



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

LORENA GAMA PEREIRA

**A (IN)APLICABILIDADE DA NORMA PENAL NO CASO DE SEQUESTRO
INTERPARENTAL EM FACE DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980**

**CAMPINA GRANDE
2018**

LORENA GAMA PEREIRA

**A (IN)APLICABILIDADE DA NORMA PENAL NO CASO DE SEQUESTRO
INTERPARENTAL EM FACE DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel(a) em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Me. Marcelo D'Angelo Lara.

**CAMPINA GRANDE
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

P436i Pereira, Lorena Gama.

A (in)aplicabilidade da norma penal no caso de sequestro interparental em face da Convenção de Haia de 1980 [manuscrito] / Lorena Gama Pereira. - 2018.

26 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.

"Orientação : Prof. Me. Marcelo D'angelo Lara, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Sequestro interparental. 2. Convenção de Haia. 3. Norma penal. I. Título

21. ed. CDD 345

LORENA GAMA PEREIRA

A (IN)APLICABILIDADE DA NORMA PENAL NO CASO DE SEQUESTRO
INTERPARENTAL EM FACE DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel(a) em Direito.

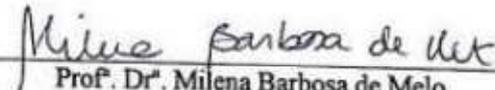
Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 05/12/18.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Marcelo B. Angelo Lara (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Milena Barbosa de Melo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Cristina Parva Serafim Gadelha Campos
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha avó, Zirinha, por ser minha inspiração e
motivação diárias, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela força e amor de sempre, por permitir a minha identificação na minha vida acadêmica e profissional. A Ele devo todas as minhas conquistas já alcançadas;

À toda a minha família, pelo amor e incentivo. Por acreditarem em mim, quando, muitas vezes, eu não o fazia. Em especial à minha avó Zirinha, por todo amor e cuidado comigo ao longo desses – quase – 23 anos. Por ser meu exemplo de ser humano, minha força, alegria e amparo. Pela sabedoria inequívoca em seus conselhos e pelo carinho inigualável em seu olhar e abraço;

À minha mãe, Betania, por não medir esforços para a minha felicidade e ser também um exemplo de força e perseverança;

À minha irmã, Marina, por ser o melhor presente que já ganhei. Agradeço por ser luz em minha vida e, apesar das diferenças, fazer-me crescer enquanto ser humano e me incentivar a ser uma pessoa melhor;

Aos meus amigos da época do colégio, pelo apoio e companhia de sempre, por cada conquista comigo comemorada. Agradeço a compreensão pela minha ausência ao longo desse ano, durante os períodos de estudos, em especial a Priscila e Bruno, por compartilharem comigo os anseios e dificuldades da vida, sempre me aconselhando e ajudando a enxergar o lado bom das coisas;

Aos amigos que fiz ao longo desse curso e que levarei para a vida inteira: Karen, Vitória, Amanda, Filipe, Gabriel, Kenedy, Douglas (Biu), Ângelo e GD (*in memoriam*). Não tenho palavras para agradecer a amizade e parceria ao longo desses cinco anos e meio. Com eles, a jornada se tornou mais leve e divertida. Serei eternamente grata pelos momentos vividos dentro e fora do ambiente acadêmico e espero continuar partilhando-os após o fim do curso, com a mesma sintonia de sempre;

Aos demais colegas de turma, agradeço também a parceria e união. Lembrarei de todos sempre com carinho e estarei na torcida pelo sucesso de cada um;

Ao meu orientador Marcelo Lara, pela compreensão e pelas preciosas dicas ao longo da elaboração deste trabalho, bem como pelas respeitáveis aulas durante a graduação, que despertaram meu interesse pelo Direito Penal, meu “muito obrigada”!

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	AS CONVENÇÕES DE HAIA.....	08
2.1	Adesão e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.....	09
3	A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS	10
4	APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO NO BRASIL: ASPECTOS PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS.....	13
4.1	Problemáticas na aplicação.....	16
5	LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA CORRELATA E SUA (IN)APLICABILIDADE.....	18
6	CONCLUSÃO.....	22
	REFERÊNCIAS.....	25

A (IN)APLICABILIDADE DA NORMA PENAL NO CASO DE SEQUESTRO INTERPARENTAL EM FACE DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980

Lorena Gama Pereira¹

RESUMO

Este trabalho possui como objetivo geral fazer uma análise a respeito da (in)aplicabilidade da norma penal no caso de sequestro interpARENTAL, diante da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores (1980). Diante disso, observou-se o processo de integração da referida convenção junto ao ordenamento jurídico brasileiro, seus aspectos processuais e procedimentais, levantando-se eventuais problemáticas a respeito de sua aplicação no Brasil. Fez-se, ainda, um apanhado das normas penais relacionadas ao tema, e, ao analisá-las, verificou-se que estas não são aplicáveis nos casos de sequestro interpARENTAL, tendo em vista a preservação do melhor interesse do menor, bem como a natureza civil da Convenção de Haia e o caráter subsidiário do Direito Penal. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, a partir da análise da doutrina e dispositivos legais.

Palavras-Chave: Sequestro interpARENTAL. Convenção de Haia. Norma Penal.

1 INTRODUÇÃO

A Conferência de Haia é uma organização internacional para criação de instrumentos de cooperação jurídica internacionais, os quais buscam uma uniformização das normas de Direito Internacional Privado. Em 1980, foi ratificada a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro de Menores, documento pioneiro a abordar o tema, diante do alarmante e recorrente cenário no qual a criança, muitas vezes, via-se deslocada do país no qual constituía residência habitual para determinado Estado estrangeiro por um de seus genitores, sem autorização do outro, que acabava tendo seu direito de guarda violado e, por vezes, era deixado sem nenhuma informação a respeito do paradeiro do menor transferido e retido ilicitamente. Trata-se do “sequestro interpARENTAL”.

