

## APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DE TRATADOS NO BRASIL: ESTUDO DIRIGIDO SOBRE JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA CONVENÇÃO SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS (HAIA, 1980)<sup>1</sup>.

Rodrigo Fernandes More<sup>2</sup>

**INTRODUÇÃO.** Ensina-se nas Faculdades de Direito, nas aulas de Direito Internacional Público, que um tratado<sup>3</sup> obriga somente aos Estados que o ratificaram ou que a ele aderiram<sup>4</sup>, e que sua execução comporta duas dimensões: uma internacional e outra interna.

Em linhas gerais, há duas formas de um Estado cumprir com o que se obrigou num tratado: ou o faz de forma direta, ou de forma indireta. A forma de execução direta consiste em obrigações de resultado, ou seja, em obrigações que podem ser cumpridas diretamente pelo Estado e seus órgãos, a exemplo da obrigação de rendição num tratado de paz, ou o ato de adesão como membro de um organismo internacional. Esse caráter direto não retira do ato internacional a necessidade de ser apreciado no âmbito interno, como ocorre no Brasil, pelo Legislativo, ato reconhecido formalmente como ratificação. Na verdade, a característica distintiva entre uma forma e outra está no objeto da obrigação, que se exaure em atos diretos do próprio Estado, sem a necessidade do concurso de qualquer outro agente, senão do próprio Estado.

Assim, a segunda forma de execução, a indireta, detém-se sobre obrigações de meio, ou seja, o Estado se obriga a incorporar ao direito interno obrigações contidas num tratado que, dependendo de sua natureza, podem ser de natureza auto-executável ou de natureza programática, para usar termos utilizados pela doutrina constitucionalista pátria.

A inter-relação entre aquelas duas dimensões - interna e internacional - surge exatamente na análise da natureza dos tratados - se auto-executáveis ou programáticos - e de sua influência sobre sua execução no plano interno, portanto indireto, com reflexos no plano internacional, onde tais obrigações foram constituídas e onde podem ser exigidas, com maior ou menor eficácia, entre os Estados contratantes.

No plano interno, um tratado incorpora-se ao direito brasileiro somente após sua promulgação pelo Presidente da República, ganhando *status* de lei ordinária<sup>5</sup>. No nosso

---

<sup>1</sup> Artigo publicado no volume 21 da Revista Brasileira de Direito, da Editora Lex, São Paulo, 2006. Revisado e atualizado pelo autor em 18.04.2008.

<sup>2</sup> O autor é mestre e doutor em direito internacional pela Faculdade de Direito da USP e consultor *ad hoc* da Secretaria Especial de Política para Mulheres da Presidência da República. O parecer original foi adaptado neste estudo em homenagem ao Professor Dr. Guido Fernando Silva Soares, titular de direito internacional a Faculdade de Direito da USP, cuja obra, amizade e dedicação aos seus alunos serão sempre lembradas com carinho e respeito, e com quem o autor compartilhou as dúvidas acerca deste objeto deste estudo.

<sup>3</sup> O conceito que adotaremos de “tratado” é aquele da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, art. 2º, 1, “a”, segundo o qual “*Tratado*” designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular”. A Convenção de Viena de 1969, como é conhecida, está desde 1995 “aguardando pauta para ordem do dia” na Câmara dos Deputados, onde tramita como a proposição PDC 214/1992.

<sup>4</sup> Assim preceitua o artigo 26 da referida Convenção de Viena de 1969: “*Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé.*”

<sup>5</sup> Ao se incorporar como lei ordinária, o tratado segue o trâmite legislativo no Congresso Nacional de lei ordinária. Por outro lado, há tratados que, na forma do artigo 5º, §2º da Constituição Federal, incorporam

sistema jurídico, por exemplo, há leis programáticas e leis auto-executáveis, que diferem pela exigência, ou não, de regulamentação para serem exigíveis desde logo. O mesmo se aplica aos tratados: há que se questionar a natureza jurídica de seus dispositivos quanto à sua eficácia, ou seja, se são auto-executáveis ou apenas programáticos.

Neste estudo, a análise da natureza jurídica e da eficácia dos tratados incorporados ao direito brasileiro será feita a partir do estudo aplicado a um caso concreto que teve como pano de fundo a Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Haia, 1980), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.413, de 14/04/2001, e regulamentada pelo Decreto nº 3.951, de 04/10/2001, que tem como objeto: “a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.”<sup>6</sup>

Desde sua promulgação, ou seja, desde que passou a fazer parte do sistema jurídico brasileiro como uma lei ordinária, a Convenção tem-se sido utilizada como fundamento legal de mérito em processos judiciais perante o Supremo Tribunal Federal (hoje a competência seria do STJ) e a Justiça Federal com fim de busca, apreensão e retorno (repatriação) de menores seqüestrados de quem lhes detêm a guarda em seus Estados de origem.

Um destes casos judiciais servirá como modelo para desenvolvimento de nossa tese que pretende demonstrar como a inter-relação entre as dimensões interna e internacional das obrigações emergentes de um tratado afeta a ordem interna brasileira.

O caso que estaremos usando como modelo está representado pela Apelação Cível nº 2003.70.000359070-8, relatada pela desembargadora federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb, da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Um parecer do autor com conteúdo semelhante ao deste artigo foi ofertado naqueles autos, com resultado positivo.

Veremos que no Poder Judiciário a Convenção da Haia de 1980 tem levantado muitas questões controversas, que vão desde a legitimidade para a propositura da ação (se da União ou da parte interessada), passando pela interpretação do direito de guarda (principalmente em relação a sua prova como direito, não como fato) e pela necessidade de homologação da própria sentença de guarda para que se efetive o retorno da criança (dada sua natureza constritiva).

Em resumo, são dois os objetivos deste estudo: a) identificar em que medida a natureza jurídica dos tratados influencia na determinação de sua eficácia, efetividade e exeqüibilidade depois de incorporados ao ordenamento pátrio; e, b) demonstrar o viés prático desta influência a partir da interpretação dada pela jurisprudência à Convenção da Haia de 1980.

Para atingir estes objetivos, este estudo propõe se dividir em três tópicos: o primeiro expõe de forma sucinta o caso a ser estudado, sem juízos de valor; o segundo, expõe uma teoria geral que tem como objetivo delinear os fundamentos jurídicos que servirão de apoio para a análise prática da Convenção sobre o caso concreto, que será feita no terceiro tópico.

---

direitos e garantias individuais, cujo trâmite legislativo deve ser aquele de uma Emenda Constitucional, em especial quanto ao *quorum*.

