

## SEAN E A CONVENÇÃO DE HAIA\*

Nós, que trabalhamos com o Direito de Família, juntamente com todos que vivenciam o fim da sociedade conjugal, ou mesmo o término de uma relação amorosa, sofremos com o aspecto difícil da guarda/visita dos filhos. A família conjugal chega ao fim, marido/mulher, companheiros que outrora comungaram da mesma vida, não são parentes. E os filhos? Se encontram no meio da história da degradação pessoal dos pais. Poupá-los é tarefa preciosa do juiz e advogados, auxiliados por estudiosos da psicologia. Mas o caminho é sinuoso, e nem sempre acompanhado de final feliz.

Os filhos continuam fazendo parte daquela relação finalizada, e precisam conviver com aqueles que um dia formaram um casal. A separação é da família conjugal, não da família parental.

Surge o dilema: com que ficará o(s) filho(s)? Convivendo com ambos? O melhor caminho. Mas a experiência mostra que isso só ocorre se os pais saírem da relação sem mágoas, ressentimentos.

Decidido (seja de forma consensual ou litigiosa) quem será o guardião da criança, ao outro genitor fica assegurado a convivência com a criança, “visita”. E, embora a legislação civil tenha denominado a convivência de filhos e pais de “visita”, esse termo não coaduna com a função de genitor(a). Pai/mãe não visita, **convive com o filho**.

E, se dentro de uma mesma cidade ou Estado a situação da guarda se complica, em outro País toma dimensões maiores.

Criou-se um Direito Internacional da Criança, expresso em Declarações e Convenções. O primeiro documento de caráter genérico, com relação à criança, é a Declaração de Genebra de 1924. Atualmente, os direitos da criança estão na Convenção de Haia de 1980, que entrou em vigor internacional em 1º de dezembro de 1983 e, no Brasil, em 1º de janeiro de 2000.

Um ponto da convenção que merece destaque é o preâmbulo: “os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda...”

E fica a indagação: quem decide o que é o melhor interesse da criança: a família ou o Estado? Pondera Jacob Dolinger “que os Estados-Partes respeitarão as responsabilidades, direitos e deveres dos pais de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na convenção, e que os Estados-Partes envidarão seus melhores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais tem obrigações comuns para a educação e o desenvolvimento da criança. São dispositivos que indicam claramente que a responsabilidade primeira e primária é dos pais da criança. Por outro lado, os poderes decisórios dos pais *“não são ilimitados e não envolvem poder irrestrito de decisão sobre a criança e suas condições pessoais”*.”

Os dispositivos da Convenção demonstram que o poder esta nas mãos dos pais ou responsáveis pela criança, mas, de outra vertente, o Estado exerce supervisão sobre o desempenho dos pais, e intervindo quando se fizer necessário, para proteger a criança da negligência ou abuso dos pais ou responsáveis.

O aumento do número de casamentos entre pessoas de nacionalidades diferentes, aliado ao alto índice de dissolução da sociedade conjugal ou mesmo término de relacionamentos fugazes, resultam em aumento progressivo do número de nascimentos de crianças, em países que não de um dos pais.

O fim do relacionamento do casal, nem sempre resolvido de forma serena, cede espaço para o desamor. Somado a esse fato, questões culturais e religiosas tornam-se relevantes para a remoção da criança do país em que se encontra.

Então, ocorrida a separação do casal, surge o desejo, posteriormente concretizado, da retirada ilegal da criança, do país onde se encontrava para a remoção do país de origem do pai ou mãe.

Essa remoção ilegal da criança, por um dos pais, que a afasta da posse ou convívio do outro pai, é nominada pela Convenção de

Haia, de *sequestro*. Porém, ao longo dos dispositivos, a Convenção não mais repete o termo *sequestro*, e passa a utilizar as expressões: remoção e retenção.

O termo sequestro empregado pela Convenção não corresponde ao tipo penal previsto no Código Penal Brasileiro. Na realidade, há uma remoção ilegal ou retenção da criança de seu país, por um dos pais, para outro país.

Considero relevante ressaltar que nos países que adotam a língua inglesa utiliza-se a expressão “*abduction*” (*traslado ilícito de uma pessoa*). Já na França, “*enlèvement*” (*retirada, remoção*).

Os doutrinadores brasileiros (com razão) criticam a utilização da expressão *sequestro* e conclamam pelo ajuste, ao argumento de que na Legislação Penal (artigo 159) seqüestro é um crime contra o patrimônio e que consiste na privação da liberdade de uma pessoa, com o fim de obter vantagem econômica (resgate). Fica o registro do pensamento dos doutrinadores, com os quais comungo.