Considerando que o termo “sequestro” remete à ideia do crime de sequestro, tipificado no artigo 148 do Código Penal, cogita-se se a conduta perpetrada pelo genitor há de ser punida criminalmente, tendo em vista o rol de condutas previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Por esta razão, o presente trabalho assume como objetivo analisar a (in)aplicabilidade da norma penal brasileira no caso de sequestro interpARENTAL, levando em

¹ Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
E-mail: lorenagamap@gmail.com

consideração o que determina a Convenção de Haia de 1980, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro nos anos 2000.

A partir desta análise, nota-se que em que pese haja previsão e conseqüente punição a condutas que se assemelham às empreendidas pelo genitor “sequestrador”, não cabe a aplicação destes dispositivos nos casos de sequestro interprenatal de menores, e tal fato encontra respaldo na preservação do melhor interesse do menor e também no caráter subsidiário do Direito Penal.

No mais, ao longo do trabalho, verifica-se os requisitos processuais da Convenção e sua aplicação no Brasil, apontando-se, inclusive, as razões pelas quais o Brasil vem sendo alvo de críticas da comunidade internacional, especialmente pela demora no procedimento. Fatores como a ausência de um procedimento judicial específico para tratar do tema e o desconhecimento frequente por parte dos próprios operadores do Direito a respeito da Convenção e de seu teor são, em parte, tidos como responsáveis pela morosidade processual.

Para tanto, utilizou-se do método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, através do estudo da doutrina e de dispositivos legais relacionados.

2 AS CONVENÇÕES DE HAIA

A cidade de Haia, na Holanda, é considerada um centro de estudos, elaboração e aplicação de normas de Direito Internacional Público e Privado. Não à toa, foi palco de diversos encontros a respeito do tema, tais quais as Conferências de Paz (1899 e 1907), a Corte Internacional de Arbitragem (1899 e 1907) como também a Corte Internacional de Justiça (1945), Academia de Direito Internacional, dentre outras.

Em 1951, foi assinado o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, o qual entrou em vigor em 1955, assumindo foro de organização internacional de caráter permanente. À época, eram membros da Convenção apenas Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Suécia e Suíça. Atualmente, somam-se mais de 80 países-membros, além dos quais, apesar de não serem membros da Conferência de Haia, podem vir a ratificar Convenções, caso seja de seu interesse. São os chamados “signatários”.²

² Um exemplo disso é a Colômbia, que, não obstante o fato de não ser membro, ratificou a Convenção da Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

“O propósito desta Conferência de Haia é trabalhar para a unificação progressiva das normas de direito internacional privado”³ – abrangendo as áreas de Direito de Família, Direito Comercial, Direito das Obrigações, etc – e, para isso, os países-membros se reúnem em sessões quadrienais para debater questões a esse respeito.

2.1 Adesão e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro

Em 1971, o Brasil ratificou o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Todavia, em 1977 foi “retirado” da condição de membro, por não ter assinado nenhuma convenção, retornando apenas em 1993, ao comparecer à 17ª edição da Conferência, participando da elaboração da Convenção sobre proteção das crianças e cooperação em matéria de adoção internacional. No ano 2000, aderiu à Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (a chamada “Convenção de Haia de 1980”)⁴.

Tal convenção visa, especificamente, unificar as normas de Direito Internacional Privado referentes à subtração interparental de menores entre os países signatários, de modo a garantir maior efetividade a este procedimento.

Diante do que propõe a Convenção, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta como princípio constitucional regente das relações internacionais o da “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”⁵. Tal cooperação seria, segundo Nadia Araujo, um “intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro”⁶.

A Convenção de Haia encontra respaldo em tal princípio, uma vez que seu objetivo é, como já mencionado, a uniformização das normas de Direito Internacional Privado, visando evitar conflitos e alcançar, de maneira efetiva, esta cooperação entre os estados.

Também é possível ver a manifestação desse princípio, na prática, através de institutos como o da extradição, definido pelas palavras de Theophilo Antonio Miguel Filho como “[...] uma ação especial de natureza jurídica constitutiva, por intermédio da qual forma-

³ Estatuto da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, art. 1º. Disponível em <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text>> Acesso em 26 de outubro de 2018.

⁴ Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000: “*Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980*”.

⁵ Constituição Federal, art. 4º, IX.

⁶ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 499.

se título jurídico apto a legitimar um Estado a entregar a outro, com fulcro em tratado internacional ou compromisso de reciprocidade, acusado da prática de crime.”⁷

Quanto à extradição, a Constituição Federal brasileira não a autoriza sob qualquer hipótese se tratando de brasileiro nato. No mais, veda a extradição de qualquer pessoa por crime político ou crime de opinião. Todavia, apresenta algumas circunstâncias nas quais o referido instituto é possível de ser aplicado. É o caso da extradição do brasileiro naturalizado em virtude da prática de crime comum anterior à naturalização, ou pela prática de tráfico de drogas em qualquer tempo.⁸

Ainda com relação à materialização do princípio da cooperação internacional nos diplomas legislativos do Brasil, tem-se o Código de Processo Civil ao abordar, em seus artigos 26 e 27, a questão da cooperação jurídica internacional, apresentando, por exemplo, a possibilidade de homologação de sentença estrangeira como tal, instrumento este utilizado para conferir legitimidade e eficácia a decisões judiciais provenientes de outros países, devendo estas serem homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, i, da CRFB/88⁹. No mais, ainda estabelece algumas garantias, tal qual o respeito às garantias do devido processo legal e a existência de uma autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação.¹⁰

3 A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Com um mundo cada vez mais globalizado e internacionalizado, há, conseqüentemente, mudanças nas relações – tanto jurídicas quanto pessoais – e, com elas, o surgimento de novas problemáticas à medida que estas se desenvolvem.