<sup>6</sup> A íntegra da Convenção pode ser obtida em: [www.mj.gov.br/drci](http://www.mj.gov.br/drci), no link “acordos internacionais”. Acesso em 25/11/2005.

**1. O CASO.** O Decreto nº 3.951/01 criou o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Seqüestro Internacional de Crianças, instituiu o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Seqüestrados Internacionalmente e designou a então Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, hoje Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), como autoridade central para dar cumprimento às obrigações previstas na Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças.

Quando um caso adstrito à Convenção da Haia de 1980 chega à SEDH proveniente da Autoridade Central de um Estado signatário, esta aciona a AGU para se dar início aos procedimentos que esta entender necessários. Assim, cabe à AGU decidir, sob o ponto de vista estritamente legal, se tem competência para promoção da “ação de busca e apreensão de menor”, para o repatriamento.

Para justificar seu interesse de agir, seguindo modelos internos a AGU fundamenta suas ações no artigo 21, I, combinado com artigo 131, ambos da CF. Para afirmar a competência, o artigo 109, III, também da CF: a Justiça Federal. O fundamento de mérito se baseia nos artigos 1º, 3º, 11, 16 e 19 da Convenção da Haia de 1980, e o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela pretendida, como medida de urgência, com fundamento nos artigos 2 e 11<sup>7</sup> também da Convenção.

Num caso concreto, que suscitou o desenvolvimento deste estudo, em julho de 2003 a AGU ingressou com “ação de busca, apreensão e repatriação” (sic) de menor que teria sido sequestrada pela própria mãe da Argentina, vindo fixar residência no Brasil.

A pedido da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República, o autor elaborou um estudo e um parecer sobre o caso e teve uma audiência na Secretaria Especial de Direitos Humanos para apresentar os resultados.

Os resultados, que serão apresentados neste estudo, concluíram pelo seguinte: a) ausência das condições da ação – interesse de agir e legitimidade *ad causam* da União, na forma do artigo 301, X, do CPC; b) a inadequação do procedimento escolhido à natureza da causa (artigos 295, I c/c 301, III e 267, I, todos do CPC); c) a inépcia da inicial e pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo (art. 267, IV e IV, ambos do CPC), que impõem à causa sua extinção sem julgamento de mérito; d) a incompetência absoluta da Justiça Federal em face do disposto no artigo 102, I, “h” (com redação vigente à época), da CF, que suscita a hipótese de Reclamação perante o STJ, com fundamento no artigo 102, “f”, da CF.

No caso concreto que atuamos, o processo foi extinto em primeira instância com julgamento de mérito, sob o argumento do artigo 13 da Convenção de Haia, que prevê a negativa de repatriação na hipótese da criança puder se manifestar, conscientemente, em sentido contrário ao pedido, o que de fato ocorreu.

A AGU apelou e a mãe, interpôs apelação adesiva, propugnando pela extinção do processo sem julgamento de mérito pelas razões que são expostas neste artigo. Por maioria, a 3ª Turma do TRF da 4ª Região negou provimento à apelação da AGU e deu provimento à apelação adesiva da mãe. No prazo de embargos infringentes, a mãe ingressou com procedimento de Reclamação junto ao STJ, cujo julgamento foi prejudicado pelo decurso de prazo *in albis* pela AGU para aquele recurso, tornando-se definitiva a extinção do processo sem julgamento de mérito.

A criança continua vivendo com a mãe, no Sul do Brasil. Casos como estes são muito comuns, pois a Secretaria Nacional de Direitos Humanos da Presidência da

---

<sup>7</sup> A íntegra destes artigos pode ser obtida em: [www.mj.gov.br/drci](http://www.mj.gov.br/drci), no link “acordos internacionais”. Acesso em 25/01/2006.

República, equivocadamente, continua a exercer de forma equivocada as funções que lhe foram delegadas por lei, sem questionar a constitucionalidade dos atos administrativos.

Laçados os argumentos dos opostos, surge a questão: o que tem prevalecido e o que deve prevalecer como bom direito?

## Capítulo I Teoria Geral

A tese central defendida neste capítulo é, assim como ocorre no âmbito do direito interno (constitucional) com as chamadas “normas de conteúdo programático”, que há também no âmbito do direito internacional normas dispostas em tratados que carecem de regulamentação, além da incorporação reflexa da ratificação, para serem plenamente exequíveis e exigíveis daqueles que se encontrem sob jurisdição brasileira.

**1. A natureza jurídica dos tratados.** No direito internacional há obrigações que podem ser cumpridas diretamente pelos Estados e seus órgãos, independentemente da incorporação ao ordenamento interno (que no Brasil se expressa pela promulgação), seja em função do regime jurídico da qual emanam (como as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas), seja em função da natureza excepcional da obrigação (como os armistícios, os tratados de paz ou a adesão a uma organização internacional). Estas são chamadas de obrigações de resultado, que se executam de forma direta pelo próprio Estado.

Na outra vertente, há obrigações cujo cumprimento depende de uma série de condições legais: da ratificação do tratado e da sua entrada em vigor, da promulgação (além da ratificação), da incorporação do texto do tratado ao direito interno, como no caso das resoluções do Grupo Mercado Comum no Mercosul<sup>8</sup>, da criação de normas acessórias que permitam seja a obrigação cumprida em conformidade com processualística própria de cada Estado, especialmente de suas instituições. Estas são obrigações de meio, que se executam de forma indireta.

Tanto as obrigações executáveis de forma direta quanto de forma indireta comportam uma segunda análise sobre o conteúdo de seus dispositivos, mais precisamente sobre sua natureza jurídica relativa à eficácia.

Ao se incorporar ao direito interno, um tratado, via de regra, ganha *status* de lei ordinária, devendo sua natureza jurídica e, por conseguinte, seu alcance, efetividade e exequibilidade serem analisados sob o crivo hierarquizado da Constituição Federal. Neste contexto, uma norma, seja ela constitucional ou infra-constitucional, pode ter natureza “programática” ou natureza “auto-executável”. Isso também ocorre com os tratados, com reflexos no plano de direito interno quando a ele incorporados.

No plano internacional, as obrigações de resultado (execução direta) e as obrigações de meio (execução indireta) também podem ser vistas, respectivamente, como derivadas de normas auto-executáveis ou de normas programáticas, usando uma

---

<sup>8</sup> As normas de direito derivado oriundas do GMC/Mercosul, sua executoriedade e obrigatoriedade obedecem a um regime jurídico especial determinado pelo Tratado de Assunção. Considerada esta característica especial, para fins deste estudo, como dependem da “internalização” (preferimos “incorporação” ao neologismo) de ato administrativo da Autoridade Central para se convolverem em normas de direito interno, colocamo-nas entre as normas “não auto-executáveis”.

nomenclatura conhecida de nossa doutrina de Constitucionalista. Já a doutrina internacionalista denomina uma obrigação decorrente de dispositivo programático de *jus dispositivum*; a obrigação decorrente de dispositivo auto-executável, de *jus cogens*<sup>9</sup>.

