

OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS, A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAYA'80 E OS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL.

Guilhermina Lavos Coimbra*

Os instrumentos jurídicos internacionais são compromissos que os Estados signatários assumem de fazer ou deixar de fazer alguma coisa de interesse dos signatários.

Os tratados, convenções ou quaisquer outros instrumentos jurídicos assinados pelos Estados, depois de ratificados entram em vigor em todo o território do Estado signatário.

A CONVENÇÃO DA HAYA'80.

A Convenção da Haya' 1980 trata de compromisso e responsabilidade assumidos entre Estados: o Estado de residência habitual da criança e o Estado no qual se achar retida ilicitamente a criança – ambos, signatários da referida Convenção de Haya/80, os quais se obrigaram a assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas ou neles retidas ilicitamente.

Entenda-se como retorno imediato, o processo no qual somente são examinados os pressupostos exigidos pela Convenção de Haya/80, para a devolução imediata.

Na Convenção de Haya/1980, os Estados signatários estão firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância.

A Convenção da Haya' 80 dispõe sobre uma série de providências que os Estados signatários devem tomar no sentido de fazer ou deixar de fazer determinados procedimentos, objetivando agilizar o processamento da devolução de crianças e adolescentes retiradas de seus respectivos países, onde residiam habitualmente, retidos ilicitamente no território de algum dos Estados signatários da referida Convenção.

De acordo com a Convenção de Haya/80, **o processo é administrativo e transcorre na Capital do Estado signatário, no qual se encontrar a criança ilicitamente transferida e retida até o retorno da criança.**

Segundo o Artigo 1 da Convenção de Haya/80, o seu âmbito e **os seus objetivos são: assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas, ou neles retidas indevidamente;** e fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados signatários da Convenção os direitos de guarda e de visita.

O Artigo 2 contém a determinação de que os Estados deverão tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a concretização dos objetivos da Convenção, os quais deverão, para tal, recorrer a procedimentos de urgência.

O Artigo 3, alíneas "a" e "b" diz que no conceito de retenção ilícita está expresso que **o direito de guarda pode resultar de uma atribuição de pleno direito, ou, de uma decisão judicial.**

De acordo com o prazo estipulado para a restituição dos menores, pela Convenção de Haya/1980, devem demorar seis a sete meses, contados a partir do recebimento da solicitação que objetivou a restituição da criança ao Estado de residência habitual dela.

O Artigo 16 da Convenção de Haya/80 determina expressamente que depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, **as autoridades judiciais ou administrativas do Estado signatário para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja ilicitamente retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas**

na **Convenção**, para o retorno da criança ou, que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da referida Convenção.

A Convenção estabelece no art. 16 que o juízo da residência habitual anterior à remoção tem competência exclusiva para decidir sobre a guarda, já que este terá melhores condições para verificar o melhor interesse da criança.

O juízo do **Estado requerido** só pode decidir sobre a guarda após a constatação dos óbices ao retorno imediato, mencionados nos arts. 12, 13 e 20, citados *supra*.

A Convenção de Haya/80 aplica-se apenas às transferências e às retenções ilícitas (Artigo 35) civis, parentais, de família. Não se aplica à casos de seqüestros criminoso-penal.

Explica quando a **transferência ou retenção de uma criança é considerada ilícita**:

- quando tenha havido **violação a direito de guarda atribuído à pessoa** ou instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, **pela lei do Estado onde a criança tiver a sua residência habitual**;

- esse direito estivesse sendo exercido **de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou retenção**.

A Convenção de Haya/80 dispõe que os Estados signatários têm que fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados signatários da Convenção o direito de visita.

Quando a Convenção dispõe que **seus objetivos são o de assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas, ou, neles retidas indevidamente** e determina que, os Estados deverão tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a concretização dos objetivos da Convenção, os quais deverão, para tal, recorrer a procedimentos de urgência – **está implícito e expresso, que a Convenção de Haya/80 foi elaborada, discutida, votada, promulgada, assinada, referendada e ratificada**, pelos Estados signatários, justamente, **para evitar os processos e procedimentos ordinários, vigentes internamente nos Estados signatários, onde se encontrarem as crianças retidas ilicitamente**.

Assim como, **está implícito e expresso, também, que os processos e procedimentos ordinários, objetivando assegurar direitos concernentes à posse e guarda, responsabilidade parental, pátrio poder e outros relativos a menores, dispostos no direito interno de cada Estado signatário da Convenção de Haya/80 – para que atinjam os objetivos da Convenção - têm que ser discutidos e aplicados, internamente, em casos não afetos aos termos da referida Convenção**.

