

Sequestro interparental: princípio da residência habitual*

Carolina Helena Mérida¹

Resumo

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a importância da Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Interparental de Haia de 1980 nos direitos das crianças e elucidar qual a definição do princípio da residência habitual utilizada pelos Países-Membros dessa Convenção. O trabalho classifica-se como revisão de literatura, no qual os dados foram obtidos por meio de pesquisas bibliográficas. Foram empregados livros, artigos publicados na *internet*, revistas, jornais, e demais exposições da legislação brasileira e da Convenção de Haia Sobre Sequestro Internacional de Crianças. Destarte, o presente trabalho consiste na exposição do pensamento de vários estudiosos que minutaram motes relacionados ao objeto deste estudo.

Palavras-chave: Sequestro Interparental. Criança. Direito Internacional. Princípio da Residência Habitual.

1 Introdução

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a preocupação com o respeito às normas de direitos fundamentais, de modo que no seu artigo 5º garantiu sua aplicação imediata, além de não excluir outros direitos que vierem decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Acontece que, às vezes, os choques entre os direitos fundamentais nos trazem profundos questionamentos sobre qual deva prevalecer no caso concreto.

* Artigo recebido em: 09/12/2010.

Artigo aprovado em: 29/03/2011.

¹ Advogada, Professora de Direito Constitucional e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

Por regra, quando ocorre um conflito entre direitos, tem-se a tentativa de um prevalecer sobre o outro, subjugando-o com seus argumentos apresentados ante a autoridade estatal que, após analisá-los, vai determinar qual é o direito que tem a prioridade da sua proteção. No entanto, quando o choque entre os direitos individuais se dá entre pessoas que estão em países diferentes, faz-se necessária a existência de uma legislação internacional comum que possa dirimir o conflito por via legal, sem que haja a prevalência do sentimento de impotência.

Mas como dois países podem ser obrigados a cooperar com uma legislação internacional, sendo que os seus critérios de legislação interna são diferentes, sem que isso pareça arbitrário? Mireille Delmas-Marty² descreve os padrões nacionais e internacionais do *pensar o múltiplo no direito comum*, nos quais se discute o critério de normalidade que permite prescrever uma norma diversificada conforme os tipos de produtos e evolutiva no tempo, oferecendo ao mesmo tempo a possibilidade de uma disposição comum a sistemas jurídicos nacionais diferentes.

Continuando seus estudos sobre o direito comum, Delmas-Marty³ elabora a tese de mundialização do direito onde demonstra o desejo de um mundo habitável por uma sociedade mundial que pode amenizar a consequência das diferenças e aumentar a tolerância dos diferentes. O Direito, como um conjunto de normas, tende a ser o mecanismo mais adequado para orientar e tornar possível a estruturação de uma sociedade civil mundial. A universalização do direito é mais facilmente vislumbrada nos direitos humanos graças à Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴ assinada em 1948 onde estão enumerados os direitos que todos os seres humanos deveriam possuir.

² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 130.

³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. por Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 170-194.

⁴ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://www.onubrasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 10 mar. 2010.

Decorrente da citada declaração, vimos o surgimento da luta pelo reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes, tais como os atribuídos aos adultos. Esta iniciativa deu-se em documentos internacionais, no início do século XX, através da proteção especial para a infância grafada na Declaração de Genebra de 1924. Essa declaração trouxe à luz o importante conceito denominado *interesse superior da criança*, a partir do qual, outros organismos e eventos buscaram desenvolver e modernizar o amparo oferecido pela citada declaração.

Importante centro de conferências e encontros internacionais onde são assinados acordos multilaterais, os Países Baixos gozam do status de país neutro; lá está localizada a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, cujo objetivo é a progressiva unificação das normas de direito internacional privado, dentre os quais se destaca, aqui, a proteção internacional dos direitos da criança.

O Brasil é signatário de duas convenções que dizem respeito às crianças, que são: a Convenção sobre Adoção Internacional de 1993,⁵ na qual o Brasil participou ativamente da elaboração, e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores de 1980,⁶ que o Brasil ratificou.

No Brasil, temos o exemplo da aplicação desta legislação internacional no caso S.R.G., que comoveu a sociedade brasileira para um problema existente. Esse caso comoveu as pessoas que o acompanharam, pelas manchetes dos canais de comunicação, o processo do início ao fim, isto é, desde que o garoto foi sequestrado pela mãe (dos EUA para o Brasil) até o momento em que foi entregue ao pai, quase cinco anos depois.