Assim, a identificação da natureza programática ou auto-executável de um tratado parte, como as normas no plano de direito interno, da interpretação de seus dispositivos.

Usando de métodos interpretativos, pode-se identificar claramente se um tratado cuida de princípios, diretrizes, enfim de regras programáticas, dispositivas (*jus dispositivum*), ou se cuida de obrigações auto-executáveis, a exemplo das chamadas “normas imperativas de direito internacional geral” (*jus cogens*).

A prevalência de uma e outra qualidade de norma, auto-executável ou programática, determina a natureza do tratado que as encerra, ainda que não se possa dizer haver tratados puros, ou seja, que tenham apenas normas de uma ou outra natureza, mas tratados mistos.

Essa distinção entre normas auto-executáveis e programáticas não torna, ressalte-se, uma norma menos obrigatória que outra sob o ponto de vista das obrigações assumidas pelo Estado no tratado, mas influencia sobremaneira sua interpretação e, por conseguinte, sua forma de execução (eficácia), pois a medida da responsabilidade é dada pela interpretação de suas disposições.

Assim, para se interpretar um tratado, para se medir a eficácia que buscam os Estados-Partes com sua conclusão, deve-se antes se indagar o que determina o nascimento de uma norma de auto-executável em detrimento de uma norma programática, e vice versa.

A determinação do conteúdo de um tratado é uma escolha essencialmente política à qual se confere uma moldura jurídica. Neste exercício político é considerado o cenário no qual se desenvolvem as negociações e o processo escolhido para aprovação do texto final, normalmente pautado pela fórmula do consenso (sem voto).

É evidente, por exemplo, que nos foros multilaterais é muito mais difícil o consenso sobre um texto que nos foros bilaterais, o que exige a adoção de uma técnica de redação com termos mais amplos e suficientemente abrangentes para acomodar todos os interesses e, principalmente, para viabilizar o cumprimento do tratado em cada Estado-Parte, consideradas todas as distinções, facilidades e entraves sistêmicos internos reconhecidamente existentes em cada um deles.

É exatamente isso que ocorre com a Convenção da Haia de 1980, ratificada por 75 Estados<sup>10</sup>: sua redação revela tratar-se de um texto de natureza programática, com

---

<sup>9</sup> Os ilustres e renomados internacionalistas, Nguyen DIHN, Alain PELLET e Patrick DAILLER, autores da clássica obra “Droit International Public” ao analisarem a produção das normas internacionais sob o ponto de vista de sua interpretação e redação, destacam a existência de normas internacionais que compreendem duas naturezas distintas: normas de *jus dispositivum* e normas de *jus cogens*. (*Droit International Public*. 6ª ed. Paris: L.G.D.J, 1999). A definição mais singela de *jus cogens* é dada pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, cujo artigo 53 assim dispõe: “É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral [jus cogens]. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral [jus cogens] é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”. (RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 7ª ed. ver. e amp. São Paulo: RT, 2002).

<sup>10</sup> Conferir: [http://hcch.e-vision.nl/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=24](http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.status&cid=24). Acesso em 28/07/05.

termos mais amplos voltados a obrigações de meio, como se verá de forma mais detida adiante.

A natureza jurídica dos tratados tem implicações muito importantes para o deslinde das ações judiciais, como será verificado no caso da convenção da Haia de 1980 no próximo capítulo.

**2. Aplicação e eficácia dos tratados no plano interno: exemplos da prática legislativa do Brasil.** Para corroborar nossa tese de que os tratados, ao se incorporarem ao direito pátrio, mantêm suas características originais derivadas de sua natureza programática ou mesmo auto-executável, vejamos dois exemplos bem simples (e bem distintos entre si quanto ao objeto) de tratados assinados, ratificados e promulgados pelo Brasil que, assim como a Convenção da Haia de 1980, encerram normas programáticas que, posteriormente, foram regulamentadas para ganharem eficácia em território nacional (num sistema de execução indireta).

Nosso objetivo é demonstrar que o texto da Convenção da Haia de 1980, ainda que promulgado e regulamentado, não é suficiente para conferir eficácia e execução plena em território nacional a todas as obrigações de meio assumidas pelo Brasil na própria Convenção.

O primeiro exemplo que tomamos se refere ao crime de genocídio. Após sua caracterização no Estatuto do Tribunal Militar *Ad Hoc* de Nuremberg, ao final da Segunda Guerra Mundial, a Assembléia Geral das Nações Unidas promoveu em 1948, em Paris, a assinatura da Convenção de Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, promulgada no Brasil 4 anos mais tarde pelo Decreto 30.822/52.

Apesar de se reconhecer como um dos mais graves tipos penais entre os chamados “crimes contra a humanidade”, o genocídio ingressou no direito pátrio como tipo penal (definido e punível) apenas após a edição da Lei nº 2.889/56, ou seja, 4 anos depois da promulgação. Até então não se podia dizer ser típico o genocídio no Brasil.

Apesar da relevância do tema que aquela convenção encerrava, a interpretação do texto da Convenção de Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio permite identificar seu conteúdo programático ao estipular uma obrigação geral (de meio) para os Estados adotarem medidas internas contra o genocídio, o que foi feito por lei (regulamentado) no Brasil em 1956. O mesmo ocorre com a Convenção da Haia de 1980.

Um segundo exemplo a corroborar a correção desse posicionamento, mais próximo e evidente em relação ao tema da Convenção da Haia de 1980, está no Estatuto dos Refugiados, cujo texto concluído em Genebra, em 1951, foi promulgado no Brasil apenas 10 anos mais tarde, em 1961 (Decreto nº 50.215). Trata-se de um texto igualmente programático, tanto que seus mecanismos de implementação foram definidos por lei depois de 36 anos de sua promulgação, apenas em 1997 (Lei nº 9.474).

Esses dois exemplos são significativos para nossa análise, pois apesar de tratarem de textos de objeto distintos, sua natureza programática permite corroborar não somente a tese aqui defendida, mas a necessidade de se ter uma regulamentação efetiva que crie instrumentos, que crie mecanismos de execução, de implementação total para a Convenção da Haia de 1980, como se fez com o Estatuto dos Refugiados e com o crime de genocídio. O mecanismo criado para a Convenção da Haia de 1980, o Decreto nº 3.951, de 04/10/2001 não atende satisfatoriamente a esta executoriedade, como veremos no capítulo seguinte.