Isto significa que, **se não houver maus-tratos e abusos comprovados, justificadores da transferência e retenção ilícita do menor**, praticados por quem detinha a guarda e o poder parental, no Estado de residência habitual da criança – **o juízo competente para julgar é o juízo do Estado de residência habitual da criança**.

O Artigo 17 dispõe que o simples fato de decisão relativa à guarda tenha sido tomado (por exemplo, uma decisão judicial do Estado para o qual a criança foi ilicitamente transferida e se encontre ilicitamente retida - que tenha concedido uma guarda provisória, ou seja, passível de reconhecimento no Estado requerido) **não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos da referida Convenção**.

Mas, as autoridades administrativas do Estado requerido (o Estado requerido é o Estado no qual se encontra a criança transferida e mantida ilicitamente) poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da Convenção (maus tratos, abuso,

comprovadamente, praticados contra a criança, pelos detentores da guarda Estado de residência habitual do menor).

A Convenção de Haya/80 foi pensada e elaborada justamente para evitar a demora judicial processual interna nos Estados signatários.

A Convenção da Haya de 1980 trata de tema de Direito Internacional Privado.

Nos temas de Direito Internacional Privado **predominam os interesses privados**, ao contrário do Direito Público, no qual predominam os interesses públicos.

O PROCEDIMENTO

Em estrito cumprimento da Convenção de Haya/80, o **Ministério da Justiça do Estado signatário do país de residência habitual da criança**, após receber a denúncia, provas etc., e respectivo pedido de devolução da criança transferida e mantida ilicitamente em Estado que não é o de sua residência habitual - **tem que fazer o primeiro juízo de admissibilidade – e, fundamentado na Convenção de Haya/1980, solicitar a restituição do menor à Autoridade Central Administrativa do Estado onde se encontra transferida e retida ilicitamente a criança.**

As Autoridades Centrais

As Autoridades Centrais, criadas pela Convenção da Haya' 80, são o **segundo juízo de admissibilidade** do procedimento estipulado pela Convenção. É a instância Administrativa, que recebe a documentação comprobatória da retirada ilícita da criança. É onde as partes podem efetuar os acordos, objetivando o retorno da criança ao seu país de residência habitual.

É a Autoridade Central Administrativa Federal ou Unitária, dependendo da forma de Estado do Estado-signatário - **que deve tomar todas as a medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da criança.**

A Convenção de Haya/80 dispõe que é dever das Autoridades Centrais de cada Estado signatário da referida Convenção em particular, **dar início ou favorecer a abertura de processo administrativo ou judicial que vise ao retorno da criança, ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito e visita.**

O PROCEDIMENTO NO BRASIL - A Autoridade Central Administrativa Federal – A ACAF

Assim, **a Autoridade Central Administrativa** (Federal, porque, o Brasil é uma Federação, dividida em Estados-membros, cada um deles, detentor de Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário Estaduais (autonomia) e a União é a detentora de Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário Federal, **com soberania sobre todos os Estados-membros** da Federação).

A ACAF ao receber a documentação exigida pela Convenção da Haya' 80, para caracterizar que o caso é previsto na referida Convenção, **inicia o processo administrativo, mandando localizar a criança e quem a transferiu detendo-a ilicitamente – a qual, naturalmente, irá se defender administrativamente, da acusação.** Entre as atribuições das **Autoridades Centrais**, criadas em cada Estado signatário pela Convenção, **está a de acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária** (Artigo 7, alíneas, "f" e "g").

Se **não** houver possibilidade de acordo, no âmbito administrativo, a **ACAF envia a documentação para a Advocacia-Geral da União.**

A Advocacia-Geral da União

A AGU é quem faz o **terceiro juízo de admissibilidade**. A **AGU defende a União da acusação de não estar cumprindo a Convenção da Haya'80 – ao estar detendo ilicitamente a criança transferida e mantida ilicitamente.**

Indiretamente, ao defender e fazer a União cumprir a Convenção, a AGU acaba defendendo os interesses daqueles que, detentores da guarda no Estado de residência habitual da criança, tentam trazê-las de volta.

Mas, a AGU **não** defende os interesses privados: **ela defende o cumprimento do dever da União que assinou, ad referendum e ratificou a Convenção da Haya – comprometendo-se a devolver a criança ilicitamente retida no Brasil, ao Estado de residência natural da criança e do detentor de sua guarda.**

A Justiça Federal

É quem faz o **quarto juízo de admissibilidade**. É a Justiça Federal porque União é parte-Autora ou Ré – por haver se compromissado a cumprir a Convenção, perante os demais Estados-signatários, que a ratificaram.