No caso em questão, foram usados dois argumentos contrários, ambos baseados em legislações internacionais para validar seu posicionamento: de um lado

⁵ BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 3.087*, de 21 de junho de 1999. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁶ BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 3.413*, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em 19 maio 2010.

estava a “Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Interparental de Haia de 1980”, com o fundamento do princípio da residência habitual da criança; de outro estava o “Estatuto da Criança e do Adolescente” (Lei nº 8.069/90) que baseou o art. 4º da “Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959”, com o fundamento do princípio do interesse superior da criança. Ambas as convenções assinadas e ratificadas pelo Brasil.

A total falta de consenso entre as partes litigantes demonstra nesse caso que não há racionalidade quando envolvidas emoções e família, como diz Jürgen Habermas “[...] o que significa que as pessoas se comportem racionalmente? O que significa que as suas emissões ou manifestações devam considerar-se racionais?”⁷ Muitos diriam que a resposta óbvia seria que as partes, em conjunto, deveriam buscar uma solução pacífica considerando os interesses do menor. Fato absolutamente impossível quando se trata de um processo judicial em que as partes não cedem um milímetro.

Aqui se pretende ter uma reflexão crítica sobre a impossibilidade de mensurar qual vem a ser o melhor princípio a ser aplicado. Ora, ambos os princípios estão inseridos no direito interno brasileiro com base em textos que são taxados como de direitos humanos, e, por isso, tidos como incomensuráveis. Nessa perspectiva, pensar no pluralismo jurídico é minimizar o problema central que é a incomensurabilidade dos direitos das crianças: como aplicar em um caso concreto princípios que são tidos como incomparáveis e inderrogáveis? Nesse sentido, o trabalho se desenvolve sob a vertente da obra de James Griffin e Thomas Kuhn, abordados na obra de Ruth Chang: *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reasoning*.⁸

2 O que é o sequestro interparental?

De um lado, o fenômeno da globalização fez com que o deslocamento de indivíduos se tornasse cada vez mais fácil graças ao acesso aos meios de trans-

⁷ HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. Tradução livre. Beacon Press: Boston, 2004. p. 24.

⁸ CHANG, Ruth. *Incommensurability, incomparability and practical reasoning*. Mass: Harvard University Press, 1997.

porte intercontinentais. De outro, o surgimento de famílias multinacionais fez crescer exponencialmente os problemas gerados por essas relações. É comum um brasileiro se mudar para o estrangeiro, ali fixar residência e contrair família, como também é comum estrangeiros virem ao Brasil e aqui contratarem uma família. Os problemas ocorrem quando um desses genitores resolve voltar ao seu país de origem, sem informar ao cônjuge abandonado que está levando ilegalmente a criança do casal.

O problema maior consistia na dificuldade em recuperar a criança sequestrada, que, na maioria das vezes, tinha sua destinação ignorada e a parte interessada não contava com o apoio da autoridade local, isto é, do país onde a criança se encontrava. E quando localizada, por mais irregular que fosse tal circunstância (do deslocamento da criança sequestrada), o processo resultava na não devolução dela.

Não há nada mais terrível para um pai ou mãe do que ter um filho sequestrado, e não há maior traição do que quando este rapto é cometido por um dos genitores. Sequestros internacionais criam *stress* e limitações para os pais que procuram o regresso dos seus filhos, incluindo os encargos financeiros de viajar para outro país em busca de justiça. Embora a Convenção de Haia ofereça proteção para os pais que procuram o regresso de seus filhos sequestrados, a eficácia para aplicá-la, nos termos do tratado, é totalmente dependente da vontade do país onde ela se encontra.

Os casos de sequestros internacionais de crianças estão em ascensão no mundo. Os EUA têm o maior número de incidentes reportados no mundo, com 169 pedidos depositados em 2003 — de acordo com as estatísticas mais recentes compiladas pelo rapto da Convenção de Haia. Isso representa um aumento de 13% desde 1999. Os EUA também receberam 286 pedidos para que as crianças voltassem para outro país, representando um aumento de 23% durante o mesmo período. Em contrapartida, o Canadá recebeu 56 pedidos de pais em busca de ter um filho de volta e fez 43 pedidos para que um filho retornasse a partir de outro país, representando um aumento de 3% nos casos durante esse período de quatro anos.

