioria dos casos de Alienação Parental o sujeito alienante é a mãe. Tal situação se conforma porque, no momento da separação conjugal, a Justiça ainda assegura diretamente a ela a “moradia principal” dos filhos, considerando que seria a mulher a base de proteção, cuidados e educação dos mesmos. Não há muita consideração do caso concreto que ali se apresenta, mas o pensamento – no mínimo machista – de que, por ser a mãe, é ela quem precisa ter o filho por perto, por “naturalmente” saber cuidar melhor.

Importante tal pontuação uma vez que, mesmo com a mudança da ideia de família patriarcal para uma que busca o equilíbrio entre todas as vontades e pensamentos, ainda se trata com normalidade a “inclinação natural” da mulher aos cuidados dos filhos.

Isso configura um equívoco cometido - ainda - constantemente, uma vez que existe o instituto da guarda compartilhada. Nesse instituto, há maior consideração do interesse principal da criança, que dispõe de dupla residência e seu domicílio é onde ela se encontrar, esteja com a mãe ou o pai; ali será considerado como tal, pelo tempo que permanecer. Facilita-se o desenvolvimento saudável da criança, sendo mais fácil evitar que ela sinta tanto os efeitos do afastamento dos pais a partir do divórcio. Mesmo que separados, com a guarda compartilhada é possível manter a influência dos dois na vida do filho, que continua sendo cuidado e educado de forma equilibrada pelos dois genitores.

¹⁴ PERISSINI DA SILVA, Denise Maria. **A nova lei da alienação parental**. 2011. <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-88/a-nova-lei-da-alienacao-parental/>. Acesso em: out. 2019

Maria Berenice Dias diz “que na guarda compartilhada não haveria necessidade do estabelecimento de um regime de convivência. Porém, como essa modalidade de convívio deve ser imposta mesmo quando inexistente consenso entre os pais (de acordo com o Código Civil, no artigo 1.584, parágrafo 2º) a fixação de datas mostra-se salutar. Evita que um se submeta ao poder decisório do outro. O regime de alternância, no entanto, não é suficiente para que a guarda compartilhada seja efetiva.

É necessário assegurar a ambos os pais o direito de ter o filho em sua companhia fora dos períodos estabelecidos, sem que tenha de se submeter à concordância do outro ou a eventual compensação. Basta haver uma justificativa para que tal ocorra (por exemplo, casamento ou aniversário de algum parente), para que o genitor fique autorizado a ter o filho em sua companhia, independentemente da vontade do outro”¹⁵.

Isso é dito por ela porque dentro da dinâmica do regime de convivência e fixação de datas a influência da vontade se faz muito presente e assim são criadas brechas para que a parte alienante aja e comece a dificultar os encontros entre o filho e o alienado. E até o ano de 2018 não havia nenhuma garantia legal que assegurasse ao outro genitor possibilidade de ter acesso ao filho sem se submeter à vontade daquele que com ele estava, o que era cada vez mais dificultado conforme os atos de alienação iam ocorrendo.

A Lei nº 13.431, sancionada em 2017, estabeleceu o sistema de garantia de Direitos da Criança e do Adolescente vítima ou testemunha de violência. Nele, os atos de Alienação Parental foram reconhecidos como forma de violência psicológica (artigo 4º, II, b), sendo assegurado à criança ou adolescente afetado que, por meio de representante legal, pleiteie por medidas protetivas contra o autor da violência à luz do disposto no ECA em seus artigos 22, 130 e parágrafo único e na Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 - em seu artigo 6º e parágrafo único. E no caso de descumprimento de tais medidas há a possibilidade de se decretar a prisão preventiva.

A partir da garantia dada às crianças e adolescentes, se estende aos pais a obrigação de cumprir a guarda compartilhada que se estabeleceu e não praticar atos que afastem a criança do outro ente. Há então a possibilidade de penalizar quem não atenta ao melhor interesse dos filhos, visto que o ato de alienação parental se baseia em uma tentativa do alienante de permanecer com o filho somente consigo, desconsiderando qualquer interesse próprio da criança; interesse esse que, após os atos de alienação, deixa

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Finalmente, alienação parental é motivo para prisão.** 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/maria-berenice-dias-agora-alienacao-parental-motivo-prisao>
Acesso em: out. 2019

de existir e é substituído por aquilo que o genitor que está em seu poder quer, levando em consideração as consequências que a SAP causa no psicológico infantil.

Trazendo esse tema à luz da presente monografia, a Alienação Parental pode criar outra situação, a qual vem se tornando cada vez mais corriqueira: o sequestro internacional de crianças. Essa realidade vem se apresentando dentro de uma sociedade cada vez mais internacionalizada, onde as pessoas facilmente se relacionam com outras que não estão no mesmo país que elas. A partir dessas relações, constituem-se famílias onde os pais são de diferentes nacionalidades, podendo um deles estar em seu país natal ou os dois em outro país diferente daquele que nasceram.

O sequestro se configura quando, ao ocorrer a separação, um dos pais em poder da criança volta para o país de origem, tirando-a da convivência do outro que permaneceu e de toda a rotina a qual ela já estava acostumada. Assim se configura outro ato de Alienação Parental, posto que não existe um sequestro em si, mas, traduzindo literalmente do inglês, uma *abdução infantil*, pois aquele que “sequestra” tem interesse de ter o filho somente para si – fim típico da Alienação Parental -, buscando com essa fuga diminuir quase completamente as chances de contato.

Essa situação de sequestro também é utilizada para caracterizar o contexto onde não há uma fuga com a criança, mas uma saída onde o genitor justifica como um período de férias que irá passar com ela, saindo então do país de forma lícita. Findo o tempo permitido para a criança estar fora de seu país de origem, o ente que está com ela não a envia de volta ao domicílio, retendo-a consigo.

1.2 Sequestro Internacional de Crianças - a partir do exposto pela Convenção de Haia – e a aplicação do princípio do melhor interesse infantil

Tal assunto é visto de maneira incomum no Brasil e trata-se de um tema de relevante importância na seara do Direito Internacional e do Direito de Família. Em situações de normalidade, as escolhas referentes ao trato e criação de quaisquer crianças são atributos inerentes aos pais que, em paridade, tem o exercício do poder familiar em relação aos filhos. Quando ocorrem divergências quanto a tais rumos, o Poder Judiciário pode (ou deve, a depender da gravidade) ser acionado, evitando o exercício da autotutela ou então da arbitrariedade das próprias razões, posto que são vedados pelo Estado de Direito.

No entanto, os atores da comunidade internacional começaram a conviver com conflitos causados por pais que, intencionando exercer com exclusividade o direito de guarda e tentando suprimir a influência do outro genitor sobre a prole comum, transferiam seus filhos para outros países, distorcendo os fatos e então logrando decisões judiciais as quais conferiam aparência legal às situações ilícitas criadas, sepultando permanentemente os direitos do genitor ludibriado.¹⁶

O sequestro internacional é a exemplificação de casos de alienação parental que ultrapassam a separação psicológica gerada pelo genitor e chegam ao distanciamento extremo através dessa situação. Um caso bem conhecido é o do menino Sean Goldman, que ocorreu em 2009:

Em 2009, ganhou ampla repercussão o caso de sequestro internacional envolvendo o menor Sean Goldman, filho de mãe brasileira e pai norte americano. A mãe trouxe o menor em uma viagem a passeio ao Brasil e decidiu não mais retornar aos Estados Unidos. Assim, o pai ajuizou ação de busca e apreensão do menino movida contra a genitora de Sean, porém o caso foi julgado com base nas exceções previstas na Convenção de Haia e o menino pode permanecer no Brasil em companhia da mãe. No entanto, mais tarde, a genitora veio a falecer em decorrência de complicações no parto de sua segunda filha, Chiara. A partir deste fato desenrolou-se uma verdadeira batalha judicial pela guarda do menor envolvendo o padrasto, familiares maternos e o pai biológico do menino. Por fim, o menino foi sentenciado a retornar aos Estados Unidos, mesmo depois de decorridos quase seis anos de sua residência no Brasil, já estando habituado a escola e amigos, tendo estabelecido sua rotina junto aos familiares maternos¹⁷.

Até meados da década de 80, a maioria dos casos de subtração de menores era cometida pelos pais, em razão do descontentamento deles em relação à atribuição da guarda à mãe. Seja por represália ou autodefesa, agiam dessa maneira por acreditar que assim teriam a garantia de continuar com a convivência tranquila que possuíam com o filho antes da separação. Entretanto, assim como na maioria dos casos de alienação parental atualmente, a mãe passou a ser maioria como sujeito ativo dessa conduta, partindo dela as situações de fuga com a criança.

Mas os motivos podem vir a ser mais complexos do que em relação ao homem: além de ter como motivação uma possível represália ao pai ou a intenção de defender a

¹⁶ _____. **Sequestro Internacional de Crianças**. Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113473>. Acesso em: 08 jun., p. 1, 2010b.

¹⁷ STEIN, Ananda. **Aplicação da Convenção de Haia Sobre o Sequestro Internacional de Menores: A Política de Restituição em Conflito com o Princípio do Melhor Interesse da Criança - Uma Análise do Caso Sean Goldman**. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/ananda-stein/artigos/aplicacao-da-convencao-de-haia-sobre-o-sequestro-internacional-de-menores-a-politica-de-restituicao-em-conflito-com-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-uma-analise-do-caso-sean-goldman-3839>>. Acesso em: 15 jun., p. 1, 2017b.

sua permanência constante na vida do filho, situações de maior gravidade podem estar envolvidas, como casos de violência doméstica e abusos¹⁸. Apesar de ser uma situação que caracteriza alienação parental – onde casos de abusos e violência podem ser inventados -, o sequestro envolve uma maior pluralidade de pensamentos e culturas entre as pessoas envolvidas na relação, considerando a diferença de natalidade delas (países diversos).