Durante a década de 1970, a Convenção de Haia realizou o primeiro estudo sobre “rapto legal de crianças”, desencadeado pelos casos recorrentes de pais que se sentiam

⁷ FILHO, Theophilo Antonio Miguel. *Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. Rio de Janeiro, 2010. Departamento de Direito PUC-RIO.

⁸ Constituição Federal, art. 5º [...]: LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

⁹ Constituição Federal, art. 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça. I. Processar e julgar, originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras [...]

¹⁰ Código de Processo Civil, art. 26, I e IV.

injustiçados em relação às decisões que proferiam a guarda da criança às suas mães e, em desrespeito a tais decisões, “sequestravam” seus próprios filhos.¹¹

Mais à frente, em 1976, o tema chegou a ser oficialmente apreciado, quando a comissão canadense colocou em pauta frente à Comissão Especial da Conferência de Haia a discussão sobre o chamado *legal kidnapping*.

Foi então aprovada, em 1980, a *Hague Convention on the Civil Aspects of Child International Abductions*, documento pioneiro a abordar a necessidade de criação de normas de colaboração à proteção dos direitos dos menores.

O “sequestro” do qual trata a Convenção se refere, na realidade, à remoção ou retenção ilícita da criança por um de seus genitores para um país que não seja o de sua residência habitual, gerando, conseqüentemente, a quebra da rotina do menor, em virtude de seu afastamento de sua casa, escola e demais locais de convivência, ocasionando seu distanciamento de familiares e amigos.

Tem-se, ainda, a situação em que a criança é retida no país em que reside um dos pais, após o período de férias, por exemplo. Ou seja, é possível a configuração do “sequestro” ainda que o deslocamento do menor tenha sido prévia e devidamente autorizado pelo genitor guardião.

No Brasil, a autorização para viagens do menor de idade é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente¹², juntamente com a Resolução nº 131/2011 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³. Este dispositivo, por sua vez, assevera, em seu art. 11, que “Salvo se expressamente consignado, as autorizações de viagem internacional expressas nesta resolução não se constituem em autorizações para fixação de residência permanente no exterior.”, ressaltando a ilegalidade da retenção da criança ainda que a viagem tenha sido previamente autorizada pelo responsável legal.

Em que pese a utilização dos termos “genitor” ou “interparental”, tal conduta não necessariamente precisa ser praticada por entre os pais. A Convenção se refere, na realidade, àquele que possuir e/ou exercer o direito de guarda do menor, podendo ser pais, avós, etc.,

¹¹ O cenário atual também apresenta a mãe enquanto sujeito ativo do sequestro interparental. Tal conduta se “justifica” pelas mais diversas razões, desde questões familiares a profissionais, casos de violência doméstica, etc.

¹² Lei 8.069/90. Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.

[...]

Art. 85. Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente nascido em território nacional poderá sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.

¹³ Dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes brasileiros, e revoga a Resolução nº 74/2009 do CNJ

não se exigindo obrigatoriamente vínculo familiar. Ressalte-se que tal direito de guarda pode, inclusive, ser compartilhado, e mesmo assim configurar a subtração, bastando que haja violação a este – ainda que pelo outro guardião.

A Convenção de Haia de 1980 objetiva a proteção da criança, em âmbito internacional, dos efeitos causados por essa transferência e/ou retenção ilícitas e, para tanto, estabelece que nessas situações devam haver procedimentos específicos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, de modo a respeitar os direitos de guarda e visitação já estabelecidos ou garantir que estes venham a ser definidos pela autoridade competente, sempre visando a preservação do melhor interesse da criança¹⁴.

A esse respeito, assevera Mônica Sifuentes:

Não se trata, como erroneamente se supõe, de devolvê-la ao outro genitor, mas de encaminhá-la à autoridade competente, pois é ali que a criança tinha a sua vida, o seu círculo de amizades, a escola, a vizinhança. O juiz ou a autoridade local dispõem, sem dúvida, de melhores meios para colher provas e avaliar qual dos pais deve exercer o direito de guarda.

(...)

O fato de um pai ou uma mãe saírem do país onde se estabeleceu a união e fugirem para outro local, com os filhos, sem o assentimento do outro, é revelador de situação-limite, um conflito potencial ou já instaurado.¹⁵

Embora a Convenção não traga um conceito objetivo para definir o que é o “melhor interesse”, há diversos diplomas legais que fazem menção a ele, a partir dos quais pode se obter uma noção a seu respeito. É o caso da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), ao asseverar em seu Princípio 2º que:

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

No mesmo sentido, tem-se a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto 99.710/90), expondo em seu art. 3º que “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

¹⁴ Decreto nº 3.413/00, artigo 1: A presente Convenção tem por objetivo: 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.

¹⁵ SIFUENTES, Mônica. *Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p. 137. 2009.

Não havendo um conceito exato para precisar o “melhor interesse” da criança, este deve ser avaliado de acordo com o caso concreto, considerando as particularidades de cada um. Todavia, há um consenso a seu respeito, de modo que sua interpretação deve se dar como uma forma de assegurar os interesses dos menores com total prioridade, considerando-os como os titulares de direitos humanos e das liberdades fundamentais que os são.

Quanto à natureza jurídica da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, a doutrina majoritariamente a encara como um tratado de Direito Internacional Privado, e não um tratado de Direitos Humanos, entendendo que a referida Convenção possui *status* de lei ordinária.¹⁶ No entanto, tal classificação não desmerece sua aplicabilidade.