3 O Brasil e a Convenção da Haia

A primeira abordagem do problema foi levada à Comissão Especial da Conferência de Haia pela delegação canadense como tema para a discussão em 1976, sob o título “*legal kidnapping*”. Iniciou-se, assim, um estudo sobre o “rapto legal de crianças” efetivado pelo pai que, na maioria das vezes, se manifestava insatisfeito com as decisões judiciais que beneficiavam a mãe como a responsável pela criança. Os problemas apresentados decorriam principalmente por duas razões: (1) “[...] a competência era atribuída pelas autoridades do país da residência do menor, que entendiam que sendo a criança removida para outro país, esta passaria a ser a nova residência habitual da criança e, conseqüentemente, a autoridade local passava a ser competente”; (2) “[...] o melhor interesse da criança passou a ser interpretado de acordo com as novas circunstâncias e da própria lei, resultando em uma vitória para o sequestrador”⁹.

Mediante tais conjunturas, a Conferência de Haia se propôs, com a intermediação de fóruns, a elaborar uma convenção específica sobre a retirada ilegal de crianças de seu país de residência habitual, que viria ter sua redação finalizada no final de 1980, cognominada Convenção de Haia sobre o Sequestro Internacional de Crianças. Desde que a Convenção foi criada, 74 países se tornaram signatários. Buscou-se, a partir do relatório dessa Convenção, unificar as normas e os procedimentos referentes ao direito internacional privado para lidar com a questão dos Sequestros Interparentais nos casos em que o pai tem a guarda de direito e a criança em questão foi levada para fora do país onde ela tenha sido residente. Segundo as regras da convenção, a criança deve ser devolvida ao seu país de residência no prazo de seis semanas. A convenção não determina o acesso da criança. Seu objetivo é assegurar que o tribunal onde a criança vivia terá o direito de tomar essa decisão.

A adesão do Brasil como Estado-Membro se deu a partir de sua publicação dada pelo Decreto N° 3.413, de 12 de abril de 2000, publicado no Diário Oficial

⁹ TONINELLO, Fernanda. A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. vol 1, n.º 1, jan-jun, 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 3 maio. 2010.

da União de 13 de abril de 2000. O Brasil não foi signatário da Convenção sobre Sequestro de Crianças, mas aderiu ao texto em 1999, após a aprovação da adesão por meio do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999, o que deu origem à remessa da Carta de Adesão do Estado brasileiro, assinada em 27 de setembro de 1999, tendo o Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos confirmado o depósito do instrumento de adesão em 19 de outubro de 1999, bem como a entrada em vigor da Convenção para o Brasil em 1º de janeiro de 2000. Juntamente com a confirmação das datas de depósito e início de vigência, o comunicado do órgão depositário lembrou “[...] que a adesão somente produzirá efeitos nas relações entre o Brasil e os Estados Partes que tiverem declarado aceitar a adesão”.¹⁰

No Brasil, a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 foi regulamentada pelo Decreto nº. 3951/01 que instituiu o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Sequestro Internacional de crianças. A Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH foi designada como Autoridade Central para realizar as determinações da Convenção. Para os países signatários da Convenção de Haia, o Brasil tem um padrão de descumprimento do tratado, com uma tendência preocupante em tratar casos da Convenção com decisões sobre guarda e muitas vezes negando os pedidos sobre a constatação de que as crianças tornaram-se adaptadas para a cultura brasileira. No Brasil, quando em questões de direito de família, há uma clara preferência em se conceder a custódia para as mães sobre pais e aos cidadãos brasileiros sobre os estrangeiros. Quando uma criança nascida no exterior tenha um dos genitores nacional brasileiro, ao ingressar no Brasil, torna-se automaticamente cidadã brasileira, mesmo que esse ingresso seja ilegal por ter ela sido sequestrada; e, por se tornar cidadã brasileira, a justiça nacional entende muitas vezes que ela não deve sair do país.

¹⁰ MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. *Direitos da criança: o Brasil e a convenção sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças*. Brasília: UniCeub, 2005, p188. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Centro Universitário UniCEUB, Brasília, 2005.