Tamanha é a complexidade da situação que o simples fato do sequestro ser denominado como tal traz discussões. Já é sabido que o próprio ato de alienação parental, apesar de nocivo, em geral não possui intenções “maléficas”, pelo contrário, sua raiz encontra-se na fragilidade do ente alienante, que possui verdadeiro medo de ficar sozinho. Assim, o pai ou a mãe que sequestra não tem intenção de lucro sobre a ação (uma vez que é esse o significado do sequestro), mas um receio – que pode ou não ter motivação real – ao imaginar a distância que poderá vir a ter do filho com o divórcio e sua permanência em outro país, e as prováveis consequências disso.

Então quando a mulher comete o ato de sequestro com o filho, sua principal motivação é o medo. A sociedade vem passando por mudanças constantes em diversas áreas e é possível perceber isso a partir das modificações que o Direito de Família sofreu, como foi apresentado no tópico acima. O papel da mulher como parte da família é, cada vez mais, de protagonismo – não há como negar isso -. Entretanto, o machismo ainda opera com majoritária influência nos relacionamentos.

Na maioria das relações existentes entre homens e mulheres de países diferentes, quando ocorre o casamento, é a mulher quem se muda e passa a morar com o marido em seu país natal. Com isso, distancia-se de familiares e amigos, passando a ter somente a nova família que formou. Quando ocorre o divórcio, ela se vê sozinha, sem a rede de apoio que poderia ter e, muitas vezes, em uma situação de humilhação e violência doméstica.

Com medo de deixar o Estado que estão vivendo e retornar para o território de origem, pois não podem trazer consigo seus filhos, ou se possuem autorização para tal, é com prazo determinado para retorno¹⁹, essas mães acabam por optar pelo sequestro, pois

¹⁸ STF. **Comentários sobre a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf> Acesso em: out. 2019.

¹⁹ STEIN, Ananda. **Aplicação da Convenção de Haia Sobre o Sequestro Internacional de Menores: A Política de Restituição em Conflito com o Princípio do Melhor Interesse da Criança - Uma Análise do Caso Sean Goldman**. 2017. <https://juridicocerto.com/p/ananda-stein/artigos/aplicacao-da-convencao->

levam consigo os filhos alegando ser por período determinado e não mais o enviam de volta ao país natal, ou simplesmente fogem com eles.

Em geral, antes da Convenção de Haia havia bastante dificuldade em recuperar um filho que havia sido levado para outro país. Para isso, era necessário um longo processo o qual tinha inúmeras dificuldades envolvidas, iniciando pelo fato que, ao começar a ação, partia-se do princípio de que o genitor tinha conhecimento do paradeiro da criança. Assim, a contenda devia ser ajuizada perante a Justiça local, dando início a um processo de averiguação do estado em que a criança se encontrava, processo esse que em maioria demorava muitos anos, resultando ao final em uma decisão negativa ao seu retorno, por mais irregulares que tivessem sido as circunstâncias do seu deslocamento²⁰

Buscando a efetividade da justiça aliada ao princípio do melhor interesse da criança, em 1980 na cidade de Haia (Holanda) foi firmada a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, cuja natureza é de norma-quadro de cooperação jurídica internacional, por estabelecer obrigações recíprocas entre os Estados-Partes. Anos depois, em 2000, entrou em vigor o Decreto nº 3.413 feito pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, o qual ratificou a inserção do país no contexto de cooperação jurídica internacional²¹.

A Convenção de Haia sobre a subtração internacional infantil representou um divisor de águas dentro do Direito Internacional. Isso ocorreu por causa de sua amplitude, eficácia e, sobretudo, pelo número significativo de Estados signatários, que até alguns anos atrás - ano de 2015 - era de 92. Ela foi assinada após quatro anos de debates com o objetivo principal de proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais que a mudança de domicílio ou a retenção ilícita causam, estabelecendo procedimentos que assegurem o retorno imediato do menor ao país de origem.

Seu principal objetivo é a manutenção do melhor interesse da criança e do adolescente, ente envolvido na situação que possui os maiores riscos de prejuízo. Isso porque, quando ocorre o sequestro, há quebra de vínculos familiares, de amizades e rotina em geral: o menor é retirado do contexto de vida em que foi criado, a cultura do país a

[de-haia-sobre-o-sequestro-internacional-de-menores-a-politica-de-restituicao-em-conflito-com-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-uma-analise-do-caso-sean-goldman-3839](#) Acesso em: out. 2019

²⁰ SOUZA DEL'OLMO, Florisbal de. **Subtração Internacional de Crianças à luz do caso Sean Goldman**. Anuário mexicano de Direito Internacional, México, Vol. 15, 2015.

²¹BRASIL. Decreto Nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília – DF, 17 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 08jun., 2018.

qual se acostumou; e a partir dessa situação precisa se readaptar com pessoas e maneiras que não conhece, o que mexe profundamente com seu psicológico ainda em formação.

A Convenção parte desse pressuposto e, por isso, o Poder Judiciário do local considerado como residência habitual será o Juiz Natural competente para as decisões relativas ao fundo de direito de guarda da criança ou adolescente. Logo, mesmo que o genitor alienado não mais resida no país considerado como residência habitual do filho, ele será restituído para lá²². Não há com essa ação a intenção de tirar as crianças permanentemente daquele que sequestra, muito menos puni-lo, uma vez que cogitar uma punição faria aquele que se retira com a criança buscar um local de difícil localização para permanecer com ela, afastando-a ainda mais da possibilidade de convivência saudável e harmoniosa²³.

O princípio do melhor interesse da criança é o ponto de partida que estrutura toda a Convenção, prevendo ela em seu preâmbulo 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 (...)”²⁴.

Não existe definição expressa no diploma convencional sobre o que caracteriza o melhor interesse da criança. Isso é decidido a partir dos casos concretos em Juízo, onde o intérprete observará o interesse infantil com base na égide de seu bem-estar, estando isso acima, inclusive, do interesse dos pais. Essa é uma busca constante presente na Convenção, a qual acredita que a melhor maneira de manter o bem-estar da criança é garantir uma saúde psíquica completa, e que a consecução desse quadro somente é possível a partir da manutenção dos laços de afeto da criança com os dois pais.

Nádia de Araújo indica que a proteção da criança considerada de forma isolada é um tema recente, pois até pouco tempo seus destinatários apenas se sujeitavam ao poder familiar. Nesse sentido, as normas específicas da Convenção sobre os Direitos da Criança

²² SOUZA DEL'OLMO, Florisbal de. **Subtração Internacional de Crianças à luz do caso Sean Goldman**. Anuário mexicano de Direito Internacional, México, Vol. 15, 2015.

²³ STEIN, Ananda. **Aplicação da Convenção de Haia Sobre o Sequestro Internacional de Menores: A Política de Restituição em Conflito com o Princípio do Melhor Interesse da Criança - Uma Análise do Caso Sean Goldman**. 2017. <https://juridocerto.com/p/ananda-stein/artigos/aplicacao-da-convencao-de-haia-sobre-o-sequestro-internacional-de-menores-a-politica-de-restituicao-em-conflito-com-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-uma-analise-do-caso-sean-goldman-3839> Acesso em: out. 2019

²⁴ STF. **Comentários sobre a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf> Acesso em: out. 2019.

chegam para servir de baliza e estabelecer princípios de proteção²⁵. Pode-se concluir com isso que a Convenção de Haia sobre o Sequestro Infantil inaugurou – internacionalmente – uma nova conformação, onde a criança é considerada como ser separado da figura do pai, mãe ou daquele que detém sua guarda.

Discutir o sequestro internacional de crianças trouxe a figura da criança e do adolescente para uma posição antes não ocupada. Se antes os pais eram considerados como aqueles que tinham a capacidade integral de saber o que era melhor para eles, com a Convenção de Haia, não mais. A partir dela, a criança não é vista mais como alguém incapaz de verbalizar sua vontade, tendo a Autoridade que interpreta o caso a obrigação de considerar sua fala, considerando a idade e maturidade que ela possuir.

De forma expressa o art. 13 da Convenção diz que

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.²⁶

Importante apontar que apesar do privilégio ao interesse do menor ser algo louvável – por colocar a criança em um patamar de protagonismo antes não existente -, nos casos concretos não é fácil definir qual seria o “melhor interesse”. Observe que mesmo considerada em uma posição central, a criança ainda é um ser de fragilidade e inconstância maior que o adulto, por ainda estar com seu psicológico em formação. Assim, decidir que a volta ao país de origem, ou permanência dela onde está, é o melhor, só é possível com base em todos os aspectos psicossociais experimentados pelo menor.

Para Elisa-Pérez Vera, “o conceito legal do princípio do melhor interesse do menor é tão vago que se aproxima mais de um dilema sociológico do que de uma normativa jurídica”²⁷. Como já dito anteriormente, a Convenção não delimita um significado ao que seria o melhor interesse da criança. No entanto, não há impedimentos para sua consideração dentro dos casos que ocorrem, uma vez que seu texto sugere que o melhor interesse “constitui-se no seu direito [da criança] de não ser transferida do seu

²⁵ ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira** / Nadia de Araujo. – 1. ed. – Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

²⁶ CONVENÇÃO sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças. 1 dezembro de 1983. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-470b-ac47-4635cb1e7cbd.pdf>. Acesso em: 23 out. 2019.

²⁷ Cf. VERA, Elisa Pérez. **Rapport explicatif**. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/exp128.pdf>>. Acesso em: 15 out de 2019.

país de residência habitual ou retida no estrangeiro sem a autorização de seus pais”²⁸. Então, toda situação que se apresenta em Juízo tem como intenção primeira que a criança ou adolescente retorne ao país onde habitava.

O centro de toda a Convenção é garantir o retorno imediato do menor, para com isso restabelecer o *status quo* modificado pela subtração. Assim como se busca essa garantia com base no pensamento de que haverá a manutenção do princípio do melhor interesse, as exceções existentes seguem essa mesma fórmula, pois o retorno do menor é barrado quando há possível chance de danos com isso²⁹. O foco está sempre na criança, ente possuidor de personalidade que merece a atenção devida para que, além de ter garantido seu interesse, tenha também garantia de se desenvolver da melhor maneira dentro da sociedade, com todo o aparato social, afetivo e psicológico possível.

