

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXVIII
n. 87, jan./jun. 2024

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

87



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



A GUARDA NA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

THE CUSTODY REGARDING INTERNATIONAL ABDUCTION OF CHILDREN

Daniel Marchionatti Barbosa

RESUMO

O artigo aborda o conceito de “direito de guarda” no Direito Internacional Privado de proteção em face da subtração internacional de crianças, em especial na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis da subtração internacional de crianças e na Convenção Interamericana de 1989 sobre a Restituição Internacional de Menores. O retorno imediato de uma criança trasladada ou retida indevidamente depende da violação desse direito. O estudo visa elucidar suas nuances, destacando a natureza, a qualificação, a atribuição, o conteúdo e os titulares.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Internacional; Direito Internacional Privado; Convenção da Haia de 1980; subtração internacional de crianças; transferência ou retenção ilícita de crianças; direito de guarda.

ABSTRACT

The article addresses the concept of “custody rights” in Private International Law regarding protection against the international abduction of children, especially within the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and the 1989 Inter-American Convention on International Child Abduction. The immediate return of a child wrongfully removed or retained depends on the violation of this right. The study aims to elucidate its nuances, highlighting the nature, qualification, attribution, content and holders.

KEYWORDS

International Law; Private International Law; 1980 Hague Convention; international child abduction; removal or retention of a child; custody rights.

1 INTRODUÇÃO

A subtração de crianças é uma ingerência arbitrária e abusiva na vida familiar. Particularmente grave, a abdução que envolve a transferência da criança para outro país, ou sua retenção nele, impossibilita o acesso à criança e dificulta, sobremaneira, a defesa contra o ilícito.

A Convenção de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH), é o principal tratado internacional de nível mundial de proteção às crianças contra a subtração internacional. No espaço interamericano, a Convenção Interamericana de 1989 sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), complementa o sistema protetivo. Ambos os tratados foram ratificados e estão em execução no Brasil, respectivamente por força do Decreto n. 3.413/2000 e do Decreto n. 1.212/1994.

O “direito de guarda” é um dos conceitos essenciais à compreensão e aplicação dos instrumentos de restituição da criança subtraída ilicitamente. O retorno imediato de uma criança trasladada ou retida indevidamente, principal instrumento e razão de ser das Convenções, depende de uma violação a ele¹.

O instituto foi denominado “direito de guarda” na tradução portuguesa da Convenção da Haia. Nas traduções oficiais do tratado da HCCH, figura como “*derecho de custodia*” (espanhol), “*right of custody*” em inglês, “*droit de garde*” (francês), “*diritto di affidamento*” (italiano) e “*Sorgerecht*” (alemão). Por sua vez, a Convenção Interamericana usa a expressão “direito de custódia ou guarda”, em português, e “*derecho de custodia* o guarda”, em espanhol.

A correta compreensão do instituto é essencial para a aplicação das Convenções. O objetivo deste trabalho é traçar as balizas do que vem a ser o direito de guarda, para fins de proteção em razão da subtração internacional de crianças, na forma da Convenção da Haia de 1980 e da Convenção Interamericana de 1989.

Este trabalho está dividido em cinco partes, cada uma delas percorrendo sobre um aspecto do direito de guarda. Na primeira, a compreensão geral do instituto é estabelecida, definindo-se o direito de guarda como um direito, não uma mera situação de fato, protegida previamente pelo Direito do local de residência habitual e qualificável na definição delineada pela Convenção da Haia, notadamente no art. 5º. Na segunda parte, é discutida a qualificação da guarda, demonstrando-se que a proteção conferida pelo ordenamento jurídico do local de residência habitual vigente no momento da transferência ou da retenção deve ser qualificada com base na Convenção para que se afirme se houve a retenção ilícita. A terceira parte discorre sobre como o direito de guarda pode ser atribuído – de pleno direito ou por ato de efeitos concretos, que pode ser decisão judicial, administrativa ou negócio jurídico. Na quarta parte, sobre o conteúdo,

verifica-se o que se deve compreender por direito relativo “aos cuidados com a pessoa da criança” e “direito de decidir sobre o lugar da sua residência” (art. 5º). Por fim, a quinta parte discute quem são os titulares do direito de guarda.

Para simplificar, como ambas as Convenções trabalham em torno do conceito de forma similar, este estudo analisará o tema fazendo referências apenas à Convenção da Haia – referências à Convenção Interamericana serão expressas. No entanto, o que é dito é plenamente aplicável à Convenção Interamericana.