Segundo Elisa Pérez-Vera, a *Convenção sobre Seqüestro* não é um instrumento que indica a lei aplicável, e também não versa o reconhecimento e execução de decisões judiciais de outros Estados-membros da Conferência. Trata-se de uma convenção que organizou um *sistema de cooperação processual*, para uma finalidade específica, em que as autoridades de duas jurisdições mantem uma coordenação de caráter permanente, por meio de suas Autoridades Centrais, que são solicitadas a colaborar sempre que venha a ocorrer um deslocamento ou uma manutenção transfronteiriça ilegais de uma criança.

O artigo 1º da Convenção assegura a imediata devolução de crianças irregularmente removidas ou mantidas em um Estado contratante, e assegura que os direitos de guarda e de acesso, de acordo com a lei de um Estado contratante, sejam efetivamente respeitados nos outros Estados contratantes.

Porém, enquanto o artigo 1º determina à imediata devolução da criança irregularmente deslocada, o preâmbulo da mesma Convenção destaca “que deve ser observado o interesse da criança”. São contradições, no Texto da citada Convenção que possibilitam a

Autoridade do país, dentro do seu poder discricionário, atender ao melhor interesse do menor e *decidir contrário à devolução do mesmo*.

Também o artigo 12 da Convenção realça o interesse do menor, autorizando a permanência do mesmo no país, desde que provado que a criança já se encontra integrada no novo ambiente.

Seguindo a mesma diretriz acima, o artigo 13 afirma que a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança, nas seguintes condições:

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança, não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção;
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.
- c) Como também: *recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.*

E, embora a Convenção tenha por finalidade restituir a criança ao *statu quo ante*, *ressalto: a devolução da criança não é regra absoluta, sofre exceção, flexibiliza-se, quando sopesa-se, o melhor interesse do menor. É o que se traduz do Preâmbulo da Convenção, como também do disposto nos artigos já citados.*

Porém, não podemos desconsiderar que a Convenção assegura à criança o direito de se manifestar sobre o seu regresso, reconhecendo a sua proteção integral e sua peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento. E, no dizer de Gustavo Tepedino: “a

criança é alvo da tutela prioritária por parte do ordenamento e protagonista do próprio processo educacional.”

Mas, a partir do momento em que a criança passa a ser ouvida (através de acompanhamento psicológico), surge uma tormentosa situação. Positiva, porque exige do Tribunal e dos profissionais que os assessoram profundo bom senso, discernimento para avaliar a vontade e maturidade da criança. Negativa, porque se converge para o menor, que passa então a ser envolvido diretamente no litígio.

E aqui fica a indagação: *qual a idade que o menor pode apresentar maturidade, discernimento, para decidir? Respondo: inteiramente entregue ao juiz, dentro do seu poder discricionário, caso por caso.*

Considero relevante citar que, embora os absolutamente incapazes (menores de 16 anos) não praticam qualquer ato por si, sendo representados no tocante à disputa da guarda dos mesmos por seus genitores, a manifestação da vontade destes é considerada relevante. Nesse sentido, o Enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil dispõe o seguinte: “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

Enfim, a doutrina reconhece que a interpretação restrita do artigo 11, levará à devolução da criança para a jurisdição donde foi retirada; enquanto uma interpretação liberal poderá acatar variadas possibilidades no intuito do não cumprimento dos termos da Convenção, sob pena da cooperação entre os Estados-partes se tornar letra morta.

Por derradeiro, durante a reunião da Comissão Especial da Conferência de Haia, de 1993, Adayr Dyer, então primeiro-secretário da Conferência, declarou que a aplicação do artigo 13 contraria objetivo da Convenção de devolver a criança e, por isto, as exceções contidas neste dispositivo deveriam ser utilizadas cuidadosamente e certamente sem excessos.

SEAN partiu para a América do Norte, deixando neste País, sua irmã unilateral, sua avó materna e seu pai afetivo. Saiu do verão

do Rio de Janeiro, para o inverno rigoroso dos EUA. De uma grande cidade, para uma pacata cidade. Seguiu para dar continuidade a sua vida outrora acompanhada da mãe e do pai.

Vale o registro de Rodrigo da Cunha Pereira: “a família não é apenas um dado cultural, genético ou biológico, mas cultural”.

Acreditamos no imediato cumprimento do direito de visitas que a Convenção assegura (artigo 1, b) aos familiares de SEAN.

E, a criança SEAN, ao completar 16 (dezesesseis) anos, a Convenção não mais será aplicada (artigo 4) a sua pessoa. Surgirá, então, o direito de refletir e decidir qual será o *seu melhor interesse*.

**MARIA LUIZA PÓVOA CRUZ**

*Juíza da Direito da 2ª Vara de Família da Comarca de Goiânia.*

[www.marialuizapovoa.com.br](http://www.marialuizapovoa.com.br)  
[marialuiza@marialuizapovoa.com.br](mailto:marialuiza@marialuizapovoa.com.br)

Dolinger Jacob, Direito Internacional Privado, Ed. Renovar.

Pereira da Cunha Rodrigo, Princípios Fundamentais e Norteadores do Direito de Família, Ed. Del Rey