²⁸ GASPAR ALVARES, Renata; AMARAL, Guilherme. **Sequestro Internacional de Menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?** Meritum, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 351-387, jan./jun. 2013.

²⁹ *Idem*.

2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

2.1 Controle de convencionalidade dentro da ordem jurídica brasileira

Além da constitucionalização do Direito de Família da forma como já é conhecida, no sentido estrito da conformidade das leis com o que expressa a Constituição, vem ocorrendo atualmente uma ampliação dessa constitucionalidade, a partir do reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, para além da própria Constituição Federal. Esse contexto se formou com o aumento da cooperação entre os Estados, que se tornou mais rápida, fácil e constante, o que influenciou na presença cada vez maior das fontes de Direito Internacional no ordenamento jurídico interno dos países.

A ingerência da sociedade internacional é cada vez mais reconhecida, sendo tal reconhecimento pautado nas mudanças que a modernidade trouxe. As barreiras antes existentes, que tornavam os Estados mais isolados e com relações mais limitadas vão se desfazendo, assim como as fronteiras próximas também se modificam com o crescimento das tecnologias, as quais trazem consigo, a título de exemplo, a possibilidade de comunicações em tempo real e diminuição no tempo de viagens, facilitando a movimentação de pessoas por todo o globo. Assim, a partir de uma visão humanista, regras jurídicas são incorporadas com o intuito de efetivar no plano interno dos países a proteção internacional que é conferida aos direitos humanos internacionais.

Considerando o contexto do Direito de Família em relação à sociedade internacional, ocorre uma fragmentação das relações familiares, com pessoas de vários países constituindo famílias, sendo elas influenciadas por normativas de ordenamentos jurídicos de países diversos. A partir disso, novas problemáticas atinentes à tutela dos direitos relacionados à proteção e resguardo de crianças e adolescentes aparecem, especialmente pelo número crescente de crianças subtraídas por um de seus genitores sem o consentimento do outro, sendo essas transportadas para outros países. É uma demonstração dos efeitos internacionais da alienação parental, problemática que possui como consequência o sequestro internacional infantil.

Nessa senda, o controle de convencionalidade é cada vez mais utilizado para a harmonização e equilíbrio das normas existentes nos países, tendo um papel de destaque na busca da manutenção do princípio do melhor interesse infantil, direito fundamental que perpassa a Constituição Federal brasileira e é garantia presente em tratados e convenções internacionais. Tal controle consiste na aptidão da norma doméstica em ser, além de compatível com a Constituição Federal, compatível com a ordem jurídica internacional, não violando os preceitos encontrados nela.

Sobre o surgimento desse controle, ele se deu na década de 70 do século XX, na França. Em 1975, na Decisão 74-54 DC, o Conselho Constitucional francês entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade das leis, nesse caso a preventiva, ou seja, a compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França, em específico a Convenção Europeia de Direitos Humanos. O Controle de Convencionalidade é fruto de criação jurisprudencial, principalmente por parte dos tribunais responsáveis pela proteção dos direitos humanos³⁰.

Identificar a convencionalidade de uma lei relaciona-se diretamente com a sua compatibilidade – nesse caso, a falta dela – legislativa com os tratados de Direitos Humanos. O controle pode ser considerado como uma técnica legislativa de compatibilização, no qual o Congresso (partindo da ótica brasileira) com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo país realiza um controle; ou um meio de controle judicial de convencionalidade, com uma lei sendo declarada inválida se contrária ao disposto pelo tratado internacional de direitos humanos³¹.

No que tange à competência para sua efetivação, o controle de convencionalidade pode se dar tanto pelas cortes internacionais (controle internacional) como por juízes e tribunais nacionais (controle nacional). No controle internacional, o parâmetro é a norma internacional e o objeto de controle pode ser qualquer norma interna, independentemente de sua hierarquia; já quando se fala em controle nacional, o objeto de controle é restrito, uma vez que a hierarquia da norma será considerada, como no caso de serem elas oriundas do poder constituinte originário.

Quanto ao parâmetro, no controle internacional, o tratado de direitos humanos sempre será a referência de maior hierarquia, sendo todo o ordenamento jurídico nacional submetida a ela, inclusive as normas oriundas do poder constituinte originário; enquanto

³⁰ RUSSOWSKY SARAIVA, Iris. **O Controle de Convencionalidade das Leis: uma análise na esfera internacional e interna**. Ano 1 (2012), n° 3, págs. 1745-1826.

³¹ *Idem*.

que no controle nacional, a hierarquia do tratado utilizado como parâmetro dependerá do regramento do direito nacional quanto à recepção dos tratados (no Brasil, os tratados podem possuir status de norma supralegal e constitucional, caso obedeçam ao processo descrito no §3º do art. 5º da CFRB/88).

No âmbito interamericano, o controle de convencionalidade é fundado essencialmente nas disposições presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e passou a ser utilizado no Sistema Interamericano a partir de alguns julgados da CADH. No caso do Brasil, a aplicação do controle de convencionalidade ainda é considerada recente, não sendo muito vista nas decisões judiciais e de estudo vigente para a doutrina em geral. Entretanto, apesar dos ares de novidade, o número de citações ao instrumento tem se multiplicado³².

Importante ressaltar que apesar do aumento do uso do controle de convencionalidade no âmbito nacional, seu uso acaba por restringir-se ao controle difuso, aquele realizado no momento que o Supremo Tribunal Federal analisa e julga recursos extraordinários. Isso ocorre porque como exposto anteriormente, o controle de convencionalidade concentrado surgiu com a adição do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, após a promulgação da EC/45, e até o presente momento poucas convenções foram atreladas ao ordenamento jurídico brasileiro como Emendas Constitucionais a partir desse mecanismo. Além disso, nenhuma delas é passível de utilização como paradigma, uma vez que não abordam o assunto de Direitos Humanos, o que limita a utilização do controle concentrado por parte do STF.

Ingo Sarlet, tratando sobre esse tema e a discussão existente, traz à tona a realidade onde o *status* de constitucionalidade faz dos tratados parâmetro tanto de controle de constitucionalidade como de convencionalidade, o que diminui as possibilidades de ocorrer discordâncias como, por exemplo, situações onde a normativa interna possui compatibilidade com a Constituição Federal, mas é incompatível com o Tratado não elencado ao nível de Emenda Constitucional.

Entretanto, dentro do ordenamento jurídico brasileiro os tratados de direitos humanos possuem um regime dúplice, uma vez que o STF se posiciona como responsável pelo controle de constitucionalidade do tratado, o que coloca o controle de

³² Wagner Wilson Deiró Gundim, Gianfranco Faggin Mastro Andréa. **A CONVENÇÃO DA HAIJA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS COMO PARADIGMA DE CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL**. Revista da AGU, Brasília – DF, v. 18, n. 01, p. 337-368, jan./mar. 2019.

convencionalidade em uma condição subalterna ao controle de constitucionalidade. Para Sarlet, isso não deveria ser escusa para juízes e tribunais ordinários abrirem mão do controle de convencionalidade, já que mesmo a hierarquia supralegal já se revela suficiente para que se realize o controle.

Em relação a esse paradigma presente no país, onde os Tratados Internacionais sobre direitos humanos não possuem *status* de emenda constitucional, gerou-se uma divergência entre o doutrinador Valerio Mazzuoli e o entendimento do STF sobre a classificação desses Tratados. Isso porque, para ele, os tratados sobre direitos humanos ocupam automaticamente *status* constitucional em virtude do exposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da CRFB os quais citam, respectivamente, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Com isso, há uma constitucionalidade material nos tratados internacionais sobre direitos humanos, podendo eles serem considerados como base para o controle de constitucionalidade e convencionalidade, independentemente de qualquer procedimento. Para Mazzuoli, o procedimento contido no §3º do art. 5º da Constituição seria somente uma formalização da constitucionalidade já ostentada por esses tratados.

Além disso, o autor Nestor Pedro Sagués aponta três fundamentos do controle de convencionalidade os quais demonstram que sua aplicabilidade prática não está relacionada a consideração de um tratado de direitos humanos como constitucional. O primeiro dos fundamentos é o da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais por parte dos Estados, o segundo decorre do princípio do efeito útil dos convênios cuja eficácia não pode ser afastada por normas práticas dos Estados e, por último, o fundamento que se relaciona com o princípio internacionalista que impede a alegação de direito interno para eximir-se dos deveres sobre direitos dos tratados³³.

Acentua-se a necessidade de estudar a relação entre a ordem jurídica interna e a internacional, observando a ingerência dessa naquela e as possibilidades de conflitos existentes. Há duas teorias as quais surgiram a partir desses acontecimentos: a monista e a dualista; entre elas alguns autores consideram uma teoria intermediária. É a partir desse

³³ TAUCHERT, Maicon Rodrigo; RODRIGUES DA SILVA, Tatielly; CÂNDIDO HOLZ, Wantuil Luiz. **Controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical e material**. 2017. <https://jus.com.br/artigos/60631/controle-de-convencionalidade-brasileiro-e-a-teoria-da-dupla-compatibilidade-vertical-e-material>. Acesso em: 17/09/2019.

estudo que se busca compreender todo o trâmite citado acima que ocorre no Brasil em face dos tratados de direitos humanos, principalmente após a incorporação da EC nº 45/04 do §3º ao art. 5º da Constituição Brasileira.

Valério Mazzuoli foi um autor que estudou com pioneirismo o controle de convencionalidade no Brasil. Ele classificou as teorias existentes e é um dos autores que compreende a existência de uma intermediária, denominando-a Teoria Conciliatória³⁴. Começando pela teoria monista, ela tem como nome principal o de Kelsen e sustenta que existe apenas uma ordem jurídica, não podendo coexistir duas ordens jurídicas distintas. Logo, normas internas e internacionais podem entrar em conflito.