4 APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO NO BRASIL: ASPECTOS PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS

A Convenção estabelece o procedimento a ser seguido pelos Estados contratantes, entretanto, permite, em seu art. 42, que estes façam algumas ressalvas no que diz respeito à sua aplicação.¹⁷

Para que a Convenção seja aplicada, é necessária a observância de alguns pontos, os quais são possíveis elencar mediante a identificação dos elementos normativos da própria Convenção. Primeiramente, deve-se tratar de “transferência ou retenção ilícita”, o que, nos termos do artigo 3º, configurar-se-á quando:

- a) tenha havido violação a direito de guarda¹⁸ atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção;
- b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

¹⁶ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *A Proteção da Criança e a Convenção de Haia de 1980*. Palestra proferida na abertura do III Congresso Paulista de Direito de Família do IBDFAM-SP, em 27.08.2009. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24111/Prote%C3%A7%C3%A3o_Crian%C3%A7a_Conven%C3%A7%C3%A3o.doc.pdf> acesso em 26 de outubro de 2018.

¹⁷ Artigo 42: Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quando de uma declaração feita nos termos dos Artigos 39 ou 40, fazer uma ou ambas reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo. Nenhuma outra reserva será admitida. Qualquer Estado poderá, a qualquer momento, retirar uma reserva que haja feito. A retirada deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos. O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação mencionada no parágrafo anterior.

¹⁸ 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.

Essa transferência ou retenção ilícita deverá envolver “criança”. Apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁹ considerar criança a pessoa até 12 anos incompletos de idade, para efeitos da Convenção, tal conceito se estende até os 16 anos de idade, como preceitua seu artigo 4.²⁰

Ainda de acordo com referido artigo, deve-se atentar ao elemento “residência habitual”. Tal habitualidade deverá ser avaliada em torno da criança e não de seus pais. Fatores como laços afetivos, rotina escolar e demais hábitos do cotidiano devem ser considerados.

No mais, a convenção só terá aplicabilidade quando a criança for removida de um país contratante para outro. No caso de subtração para países não signatários, prevalecerá a lei deste sobre a Convenção, todavia, buscar-se-á, ainda assim, a preservação do melhor interesse da criança.

Com relação ao procedimento, este se inicia com a solicitação do genitor que teve seu direito de guarda lesado do pedido de retorno à Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) de seu país. A Autoridade Central é o órgão responsável pela condução do processo e por lhe garantir celeridade e efetividade. Incumbe a ela receber e transmitir os pedidos de cooperação, após realizar o juízo de admissibilidade destes. O artigo 7 da Convenção²¹ apresenta um rol com as demais funções a serem desenvolvidas pelo órgão. No Brasil, tal encargo é do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça²².

¹⁹ Lei nº 8.069/90. Art. 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

²⁰ Decreto nº 3.413/00. Art. 4º: A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.

²¹ Decreto nº 3.413/00. Art. 7: 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: a) localizar uma criança transferida ou retida ilícitamente; b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas; c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável; d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança; e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção; f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita; g) acordar ou facilitar, conforme às circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado; h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança; i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

²² Decreto nº 9.360/18. Art. 12. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete: [...] IV - exercer a função de autoridade central, por meio da coordenação e da instrução de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III, por delegação do Ministro de Estado, exceto se houver designação específica que disponha de maneira diversa;

Após procedência do juízo de admissibilidade, ou seja, uma vez que se verifique que os requisitos da Convenção tenham sido cumpridos, a Autoridade Central do país requerente encaminhará o pedido à Autoridade Central estrangeira. O próximo passo é averiguar as informações a respeito do paradeiro da criança. Para tanto, é facultado à Autoridade Central solicitar auxílio da INTERPOL²³.

O genitor que está com a criança será notificado a respeito do processo e, em seguida, buscar-se-á a solução do impasse de forma amigável. Caso não seja possível a resolução pelas vias administrativas, a Autoridade Central encaminhará o processo para Advocacia-Geral da União, responsável por instaurar o procedimento judicial visando o retorno da criança. A AGU assume, portanto, o posto de “autora principal”, representando os interesses da União e podendo ser assistida pelo procurador da parte.

O Ministério Público Federal atua exercendo sua função de fiscal da ordem jurídica, tendo em vista a preservação do melhor interesse da criança²⁴. É válido destacar que o genitor requerente pode entrar com a ação diretamente perante a autoridade judicial do país no qual a criança esteja retida – AGU, no caso do Brasil.

Não há prazo para que se interponha o pedido de retorno, contanto que a criança não ultrapasse os 16 anos, do contrário a Convenção não terá aplicabilidade no caso, como já dito. Entretanto, a previsão do instituto da “tutela de urgência” pleiteando o retorno imediato só poderá ser concedida caso o pedido seja interpelado no prazo máximo de um ano entre a remoção da criança e realização do pedido, nos termos do artigo 12 da Convenção.²⁵

Uma vez que o processo chegue à AGU, esta pode rejeitá-lo, caso verifique que não foram atendidos os requisitos. Se presentes os requisitos, pode pedir mais informações à Autoridade Central para, em seguida, ajuizar a ação ordinária de busca, apreensão e restituição, que tramitará na Justiça Federal até que se profira a sentença.

É importante destacar que questões relacionadas a Direito de Família não serão discutidas nesse momento. Estas são de competência da autoridade judicial do país de residência habitual da criança. Caso o país seja o Brasil, eventuais ações deverão tramitar no âmbito da justiça estadual, na vara correspondente, de acordo com a organização judiciária de cada estado.

²³ International Criminal Police Investigation.

²⁴ Código de Processo Civil, Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: [...] II - interesse de incapaz.