Se a Justiça Federal entender que não é caso da Haya, a AGU tem que recorrer ao Tribunal Regional Federal da Região onde se encontrar criança ilicitamente retida, para que este examine se o caso é de compromisso entre Estados-signatários da Convenção – ou, se se trata de simples caso de direito de Família interno, do Estado onde se encontra a criança transferida e retida ilicitamente.

Caso o TRF entenda que ao caso **não** se aplica a Convenção da Haya'80, o processo é devolvido à Vara Federal e dali, encaminhado à Vara de Família Estadual, na qual estiver sendo processados, as Ações de Guarda Provisória, de Alimentos e de Regulamentação de Visitação.

Se o TRF entender que é caso previsto na Convenção da Haya'80 – o Tribunal Regional Federal devolve o processo para a respectiva Vara Federal de onde veio.

A Vara Federal tomará as providências necessárias, ao cumprimento da Convenção, pelo Brasil, auxiliada, pela INTERPOL, inclusive, se houver resistência na devolução – sem entrar no mérito das questões de Direito de Família interno - as quais terão que ser discutidas e decididas, segundo os termos da Convenção da Haya'80, no país de residência habitual da criança retida e mantida ilicitamente no Brasil.

O BRASIL E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS

No Brasil, depois de assinado, **mas, antes da ratificação**, o instrumento jurídico internacional vai para o **ad referendum** do Congresso Nacional.

A aprovação do Congresso é concedida após: exame pelas Comissões de Direito e Justiça das duas Casas do Congresso Nacional; debates públicos, no Plenário; votação pelos Membros das duas Casas (Câmara Federal e Senado) reunidas no Congresso Nacional; e aprovação por maioria absoluta (metade dos votos do total dos Membros da Câmara dos Deputados Federais somados à metade dos votos do total dos Membros do Senado reunidos, mais um voto).

No Brasil, a Convenção de Haya/80 está em vigor em todo o território brasileiro, **desde 01. 01.2000** e é em Brasília, D.F., na ACAF, que o processo administrativo é proposto.

Os tratados e convenções internacionais, na hierarquia das leis, estão no mesmo nível das Leis Complementares à Constituição, **por decisão do Supremo Tribunal Federal**.

Com esse entendimento, **os compromissos internacionais, somente, não podem contrariar a Constituição Federal, nem as Emendas à Constituição**.

O BRASIL E A CONVENÇÃO DA HAYA' 80

A Convenção de Haya/80 foi ratificada pelo Brasil, para solucionar conflitos de competência e agilizar o processo internacional de restituição de crianças retiradas ilicitamente do Estado de residência habitual e retidas ilicitamente no Brasil, por mãe, pai, avós ou familiares – **cabendo aos Tribunais do Estado de residência habitual das crianças, o processo de conhecimento** (em todas as suas fazes, tais como, citação, revelia, provas, oitiva das partes e das crianças, acompanhamento social e psicológico delas, mais uma série de outros procedimentos ordinários importantes, ao julgamento de questões afetas **ao direito de família interno do Estado de residência habitual, da criança e do adolescente**).

A Convenção da Haya'80 face à Constituição Federal do Brasil e à Emenda Constitucional no. 45 de 08.12.2004.

Na hierarquia das leis, no Brasil, a Constituição é a lei maior, depois vêm as Emenda à Constituição, as Leis Complementares, as Leis Ordinárias, as Leis Delegadas (oriundas do Executivo) as Medidas Provisórias, os Decretos e as Resoluções.

A Constituição Federal do Brasil prevê o instituto da homologação no Artigo 102, I, "h".

A homologação é a comprovação ou certificação pela autoridade judiciária, do reconhecimento, no Brasil do direito estrangeiro (doutrina, decisões judiciais, jurisprudência) aplicado no país.

Mas a Emenda Constitucional no. 45 de 08.12.2004, dispõe que a os Tratados Internacionais, sobre Direitos Humanos prescinde de homologação. A Convenção da Haya'80 trata dos direitos humanos de menores retirados ilicitamente e mantidos ilicitamente fora dos Estados de residência habitual delas e dos que detém nesses Estados a guarda permanente delas.