Na vertente mais radical dessa teoria, o Direito Internacional seria superior em face do direito interno e, por outro lado, de forma moderada, considera-se a aplicação tanto do direito interno quanto o internacional, utilizando a máxima que a lei posterior prevalece sobre a anterior. A teoria moderada é a utilizada pelo STF – segundo Carlos Mario da Silva Velloso - e há comentários semelhantes do ministro Luís Roberto Barroso e da autora Flavia Piovesan sobre como a teoria monista – principalmente a moderada – não enxerga as leis independentes entre si, mas interdependentes e integrantes de um mesmo ordenamento jurídico.

A teoria moderada divide-se em dois grupos: o que estuda a teoria com primazia do direito interno sob o internacional e o que estuda a primazia do direito internacional. Nela, o direito internacional sobrepõe-se ao direito interno, ou seja, os tratados internacionais são superiores às constituições e leis locais, independentemente se anteriores ou posteriores a elas.³⁵ Já a teoria dualista considera as leis nacionais e internacionais como independentes entre si, e assim, sem conflitos. Para que uma lei externa passe a exercer influência sobre um ordenamento jurídico nacional, precisa passar por um processo de recepção.

Segundo Flavia Piovesan, “os dois sistemas, sob esta ótica, regulam diferentes matérias. O Direito Internacional disciplinaria as relações entre Estados soberanos, enquanto o Direito Interno disciplinaria os assuntos internos dos Estados”³⁶. Para a teoria dualista, o primado normativo está nas leis internas do Estado, não no direito internacional. Entretanto, conforme diz Valério Mazzuoli, isso não significa que um

³⁴ RUSSOWSKY SARAIVA, Iris. **O Controle de Convencionalidade das Leis: uma análise na esfera internacional e interna**. Ano 1 (2012), nº 3, págs. 1745-1826.

³⁵ RUSSOWSKY SARAIVA, Iris. **O Controle de Convencionalidade das Leis: uma análise na esfera internacional e interna**. Ano 1 (2012), nº 3, págs. 1745-1826.

³⁶ Idem.

possui supremacia sobre o outro, pois que cada qual regula relações jurídicas diversas. Desta forma, as normas de Direito Internacional só possuem eficácia no âmbito internacional. Nesse contexto, alguns autores comentam que o Brasil aceitaria a teoria dualista moderada.

Um desses autores é Valério Mazzuoli, que afirma ser essa a teoria que o STF assume – ao contrário do que foi abordado acima, dito por Carlos Mario -, uma vez que o Supremo defende a necessidade de promulgação de decreto presidencial para que o tratado passe a valer em território nacional³⁷; e é isso que o dualismo moderado aborda, falando que para um tratado internacional entrar em vigor no país, é necessário um ato formal de internalização, não necessitando de fórmula legislativa específica.

Por último, combinando premissas da teoria monista e dualista, vem a teoria mista ou conciliatória. Para a autora Flávia Piovesan o Brasil adota essa teoria, por conta do que fala o §1º do artigo 5º da CRFB/88. Nele, os tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos são incorporados automaticamente ao ordenamento jurídico, enquanto aos demais tratados se exige um ato normativo que os tornem obrigatórios na ordem interna. O Brasil não faz menção expressa à nenhuma das correntes existentes, mas para a doutrina majoritária o país adota o sistema dualista, ou seja, coexistência de duas ordens diversas; a nacional e a internacional³⁸.

Apresentar essas teorias deixa explícita a confusão que há dentro do país em face do estudo do controle de convencionalidade. Isso ocorre porque, para melhor entender e aplicar o controle, é necessário voltar e compreender a relação existente entre o direito interno e o internacional quando se fala em tratados internacionais de Direitos Humanos e, antes mesmo disso, a forma como o Direito Internacional é estudado aqui. E os estudos mais completos sobre essa área do Direito ainda estão no início, gerando discussões que, em relação a outros países do mundo, são bem iniciais (não saber qual teoria o país acolhe é um exemplo disso).

Finalmente, é perceptível a quantidade de caminhos existentes para a discussão do controle de convencionalidade no Brasil. Apesar da presença de norma constitucional primando por formalidade nos tratados para sua aplicação integral no país, a própria constituição dá espaço para que os tratados de direitos humanos sejam inseridos de forma

³⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis** / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. 2ª Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³⁸ RUSSOWSKY SARAIVA, Iris. **O Controle de Convencionalidade das Leis: uma análise na esfera internacional e interna**. Ano 1 (2012), nº 3, págs. 1745-1826.

automática (constitucionalidade material). O controle de convencionalidade não é pautado pela necessidade de formalização constitucional dos tratados, mas sim, pela intenção de que os Estados assumam – e cumpram - compromissos entre si para garantir o respeito aos Direitos Humanos a partir da aplicação de normas que falem sobre.

2.2 Controle de Convencionalidade, aplicabilidade automática dos tratados que versem sobre direitos humanos e a Convenção de Haia sobre sequestro internacional de crianças no Brasil

A partir do entendimento sobre o que é o controle de convencionalidade, cabe estudar como se dá sua ação a partir da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980, sua utilização como paradigma em relação ao controle difuso de convencionalidade e a problemática geral face à jurisdição brasileira. Primeiramente, é possível observar que a aplicação somente pode ocorrer a partir do controle difuso porque, mesmo que esse assunto esteja sob discussão, o STF ainda se posiciona favorável a necessidade para a aplicabilidade do controle concentrado de convencionalidade de que o Tratado observe o procedimento explícito no §3º do art. 5º da Constituição Federal. Então, a forma difusa de controle é possibilitada com base na adoção da teoria de Mazzuoli de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem constitucionalidade material, sendo essa teoria um eco do posicionamento majoritário da doutrina e prática internacional.

Uma das questões analisadas a partir desse controle na busca de reforçar a necessidade de cumprimento dos tratados internacionais os quais o Brasil declara compromisso é a questão da mora quanto aos procedimentos judiciais para solucionar os conflitos relativos ao sequestro internacional infantil. A partir do que a Convenção de Haia expõe, o sequestro é uma situação de urgência, devendo buscar resolução em um prazo de 6 semanas, visto que o principal ente envolvido é a criança, vulnerável e hipossuficiente. Nesse caso o princípio mais visado é sempre o do melhor interesse da criança, tanto que, se a demora na resolução culminar na adaptação da criança sequestrada pode se desconsiderar a sua volta.

E, nesse caso de mora, o Brasil já sofreu reclamação formal frente à Corte Interamericana de Direitos Humanos – órgão internacional responsável pelo recebimento de reclamações quanto ao descumprimento da Convenção de Haia -, por não respeitar o prazo de no máximo 6 semanas para resolução dos casos. Isso ocorre porque nas leis

nacionais inexistia um procedimento uniforme e especial para os processos onde se requer a devolução das crianças retiradas dos outros países signatários do tratado. Assim, o controle difuso de convencionalidade tem grande importância para garantir que o prazo seja respeitado, pois na Convenção de Haia há o estabelecimento de que questões formais sejam relevadas caso elas motivem atrasos no processo e distanciamento das finalidades expostas na Convenção, sendo então caracterizadas como “inconvencionais” e desconsideradas dentro do processo.

Antes da Convenção, no entanto, a matéria era regulada através da cooperação jurídica internacional, a partir da tramitação de pedidos por cartas rogatórias ou pela homologação de sentenças estrangeiras que determinassem a guarda. Era um processo - ainda mais - lento e custoso. Quando o Brasil se tornou signatário da Convenção de Haia, foi dado início ao que aqui chamamos de auxílio direto, metodologia onde o genitor afetado pela subtração do filho recorre diretamente à uma autoridade central a qual cabe o papel de entrar em contato com a do outro país, que requer rapidamente uma medida de retorno sem a necessidade de uma prévia decisão no país requerente. Tudo em busca de agilizar o processo e evitar maiores decisões repetidas sobre o mesmo tema.

A Convenção de Haia data do ano de 1980, sendo que, no Brasil, ela somente entrou em vigor quase 20 anos mais tarde. Com essa demora na aprovação, tanto no plano internacional quanto no plano nacional (que demorou 8 anos para aprovar), o conhecimento da Convenção e suas determinações restou prejudicado inclusive para os profissionais de Direito. Tal situação de desconhecimento, considerando a globalização e intensificação das relações familiares para um âmbito internacional, com brasileiros constituindo famílias no exterior e estrangeiros vindo até o Brasil, fez com que não houvesse completa percepção das consequências e responsabilidades em constituir prole em país estrangeiro, bem como em relação à mudança ou retorno ao país de origem. Isso acabou por gerar incidentes que foram além do ambiente familiar, comprometendo a diplomacia entre os Estados.

Um exemplo bem conhecido de episódio diplomático é o caso do menor americano Sean Goldman, em que seu pai lutou na justiça brasileira pelo retorno do filho. A situação caminhava a passos lentos no país e tal contexto se dava por causa dos entraves processuais presentes no país, causados por três fatores principais; os conflitos de jurisdição entre a Justiça Comum, dos estados e a Justiça Federal, o desconhecimento já citado acima por parte dos juízes e operadores do Direito em relação à Convenção de Haia e a ausência de legislação interna e especial que atendesse à celeridade prevista. E, apesar

do exposto anteriormente sobre o controle de convencionalidade e o auxílio prestado através de sua utilização, a discussão em torno das possibilidades de uso do controle limitam e ainda atrasam os casos que são apresentados à justiça.

É considerável apresentar as mudanças promovidas no país em face das situações cada vez mais recorrentes sobre esse assunto. A Advocacia Geral da União (AGU) exerce um papel fundamental ao promover os pedidos de retorno sem quaisquer custos, em cumprimento à obrigação assumida pelo país no plano internacional. Além disso, foi criado o papel do Juiz de Enlace, representando o Poder Judiciário e procurando coordenar e orientar os esforços dos magistrados no país ao mesmo tempo em que serve de ponte com a Conferência de Haia em reuniões especializadas, também entrando em contato com juízes de outros países, estreitando relações e aprofundando conhecimentos sobre as causas que abarcam esse tema.