**3. A responsabilidade do Brasil no plano internacional.** Outro ponto que merece destaque nestas considerações sobre “teoria geral” é a responsabilidade do Brasil (ou dos Estados em geral) pelo cumprimento de tratados.

Há, sem dúvida, responsabilidade do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, cumprimento que se dá, na hipótese das normas programáticas, pela implementação das medidas lá convencionadas no âmbito do ordenamento interno (execução indireta de obrigações de meio).

No entanto, a implementação de medidas de cumprimento (o que se denomina em inglês de “*compliance measures*”, algumas delas sujeitas a um sistema de verificação) depende, como já demonstrado, da natureza jurídica das normas convencionais (programáticas ou auto-executáveis) e da existência de instrumentos de direito interno (infra-estrutura e legislação) que os tornem adequados à luz do ordenamento constitucional, caso contrário, a aplicação de um tratado pode gerar efeito inconstitucional, como aqueles debatidos, por exemplo, no caso do Pacto de San Jose da Costa Rica, relativo à prisão civil do depositário infiel. Podem, ainda, violar princípios constitucionais como os princípios da coisa julgada, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, tal como evidencia a prática judicial sobre a Convenção da Haia de 1980.

Assim, como não cabe ao Executivo nem ao Judiciário a elaboração de leis ou a negociação dos tratados, o que se denomina “processo de conclusão dos tratados”, o Poder Judiciário desempenha uma tarefa muito relevante residual de controle da constitucionalidade sobre os efeitos do tratado incorporado ao direito interno.

No âmbito Judiciário, que na esfera internacional é visto não como um dos 3 Poderes da República, mas como o Brasil em sua unicidade de Poderes, a guarda das responsabilidades do Brasil não podem permitir fazer aflorar características e efeitos auto-executáveis num tratado, como a Convenção da Haia de 1980, que claramente não as contém; não pode permitir, por conta do cumprimento cego e literal de obrigações assumidas em tratados, o desrespeito a princípios de direito e liberdades fundamentais guardados pela Constituição, pois violar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos também é uma forma de violação do Estado a uma obrigação derivada de uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*), que se opõe a todos os tratados<sup>11</sup>.

Não se cumpre uma obrigação violando outra ainda mais importante. Ademais, vale o princípio – “*no right may rise from wrong*”, ou seja, direito algum pode florescer de uma violação de direito, tanto mais de direitos e garantias constitucionais fundamentais.

## Parte II

### Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e a jurisprudência

O objetivo desta Parte II é analisar a aplicação e a execução da Convenção de Haia no Poder Judiciário.

**1. O Poder Judiciário.** Como se disse na introdução a este estudo, a Convenção da Haia de 1980, e seu Decreto regulamentador (Decreto 3.591/01) têm sido utilizados

---

<sup>11</sup> Vide nota 6 retro.

como fundamento de direito para a busca, apreensão e retorno de crianças subtraídas daqueles que lhes detêm a guarda em seus Estados de origem.

O exercício deste direito tem se dado, preponderantemente, por duas vias distintas. A primeira delas por ação de busca e apreensão movida pela União Federal, representada pela Advocacia Geral da União (AGU), perante a Justiça Federal. A segunda, pelo próprio interessado, por carta rogatória, perante o Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>.

As duas vias são, como veremos, equivocadas, já que a busca, apreensão e o retorno de crianças caracterizam-se como medidas judiciais constritivas, de natureza executória, que somente podem operar em território nacional depois de delibadas em processo homologatório perante o Superior Tribunal de Justiça, jamais pela via rogatória ou perante a Justiça Federal, sob pena de se violarem o princípio da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, a soberania nacional expressa no exercício da jurisdição sobre fatos, pessoas e bens situados no território nacional.

Antes de adentrarmos nos aspectos jurídicos derivados destes equívocos, precisamos estabelecer em que medida a natureza jurídica da Convenção da Haia de 1980 pode influenciar o deslinde daqueles mesmos aspectos.

**2. A natureza jurídica da Convenção incorporada.** Vimos que a Convenção da Haia de 1980 encerra normas de direito de conteúdo programático, ou seja, não é auto-executável por si mesma no âmbito do direito interno. Também vimos que a Convenção foi regulamentada pelo Decreto nº 3.951/01 que, em tese, teria conferido a ela a executoriedade necessária para que a Convenção fosse, definitivamente, implementada no Brasil.

No entanto, essa regulamentação não foi suficiente para imprimir ao texto da Convenção o caráter executório que ela em seu texto original não também possui.

Confira-se, por exemplo, o artigo 2º da Convenção da Haia de 1980:

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

Na interpretação de normas de direito internacional, “*tomar todas as medidas apropriadas*” significa adaptar, modificar ou criar instrumentos legais internos para sua execução, e não um conteúdo auto-executável. Cabe ao Estado decidir como implementar tal obrigação. Trata-se, como se disse, de uma obrigação de meio, de uma norma programática.

Estes instrumentos legais internos sob o ponto de vista do Brasil disponibilizaram-se para cumprimento da Convenção com o Decreto nº 3.951, de 04/10/2001, que “[d]esigna a Autoridade Central para dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças, cria o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Seqüestro Internacional de Crianças e institui o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Seqüestrados Internacionalmente.”

No entanto, confrontando-se a Convenção programática com o Decreto regulamentador, percebe-se que o artigo 7º da Convenção, especialmente no que se refere ao item “f”, não guarda identidade com o artigo 2º do Decreto.

---

<sup>12</sup> Competência hoje do Superior Tribunal de Justiça, conforme EC nº 45/2004.

Reza o artigo 7º da Convenção da Haia, igualmente de natureza programática:

*“Art. 7º. As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.*

*Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:*

*(...)*

*f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança, ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;*

*(...)”*

Esse dispositivo foi sumariamente suprimido da redação imposta ao artigo 2º do Decreto regulamentador. Confira-se na íntegra:

*“Art. 2º. Compete à Autoridade Central:*

*I - representar os interesses do Estado brasileiro na proteção das crianças e dos adolescentes dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícita;*

*II - estabelecer os procedimentos que garantam o regresso imediato das crianças e adolescentes ao estado de sua residência habitual;*

*III - receber todas as comunicações oriundas das Autoridades Centrais dos Estados contratantes;*

*IV - promover ações de cooperação técnica e colaboração com as Autoridades Centrais dos Estados contratantes e outras autoridades públicas, a fim de localizar a criança ou o adolescente deslocado ou retido ilícitamente e assegurar, no plano administrativo, se necessário e oportuno, o seu regresso;*