O argumento que se contrapõe à homologação, nos casos afetos à Convenção da Haya' 80 - **é o de que a Convenção da Haya' 80 havia sido elaborada justamente para evitar a necessidade do processo de homologação.**

O entendimento é o de que, **admitido que o caso é afeto à Convenção da Haya' 80, ele tem que ser decidido nos termos da Convenção.**

Há que se enfatizar o compromisso do juiz com o lado humano do tema e que é possível ao juiz fazer, na prática, o **exame do caso em trinta dias**, atentando para o interesse superior da criança.

O entendimento tem sido que, o melhor interesse da criança é permanecer com quem a guarda foi deferida. A mediação pelo juiz do Estado de residência habitual da criança livremente convencido - é a grande solução para conseguir o melhor para a criança.

Na verdade, no Brasil, a discussão sobre a aplicação da Convenção não vem sendo bem interpretada e está causando mal-estar diplomático.

Há que se enfatizar, no Brasil, a necessidade da criação de mecanismos eficazes que propiciem o retorno imediato da criança, porque os mecanismos tradicionais são ineficazes, demorados e contrários aos termos da Convenção, pelo Brasil ratificada.

A CONVENÇÃO DA HAYA'80 E A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

A aplicação da Convenção da Haya' 80, no Brasil, **apesar de ser considerado de interesse público - por tratar de compromissos assumidos entre Estados** - ainda é confusa e têm perguntas que não querem calar:

a) - não é um verdadeiro atestado de entendimento **confuso**, Partidos Políticos brasileiros, que participaram - **por dever de ofício** - da Sessão de aprovação no Congresso Nacional (**ad referendum**) da Convenção da Haya' 80, aprovando-a de acordo com o **quorum** constitucional, por maioria absoluta - estejam, dez anos depois, propondo Ação Direta de Inconstitucionalidade?

b) - não é uma verdadeira ausência de saber por falta de informação - Partidos Políticos brasileiros proporem Ação Direta de Inconstitucionalidade de uma Convenção Internacional que ficou à disposição, aguardando a adesão do Brasil, e, que, somente, após, mais de 20 anos de espera, foi assinada e ratificada (1980-2000)?;

Não é um atestado verdadeiro de ausência de saber por falta de informação, o fato de que, a Convenção da Haya'80, **depois de ratificada**, esteja tendo, agora, **nove anos depois da ratificação**, a sua constitucionalidade questionada, tendo em vista que foi - **por dever de ofício**:

- a) examinada pelas respectivas Comissões de Direito e de Justiça da Câmara dos Deputados Federais e do Senado;
- b) remetido após o exame, ao Plenário das duas Casas reunidas, para a aprovação final;
- c) e somente então, devidamente re-encaminhada ao Presidente da República do Brasil para a necessária ratificação?

Em Brasília, D.F., no Seminário sobre a Aplicação da Convenção da Haya' 80, promovido pela SEDH-ACAF - tivemos a oportunidade questionar, mais ou menos, o seguinte:

1- por que não se cria o hábito saudável e respeitoso da inteligência brasileira - de se divulgar, **antes do ad referendo** do Congresso Nacional, **os textos dos tratados e convenções internacionais** - para que haja o amplo debate, o exame, pelos juristas e pelos diretamente interessados, dos **prós e contras** - e das possíveis inconstitucionalidades existentes nos instrumentos internacionais que se pretende aprovar?

- 2 - não seria mais razoável, democrático e merecedor da confiança internacional que, tratados e convenções internacionais no Brasil, devessem ser obrigatoriamente, debatidos e examinados à luz da Constituição Federal, antes do **ad referendo** do Congresso - e somente, então, pudessem ser enviados para ratificação, ou, não, pelo Presidente da República?

Finalmente, mais uma pergunta que não quer calar - apesar de não se referir ao tema Convenção da Haya'80 - mas, que é bastante pertinente, face aos questionamentos constitucionais do Partidos Políticos, atualmente:

Por qual razão, os referidos Partidos Políticos brasileiros, até o momento, nem pensaram em propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, contra alguns notórios tratados internacionais de direito público, prejudiciais aos interesses dos que residem no Brasil, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional - e que são completamente contrários à disposições da Constituição do Brasil?

Façam um bonito e bem feito trabalho, senhores Membros dos Partidos Políticos do Brasil: pesquisem e proponham a referida ação direta de inconstitucionalidade, contra todos os tratados e convenções internacionais que, de fato, **prejudicam interesses públicos dos brasileiros, acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.**

Ou, será que os Partidos políticos do Brasil desconhecem que, **Acordo de Executivo** algum, pode contrariar interesses econômicos brasileiros – **assegurados pela Constituição do Brasil? Esta é mais uma outra pergunta que não quer calar.**

No nosso entendimento (**jamais, opinião isolada**) ficou muito mal, para o Brasil, a ação proposta pelos referidos Partidos Políticos.