Na República Federativa do Brasil coexistem duas ordens jurisdicionais: a federal, a qual julga os processos em que geralmente terão envolvimento da União, suas autarquias e empresas públicas como parte e a estadual, que julga os demais casos (com exceção das causas trabalhistas), sendo o Direito de Família inserido nessa seara. Em conformidade com a Convenção de Haia, é cabível à Justiça Federal a competência para julgar os pedidos de restituição de menores. Entretanto, era comum o contexto onde as duas jurisdições eram acionadas para resolver a situação de conflito presente. Isso ocorria porque, quando um dos genitores ingressava em território nacional, logo dirigia-se ao juiz de família para garantir a permanência da criança sob sua guarda, o qual em geral não negava a solicitação.

Enquanto isso, a Autoridade Central recebia o pedido de cooperação jurídica para que pudesse cumprir o que se expõe na Convenção e então restituir espontaneamente o menor. Não logrando sucesso, acabava por encaminhar o caso para a Advocacia Geral da União (AGU), que entrava com o processo pedindo pela restituição do menor na Justiça Federal. Iniciava-se um conflito de jurisdições que anteriormente era alimentado pelo pouco conhecimento do conteúdo da Convenção por parte daqueles que operam o Direito, criando então brechas nas quais se encontrava espaço para a confusão de jurisdições, erros processuais e o impasse entre permitir que o juiz local decidisse pela guarda do genitor que estava com a criança ou então respeitar o acordado pelo Brasil na Convenção³⁹.

³⁹ SIFUENTES, Mônica. **Sequestro Interparental: A experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980**. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, julho, 2009.

Tal situação apresentada acima, a qual pairou por muito tempo na jurisdição brasileira como um dos entraves para melhor aplicação da Convenção, foi pacificada pelo STJ no julgamento de um conflito de competência n. 100.345, no qual o Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, decidiu que por estar demonstrada a conexão entre a ação de busca, apreensão e restituição com aquela que cuidava da guarda, ambas com o objeto comum, havia então a imposição da reunião dos processos para evitar decisões conflitantes e incompatíveis entre si. Então, seguindo a linha da via atrativa da Justiça Federal, decidiu que esta reunião deveria ser nesta, seguindo o exposto no artigo 109, I e III da Constituição Federal⁴⁰.

Valério Mazzuoli foi o primeiro autor brasileiro a realizar um trabalho detalhado sobre o controle de convencionalidade. Considerando o seu contexto de criação – o controle surge para interpretar e aplicar tratados de direitos humanos -, ele dedicou um capítulo inteiro de seu livro para demonstrar a hierarquia que os tratados de direitos humanos possuem no Brasil, independentemente das formalidades presentes na Constituição. Tendo em vista que a Convenção de Haia sobre sequestro internacional de crianças é considerada um tratado de direitos humanos, então o exposto por Mazzuoli em seu livro se aplica a ela e serve de embasamento para dar luz à discussão sobre sua aplicabilidade no país.

A Convenção de Haia sobre sequestro internacional de crianças é considerada como tratado de direitos humanos por causa da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, que entrou em vigor em 1990 – a qual possui conteúdo material extenso sobre proteção infantil e por isso é um verdadeiro tratado de direitos humanos -, e traz em seu corpo um artigo específico sobre a necessidade de seus “Estados Membros tomarem medidas para combater a transferência ilícita de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas para o exterior. Para esse fim, os Estados Membros promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes” (Art. 11 da Convenção sobre os Direitos das Crianças).

Em observância ao que traz o artigo, verifica-se que desde 1980 a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Criança já estava em vigor, e possui ligação lógica com esse artigo. É ela quem garante que o exposto possa ser

⁴⁰ DE ARAÚJO, Nadia. **A Convenção de Haia sobre os aspectos cíveis do sequestro de menores: algumas notas recentes**. 2017. <https://justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/a-convencao-da-haia-sobre-os-aspectos-civis-do-sequestro-de-menores-nadia-de-araujo.pdf>. Acesso em: 19 set. 19.

aplicado e efetivado, logo, não há como não considerar que assim como a Convenção sobre Direitos das Crianças da ONU, a Convenção de Haia também seja um tratado de Direitos Humanos. Com base nisso, convém apresentar as considerações que Mazzuoli faz em seu livro.⁴¹

A Constituição Brasileira de 1988, quando escrita e promulgada, foi chamada de Constituição Cidadã. Isso porque ela é considerada uma das mais completas quando se fala em direitos e garantias fundamentais, seguindo uma ótica internacional marcadamente humanizante e protetiva. O §2º da CRFB/88, já citado em tópicos anteriores aqui, é sinal claro da proteção que o sistema jurídico brasileiro quer dar aos direitos humanos, sendo para Mazzuoli uma constitucionalização material dos tratados de direitos humanos que o Brasil venha a fazer parte, tendo eles aplicação imediata e não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.

Também não faltaram outros doutrinadores para defender - indo além do autor - o status supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, levando-se em consideração toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional. Entretanto, o STF nunca pacificou esse assunto, o §2º segue sem a sua devida aplicação por parte do Poder Judiciário e, por causa da falta de pacificação sobre o assunto que a Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004 acrescentou ao art. 5º da Carta Magna o §3º do art. XXX, o qual fala sobre a necessidade de um processo de aprovação dos tratados e convenções internacionais por parte do Congresso.

Apesar de possuir o propósito pacificador, há uma incongruência na criação desse dispositivo. Ao contrário do esperado, que era a criação de uma norma a qual viesse complementar o entendimento do §2º do art. 5º, dando uma interpretação autêntica a ele, surgiu com esse parágrafo uma contrariedade. Enquanto um abraça a aceitação automática dos tratados internacionais de direitos humanos, outro vem colocar barreiras na utilização direta deles, pois que determina uma formalização aos tratados em geral (não há no §3º nada que excetue os tratados de direitos humanos dessa necessidade).

Para Mazzuoli essa incongruência é gerada por uma clara falta de compreensão e de interesse por parte do legislador brasileiro relativamente às conquistas já alcançadas pelo direito internacional dos direitos humanos nessa seara. Além disso, é perceptível que

⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. 2ª Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

não falta somente compreensão e interesse em relação ao que já foi alcançado, mas também ao constante crescimento da influência do direito internacional no direito interno dos países.

Assim diz Cançado Trindade:

(...) do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de interna *corporis*, - são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível (...).⁴²

Além da incongruência gerada, gerou-se também a dúvida sobre os tratados que foram incorporados ao Estado brasileiro antes da EC 45/04. Para melhor explicar essa situação, o §3º foi interpretado junto com o §2º do art. 5º da CRFB/88. Tecnicamente os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos já são considerados como normas constitucionais – materialmente falando – por causa da existência do §2º, logo, esses tratados não podem ser equiparados à lei ordinária caso não passem pela formalidade do §3º do art. 5º.

O problema em não passar pelo processo de formalização do §3º do art. 5º não está em depender dele para ser considerado constitucional, pois que o §2º, mais uma vez, já o entrega esse status de forma material. A questão está no fato de que, ter *status* constitucional, ser materialmente constitucional, não garante efeitos tão amplos quanto ser equivalente à uma emenda. Quando um tratado de direitos humanos é considerado formalmente constitucional, ele passa a ter três efeitos: primeiro o de reforma da Constituição, o que não ocorre nos casos onde o tratado tem o *status* constitucional.

É pertinente pontuar que essa diferença acaba por ser crucial, pois ter caráter de constitucionalidade material gera mudanças na interpretação da Carta (mutação constitucional), mas não chega a ser algo que gera obrigatoriedade de aplicação por parte dos tribunais superiores.

Depois, eles não podem ser denunciados, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional e o Presidente da República pode ser responsabilizado em caso de descumprimento do tratado, agora que ele possui hierarquia

⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis** / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. 2ª Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

de norma constitucional. E, finalmente, um tratado considerado como emenda constitucional pode ser utilizado de paradigma para o controle concentrado de convencionalidade, realizado pelo STF, que pode invalidar *erga omnes* as normas infraconstitucionais que com eles forem incompatíveis.

Importante pontuar que a própria Convenção traz alguns problemas para a interpretação por parte dos Estados que são seus signatários. Em seus artigos 13 e 20, apresentam-se hipóteses da mesma onde a autoridade responsável por decidir sobre a devolução da criança à sua residência habitual pode afastar a regra de aplicação do que está contido na Convenção. Nessa senda, conforme se vê no artigo 13, pode ocorrer a recusa em determinar o pronto regresso da criança se existirem provas de que a criança não estava bem custodiada, que a transferência ou retenção são consentidas, se houver risco grave para a criança caso ela regresse, ficando em uma situação intolerável e, finalmente, se ela já possuir idade e maturidade que levem a autoridade a considerar sua opinião em não querer voltar. Há então mais uma motivação para atrasos nas decisões de devolução das crianças; pois nessas disposições apresentadas pelo artigo há uma ampla gama interpretativa, uma vez que para cada magistrado que tem acesso aos casos pode se enxergar, por exemplo, um contexto onde a criança estaria em situação intolerável.

A sociedade internacional em geral apresenta reclamações sobre os riscos de uso indiscriminado das exceções que o artigo 13 apresenta. Elisa Perez Vera, que elaborou um relatório explicativo a respeito da Convenção, atentou para a necessidade de que ocorram interpretações restritivas em relação ao que está disposto tanto no artigo 13 quanto no artigo 20 da Convenção. A partir disso seria possível afastar mais uma situação que causa mora nos processos de sequestro internacional e que traz outras consequências para além da própria demora, como a impossibilidade de volta da criança por causa da adaptação com o novo meio em que ela está vivendo.

Pontuando sobre o artigo 20, ele apresenta mais uma hipótese onde poderá ocorrer a recusa de regresso da criança; sendo essa possibilidade relacionada com quando a volta não for condizente com os princípios fundamentais do Estado que foi requerido, relativos à proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Ao tomar conhecimento dessa opção, o intérprete pode vir a pensar que a Convenção considerou uma exceção de ordem pública vigente no Estado requerido. Se assim fosse, as probabilidades de regresso da criança ao Estado de moradia habitual seriam ainda menores, principalmente no Brasil, considerando aspectos culturais e

filosofias que aqui temos⁴³, além do próprio fator de aceitação e conhecimento tardios em face da Convenção, como já foi mostrado acima. Assim, bastaria ao intérprete fundamentar sua negativa com base nos direitos humanos presentes na Constituição, e não estaria indo de encontro à Convenção de Haia. Para amenizar essas situações, o Secretariado da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado tem promovido desde 2007 conferências buscando incentivar o real conhecimento da Convenção por parte dos magistrados e o escritório permanente criou uma base de dados na qual é possível ter acesso a decisões em âmbito mundial relacionadas ao Sequestro Internacional de Crianças⁴⁴.