*V - tomar medidas apropriadas para:*

*a) fornecer informações relativas a legislação brasileira e dados estatísticos referentes ao seqüestro de crianças e adolescentes;*

*b) informar-se mutuamente sobre o funcionamento da Convenção e, na medida do possível, eliminar os obstáculos que eventualmente se apresentem;*

*c) proceder à troca de informações relativas à situação social da criança ou do adolescente, em caso de necessidade;*

*d) padronizar os requerimentos para regresso de crianças ou adolescentes e para a organização e exercício efetivo do direito de visita, de acordo com a recomendação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças;*

*e) assegurar a restituição voluntária da criança ou do adolescente ou facilitar uma solução amigável;*

*f) assegurar a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita;*

*g) garantir junto ao Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, por meio da Divisão de Polícia Criminal Internacional - INTERPOL, a localização de crianças e adolescentes deslocados ou retidos ilícitamente; e*

*h) evitar novos danos à criança ou ao adolescente ou prejuízo às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar as medidas preventivas previstas no Título III da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;*

*VI - utilizar dados armazenados no Sistema de Informação para a Infância e Adolescência - SIPIA, para análise e decisão quanto:*

*a) aos nomes dos interessados no processo de solicitação de prestação de assistência, de forma a assegurar o regresso da criança ou do adolescente que tenha sido deslocado ou retirado de sua residência habitual na violação do direito de custódia;*

*b) aos nomes de crianças e adolescentes desaparecidos ou que tenham sido deslocados ou retirados de sua residência habitual;*

*c) ao cruzamento dos dados sobre crianças desaparecidas com os de crianças dadas em adoção internacional, para possível identificação de adoções ilegais; e*

*d) as estatísticas relativas às informações sobre crianças e adolescentes desaparecidas ou que tenham sido deslocados ou retirados de sua residência habitual em violação de um direito de custódia;*

*VII - tomar medidas em conjunto com outras autoridades públicas para acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica;*

*VIII - fornecer ao Departamento de Polícia Federal os dados referentes às crianças e aos adolescentes desaparecidos ou que tenham sido deslocados ou retirados de sua residência habitual em violação do direito de custódia, para que sejam feitas diligências nacionais e internacionais; e*

*IX - adotar as providências, em conjunto com o Ministério das Relações Exteriores e com o Departamento de Polícia Federal, para assegurar o regresso das crianças e adolescentes brasileiros transferidos ilicitamente para o exterior.”*

Note-se que o artigo 7º da Convenção é bastante preciso ao se referir a “dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança, ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita”.

Por outro lado, no Decreto, em seu artigo 2º, os incisos II (“estabelecer os procedimentos que garantam o regresso imediato das crianças e adolescentes ao estado de sua residência habitual”) e IV (“promover ações de cooperação técnica e colaboração com as Autoridades Centrais dos Estados contratantes e outras autoridades públicas, a fim de localizar a criança ou o adolescente deslocado ou retido ilicitamente e assegurar, no plano administrativo, se necessário e oportuno, o seu regresso”) não se referem aos procedimentos judiciais, mas se limitam aos administrativos.

A questão que emerge é: por que não há esta identidade?

Não há identidade porque decidiu o Brasil que as funções da Autoridade Central não incluiria ”... dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo...” (artigo 7º, “f”, da Convenção da Haia de 1980, suprimido do artigo 2º do Decreto nº 3.951/01). Mesmo que, *ad argumentandum*, se pudesse reconhecer efeito auto-executável ao artigo 7º da Convenção, a inexistência de competência expressa para propositura de ações no artigo 2º do Decreto regulamentador fulmina a legitimidade ativa da União Federal, já que a nenhum órgão além da Autoridade Central brasileira foi atribuída tal competência.

Assim, conclui-se que o Decreto não conferiu executoriedade judiciária plena (ou judicial) à Convenção, apenas atribuiu à Secretaria Especial dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, competência para regulamentar as atribuições administrativas elencadas em seu artigo 2º. Nada mais.

Não há no referido Decreto qualquer disposição sob o ponto de vista jurisdicional (medidas judiciais), alteração de prazos ou criação de ritos processuais, a substituição processual das partes pela União. Existem apenas disposições sob o ponto de vista administrativo (medidas administrativas) para permitir o cumprimento do tratado.

Em outras palavras, nem a Convenção promulgada, que tem hierarquia de lei ordinária de conteúdo programático, nem o Decreto regulamentador suportam a existência de ações judiciais propostas pela União Federal perante a Justiça Federal: a União Federal é parte ilegítima nestas ações. Retomaremos este aspecto mais adiante.

**3. A responsabilidade do Brasil.** A responsabilidade do Brasil pelo cumprimento das obrigações assumidas na Convenção é aferida, segundo orientação Constitucional, através do referido Decreto nº 3.951/01.

As “medidas adequadas” a que se refere a Convenção (art. 2º) não podem importar, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, em medidas inconstitucionais que atinjam, especialmente, o direito de ampla defesa, do contraditório e, ainda de forma mais especial, que usurpe do Superior Tribunal de Justiça a prerrogativa de juízo de delibação sobre decisões estrangeiras que pretendam produzir efeitos em território nacional.

O cumprimento das obrigações internacionais do Brasil não importa, sob a ótica do direito interno vigente no Brasil, na assunção por parte da União da defesa de interesses de outrem em nome próprio, pois não há previsão legal neste sentido que a permita, nem no referido Decreto.

A responsabilidade do Brasil não se consubstancia na tomada de medidas judiciais (de execução), mas em medidas administrativas, conforme se depreende do conteúdo do referido Decreto nº 3.951/01.

**4. As ações propostas na Justiça Federal.** A pedido da Secretaria Especial de Direitos Humanos, a AGU tem proposto ações com fundamento na Convenção da Haia na Justiça Federal sob fundamento do artigo 109, III, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

A competência da Justiça Federal para julgar “*as causas fundadas em tratado internacional ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional*” é fixada em função do fundamento legal do pedido, de acordo com o juízo de mérito do Juiz Federal, mas somente para conflitos de competência entre a Justiça Federal e a Estadual<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> O Superior Tribunal de Justiça já apreciou a matéria em Conflito de Competência sobre o artigo 109, III, da Constituição entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual em causa envolvendo danos ao meio ambiente (neste sentido confira-se: CC 16953/SP. Conflito de Competência 1996/0024154-6. Relator: Ministro Ari Pargendler. STJ - 1ª Seção. Julgamento: 26/06/1996. Publicação: DJ 19.08.1996 p. 28417).