²⁵ Artigo 12: Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

Há ainda o que se falar na figura do “juiz de enlace”. Em 1988 foi proposta a criação de uma Rede Internacional de Juizes de Enlace²⁶, de modo a contribuir para o cumprimento da Convenção, ao facilitar a comunicação e troca de experiências entre os magistrados, os quais atuam como um “canal de comunicação” entre juizes em âmbito nacional e internacional.

No Brasil, por indicação da presidência do STF, foram designados dois juizes de enlace, dividindo-os seguindo um critério regional conforme a jurisdição dos tribunais regionais federais: enquanto um é responsável pelos casos oriundos da 1ª e 3ª regiões, cabe ao outro os casos das 2ª, 4ª e 5ª regiões. São eles, atualmente, Mônica Sifuentes (Desembargadora do TRF da 1ª Região) e Jorge Maurique (Desembargador do TRF 4ª Região).

4.1 Problemáticas na aplicação

Nos últimos anos, tem-se registrado um aumento significativo na quantidade de pedidos de cooperação jurídica internacional, inclusive nos de retorno com base na Convenção. De acordo com dados divulgados pelo Ministério da Justiça, tem-se os seguintes números de pedidos por ano: 4.714/2015; 5418/2016; 5748/2017 e 4577/2018.²⁷

Com relação aos pedidos envolvendo casos de subtração internacional de menores, apenas no corrente ano – até o mês de setembro – foram registrados 73 pedidos. Desses, 41 são “ativos”, referentes a crianças daqui retiradas. Os destinos que lideram esse *ranking* são Itália, Estados Unidos, Espanha e Portugal.

Em contrapartida, no mesmo período foram registrados 32 pedidos de retorno “passivos”, ou seja, relacionados à entrada irregular de crianças no Brasil. A Espanha, por sua vez, lidera esses pedidos, seguida por Argentina, Portugal e França.²⁸

No tocante ao cumprimento efetivo da Convenção, o Brasil vem sendo alvo de críticas pela comunidade internacional, principalmente com relação à demora do procedimento judicial, uma vez que o tempo é fundamental, pois se encontra diretamente ligado ao interesse da criança, o qual deve ser preservado.

²⁶ *Conclusions and Recommendations of the 5th meeting of the Special Commission* (October-November 2006) disponível em <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3905&dtid=2>> acesso em 19 de novembro de 2018

²⁷ Dados referentes ao ano de 2018 estão atualizados apenas até o mês de setembro.

²⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Indicadores DRCI/SNJ – 2018. Janeiro a Setembro. Cooperação Jurídica Internacional*. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/indicadores-drci-2018-setembro-cooperacao-juridica-internacional.pdf>> Acesso em 16 de novembro de 2018.

A demora no retorno acaba por beneficiar o autor da subtração, pois dificulta ou torna irreversível a reconstrução dos laços familiares rompidos com o afastamento. O tempo, como se sabe, consolida a adaptação da criança ao novo meio, que nem sempre lhe é favorável.

Esse é o drama humano que as autoridades devem enxergar, além do processo. Porque os filhos não são propriedade dos pais – são titulares dos seus próprios direitos. A ambos incumbe zelar pelo seu crescimento sadio. Mas ambos têm o direito de tê-los em sua companhia.”

Monica Sifuentes²⁹ aponta como fatores para tal os conflitos de jurisdição entre as justiças estadual e federal, o desconhecimento dos juízes e operadores do Direito acerca da Convenção e a ausência de um procedimento judicial específico previsto na legislação interna.

Tendo em vista que a competência para os casos de transferência ou retenção ilícita de menores, apoiados na Convenção de Haia de 1980, é da Justiça Federal, não cabe ajuizamento de ação na Justiça Estadual. Todavia, nem sempre é o que acontece. Por muitas vezes, os pais que violam o direito de guarda do outro, ao chegarem no Brasil, buscam a regulamentação deste em seu nome, acionando a então competente justiça estadual, ao passo em que aquele que teve o seu direito violado aciona a Autoridade Central brasileira (AGU), resultando na existência de duas ações paralelas. Tal impasse atrasa ainda mais o procedimento.

Como já mencionado, o procedimento judicial utilizado nesses casos é a “ação de busca, apreensão e restituição”, cumulada, em geral, com pedido de antecipação de tutela. Monica Sifuentes argumenta que tal procedimento se refere – em geral – a disputas sobre bens e não pessoas, não atendendo, deste modo, às peculiaridades exigidas pela Convenção, corroborando, em conjunto com as já citadas causas, para a demora da solução do conflito.

Fazendo uma análise da ação de busca e apreensão no ordenamento jurídico, verifica-se que o Código de Processo Civil de 1973 previa no capítulo referente a procedimentos cautelares, em seu art. 839 que “O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas”, vendo-se clara a possibilidade de ajuizamento da referida ação para reaver pessoa. Já no novo Código de Processo Civil (2015), em que pese não haver uma seção específica tratando a respeito do tema, ao longo de seu texto, especificamente no art. 536, § 2º, traz previsão de tal medida também para pessoas. Veja-se: “O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.”

²⁹ SIFUENTES, Mônica. *Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p. 138. 2009.

Deve-se, então, reconhecer que há sim procedimento judicial na legislação brasileira. Ocorre que este, por sua vez, é genérico, podendo ser utilizado tanto para bens quanto para pessoas. Suas implicações além de práticas – tal qual a demora no procedimento – interferem também no modo de se enxergar tal “pessoa”. Considerando que tal ação ao se referir a “pessoa” diz respeito – geralmente – a criança ou incapaz, ao criar um procedimento que se dê da mesma forma para bem e para pessoa, é uma forma de equipará-la a tal coisa, rememorando a ideia da criança não enquanto sujeito de direitos, mas, sim, mero objeto de uma relação jurídica, visão, esta, já ultrapassada.