E, finalmente, é perceptível que o Brasil quando se fala de Direito Internacional, ainda é um Estado “imaturo”. No contexto das relações internacionais, há uma demora em se reconhecer parte do Sistema Internacional como ele é atualmente, olhando a fundo a relação cada vez mais intrínseca que os países possuem. A globalização, a tecnologia e a facilidade de interação e relação entre pessoas de diversos países e as consequências que são geradas a partir daí influenciam diretamente na modificação da relação entre esses países, que começam a sair da posição de isolamento e constante necessidade de afirmar sua soberania, caminhando para uma cooperação necessária para resolver conflitos gerados que vão além de suas fronteiras.

⁴³ GRANDINO RODAS, João; FERRAZ DE CAMPOS MONACO, Gustavo. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a Participação do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

⁴⁴ GRANDINO RODAS, João; FERRAZ DE CAMPOS MONACO, Gustavo. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a Participação do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. // A base de dados citada encontra-se no endereço eletrônico www.incadat.com e pode ser lida nos idiomas inglês, francês e espanhol.

3. MEDIAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO PARA OS CASOS DE SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

3.1 Mediação como forma de solução para os casos de Sequestro Internacional de Crianças, conforme o Guia de Mediação feito pela Convenção de Haia de 1980

A mediação consiste em uma técnica por meio da qual um profissional (ou até mesmo mais de um) devidamente treinado e qualificado presta serviço a pessoas em conflito, na tentativa de fazer com que os litigantes possam ter – ou recuperar – uma comunicação proveitosa entre si, enfrentando o conflito pelo qual estão passando almejando evitar futuros outros conflitos. Dentro do processo brasileiro já existe um espaço dado à mediação e conciliação, inclusive com uma lei própria que guia o procedimento a ser realizado.

Quando se fala em mediação, não se pode confundi-la com a conciliação, pois no caso da conciliação, o terceiro envolvido no caso trabalha com interesse de “acalmar” aqueles que passam pelo conflito, buscando somente manter o ambiente propício para uma decisão pacificada. A mediação, conforme descrição feita pela autora Águida Arruda Barbosa, constitui

um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos⁴⁵.

Dentro do direito de família essa forma de resolução de conflitos vem ganhando espaço, graças a linguagem diferenciada da mediação. Ela é diferente da jurisdição comum, que possui uma linguagem binária considerada excludente, porque trabalha sob a ótica de dois litigantes dependentes de uma decisão pautada por diversas formalidades, sem muito espaço para considerações de cunho pessoal.

A linguagem da mediação é caracterizada como ternária. É assim chamada porque busca resgatar a ternariedade, os sentimentos que envolvem as relações humanas e que não podem ser desconsiderados por estarem dentro de um contexto jurídico. Não é

⁴⁵ SILVA E SOUZA, Carlos Eduardo. **O Direito Privado Contemporâneo e a Família Pós-Moderna**. Edição digital: julho 2015. Revolução e-book.

porque existe um conflito familiar levado à jurisdição que os pensamentos envolvidos ali deixam de existir ou serem importantes.

A linguagem ternária é uma atividade que busca afastar o julgamento e a exclusão exercendo a palavra, permitindo o falar, o se expressar, tendo com isso a intenção de compreender e incluir todos os envolvidos, não despersonalizando a ação, mas aproximando-os ainda mais de tudo que está acontecendo a partir da fala deles próprios. Com isso, há uma melhor visualização do que ocorre, as chances de solução consensual aumentam e, ao invés de cada um continuar a enxergar somente a sua posição dentro do processo, a atenção é voltada aos verdadeiros interesses envolvidos, o que precisa ser considerado com maior urgência.

A vantagem da mediação está na manutenção da perspectiva de futuro. Os conflitos são resolvidos, em sua grande maioria, sem comprometer completamente a relação pessoal existente, pois há uma dinâmica comunicacional que permite o surgimento de todos os sentimentos e pensamentos possíveis: aos falantes é permitido expressar sua incompreensão em relação ao que se apresenta, não concordar com o outro que fala, dizer seus receios e vontades. É um processo de acolhimento dentro da jurisdição, uma maneira de tornar as coisas menos distantes e “frias”.

Atualmente os doutrinadores em geral vêm considerando a mediação como um princípio, não mais como um método alternativo de resolução de conflitos. Assim, a busca pela solução dos problemas apresentados deve sempre iniciar pela tentativa de mediá-los, pois esse princípio garante que outros também sejam respeitados; principalmente o princípio da dignidade humana; pois a partir da possibilidade de se inserir na resolução do próprio conflito, há um aumento do reconhecimento pessoal como pertencente à humanidade, como alguém importante, que pode se desenvolver como ser dotado de sentimentos – sendo eles válidos em todas as searas da vida -.

Considerando que a mediação vem ganhando mais e mais espaço dentro do direito de família, isso também vai se inserir nos casos de alienação parental e sequestro internacional de crianças. A Convenção de Haia possui um guia de boas práticas no qual expõe em diversos tópicos a importância da mediação como forma de resolução de litígios, sendo ela uma opção para alcançar soluções a partir do mútuo acordo.

O guia inicia apresentando as vantagens das soluções de mútuo acordo, nessas palavras: “devem ser tomadas todas as medidas adequadas para incentivar as partes de um litígio familiar transfronteiriço relativo a crianças a encontrar uma solução de mútuo

acordo para o seu litígio”⁴⁶. Isso porque da mesma forma que ocorre no direito interno, a mediação também é mais vantajosa na visão do direito internacional, pois também tem como efeito soluções mais duradouras.

O quadro que se estabelece após decisões tomadas em comum acordo é menos conflituoso e facilita o exercício dos direitos de custódia e contato. Assim, o princípio do melhor interesse da criança – princípio esse que foi abordado a exaustão nesse trabalho – é bem mais considerado, e isso não se dá somente pela decisão que é gerada a partir do acordo, mas também no processo de tomada de decisão. As partes, quando se sentem envolvidas no procedimento, buscam uma definição mais justa para ambas, pois decidir a partir de acordos evita a percepção de que uma das partes sairá vencedora em face da outra.

A mediação possui também uma relação de custo-benefício mais vantajosa em face de um processo judicial, que pode ser dispendioso tanto para as partes quanto para o Estado. O custo da mediação varia bastante de um ordenamento jurídico para outro, alguns podem prever a concessão de apoio judiciário para processos judiciais, mas não para a mediação e isso pode ser considerado como um ponto ruim e até desfazer o pensamento de que há real vantagem. Entretanto, o custo-benefício se caracteriza pelo tempo que a decisão perdura, pois, a mediação garante probabilidades maiores de uma solução duradoura, evitando que processos judiciais venham a ocorrer entre as partes no futuro.

Uma observação a mais sobre custos em relação à mediação é que podem ocorrer possíveis gastos para que o acordo de mediação seja reconhecido e declarado passível de execução nos dois Estados envolvidos, o que pode acabar por exigir a intervenção de autoridades judiciais. Mesmo assim, a vantagem de uma decisão mais duradoura permanece como ponto principal a considerar a mediação como opção mesmo com os possíveis gastos.

Apresentadas as vantagens e como a mediação vem crescendo não só como opção para os conflitos familiares existentes, mas como um princípio, é importante grifar a necessidade de cuidado e limite ao visualizar a mediação como opção para o conflito que se forma. Nem sempre os litígios familiares existentes poderão ser resolvidos de maneira amigável, porque há a possibilidade de existência de algum crime, como violência doméstica ou abusos sexuais. Assim, mediar um conflito desses não resultaria

⁴⁶ Guia de Boas Práticas nos termos Convenção de Haia de 1980. **Publicado por: A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado Secretariado Permanente.** Ano: 2012. Acesso em: out. 2019

em uma opção saudável, pois que a vida da criança pode ser colocada em risco ao permanecer em contato com o genitor que causou a violência.

Além disso, pode ocorrer a situação onde o acordo realizado não possui eficácia jurídica, e logo, não salvaguarda os direitos das partes – principalmente a criança, que precisa ser ponto central de todo o processo, seja ele de mediação ou judicial -, sendo isso causado por diversos fatores: o acordo feito pode ter pontos conflitantes com a lei aplicável, não ser vinculativo nem executório devido ao fato de não ter sido registrado, aprovado pelo tribunal ou incluído numa decisão judicial sempre que tal seja exigível. Neste contexto é importante afirmar o fato de que vários ordenamentos jurídicos restringem a autonomia das partes relativamente a determinados aspectos do direito de família⁴⁷. Além disso, sobre casos onde há o envolvimento de pensão alimentícia, certos ordenamentos jurídicos não permitem que o progenitor devedor dela limite por acordo o montante que irá pagar.

Um ponto importante a se destacar sobre os cuidados e limites devidos para a mediação é que, mesmo que ela possa ser garantia de proteção ao melhor interesse da criança, ela pode também atrapalhar. Isso porque a legislação da maioria dos países prevê que o tribunal deve ter em consideração os melhores interesses da criança e assim, em muitos ordenamentos jurídicos, a criança pode vir a ser ouvida de forma direta ou indireta, dependendo da sua idade e maturidade para tal.

A mediação se comporta de maneira diferente em relação à introdução da criança no processo. Dentro do tribunal, a criança será ouvida por especialistas, como psicólogos, buscando manter a integridade psicológica da criança e assim, sua opinião pode ser considerada diretamente pelo juiz. No caso da mediação, o mediador possui poderes limitados e não pode convocar a criança tal como o juiz, nem pode encaminhá-la para um especialista. E dentro da mediação, assim como no tribunal, a criança é o principal ente a ser protegido, e medidas precisam ser tomadas para isso.