De fato, a ação proposta tem inegável fundamento em tratado da União com Estado estrangeiro, mas a natureza do tratado (programático), a prova do direito alegado e os efeitos de sua execução só podem ser executáveis em território nacional somente após o crivo privativo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), caso contrário admitir-se-ia que a Convenção sobrepõe-se à própria Constituição, alterando-a naquilo que ela identifica como competência privativa do STJ quanto ao cumprimento de sentenças estrangeiras no Brasil. Além disso, o referido artigo 109, III somente se aplica a tratados auto-executáveis, o que não é o caso da Convenção da Haia.

Este o ponto central deste item em análise: o que a Convenção pretende, na verdade, é fazer executar no Brasil uma sentença estrangeira de retorno de criança seqüestrada.

Neste sentido, nossa tese é que demandas judiciais fundadas na Convenção de Haia, ou mesmo em tratados de semelhante natureza, independentemente da questão legitimidade ativa da União, que será analisada adiante, devem ser propostas perante o Superior Tribunal de Justiça, e o devem pelas seguintes razões:

i) a interpretação dos artigos da Convenção, especialmente o artigo 3º, “a”, permite inferir que a Convenção baseia-se na violação de um “direito de guarda”, ou puramente de um “direito”, não de “fatos”. Assim a guarda de menor seqüestrada não se trata de “fato” que se prove na forma do artigo 13 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)<sup>14</sup>, mas de direito guardado em sentença. De acordo com a Convenção (artigo 3º):

*“O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado”;*

ii) para produzir efeitos em sistemas como o do Brasil, o direito de guarda (que não é “fato”) deve estar instrumentalizado em decisão judicial transitada em julgado, revestido pois da característica da imutabilidade;

iii) no Brasil, o único órgão judiciário apto a deliberar sobre decisões estrangeiras que pretendam produzir efeitos em território nacional é o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, “i”);

iv) a entrega de criança, na forma da Convenção, não prescinde a análise da existência ou não do direito de guarda, ou seja, não prescinde do juízo de delibação sobre sentença estrangeira (de guarda) que pretenda surtir efeitos (entrega de criança) no Brasil.

Isso significa que as decisões proferidas noutro Estado não são meros elementos de prova que possam ser analisados perante a Justiça Federal (artigo 109, III, da Constituição), mas questão de jurisdição afeta às atribuições constitucionais do STJ.

Esse impedimento constitucional de análise da matéria de direito pela Justiça Federal pode animar operadores mais criativos a desviar a questão da guarda (elemento de direito essencial para a aplicação da Convenção) para a simples busca do retorno da criança com base em lei ordinária oriunda de tratado, cuja natureza, como vimos, é meramente programática.

Como se disse, o ponto central de análise está no efeito pretendido: o retorno da criança. Esse retorno somente pode se dar, na forma da Constituição Federal, mediante procedimento homologatório perante o STJ, no qual se afira, preservados o direito à

<sup>14</sup> Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, se existe ou não o direito de guarda sobre o qual se funda a pretensão de entrega da criança, se trata de decisão precária ou não. Qualquer procedimento diferente consubstancia-se em fraude à norma constitucional.

Em resumo, a propositura de ação (seja qual for seu nome) perante a Justiça Federal viola o artigo 105, I, “i” da Constituição Federal, com a usurpação da função privativa do STJ, fazendo surgir a hipótese de Reclamação, contida no artigo 105, I, “f” da Constituição Federal e artigos 187 usque 192 do RISTJ. Neste sentido, confira-se caso idêntico julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

*“1. Com esta carta rogatória, originária do Juizado de Letras do Crime de Santiago, na República do Chile, visa-se a obter, com as autoridades nacionais, a localização, bem como o retorno ao país de origem, dos menores Amana Guerra Bioni, Milla Guerra Bioni, Theo Guerra Bioni e Bianca Guerra Bioni. À folha 19, determinei que se procedesse à intimação da interessada, nos termos do disposto no artigo 226 do Regimento Interno desta Corte, providência cumprida com êxito (folhas 61 e 62). Conforme certificado à folha 73, não foi apresentada impugnação.*

*O parecer do Procurador-Geral da República, de folha 76 a 79, é pelo indeferimento da execução, diante da ausência de homologação de sentença estrangeira que disponha sobre "a suspensão ou mesmo subtração da guarda da genitora dos menores".*

*Em 21 de fevereiro de 2002, o Ministério das Relações Exteriores encaminhou cópia da Nota Verbal nº 13, de 18 de janeiro de 2002 - por meio da qual a Embaixada do Chile solicitou que fosse dado conhecimento a esta Corte do Ofício nº 2.487, expedido pela Corporação de Assistência Judicial da Região Metropolitana, relativo aos menores Amana, Milla, Theo e Bianca Guerra Bioni - e acrescentou que, por meio do Decreto nº 3.951, de 4 de outubro de 2001, em vigor desde 7 de janeiro de 2002, criou-se o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Seqüestro Internacional de Crianças, instituiu-se o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Seqüestrados Internacionalmente e designou-se a Secretaria Especial dos Direitos Humanos como autoridade central para dar cumprimento às obrigações previstas na Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças.*

*Diante dos documentos novos anexados, determinei o retorno dos autos ao Ministério Público, que, na peça de folha 167 a 170, aludindo ao precedente revelado com o julgamento da Carta Rogatória nº 9.779-8, preconiza a devolução do processo à autoridade competente. Cumpre salientar que se encontra apensada a este processo a Carta Rogatória nº 10.266-6, cujo objeto é idêntico ao deste instrumento.*

*2. Realmente, não se pode dar cumprimento a esta carta. Ato de constrição a ser praticado no Brasil pressupõe a homologação do título que o encerre. Esse aspecto ficou devidamente esclarecido na decisão proferida na Carta Rogatória nº 9.779-8, que, transcrita no parecer do Procurador-Geral da República, tem o seguinte teor:*

*“CARTA ROGATÓRIA - CONFIGURAÇÃO - INEXISTÊNCIA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. A Chefe da Divisão Jurídica do*

*Ministério das Relações Exteriores encaminhou a esta Corte o Ofício nº 102, acompanhado de documentos, que trata da "solicitação judicial expedida pela Justiça chilena ao abrigo da CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS, referente à documentação formalizadora do pedido de restituição ao Chile dos menores de sobrenome GUERRA BIONI".*