Curioso ressaltar que a Lei 8.069/90 também se utiliza em alguns momentos de termos que remetem a coisas para se referir, na realidade, à criança. Ou seja, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, o diploma legal que estabelece que a criança e o adolescente têm direito a “condições dignas de existência”, por vezes, emprega vocábulos que dão a ideia de posse ou pertencimento sobre algo. Ocorre que esse “algo” é um sujeito de direitos, não importando sua idade.

Em geral os artigos que se referem à adoção, por exemplo, utilizam o termo “entrega”, da mesma forma que o Código Civil emprega este vocábulo ao regulamentar sobre bens móveis. É o caso dos artigos 19-A do ECA³⁰ e 491 do CC³¹.

Ainda nesse sentido, ressalte-se que também o ECA prevê a expedição de mandado de busca e apreensão, na hipótese de oferecida, pelo Ministério Público, a representação por ato infracional se o adolescente não for localizado.³² É o caso do art. 184, § 3º.

5 LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA CORRELATA E SUA (IN)APLICABILIDADE

Antes de o Brasil ratificar a Convenção, era inexistente no ordenamento qualquer previsão legislativa que tratasse individualmente a respeito do tema. Cabia à parte interessada o ingresso na justiça de Estado estrangeiro sem nenhum apoio ou incentivo por parte do Estado brasileiro.

Todavia, alguns diplomas legislativos, em especial da seara penal, contemplam condutas que, em tese, aproximam-se da atuação do genitor que subtrai o próprio filho.

³⁰ Art. 19-A: A gestante ou mãe que manifeste seu interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude.

³¹ Art. 491: Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço.

³² Art. 184, § 3º: Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação.

É o caso do Código Penal brasileiro, o qual se dispõe a tratar dos crimes de sequestro e sequestro de incapaz, tipificados em seus artigos 148 e 249, respectivamente.

No crime de sequestro (art. 148, CP)³³, o bem jurídico tutelado é a liberdade física do sujeito passivo, cuja privação pode se dar através de retenção ou detenção. É um crime comum, o que importa dizer que qualquer pessoa pode figurar enquanto sujeito ativo e/ou ativo. O elemento subjetivo da referida conduta é o dolo consistente na vontade livre e direcionada de privar o indivíduo de sua liberdade de locomoção. Ressalte-se a hipótese de aumento de pena caso o crime seja praticado contra menor de 18 anos (art. 148, § 1º, IV).

Já o crime de subtração de incapaz, tipificado no art. 249 do Código Penal, tutela os direitos do genitor (ou daquele que detém a guarda) de menor de 18 anos ou interdito. O delito se consuma com a mera retirada do menor do poder de seu “guardião”, sendo também crime comum.³⁴

É interessante apontar a escolha do legislador ao prever a pena para este delito: detenção de dois meses a dois anos, sendo assim considerado crime de menor potencial ofensivo. Ainda, tal artigo prevê a possibilidade de perdão judicial, em seu § 2º, mediante restituição voluntária/espontânea pelo agente, mesmo tendo expressamente afirmado que “o fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.”^{35/36}

Ou seja, se o agente é o próprio pai do menor subtraído, este não estará isento de pena. Todavia, o mesmo dispositivo prevê que é facultado ao juiz deixar de lhe aplicar a pena, caso este mesmo pai restitua o menor, desde que este não tenha sofrido maus-tratos ou privações. Vê-se aqui evidente a vontade do legislador em preservar o melhor interesse do menor, ainda que em detrimento do *jus puniendi* do Estado.³⁷

³³ Código Penal, art. 148: Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias.

IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

V - se o crime é praticado com fins libidinosos.

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

³⁴ Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

³⁵ Código Penal, art. 249, § 1º.

³⁶ Embora o § 1º do art. 249 se refira expressamente à figura do pai, a jurisprudência entende que tal dispositivo abrange também a mãe, assentando que não configura analogia *in malam partem*. CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para Concursos*. Juspodivum. Salvador. 11 ed. p. 710.

³⁷ Código Penal, art. 107 - Extingue-se a punibilidade: [...] IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Ainda com relação a este dispositivo, cumpre mencionar que parte da doutrina vem entendendo pela sua revogação tácita, em virtude do artigo 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), sob o fundamento de que se trata da mesma conduta, sendo uma das normas mais específica.³⁸

De fato, trata-se também da subtração de criança ou adolescente “ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial”, contudo, o art. 237 do ECA impõe um fim específico a esta subtração, qual seja a “colocação em lar substituto”, o qual não se faz presente no art. 249 do CP. Não se pode confundir o conceito de “lar substituto” com o de “família extensa”. Enquanto este último diz respeito à ampliação do núcleo familiar para além da unidade pais/filhos, fazendo-se valer de parentes próximos, o lar substituto é uma modalidade de “averbação” do poder familiar, o qual pode vir a ser atribuído a pessoa sem a existência de qualquer vínculo familiar com o menor.

Por fim, deve-se mencionar a considerável diferença entre as penas atribuídas a cada delito. A conduta prevista no art. 237 do ECA é punida com reclusão de dois a seis anos e multa, enquanto que o art. 249 do CP é mero crime de menor potencial ofensivo.

Em contrapartida, o ECA tipifica em seu art. 239 conduta que, a princípio, assemelha-se ao sequestro interparental de menores, *in verbis*: “promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente ao exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro”. A tal prática é atribuída pena de reclusão de quatro a seis anos e multa. Há, ainda, a possibilidade de aumento de pena, desde que haja emprego de fraude, violência ou grave ameaça.³⁹

Pois bem. Como já visto, há casos de retenção do menor em país diverso de sua residência habitual, cuja viagem até tal destino fora devidamente autorizada pelo seu guardião. Ou seja, a viagem foi legalmente acordada, todavia a retenção da criança é ilícita. Sendo assim, pode-se afirmar que nem sempre há inobservância das formalidades legais no caso de sequestro interparental, o que inviabilizaria a configuração do delito tipificado no art. 239 do ECA.