2 COMPREENSÃO GERAL

Estão sendo paulatinamente abandonadas pelo Direito de Família as expressões “guarda e custódia”, assim como vários de seus congêneres empregados nas versões oficiais da Convenção da Haia – “*derecho de custodia*” (espanhol), “*right of custody*” (inglês), “*droit de garde*” (francês), “*diritto di affidamento*” (italiano). As expressões são criticadas porque indicam “um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca, na educação e formação da personalidade do filho” (Tepedino, 2004). Com a evolução da compreensão das relações familiares, eleva-se a preocupação com o uso de termos que assemelham a criança um objeto, por remeterem à ideia de posse e dificultarem a compreensão de que a pessoa jovem é um sujeito de direitos (Beaumont; McEleavy, 1999, p. 74).

O “direito de guarda” é um dos conceitos essenciais à compreensão e aplicação dos instrumentos de restituição da criança subtraída ilicitamente.

Na França, a legislação passou a adotar a expressão “*autorité parentale*”, substituindo-se a expressão “*garde*”, em especial pela Lei do Divórcio (Loi n. 2004-439 du 26 mai 2004). No Reino Unido, os *Children Acts* de 1989 e 1995 passaram a adotar “*parental rights and responsibilities*” (Beaumont; McEleavy, 1999, p. 74). Em Portugal, o Código Civil abandonou a expressão “guarda” e passou a adotar “responsabilidades parentais” (art. 1.877 e seguintes). Apesar da paulatina substituição, os termos empregados pela Convenção da Haia e pela Convenção Interamericana ainda constam do Direito interno de vários países, como é o caso do Brasil, que manteve a expressão em reforma de 2014 (arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, modificados pela Lei n. 13.058/2014).

De acordo com a Convenção da Haia, o direito de guarda é atribuído “pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção” (artigo 3, 1, “a”) e compreende “os direitos relativos aos

cuidados com a pessoa da criança e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência” (art. 5º). Dessas disposições, extrai-se o que deve ser entendido por direito de guarda.

Antes de mais nada, o direito de guarda é um direito. Ao contrário da residência habitual, “um conceito bem estabelecido na Conferência da Haia, que a vê como um conceito meramente factual” (Pérez-Vera, 1980, p. 445), o direito de guarda é um direito, não apenas porque enunciado dessa forma (“direito” de guarda) ao longo do texto do tratado, mas acima porque se busca proteger a eficácia de um direito já reconhecido pelo ordenamento jurídico interno. Assim, o fato de ter uma criança em sua companhia ou albergada em sua residência, se não vier acompanhado de uma proteção jurídica, não é considerado direito de guarda (Chalas, 2019, p. 111-126).

O conceito convencional de guarda tem significado autônomo no sentido de que não são preenchidos diretamente por conceitos jurídicos internos dos Estados partes. Essa foi a conclusão do relatório da reunião da Segunda Comissão Especial de revisão da aplicação da Convenção, em janeiro de 1993 (Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1993).

Os conceitos chave para determinar o escopo da Convenção não são dependentes do significado em nenhum ordenamento jurídico individual. Assim, a expressão “direitos de custódia”, por exemplo, não coincide com nenhum conceito particular de custódia em um direito doméstico, mas retira seu significado das definições, estrutura e propósitos da Convenção.

52 Talvez o mais próprio seja definir o conceito jurídico como semiautônomo (Beaumont; McEleavy, 1999, p. 74). A “Convenção não traz uma definição completa do termo”, mas delinea aquilo que deve por ele ser compreendido, com auxílio do Direito interno (Morley, 2016, p. 126). Ao afirmar que o direito de guarda abarca “os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência” (art. 5º), o que se tem é que os institutos jurídicos internos que caem dentro dessa definição são considerados direito de guarda. Assim, é necessário recorrer a Direito interno para verificar se a situação recebe proteção jurídica por ele, sendo que essa proteção jurídica, por sua vez, pode ser qualificada como direito de guarda, à luz do art. 5º. Ou seja, o conceito convencional é autônomo, no sentido de que não corresponde a um direito interno; mas sua aplicação depende de uma articulação com o Direito interno, o qual precisa ser qualificado com base no conceito convencional.

A remissão ao Direito interno é explicável porque “o que se espera é que a Convenção defenda aquelas relações que já são protegidas” pelo “direito do Estado em que essas relações se desenrolam antes da remoção” (Pérez-Vera, 1980, p. 444). Ou seja, o tratado traz garantias adicionais ao direito de guarda, o qual preexiste na medida em que definido e protegido pelo Direito interno.