*A peça revela, mais, não haver sido designada, no Brasil, a autoridade central de que cogita a Convenção. Daí a utilização da própria via diplomática. À folha 4 à 7, está a tradução do Ofício nº 1581/2001, da Diretora Geral da Corporação de Assistência Judiciária do Chile, consoante o qual, em razão do que decidido na sentença da Terceira Vara de Menores de Santiago, à mãe dos menores está proibido retirá-los daquele País. Seguem-se documentos relativos a incidentes, bem como àquela sentença, cujo teor, devidamente traduzido, encontra-se à folha 25 à 38. Juntaram-se também peças concernentes à ação criminal movida por Roberto Mário Guerra Toledo, pai dos menores (folha 57 à 67), e cópias de documentos identificadores destes. À folha 188, despachou o Ministro Carlos Velloso, que me antecedeu nesta Presidência, abrindo vista à Procuradoria Geral da República, cujo primeiro pronunciamento foi pela concessão da execução da sentença estrangeira (folhas 190 e 191). Os autos voltaram ao Ministério Público ante o ato da Presidência de folhas 193 e 194, no qual restou consignado:*

*Verifica-se, todavia, que se sustenta, no pedido encaminhado nesta rogatória, violação ao artigo 3º da mencionada convenção. O referido artigo, porém, nesse ponto, aborda a questão referente à violação a direito de guarda de crianças. Neste caso, a mãe tem a guarda dos filhos e, ao que parece, até o momento, não lhe foi subtraída.*

*Do exposto, dou nova vista à Procuradoria-Geral da República para que se manifeste com relação à transferência e à retenção ilícita de crianças por quem possui a guarda delas. Já no pronunciamento de folha 196 a 198, a Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo "indeferimento do pedido rogatório", isso à luz dos seguintes fundamentos:*

*"2. Consoante ressei dos autos, a guarda das referidas crianças pertence a sua genitora, não tendo sido referido, em oportunidade alguma, sobre o questionamento judicial da guarda dos menores na justiça chilena ou mesmo no Brasil.*

*3. De se ressaltar que, de igual forma, não houve menção a qualquer pedido de homologação pelo genitor ou de representante legal, perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil, de sentença estrangeira sobre a suspensão ou revogação da guarda da genitora das menores, o que, inegavelmente, constitui requisito formal para a eventual transferência ou entrega dos menores reclamados.*

*4. Assim, ainda que a retenção das crianças, por parte da genitora, tenha ocorrido ilicitamente conforme consta do pedido rogatório, há de se verificar, na espécie sub examine, que, em tese, resta afastada a hipótese de seqüestro internacional de menores, praticado por quem, ressalte-se, detém a posse das crianças.*

*5. De se observar, quanto à particularidade da quaestio juris, que ante a inexistência de homologação de sentença estrangeira acerca da suspensão ou mesmo subtração da guarda da genitora dos menores, o pedido*

*rogatório não comporta deferimento, por ofender a soberania nacional e a ordem social, razão pela qual, retifica-se, assim, in totum, a anterior manifestação deste Órgão Ministerial encartada às fls. 190/191. Aos autos veio, então, nota da Embaixada do Chile, na qual se alude à Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e à ausência, no Brasil, da autoridade central nela prevista. “*

*2. Em um primeiro plano, ter-se-ia a necessidade de chamar o processo à ordem para a observância do disposto no artigo 226 do Regimento Interno: Recebida a rogatória, o interessado residente no país será intimado, podendo, no prazo de cinco dias, impugná-la. Consta nos autos até mesmo o paradeiro da mãe dos menores - que estaria, com os filhos, em fazenda do respectivo genitor, localizada em Pilar do Sul - CEP 18190-000/SP, telefone 55-152-781985 (folha 36). Há os endereços também dos irmãos da mãe dos menores (folha 37). Assim, não se encontraria dificuldade em proceder à intimação prevista no Regimento Interno.*

*Antes do exame desse tema, todavia, cumpre atentar para a origem do pedido formulado. O pai das crianças logrou, é certo, no âmbito da jurisdição chilena, sentença indeferitória de autorização para a mãe dos menores, acompanhada destes, deixar o Chile (folha 32). É o único título judicial anexado aos autos e que, vale registrar, não comportaria execução, em si. Acresce que, na espécie, não se cuida de carta rogatória, mas apenas de ofício de órgão administrativo, isto é, da Corporação de Assistência Judiciária versada na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Ao que tudo indica, o pai dos menores, ante o indeferimento do pedido de deslocamento destes, em vez de ingressar em juízo para o tornar prevaletente, acionou, na forma da peça de folha 33 a 38, o órgão administrativo, e este dirigiu-se, então, ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil.*

*Em síntese, inexistente pleito emanado de juízo ou tribunal visando à cooperação jurisdicional. É de frisar que a própria Convenção, aplicada no Brasil em face do disposto no Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, prevê duas espécies de cumprimento das normas nela insertas, ou seja, via órgãos de cooperação - e aí o Brasil ainda não designou autoridade para o personificar - e mediante carta rogatória. A execução em tela pressupõe sentença estrangeira e, mais do que isso, solicitação formalizada por juízo ou tribunal.*

*3. Diante desse quadro, nego seguimento à peça de folha 2 a 7 dos autos. 4. Dê-se ciência ao Ministério das Relações Exteriores. 5. Publique-se.*

*3. Devolva-se esta carta rogatória ao Ministério das Relações Exteriores, para o encaminhamento devido à Embaixada do Chile, procedendo-se de idêntica forma relativamente à Carta Rogatória nº 10.266, que tem o mesmo objeto. 4. Publique-se. Brasília, 24 de setembro de 2002. Ministro MARCO AURÉLIO Presidente.*

*(CR 9968 , Relator Min. MARCO AURÉLIO, DJ 07/10/2002, p. 00018, j. 24/09/2002 – grifos nossos)*

**d) A ilegitimidade de parte da União.** Se a propositura de processo judicial não se inclui entre as atribuições da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (Decreto nº

3.951/01, art. 2º), a União (AGU) não tem legitimidade para figurar no pólo ativo de ações fundadas naquela Convenção.

A tese “prática” defendida pela AGU naqueles processos - de guarda da responsabilidade internacional do Brasil – é resultado de uma interpretação equivocada de suas atribuições constitucionais (artigo 131 da Constituição) que, de sua vez, conduz a uma interpretação ainda mais equivocada sobre a legitimidade *ad causam* da União para demandar em juízo pelo retorno de crianças com base na Convenção de Haia.

Ocorre uma confusão sobre autoridade e competência para cumprimento de tratados internacionais, do plano interno para o plano internacional. No plano do direito interno, não cabe à AGU controlar, monitorar ou exigir cumprimento de particulares de um tratado internacional que não tem natureza auto-executável, mas meramente programática, e que não atinge aos particulares diretamente, mas pela via reflexa.