Quanto ao “fio de obter lucro”, cumpre esclarecer que no sequestro interparental não há finalidade lucrativa por parte do “sequestrador”. A conduta consiste tão só em subtrair o menor do país de sua residência habitual ou retê-lo em país diverso, desrespeitando eventual

³⁸ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-lei nº 4.657/42. Art. 2º, § 1º: A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule a inteiramente a matéria de que tratava a anterior.

³⁹ ECA, art. 239, parágrafo único: Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena – reclusão de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

direito de guarda pré-estabelecido ou impedindo que este venha a ser regulamentado pela autoridade competente.

A hipótese de interesse econômico trazida pelo art. 239 do ECA se aproxima mais da conduta do tráfico de menores e de entrega de filho menor à pessoa inidônea. Quanto ao tráfico, este se encontra tipificado no Código Penal, no art. 149-A, § 1º, II, inserido e regulamentado pela lei 13.344/2016, a qual dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas.⁴⁰ A pena prevista é de quatro a oito anos e multa, podendo ser aumentada de um terço até a metade na hipótese de cometimento contra criança ou adolescente.

Já com relação à entrega de filho menor à pessoa inidônea, a conduta está prevista no artigo 245, §1º e §2º do Código Penal. Neste caso, trata-se de crime próprio, uma vez que o sujeito ativo é, exclusivamente, um dos pais. A pena será de um a quatro anos, caso o delito venha a ser praticado com fins lucrativos ou se o menor for enviado ao exterior.

Em vista disso, observa-se que o uso do termo “sequestro” não é muito adequado para tratar do tema, uma vez que este remete à ideia do crime de sequestro, que, como já visto, não é do que trata a Convenção. Deste modo, são preferíveis termos como “subtração”, “alienação”, “remoção”, “retenção”, e “deslocamento”. É esse o entendimento de estudiosos sobre o tema, tal qual expressa Francisco Cláudio de Almeida Santos, Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, ao fazer um paralelo com os termos adotados em países como França e Portugal:

[...] na versão em inglês utilizou-se o termo “*abduction*”, que significa o traslado ilícito de uma pessoa para outro país, mediante força ou fraude; em francês, a palavra usada foi “*enlèvement*”, que quer dizer retirada ou remoção; em espanhol, o vocábulo utilizado foi “*sustracción*”, que quer dizer subtração; e em português de Portugal a palavra adotada foi “*rapto*”. O vocábulo sequestro, em nosso direito interno, corresponde à figura penal que denomina o ato de privar-se alguém de sua

⁴⁰ No caso do tráfico de menores, faz-se presente o interesse econômico que o agente busca, através da exploração sexual e/ou escravidão do menor, em geral. A respeito desta temática, o Brasil é signatário de diversas Convenções e Tratados internacionais. A exemplo, pode-se citar a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 1994 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 2.740/1998. Em seu texto, aduz que “Artigo 1: O objeto desta Convenção, com vistas à proteção dos direitos fundamentais e dos interesses superiores do menor, é a prevenção e sanção do tráfico internacional de menores, bem como a regulamentação de seus aspectos civis e penais. Neste sentido, os Estados Partes obrigam-se a: a) garantir a proteção do menor, levando em consideração os seus interesses superiores; b) instituir entre os Estados Partes um sistema de cooperação jurídica que consagre a prevenção e a sanção do tráfico internacional de menores, bem como a adoção das disposições jurídicas e administrativas sobre a referida matéria com essa finalidade; c) assegurar a pronta restituição do menor vítima do tráfico internacional ao Estado onde tem residência habitual, levando em conta os interesses superiores do menor. [...]”

No mesmo sentido, mediante o Decreto Legislativo nº 5.007/2004, aprovou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil (Nova Iorque, 2000).

liberdade, seja de se locomover, seja de se comunicar, ou a uma medida processual sobre determinado bem, destinada a conservar os direitos dos litigantes.⁴¹

Ao analisar os referidos tipos penais, vê-se que, embora tais condutas às vezes se assemelhem às empreendidas pelo genitor “sequestrador”, não é cabível a aplicação destes dispositivos nos casos de sequestro interparental de menores. A Convenção de Haia de 1980 dispõe sobre os aspectos civis do sequestro interparental de menores, ou seja, como o próprio nome já diz, não aborda uma perspectiva penal, não importando sanção ao genitor “sequestrador”.

Tal fato encontra respaldo na preservação do melhor interesse do menor. Considerando que o objetivo da Convenção é, em linhas gerais, a preservação deste, eventual penalização do genitor acabaria por dificultar a restituição do menor. Neste sentido, elucida a doutrina:

A convenção de Haia, assim como a Convenção Europeia, não visa tirar as crianças permanentemente dos pais sequestradores e muito menos puni-los. A penalização do ato de deslocamento de uma criança de seu *habitat* nacional para outro país levaria o sequestrador e, conseqüentemente, a criança sequestrada, a se refugiar, dificultando mais ainda a sua localização. A ideia é tudo fazer para que a criança possa, no futuro mais próximo possível, manter contato com ambos os pais, mesmo se estes estiverem vivendo em países diferentes. Daí a procura de uma solução para o sequestro estritamente no plano civil. (Geraldine VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, p. 91 *apud* DOLINGER, 2003).

Além disso, é válido destacar o caráter subsidiário do Direito Penal. Embora seja esta uma forma de controle social, sua aplicação deve se dar em situações extremas, nas quais as outras áreas do Direito sejam insuficientes para manter a paz social e reparar eventuais danos.