4 Princípio da residência habitual

Cada caso que é trazido ao abrigo da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças requer a determinação da residência habitual da criança em questão. A definição de residência habitual é a chave para o funcionamento de todos os aspectos da Convenção, e ainda não é um termo bem definido na própria Convenção. A escolha da residência habitual de uma criança consiste basicamente em, *prima facie*, encontrar um mecanismo de retorno dela, totalmente adequado. Qual é o local para onde um tribunal deve enviar uma criança transferida ou retida, senão para o habitat e para a sociedade dos quais ela era membro? O sucesso dos doutrinadores não estava tanto em focar em sua residência habitual, mas em não incluir qualquer alternativa de vinculação. Desse modo, a futura Convenção estava assegurada de uma medida de segurança marcadamente ausente de outros instrumentos contemporâneos.

O relatório explicativo de Perez-Vera,¹¹ doutrinadora oficial da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, foi aceito por todas as partes contratantes como a interpretação oficial da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Em seu relatório, Perez-Vera deixou bem claro que a Convenção se destina a impedir a remoção de uma criança de seu “[...] ambiente habitual sem o consentimento da pessoa ou pessoas que têm o direito de guarda da criança”. Segundo ela, o objetivo esmagador e fundamental da Convenção foi estabelecer o regresso da criança retirada do seu ambiente habitual, sem o consentimento do genitor que tem a custódia, para a casa da criança. Ao rever os tipos de casos que podem ser abrangidos pela Convenção, Perez-Vera afirmou que a variedade de circunstâncias diferentes, que podem combinar em um caso particular, torna impossível chegar a uma definição mais precisa em termos legais.

Assim, o Relatório de Perez-Vera estabelece que a linha fundamental da Convenção é evitar a remoção de uma criança do lugar de seu ambiente. Em várias passagens, o Relatório sublinha a necessidade de se preocupar com “o ambiente

¹¹ PEREZ-VERA, ELISA. *Explanatory report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*. Netherlands: HCCH Publications, 1982. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779>. Acesso em: 20 jul. 2010.

habitual” da criança, sobre a recusa de restabelecer uma criança ao seu próprio ambiente, após uma estada no estrangeiro, sobre a prevenção de uma situação em que a criança é retirada do ambiente familiar e social em que sua vida se desenvolveu e sobre como obter o retorno imediato dela ao ambiente do qual foi removida.

O foco no conceito de não perturbar a residência de uma criança que está instalada em um ambiente está expressamente previsto na própria Convenção. O artigo 12 prevê que, se um pedido de regresso da criança não é feito até um ano passa a contar da data da obtenção ou detrito, a criança não deve ser devolvida à residência habitual antes de ela tornar-se estável em seu novo ambiente.¹² Especificamente, o artigo 12 estabelece que a autoridade judicial ou administrativa, mesmo quando o processo tenha sido iniciado após a expiração do prazo de um ano referido anteriormente, deve ordenar também o regresso da criança, salvo seja provado que ela já se encontra em seu novo ambiente.

Utilizando alguns casos ocorridos no âmbito do Direito Internacional Privado, que estão relacionados na jurisprudência do INCADAT da *Hague Conference on Private International Law - HCCH*, foi possível estabelecer as seguintes diretrizes:

A cidadania da criança não é uma determinante da sua residência habitual.

Uma pessoa pode ter apenas uma residência habitual.

Em sua face, refere-se à residência habitual uma residência habitual antes da remoção. O Tribunal deve olhar para trás no tempo, não para frente.

A residência habitual pode ser alterada por uma mudança geográfica e da passagem do tempo, e não por mudanças na afeição parental e da responsabilidade. A mudança na geografia deve ocorrer antes da remoção questionável.

¹² MORLEY, Jeremy D. *The Future of the Grave Risk of Harm Defense in Hague International Child Abduction Cases*. Disponível em <<http://www.international-divorce.com/The-Future-of-the-Grave-Risk-of-Harm-Defense-in-Hague-International-Child-Abduction-Cases.htm>>. Acesso em 20 jul 2010.

Neste sentido, a Corte de Apelação dos Estados Unidos, ao discutir um caso de subtração internacional de menor, estabeleceu o conceito, entendendo que residência habitual da criança é o lugar onde ela esteja fisicamente presente por um montante de tempo suficiente para aclimatação e que tem certo grau de propósito estabelecido a partir da perspectiva da criança. A capacidade de identificar nos fóruns o conceito mais adequado de residência habitual em cada caso específico foi emanada tradicionalmente com ênfase na parte factual, ou seja, se uma pessoa vive em um lugar específico durante um período de tempo. Não obstante as ausências de curta duração de tal lugar não têm o condão de considerá-lo como sua residência habitual.