Isso significa que a AGU reclama de um particular (a mãe X) o cumprimento de tratado internacional, cujos instrumentos para garantir efetividade não cuidou de providenciar ou, mais grave, decidiu não incluir no artigo 2º do decreto regulamentador. Há uma inversão absurda de valores que são válidos numa via – a via do particular contra o Estado – mas são ilegítimos na via reversa – do Estado contra o particular.

A tese “prática” defendida pela AGU permite o absurdo de o Estado demandar contra o particular o cumprimento de um tratado internacional, quando ela deveria ser demandada a cumpri-lo por outro Estado ou pelo particular, como ocorre nos casos das violações de direitos humanos levadas à Corte de Direitos Humanos de San José, na Costa Rica.

É de se reconhecer, assim, a ilegitimidade *ad causam* da União, da AGU, para demandar em nome próprio direitos de particulares, em flagrante violação de sua competência constitucional (referido artigo 131).

No direito internacional, a responsabilidade do Estado não distingue entre os atos do Estado nas esferas interna e internacional: o Estado simplesmente responde pelo cumprimento das obrigações assumidas, sem exceções, nem mesmo de ordem constitucional interna.

No entanto, mesmo impedidas pelo “direito”, estas exceções ocorrem “de fato” e impedem que as obrigações se cumpram de forma satisfatória, como ocorreu no caso do *Pacto de San Jose* ao qual já nos referimos.

Já no caso da Convenção de Haia, como já defendemos, sua aplicação não pode exceder os limites impostos pela Constituição, nem alterar prazos processuais (a Convenção, que é lei ordinária, estipula prazos exíguos para atos administrativos, portanto não judiciais, que não fazem parte do decreto).

Em suma, a Convenção de Haia e de seu Decreto 3.951/01, cujo artigo 2º, diferentemente do que dispõe o artigo 7º da Convenção, não legitima a União (AGU) a propor ações judiciais fundadas na Convenção. Essas devem ser propostas perante o STJ, em procedimento homologatório, pelo próprio interessado, no qual oficiará o Ministério Público Federal.

**e) Falta de interesse de agir.** Diz a doutrina que a ausência de qualquer uma das condições da ação - possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir ou legitimidade *ad causam* – implica na carência da ação, hipótese impeditiva do exercício do direito da autora, a União (art. 301, X, do CPC). Na ação analisada estão ausentes duas das condições da ação: o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*.

Para que exista o interesse de agir, “o procedimento deve ser apto a corrigir o mal sobre o qual o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser”<sup>15</sup>.

O procedimento geralmente escolhido pela AGU, como no caso em comento – uma cautelar de busca a apreensão da menor – não é apto a produzir o efeito pretendido pela União, qual seja de fazer retornar a menor à Argentina, pois trata-se da busca de efeito jurídico em território estrangeiro (do Brasil), por meio inadequado (cautelar), de decisão judicial argentina (direito de guarda e de visita), que somente se pode veicular perante o STJ, em procedimento homologatório, na forma da lei;

Neste contexto, é flagrante a *falta de interesse de agir* da UF, que somada à *ilegitimidade ad causam* importam na carência da ação. Mas não é só.

**f) Inadequação do procedimento escolhido à natureza da causa.** Em se reconhecendo a carência da ação pelos motivos já expostos, a inépcia da inicial deve ser conseqüentemente reconhecida pela inadequação do procedimento escolhido à natureza da causa (art. 267, I, c/c art. 295, I e 301, III, todos do CPC).

**g) Ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.** Constata-se também a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV), os quais, na perspectiva do autor (seja ele quem for), jamais se farão presentes em via imprópria, além de falta de interesse processual (art. 267, VI), impondo em todas essas hipóteses a extinção do processo sem julgamento de mérito.

**h) A assistência.** Assistente não é autor, é assistente. A regra processual é óbvia, mas no caso em análise isso ocorreu ao arrepio da lei. O pai da criança, que deveria propugnar em nome próprio pelo retorno da filha perante o Supremo Tribunal Federal, munido da sentença estrangeira que cumpra os requisitos da lei para fazê-la apta a produzir efeitos em território nacional, foi admitido na ação como assistente.

A assistência, obviamente, não corrige o vício da ilegitimidade da União Federal, conduzindo a ação à extinção sem julgamento de mérito, não ao julgamento de improcedência.

**2. Conclusões.** Em resumo, temos:

- a) a Convenção da Haia tem natureza programática, carecendo de um instrumento de direito interno (um decreto ou lei) que lhe confira natureza executável, não sendo, portanto, auto-aplicável *per se* como lei ordinária;
- b) Confrontando o artigo 7º da Convenção de Haia com seu análogo, o artigo 2º do Decreto nº 3.951/01, percebe-se não haver identidade entre eles, ou seja, o Decreto regulamentador não prevê “... dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança, ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita”, conforme consta do referido artigo 7º;
- c) Conforme jurisprudência do STF em casos idênticos, a via processual adequada para realização do objeto da Convenção da Haia é a homologação de sentença estrangeira, cujo foro privativo está no próprio STJ, constituindo-se em violação do artigo 105, I, “i”, da Constituição Federal;

<sup>15</sup> DINAMARCO, GRINOVER e CINTRA. Teoria Geral do Processo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.259/261.

- d) A iniciativa da União afasta as condições da ação (interesse de agir e legitimidade ad causam), importando na negativa de vigência ao artigo 301, X, do CPC;
- e) A escolha do procedimento inadequado à natureza da causa conduz à negativa de vigência aos artigos 295, I c/c 301, III e 267, I, todos do CPC;
- f) A inépcia da inicial (modelo da AGU) e a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo importam na negativa de vigência aos incisos IV e VI, ambos do artigo 267 do CPC.

O seqüestro internacional de crianças, infelizmente, é uma realidade, mas nem todos os casos relatados à Justiça são, de fato, oriundos de seqüestro, como o caso que analisamos. Outra realidade grave é a violência praticada contra a Mulher, que nem sempre tem alternativa além da fuga, uma fuga que não mede conseqüências e que muito raramente considera a hipótese de abandonar os filhos. Filhos não são uma opção, uma escolha, são vida e alento.

Neste sentido, e para finalizar nossa análise com um dado de Humanidade, a Convenção da Haia prevê o retorno da criança não é obrigatório (artigo 13 da Convenção), caso se prove:

*“a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa, da criança exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou*

*b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.*

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

*Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.”*

Em suma, o objetivo final das partes no processo, inclusive das autoridades envolvidas, sejam elas administrativas (Secretaria Nacional de direitos Humanos) ou judiciais (Poder Judiciário), deve ser sempre o bem da criança, independentemente das querelas jurídicas entre os pais. O Direito deve ser exercido para o Bem.