No caso do sequestro interparental, havendo um dispositivo que regulamente e controle tal conduta – Convenção de Haia de 1980 – não há a necessidade de buscar sua tipificação na seara penal.

6 CONCLUSÃO

O sequestro interparental é uma problemática contemporânea. O cenário em que um dos genitores subtrai o próprio filho, violando eventual direito de guarda já estabelecido ou impedindo que este venha a ser, é, infelizmente, muito comum nos dias atuais.

⁴¹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *A proteção da criança e a Convenção da Haia de 1980*. Palestra proferida na abertura do III Congresso Paulista de Direito de Família do IBDFAM-SP, em 27.08.2009. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24111>> Acesso em 7 de novembro de 2018.

O Brasil, enquanto membro e signatário da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, estabelece um procedimento a ser seguido nesses casos. Apesar das críticas da comunidade internacional à aplicação desta aqui no Brasil, nota-se que os pedidos de cooperação jurídica internacional e os índices de solução destes conflitos crescem a cada ano, demonstrando, assim, certa eficácia.

Busca-se a preservação do melhor interesse do menor subtraído, geralmente através do retorno imediato ao país de sua residência habitual, como forma de resguardar os vínculos ali estabelecidos.

Para tanto, a Convenção não prevê sanções penais ao genitor sequestrador, por entender que eventual penalização implicaria em maiores dificuldades para localizar a criança – pois, muitas vezes, não se sabe sequer para qual país esta foi levada – e acabaria por dificultar o seu retorno.

Não obstante, a legislação penal brasileira tipifica condutas de subtração de menores, inclusive tendo os próprios pais enquanto sujeitos ativos. É o caso, por exemplo, da subtração de incapaz tipificada no art. 249 do Código Penal e no art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em que pese tais condutas se assemelharem às empreendidas pelo genitor sequestrador, estas não tem aplicabilidade no caso de sequestro interparental.

Isso se dá em razão do que busca a Convenção: uma solução amigável, no plano civil. Há, nesses casos, certa abdicação do *jus puniendi* do Estado, em prol de algo mais importante: o melhor interesse do menor subtraído.

No mais, deve-se atentar à natureza estritamente civil da Convenção de Haia de 1980, bem como ao caráter subsidiário da norma penal, de modo que a este não caberá intervir nas relações jurídicas que venham a ser regulamentadas por outras áreas do Direito.

THE (IN)APPLICABILITY OF THE CRIMINAL STANDARD IN CASE OF LEGAL KIDNAPPING FACE OF THE 1980 HAGUE CONVENTION

ABSTRACT

This paper takes as general objective to make an analysis of the (in)applicability of criminal law in case of children international kidnapping, also known as “legal kidnapping”, in face of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (1980). Therefore, it was observed the process of incorporation to the brazilian law and how it works, its procedural aspects, raising, in the meantime, the problems on the proper and effective implementation of the device. The dispositives of criminal law related to the subject were also analyzed and it was verified that they do not apply in cases of legal kidnapping, in order to preserve the best interests of the child, as well because of the civil nature of the Hague Convention and the subsidiary nature of Criminal Law. For that, it was used the deductive method, through bibliographical research, from the analysis of the doctrine and legal devices.

Keywords: Legal kidnapping. The Hague Convention. Criminal law.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Diário Oficial da União n. 191-A, 5 out. 1988.

_____. *Decreto 5.007 de 8 de março de 2004. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil*. Diário Oficial da União 9 mar. 2004.

_____. *Decreto nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*. Diário Oficial da União 20 ago. 2018.

_____. *Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Ementa*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de abril de 2000.

_____. *Decreto nº 9.360 de 7 de maio de 2018*. Diário Oficial da União, 7 mai. 2018.

_____. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro*. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Diário Oficial da União, 9 set. 1942.

_____. *Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2001. Código Civil*. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

_____. *Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente*. Diário Oficial da União, 16 jul. 1990, retificado em 27 set. 1990.

_____. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, 17 mar. 2015.

_____. *Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, 17 jan. 1973.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Anteprojeto sobre sequestro internacional de crianças deve sair em maio*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79239-anteprojeto-sobre-sequestro-internacional-de-criancas-deve-sair-em-maio>> Acesso em 21 de abril de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para Concursos*. 11 ed., rev., atual., e ampl. Salvador. 2018. Juspodivm.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FILHO, Theophilo Antonio Miguel. *Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. Rio de Janeiro, 2010. Departamento de Direito PUC-RIO.

GUERRA, Érica; SILVA, Fábio V. *Aspectos Processuais E Procedimentais Da Convenção Da Haia Sobre Aspectos Civis Do Sequestro Internacional De Crianças*. Cadernos de Dereito Actual Nº 3. 2015.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Conclusions and Recommendations of the 5th meeting of the Special Commission (October-November 2006)*. Disponível em <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3905&dtid=2>> acesso em 19 de novembro de 2018

_____. *Estatuto da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado*. Disponível em <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text>> Acesso em 19 de abril de 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Indicadores DRCI/SNJ – 2018. Janeiro a Setembro. Cooperação Jurídica Internacional*. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/indicadores-drci-2018-setembro-cooperacao-juridica-internacional.pdf>> Acesso em 16 de novembro de 2018.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *A Proteção da Criança e a Convenção de Haia de 1980*. Palestra proferida na abertura do III Congresso Paulista de Direito de Família do IBDFAM-SP, em 27.08.2009. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24111/Prote%C3%A7%C3%A3o_Crian%C3%A7a_Conven%C3%A7%C3%A3o.doc.pdf> Acesso em 26 de outubro de 2018.

SIFUENTES, Mônica. *Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25.