Bom considerar a importância geral da ligação desse mecanismo com os processos judiciais. Os dois devem caminhar juntos para resolver da melhor forma possível o litígio que se formou, pois, a união desses dois caminhos pode ser – e é – frutífera em muitos aspectos, pois ajuda a superar deficiências apresentadas pelos dois. No caso onde a mediação consegue resolver o problema apresentado “facilmente”, por exemplo, o processo judicial é frequentemente necessário para atribuir eficácia e

⁴⁷ Guia de Boas Práticas nos termos Convenção de Haia de 1980. **Publicado por: A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado Secretariado Permanente.** Ano: 2012. Acesso em: out. 2019

executoriedade à solução alcançada. Os meios judiciais não podem ser excluídos e desconsiderados, pois que não deixam de ser recurso principal dos Estados, logo, a garantia de acesso a eles deve ser mantida.

A Convenção de Haia sobre o Sequestro Internacional Infantil traz em seu corpo artigos específicos incentivando a procura de soluções amigáveis. Os arts. 7º e 10º da Convenção estabelecem “que as Autoridades Centrais deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para assegurar a reposição voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável”⁴⁸. A partir disso a Convenção criou o Guia apresentando a mediação como uma boa e considerável opção para resolução mais célere e duradoura dos casos de sequestro, entretanto, não deixou de trazer um capítulo atentando para os desafios existentes.

Além dos cuidados e limites necessários ao aplicar a mediação como forma de resolver o conflito gerado pelo Sequestro Internacional, é preciso observar os desafios. Mediação familiar nacional e internacional abrangem problemáticas diferentes, sendo a última muito mais complexa. Para os mediadores desses casos, é necessária uma formação adicional adequada, pois o envolvimento de diferentes Estados traz não somente a diferença jurídica entre eles, mas também de culturas e línguas.

Sobre as diferenças jurídicas possíveis e os problemas que isso pode causar, apresenta o Guia:

Paralelamente, o risco emergente do facto de as partes se basearem em acordos que não têm em conta a situação jurídica e não têm eficácia jurídica nos ordenamentos jurídicos envolvidos é muito maior. As partes podem não ter conhecimento de que o movimento transfronteiriço de pessoas ou bens, para o qual deram o seu consentimento, resultará numa alteração da sua situação jurídica. Por exemplo, no que toca ao direito de custódia ou contacto, a residência habitual constitui um «elemento de conexão» amplamente utilizado no direito internacional privado. Portanto, a mudança da residência habitual da criança de um país para outro na sequência da implementação de um acordo celebrado entre os progenitores pode afetar a competência e a lei aplicável em matéria de custódia e contacto e, desta forma, afetar os direitos e obrigações das partes⁴⁹.

O tempo também é outro ponto crucial. Quando foi feita, a Convenção de Haia teve como ideia central que, para além de qualquer outra solução possível, o retorno da criança à sua residência habitual fosse a primeira coisa a ser considerada, de forma que ela regressasse imediatamente, ou o mais rápido possível. Assim, há uma busca por evitar os

⁴⁸ Guia de Boas Práticas nos termos Convenção de Haia de 1980. **Publicado por: A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado Secretariado Permanente.** Ano: 2012. Acesso em: out. 2019

⁴⁹ *Idem.*

efeitos nocivos do tempo nos casos de deslocação ou retenção ilícita. Isso porque o lapso temporal é fator de vantagem para o genitor-raptor: quanto mais tempo a criança está no país para o qual foi deslocada, mais ela se acostuma com a nova rotina e se afasta do genitor que permaneceu no país de origem.

A própria Convenção estabelece um tempo máximo para que o regresso da criança seja solicitado, dizendo que quando o processo de regresso for iniciado no tribunal decorrido mais de um ano do rapto, será dado a ele o poder discricionário de recusar o regresso da criança, desde que seja provado que ela já se encontra integrada no novo ambiente (o que não é difícil, visto que o raptor criará toda uma situação favorável para que o filho “sinta-se em casa” no novo país).

Então a mediação precisa ser inserida como uma opção verdadeiramente célere ao processo comum, sendo conduzida dessa maneira e também protegida como opção que é dentro da situação do Sequestro. Não é incomum a fraude à Convenção e suas disposições, logo, a mediação pode tanto ser utilizada como meio real de solução como também como manobra protelatória por um dos progenitores.

A mediação deve ser opção sugerida logo que possível, da maneira mais precoce. Analisando o caso concreto e percebendo que a mediação é adequada, o melhor momento de sugestão é no momento em que a criança é localizada, tentando de maneira amigável assegurar a reposição voluntária da mesma. As sessões precisam ocorrer num curto espaço de tempo, o que exige dos mediadores grande flexibilidade, o que pode se solucionar com uma lista de mediadores qualificados, para a partir dela ter conhecimento rápido da disponibilidade dos mesmos.

Saber o momento no qual deve se instaurar um processo de regresso quando a mediação é uma opção para solução é um dilema para vários Estados. Alguns já organizaram esse momento, como é o caso da Suíça, que prevê expressamente em sua legislação que sua Autoridade Central pode iniciar processos de conciliação ou de mediação antes da instituição do processo de regresso. Além disso, a legislação suíça é bastante amigável à mediação, uma vez que exige do tribunal do processo que, uma vez recebido o pedido de regresso, inicie o processo de mediação ou conciliação mesmo sem a Autoridade Central ter iniciado.

Uma das dificuldades existentes dentro da mediação internacional - citada acima como um ponto que precisa ser bem trabalhado pelo mediador – é a mistura de culturas e religiões que existe entre as partes. Por isso, os valores e expectativas existentes em cada um pode ser bastante diferente, como por exemplo no que tange à educação das crianças,

a forma como elas precisam viver e perceber o mundo. Logo, assim como essas diferenças afetam os pais em suas responsabilidades parentais, também afetará o diálogo e o posicionamento deles dentro da sessão de mediação.

O mediador precisa estar preparado para perceber que o litígio pode ter fundamento principal nas diferenças socioculturais e religiosas. Assim, é necessária uma formação específica nessa área, podendo até ser mais útil a escolha de mais de um mediador onde cada um deles possui sua origem baseada nas origens culturais e religiosas das partes, facilitando um posicionamento mais justo. Esse modelo de mediação binacional tem sido aplicado com sucesso em alguns sistemas de mediação e foi especificamente criado para os casos de rapto internacional de crianças onde os pais são de Estados diferentes. Note-se que os mediadores não representam nenhuma das partes, mas os Estados de onde elas vêm, pois que o que se busca é a compreensão da cultura e religião em que elas se inserem.

A língua materna daqueles que estão envolvidos no litígio também pode ser um dilema quando há busca pela solução pacífica de conflitos. Dentro da situação do Sequestro Internacional Infantil há uma grande carga emocional e, por mais que o idioma possa parecer um mero detalhe, nesse contexto tudo pode interferir e ser uma motivação passível de dificultar procedimentos. As partes também podem preferir por falar em sua língua materna por terem a sensação de estarem em pé de igualdade, e assim ficarem mais seguros ao longo do procedimento.

O esperado é permitir que as partes permaneçam falando sua própria língua, cabendo ao mediador ter conhecimento dela para então entrar como intérprete na causa. A ideia é gerar o menor desconforto possível às partes, para que na mediação elas encontrem segurança e alento para resolver a contenda gerada a partir do rapto, permitindo que a criança – a mais atingida da situação – possa ter seus direitos e garantias preservados da melhor forma possível. Assim, qualquer coisa que puder atrapalhar precisa ser afastada (e a dificuldade em se expressar é um obstáculo considerável), e é preciso ter sensibilidade para compreender a natureza extremamente sensível e emocional que ali existe, evitando mal-entendidos que comprometam uma solução amigável.

A organização das sessões de mediação e o conteúdo do acordo de mediação devem ter em conta a distância geográfica entre as partes envolvidas no litígio. Isso precisa ser considerado porque provavelmente, mesmo que ocorra a solução, os progenitores continuarão em países diferentes ou a uma distância geográfica considerável. Um exemplo disso é o caso do progenitor cujo direito de custódia foi

violado aceitar o deslocamento da criança com o raptor ou em caso de regresso da criança ao Estado de sua residência habitual, permanecendo com aquele que a levou no exterior.

Nos casos em que a distância geográfica venha a influenciar muito, a mediação poderá ser feita através de chamadas de vídeo, facilitando o procedimento e também o tornando menos oneroso. Além disso, tal influência deve ser considerada na decisão a ser tomada pelas partes em casos de acordos que prevejam o exercício transfronteiriço dos direitos de custódia ou contato (ou os dois juntos), situação essa que ocorre quando os pais resolvem por permanecer em Estados diferentes. Assim, os custos para que o contato e o cuidado constante do pai distante permaneçam precisam ser observados e a organização acordada deve ser realista e viável em termos de tempo e dinheiro.

Os Estados devem, ao buscar promover a resolução amigável, adotar medidas que facilitem a presença do ente o qual teve o direito de custódia violado no procedimento de mediação ou no processo judicial, ou seja, facilitar a obtenção de documentos para entrada no país. Não só para eles, mas também no caso do ente o qual levou a criança, se preciso for viajar para o país considerado como residência habitual da criança para passar pelos procedimentos de mediação ou judicial nesse Estado. Através de ajuda da Autoridade Central, a partir do fornecimento de informações e aconselhamento ou de ajuda na apresentação do pedido dos vistos necessários, os progenitores terão acesso aos documentos de viagem que são exigidos.

Dentro do procedimento de mediação, tudo deve ser considerado e visto como importante para que a solução seja realmente tomada de maneira favorável aos envolvidos, principalmente a criança. Assim, mesmo que a Convenção de Haia trate apenas os aspectos civis do Sequestro Internacional Infantil, há a possibilidade de o raptor estar sendo processado penalmente, tendo contra si instaurado um processo-crime por causa do rapto da criança, por desobediência a alguma decisão já tomada previamente em tribunal ou por causa de crimes relacionados com passaportes. Esse processo pendente no Estado de residência habitual da criança pode levar o tribunal que venha a julgar o pedido de regresso a recusá-lo, não obedecendo ao que está exposto na Convenção de Haia.