5 Alienação parental nos casos de sequestro internacional de crianças

Quem lida com conflitos familiares pode entender que, em virtude da sua retirada ilícita do país de origem, o menor não tem qualquer condição de decidir sobre o que deseja, seja pelas limitações de idade, seja pela fragilidade do seu estado emocional. Adentrando no contexto em que um genitor tenta afastar o filho ou a filha do outro genitor, ainda podemos alcançar outras opiniões nessa seara, como o que apresentou Jorge Trindade ao entender a Síndrome da Alienação Parental como sendo “[...] o palco de actualizações diabólicas, vinganças recônditas relacionadas a conflitos subterrâneos inconscientes ou mesmo conscientes, que se espalham como metástases de uma patologia relacional e vincular”.¹³

Conforme a descrição de Gardner, a Síndrome de Alienação Parental é um distúrbio infantil que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda de filhos. Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso. Essa síndrome, segundo o psiquiatra norte-americano, resulta da programação da

¹³ TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça não quer ver*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103.

criança, por parte de um de seus pais, para que rejeite e odeie o outro, somada à colaboração da própria criança – tal colaboração é assinalada como fundamental para que se configure a síndrome. Ainda segundo Gardner, a SAP é mais que uma lavagem cerebral, pois inclui fatores conscientes e inconscientes que motivariam um genitor a conduzir seu(s) filho(s) ao desenvolvimento dessa síndrome, além da contribuição ativa desse(s) na difamação do outro responsável.¹⁴ Isto é, um genitor utiliza-se da chamada “lavagem cerebral” para denegrir a imagem do outro genitor à criança.

A lei brasileira da alienação parental entende esse tipo de alienação como um ato em que se realiza campanha de desqualificação contra o pai ou a mãe (inciso 1º do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.318/2010). Trata-se de uma atitude que dificulta o exercício da autoridade parental (inciso II), o contato de criança ou adolescente com genitor (inciso III), o exercício do direito regulamentado de convivência familiar (inciso IV); exclui propositadamente a um dos genitores informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço (inciso V); dificulta também “[...] apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente” (inciso VI); e “[...] mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós” (inciso VII).

Por isso, como foi explicado pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento da ADPF nº 172/RJ, o compromisso estabelecido no tratado multilateral da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais, como judicial, de modo que o trâmite dos processos ao abrigo de tal Convenção deva ser feito com extrema rapidez e em caráter de urgência, a fim de evitar qualquer prejuízo ao bem-estar do menor.

¹⁴ SOUZA, Analicia Martins de Souza. *Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 99.

6 A incomensurabilidade de valores

Segundo James Griffen, é comum pensar que dois valores não possuem um modo particular de entendimento, nós podemos sopesar valores que pensamos não serem equivalentes, mas isso não se trata de incomensurabilidade; trata-se de uma forma básica de comparação. Para o autor, é correto tratar incomensurabilidade como sinônimo de incomparabilidade. Ressalta, ainda, o autor que:

[...] é fato da vida que alguns valores, por sua natureza, excluem outros. Podemos escolher entre eles, porque as exigências da vida, muitas vezes significam que devemos, mas a escolha não é uma questão de decidir qual se quer; tem que haver uma compensação mais profunda de algum valor que do outro. Nossas escolhas podem nos deixar com perdas incomensuráveis.

Uma vida não pode ser substituída por outra, assim não há base para comparação. Como nada pode substituir a perda de uma criança, não importa quão favoráveis sejam as consequências, a insubstituibilidade de indivíduos não é uma incomparabilidade de valores. A vida não é um valor do mesmo tipo que são os vários elementos de uma boa vida - como o prazer, as relações pessoais, a compaixão etc - ela é sim uma condição necessária para a sua realização.