A questão **não** é política, não é de “**achismo**”, **não** é de justiça (dikelogia) **nem** é de defesa deste ou daquele caso concreto: **a questão é questão jurídica, é de direito internacional e é de obrigação, internacionalmente, assumida pelo Brasil, com os demais Estados signatários.**

CONCLUINDO

A harmonização das normas de direito interno do Brasil às normas internacionais, no que concerne à aplicação da Convenção da Haya' 80, tem que proporcionar a segurança jurídica - um postulado do ordenamento jurídico – tão necessária para que todos os que se enquadrarem nos termos da Convenção e neles se abrigarem - consigam obter rápida e eficazmente, a devolução da criança transferida e retida ilicitamente para o Estado de residência habitual da criança.

Há que se harmonizar e **atentar para a prevalência do superior interesse da criança.**

E o superior interesse da criança - **salvo as exceções penais** - é o de voltar, o mais rapidamente possível, para quem detém e exerce a guarda e a responsabilidade parental, para a residência habitual, para a vizinhança familiar, para os amigos, para a escola e os colegas: sem traumas, sem rupturas traumatizantes, **sem perceber, inclusive, que está sendo objeto de uma partilha disputada, de consequências imprevisíveis para o seu desenvolvimento emocional.**

Decisões jurisprudenciais (abaixo) com esse entendimento.

APÊNDICES – ANEXOS

1 - JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1.1 — Conflito de competência nº 64.012 – Tocantins

2ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, j. 27.09.06, DJ 09.11.06.

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

1. O conflito positivo de competência está caracterizado em razão da existência de duas demandas, que tratam da guarda da menor, configurada a conexão prevista no artigo 103 do Código de Processo Civil. De rigor, portanto, a reunião dos feitos (artigo 105 do Código de Processo Civil). A presença da União Federal como autora de uma das ações impõe a competência da Justiça Federal para o julgamento das demandas, tendo em vista a exclusividade do foro, prevista no artigo 109, I, da Constituição Federal. 2. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins para o julgamento das ações.

1.2 — Conflito de competência nº 64.120 – Paraná

Rel. Min. Castro Filho, decisão monocrática de 13.10.06, DJ 25.10.06.

Decisão: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR EM QUE FIGURA COMO AUTORA A UNIÃO. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR TRAMITANDO NA JUSTIÇA ESTADUAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONEXÃO. EXISTÊNCIA. Demonstrada a conexão entre a ação de busca e apreensão e a ação de guarda de menor, ambas envolvendo o mesmo objeto, qual seja, a guarda da criança, justifica-se a reunião de ambas para julgamento conjunto, a fim de que decisões conflitantes sejam evitadas.

Na hipótese, tendo em vista que a União Federal é parte autora numa das ações, competente é o juízo federal para processar e julgar a lide. Conflito conhecido, declarando-se a competência do juízo suscitante.

*** Professora-Adjunto de Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado, Direito Internacional, Instituições de Direito Público e Privado, Legislação Profissional e Social, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro-UFRRJ, Brasil, ufrj@gov.br ; www.ufrj.gov.br ; Presidente do Instituto Brasileiro de Integração das Nações-IBIN, Advogada, Escritório: Rua Debret, n.23 - grupo 801-802, Castelo, Rio de Janeiro, Brasil - CEP 20030-080 - /RJ, Brasil; Mestrado em Direito e Desenvolvimento/Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/PUC/RJ, Brasil; Doutorado em Direito e Economia/UGF/Rio de Janeiro, Brasil; Membro Coordenadora da Comissão Permanente de Direito Internacional e Membro da Comissão Permanente de Direito Ambiental, ambas do Instituto dos Advogados Brasileiros/CPDI/CPDA/IAB, RJ, Brasil; Membro da International Nuclear Law Association/INLA/Bruxelas, Bélgica, E.mail: info@aidn-inla.be ;Web site: www.aidn-inla.be ; Membro do Conselho da Federação Interamericana de Advogados desde 1997, Washington, D.C., E.mail: iaba@iaba.org ; Web site: www.iaba.org ; Membro do Conselho Editorial do International Journal of Nuclear Law, Web Site: www.inderscience.com/papers ; E.mail: info@inderscience.com ; E.mail: coimbra@ibin.com.br Home page: www.ibin.com.br**

** O texto publicado não reflete necessariamente o posicionamento do IAB*