Isso ocorre para evitar o exemplo onde a criança foi raptada pelo progenitor que dela cuida efetivamente, e o regresso acarreta a separação entre este e a criança, por causa do processo criminal que está sendo movido em face dele. Assim, por causa dessa separação, a criança fica numa situação de instabilidade e perigo psicológico e físico, tendo seu melhor interesse prejudicado – o que não é a intenção da Convenção de Haia, que tem como centro manter o melhor interesse infantil preservado -. Então, se for

considerada a opção da mediação nesse caso, é necessário observar o risco que o raptor corre de ter uma pena de prisão aplicada, o que atrapalha o procedimento de mediação.

A opção pela mediação como forma de resolução dos conflitos gerados a partir do Sequestro Internacional de Crianças é a demonstração da mudança que o Direito vem passando em todas as suas searas, considerando cada vez mais dentro dos seus processos o envolvimento das partes e aquilo que elas pensam e sentem. Mesmo em situações delicadas, se houver o equilíbrio entre aquilo que pode ser feito a partir da mediação e aquilo que precisa de reforço e apoio estatal, a tendência é para a constante melhora das decisões e o aumento da proteção daquelas que são as mais atingidas de toda essa relação: as crianças. É preciso considerar o porquê de a Convenção existir, que tudo gira em torno do princípio do melhor interesse delas, para então as decisões judiciais e de mediação estarem cada vez mais em conformidade com a proteção dessa vida que ainda está no início de seu desenvolvimento.

CONCLUSÃO

As relações entre os seres humanos se modificam com o passar dos anos e geram mudanças em todo o contexto social o qual eles estão inseridos. A globalização, através de suas tecnologias a facilidade cada vez maior para que pessoas de diferentes países se conectem, se encontrem e se relacionem, causa consequências em todas as searas da sociedade, e o Direito não escapa delas. Nesse trabalho se percebeu essa influência no contexto do direito internacional e no de família, a partir da alienação parental e seu desembocar no Sequestro Internacional de Crianças.

Os aspectos civis aqui apresentados foram problemáticos: a Convenção, principal a explicar e buscar solucionar o assunto, foi recepcionada de forma tardia e as discussões em torno dela são – ainda – recentes. A começar pelo fato de que para a Convenção ser bem recepcionada, depende de um melhor entendimento sobre o controle de convencionalidade, o qual também é relativamente novo para a doutrina brasileira. Para exemplificar o quanto o ordenamento jurídico brasileiro é ainda imaturo nesse assunto, foi apresentada a indecisão que ainda existe em relação à melhor teoria para aplicar esse controle.

Tendo em vista a Convenção datar de 1980, considerar que os artigos e livros que falam com detalhes sobre ela e sua aplicação são principalmente dos anos 2000 em diante é estar de frente com um país atrasado. O Direito Internacional ainda é visto com receio por aqui, desconsiderando a interdependência crescente entre os Estados. Ainda há muito do pensamento de soberania no Brasil, de que o direito interno precisa ser considerado acima do externo, como se tivesse a possibilidade de perdermos nossa autonomia caso não consideremos assim, mesmo que o assunto esteja relacionado com os tratados internacionais de direitos humanos - o que é a Convenção de Haia – aceitos pelo país, que é signatário dela.

Em torno de toda essa dúvida ficam os exemplos de doutrinadores que buscaram interpretar a Constituição brasileira de forma a abrir as portas às mudanças que vem acontecendo, enxergando a necessidade de se estudar e considerar o direito internacional cada vez mais como uma área a ser vista com protagonismo, pois que a aproximação das pessoas de diferentes países gera a necessidade de que esses também se aproximem e busquem modificar-se internamente para recepcionar os acontecimentos que os afetam vindos do exterior.

Considerando as dificuldades diversas, a Convenção de Haia criou um Guia apresentando a mediação como opção para facilitar na resolução dos conflitos gerados com o Sequestro Internacional de Crianças. Essa solução, além de satisfatória como um meio de criar decisões amigáveis e duradouras, também é caminho para o Brasil em relação a toda essa contenda ainda existente e que pode gerar atrasos e consequências gravosas.

Abrindo espaço para a mediação, mesmo que ela ainda dependa da colaboração da jurisdição comum, evita-se uma grande interferência sobre a forma de aplicabilidade da Convenção e o quanto ela pode ou não influenciar um juiz que está como intérprete de um caso concreto de Sequestro Internacional. A ele, caberá observar e interpretar a eficácia real do acordo feito e garantir que ele possua execução plena dentro do país. Determinadas considerações sobre a lei interna podem ser feitas nos casos concretos que realmente venham a prejudicar a mediação, afetando a criança, que precisa ser sempre vista como ente principal de toda a situação do Sequestro.

A mediação vem sendo um instrumento de crescente respeito para os estudiosos do Direito e dentro dos ordenamentos jurídicos. Considerando que há grande liberdade de ação para os envolvidos, por levar em conta seus sentimentos e pensamentos, facilita-se a aplicação da Convenção e daquilo que ela possui como intenção primeira: proteger a criança física e psicologicamente, garantindo que seu melhor interesse esteja sempre acima de qualquer outro, para que seu desenvolvimento como ser humano seja saudável e íntegro.

REFERÊNCIAS

_____. **Sequestro Internacional de Crianças.** Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113473>. Acesso em: 08 jun., p. 1, 2010b.

ARAÚJO, Nadia de. **A Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro de menores: algumas notas recentes.** 2017. <https://justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/a-convencao-da-haia-sobre-os-aspectos-civis-do-sequestro-de-menores-nadia-de-araujo.pdf>. Acesso em: 19 set. 19.

ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira /** Nadia de Araujo. – 1. ed. – Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto Nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília – DF, 17 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 08jun., 2018.

CAMPELO, Vinícius Spíndola. **Aspectos Jurídicos das Relações Entre Pais e Filhos.** Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45985/aspectos-juridicos-das-relacoes-entre-pais-e-filhos>. Acesso em: 22 de ago. de 2019.

CAMPOS REFOSCO, Helena; GUIDA FERNANDES, Martha Maria. **Entre o afeto e a sanção: uma crítica à abordagem punitiva da alienação parental.** Revista Direito FGV, São Paulo, V. 14, Nº 1, Págs. 79-98, Jan-Abr 2018.

Cf. VERA, Elisa Pérez. **Rapport explicatif.** Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf>>. Acesso em: 15 out de 2019.

CONVENÇÃO sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças. 1 dezembro de 1983. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-470b-ac47-4635cb1e7cbd.pdf>. Acesso em: 23 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Finalmente, alienação parental é motivo para prisão.** 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/maria-berenice-dias-agora-alienacao-parental-motivo-prisao> Acesso em: out. 2019

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família:** 25ª. Ed. Local: São Paulo. Saraiva, 2010.

GASPAR ALVARES, Renata; AMARAL, Guilherme. **Sequestro Internacional de Menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?** Meritum, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 351-387, jan./jun. 2013.

GRANDINO RODAS, João; FERRAZ DE CAMPOS MONACO, Gustavo. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a Participação do Brasil.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. // A base de dados citada encontra-se no endereço eletrônico www.incadat.com e pode ser lida nos idiomas inglês, francês e espanhol.

Guia de Boas Práticas nos termos Convenção de Haia de 1980. **Publicado por: A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado Secretariado Permanente.** Ano: 2012. Acesso em: out. 2019

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 20 ago. 2019.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes; **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** 11ª. Ed. Local: São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis /** Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. 2ª Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PERISSINI DA SILVA, Denise Maria. **A nova lei da alienação parental.** 2011. <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-88/a-nova-lei-da-alienacao-parental/>. Acesso em: out. 2019

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família:** 10ª. Ed. Local: Rio de Janeiro. Forense, 2019.

RUSSOWSKY SARAIVA, Iris. **O Controle de Convencionalidade das Leis: uma análise na esfera internacional e interna.** Ano 1 (2012), nº 3, págs. 1745-1826.

SIFUENTES, Mônica. **Sequestro Interparental: A experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980.** Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, julho, 2009.

SILVA E SOUZA, Carlos Eduardo. **O Direito Privado Contemporâneo e a Família Pós-Moderna.** Edição digital: julho 2015. Revolução e-book.

SOUZA DEL'OLMO, Florisbal de. **Subtração Internacional de Crianças à luz do caso Sean Goldman.** Anuário mexicano de Direito Internacional, México, Vol. 15, 2015.

STEIN, Ananda. **Aplicação da Convenção de Haia Sobre o Sequestro Internacional de Menores: A Política de Restituição em Conflito com o Princípio do Melhor Interesse da Criança - Uma Análise do Caso Sean Goldman.** Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/ananda-stein/artigos/aplicacao-da-convencao-de-haia-sobre-o-sequestro-internacional-de-menores-a-politica-de-restituicao-em-conflito-com>

o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-uma-analise-do-caso-sean-goldman-3839>. Acesso em: 15 jun., p. 1, 2017b.

STF. **Comentários sobre a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.** <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf> Acesso em: out. 2019.

TAUCHERT, Maicon Rodrigo; RODRIGUES DA SILVA, Tatielly; CÂNDIDO HOLZ, Wantuil Luiz. **Controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical e material.** 2017. <https://jus.com.br/artigos/60631/control-de-convencionalidade-brasileiro-e-a-teoria-da-dupla-compatibilidade-vertical-e-material>. Acesso em: 17/09/2019.

TJRS, **Agravo de Instrumento 70000640888**, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 6-4-2000.

TJRS, **Apelação Cível 70008140303**, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 14-4-2004
Wagner Wilson Deiró Gundim, Gianfranco Faggin Mastro Andréa. **A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CÍVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS COMO PARADIGMA DE CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL.** Revista da AGU, Brasília – DF, v. 18, n. 01, p. 337-368, jan./mar. 2019.