Alguns autores afirmam que valores são diversos e plurais e que, como bens humanos, não podem ser mensurados. Essas afirmações trazem muitos questionamentos e podem trazer muitas consequências legais. Com entendimento contrário a Griffen, o autor americano de Direito Constitucional, Cass R. Sunstein¹⁵ entende que a noção de incomensurabilidade não se refere inteiramente à incomparabilidade. Afirma esse autor que não podemos dizer que as pessoas valoram diferentes eventos de modos diferentes; disso se resulta que o direito deve ter um modo específico de valoração. Nem podemos tirar lições para o direito do fato que os valores humanos não podem ser alinhados ao longo de uma única métrica. Isso por três razões: primeiro, é necessário explicar que tipo de avaliação é apropriada a fim de formular recomendações para a lei. Segundo, um julgamento sobre o tipo de ava-

¹⁵ SUSTEIN, Cass R. *Incommensurability and kinds of valuation: some applications in law*. In: CHANG, Ruth (Edit.). *Incommensurability, incomparability and practical reasoning*. Mass: Harvard University Press, 1997, p. 234-254.

liação, mesmo que podendo ser alcançado e defendido de forma convincente, não precisa implicar uma conclusão particular para a lei. Terceiro, o sistema jurídico tem ferramentas de reparação, normalmente monetárias. Em vista dessa limitação, o fato de esses remédios não serem comensuráveis com alguns dos danos pode ser no máximo interessante do ponto de vista teórico.

Apesar disso, a existência de bens incomensuráveis e de diversos tipos de avaliação ajuda a iluminar muitas disputas sobre o conteúdo da lei, as instituições jurídicas e o raciocínio jurídico. Uma correta compreensão das questões da incomensurabilidade e os tipos adequados de avaliação ajudam a explicar sobre o que os participantes desses debates estão discutindo. Afirmar que os bens jurídicos de algum modo têm substitutos é parte do entendimento comum; o problema surge quando um bem incomensurável ainda não teve um papel na teoria jurídica. Uma tarefa particularmente grande para a teoria jurídica envolve a descrição adequada de escolhas e como elas devem ser feitas entre os bens incomensuráveis, e uma lista apropriada dos tipos de valoração.

Como diz Elijah Millgram,¹⁶ em um mundo em que há uma pluralidade de conflitos entremecendo a vida pública com a privada, a verdade é que a incomensurabilidade de valores é uma proposta que tenta demonstrar a imparcialidade no julgamento dos casos práticos quando pessoas e bens jurídicos estão em conflito. Não se trata de uma estratégia para demonstrar qual seja o valor ou princípio mais eficiente, mas sim qual seria o bem jurídico que causaria menores perdas à sociedade.

7 Conclusão

A ponderação entre os princípios do melhor interesse da criança e o da residência habitual mostra que há diversos modos de valoração e uma incomensurabilidade de consequências para os processos correntes sobre o que é apropriado

¹⁶ MILLGRAM, Elijah. *Incommensurability and practical reasoning*. In: CHANG, Ruth (Edit.). *Incommensurability, incomparability and practical reasoning*. Mass: Harvard University Press, 1997, p. 150-195.

como fundamentação legal. Mas vale lembrar que nos casos de Sequestro interpaparental a jurisprudência brasileira é clara ao entender que essas demandas tratam exclusivamente da aplicabilidade dos preceitos contidos na Convenção de Haia.

Quando uma criança é muito jovem, em circunstâncias normais, torna-se muito difícil para ela ter a capacidade ou intenção de adquirir uma residência habitual em separado dos pais. Nos casos de Sequestro Internacional, onde a subtração forçada impede qualquer oportunidade de escolha da criança, será a determinação de sua residência habitual o fator preponderante para a escolha do foro onde serão discutidas as pendências relacionadas a ela.

Por isso não comportam nos processos de sequestro internacional a discussão acerca de eventuais direitos decorrentes da guarda, devendo isso ser resolvido pelo juízo de competência natural, o qual é o Estado de residência habitual da criança, antes da ocorrência de sua transferência ou retenção. Logo, a contenda nos casos de Sequestro Interparental sobre direito de guarda da criança se revela igualmente imprópria, via de consequência, a discussão acerca de quem possuiria condições de oferecer melhor qualidade de vida ao menor também é de todo infrutífera.

A criança que tenha sua residência habitual em um estado contratante é protegida pela Convenção de Haia, mesmo antes que ocorra a quebra da guarda ou o impedimento ao direito de visita, desde que ela não tenha atingido ainda a idade de 16 anos. Jacob Dolinger¹⁷ lembra que é necessário, porém, que as partes interessadas posicionem-se requerendo diretamente aos Tribunais dos Estados Contratantes (artigo 29º) para que utilizem de total poder para solicitar a restituição da criança independentemente do tempo (artigo 18). A colaboração dos Países-Parte serve para oferecer celeridade às providências necessárias à devolução.

Uma condição essencial para a devolução da criança é a segurança de que o país para o qual ela está sendo restituída, aceitará analisar e julgar sobre as conse-

¹⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263-264.

quências desse regresso e com quem a criança irá ficar, observando o melhor interesse para ela. Não seria prudente devolver a criança em disputa ao país que esteja sob a intenção de guerra ou sob claros desrespeitos aos direitos civis. Como também não seria prudente devolver a criança a um local onde ela se exponha a danos físicos ou psicológicos, ou numa situação intolerável (artigo 13 da Convenção).¹⁸

Como principais vítimas dessas situações, as crianças contam agora com uma convenção internacional que insere os Estados membros em um regime internacional de localização e avaliação da real situação da criança, que deverá ser restituída ao Estado de residência habitual. Apesar de imperfeita, a Convenção, tem sido uma das melhores alternativas que impera nos casos desta natureza.

International parental kidnapping: the habitual residence principle

Abstract

The present study is to demonstrate the importance of the Hague Convention on the Civil Aspects of Interparental Kidnapping from 1980 on children's rights and clarify what is the definition of the principle of residence used by the members of the Convention. The work is classified as a literature in which data were obtained through literature searches. Books, articles published on the internet, magazines, newspapers and others exhibitions of Brazilian law and the Hague Convention on International Child Abduction were used as research material. Therefore, this work consists in exposing the way of thinking from many scholars that quoted slogans related to the object of this study.

Keywords: International Parental Kidnapping. Child. International Law. Habitual Residence Principle.

¹⁸ BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 3.413*, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em 19 maio 2010.

Referências

CHANG, Ruth. *Incommensurability, incomparability and practical reasoning*. Mass: Harvard University Press, 1997. Tradução livre.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 3.087*, de 21 de junho de 1999. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 3.413*, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em 19 maio 2010.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://www.onubrasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 10 mar. 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: M. Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. por Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EVANS-FEDER, Melissa Ann. *United States Court of Appeals, Third Circuit*. 1995. Tradução livre. Disponível em: <[http://www.missingkids.com/en_US/training_manual/Feder\(1995\).pdf](http://www.missingkids.com/en_US/training_manual/Feder(1995).pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2010.

GRIFFEN, James. *Incommensurability: what's the problem?* In: CHANG, Ruth (Edit.). *Incommensurability, incomparability and practical reasoning*. Mass: Harvard University Press, 1997, p. 35-52.

GRIPP, Patrícia. *Menino norte americano terá que retornar em 48 horas*. Brasília: AGU, 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=115661&id_site=3>. Acesso em: 11 fev. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. Beacon Press: Boston, 2004. Tradução livre.

MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. *Direitos da criança: o Brasil e a convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. Brasília: UniCeub, 2005, p188. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Centro Universitário UniCEUB, Brasília, 2005.

MILLGRAM, Elijah. *Incommensurability and practical reasoning*. In: CHANG, Ruth (Edit.). *Incommensurability, incomparability and practical reasoning*. Mass: Harvard University Press, 1997, p. 150-195.

MORLEY, Jeremy D. *The Future of the Grave Risk of Harm Defense in Hague International Child Abduction Cases*. Disponível em <<http://www.international-divorce.com/The-Future-of-the-Grave-Risk-of-Harm-Defense-in-Hague-International-Child-Abduction-Cases.htm>>. Acesso em 20 jul 2010.

O'DONNELL, Daniel. *A convenção sobre os direitos da criança: estrutura e conteúdo*. Disponível em: <www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 02 jun. 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O direito de família e os desafios do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREZ-VERA, ELISA. *Explanatory report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*. Netherlands: HCCH Publications, 1982. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779>. Acesso em: 20 jul. 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

SOUZA, Analicia Martins de Souza. *Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família*. São Paulo: Cortez, 2010.

SUSTEIN, Cass R. *Incommensurability and kinds of valuation: some applications in law*. In: CHANG, Ruth (Edit.). *Incommensurability, incomparability and practical reasoning*. Mass: Harvard University Press, 1997, p. 234-254.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça não quer ver*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103.

TONINELLO, Fernanda. A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. vol.1, n1, jan-jun. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 3 maio. 2010.

WHITMAN, Christopher B. *Croll v. Croll: the Second Circuit Limits Custody Rights under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. In *Tulane Journal of International & Comparative Law*. New Orleans. vol.9, p. 72-95, jun. 2001. Tradução livre.