Dessa forma, o direito de guarda é um direito, o qual depende de um reconhecimento e proteção por Direito interno e pode ser qualificado como direito de guarda, nos termos do art. 5º. A Convenção da Haia traz um conceito jurídico autônomo de direito de guarda, por não ser este preenchido diretamente por conceitos jurídicos internos dos países signatários.

Dizer que esse conceito é semiautônomo talvez seja mais preciso, na medida em que ele depende de interação com o Direito interno para sua aplicação. O Direito interno deve ser analisado para que se verifique se o conjunto de direitos que ele atribui é qualificável como direito de guarda, à luz do art. 5º.

3 QUALIFICAÇÃO

A proteção conferida pelo ordenamento jurídico do local de residência habitual vigente no momento da transferência ou retenção deve ser qualificada com base na Convenção para que se afirme se houve a retenção ilícita.

O local de residência habitual é o elemento de conexão, ponto de contato entre os ordenamentos jurídicos, escolhido pelo Direito Internacional Privado para indicar qual deve ser aplicado².

Isso fica claro pela leitura do art. 3º da Convenção da Haia, segundo o qual a ilicitude da transferência ou retenção acontece quando “tenha havido violação a direito de guarda atribuído [...] pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção”. Os aspectos espacial e temporal são estabelecidos sem ambiguidades: Direito do Estado do local de residência habitual no momento da subtração.

Dessa forma, **para qualificar o direito de custódia, é necessário: (a) estabelecer a data da transferência ou retenção; (b) determinar o local de residência habitual nessa data; (c) verificar, no Direito do local de residência habitual vigente naquela data, o “conteúdo dos direitos que o requerente tinha em relação à criança”; e (d) decidir se, de acordo com o “texto e estrutura da Convenção”, esses direitos são qualificáveis como “direito de guarda”** (Morley, 2016, p. 127).

A qualificação pelo Direito do local da residência habitual faz com que a ação amparada na Convenção da Haia exija a consideração de Direito estrangeiro. O pedido de restituição é decidido pelas autoridades do local em que está a criança, diverso do local de residência habitual. Normalmente, a *lex fori*³ será diversa daquela que rege o direito de guarda (*lex causae*)⁴, a qual será a lei do local de residência habitual antes do ilícito (Gama, 2016, p. 233-253).

Além de tudo, também as normas de Direito Internacional Privado sobre conflito de Direitos vigentes no ordenamento jurídico do local de residência habitual devem ser levadas em conta. O Direito, ou “lei do Estado”, conforme enuncia o artigo 3 da Convenção da Haia, inclui as regras de Direito Internacional Privado que regem o conflito de lei no espaço adotadas pelo Direito do local de residência habitual (Pérez-Vera, 1980). Por exemplo, a lei do local de residência habitual poderia remeter a regência dos direitos dos genitores em relação à pessoa dos filhos ao Direito do local de nascimento do infante ou de casamento dos pais.

A aplicação do Direito estrangeiro pode trazer considerável complexidade às ações de retorno, na medida em que requer a prova do Direito estrangeiro, sua compreensão e interpretação. É bem verdade que divergências sobre a qualificação do direito de guarda não são comuns nos casos concretos. A fundamentação expressa sobre o direito de guarda pode ser omitida em uma decisão se não surgir controvérsia relevante quanto ao tema.

Sendo a proteção conferida pelo ordenamento jurídico do local de residência habitual vigente no momento da transferência ou retenção qualificada com base na Convenção para que se afirme se houve a retenção ilícita, é relevante verificar como essa proteção pode ser juridicamente atribuída.

4 ATRIBUIÇÃO

O direito de guarda pode ser atribuído por qualquer via reconhecida pelo Direito do local de residência habitual.

Essa atribuição pode ocorrer “de pleno direito” ou resultar “de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente” (art. 3º, 2). Com isso, a guarda pode ser atribuída simplesmente pela incidência do Direito sobre um fato ou de um ato ou negócio jurídico de efeitos concretos, como uma sentença judicial, uma decisão de autoridade administrativa ou um negócio jurídico.

Desse modo, não é indispensável que haja um documento – sentença ou acordo – atribuindo expressamente o direito de guarda (Morley, 2016, p. 127).

Em geral, os ordenamentos jurídicos atribuem, de pleno direito, aos genitores, a partir do nascimento, um conjunto de direitos e deveres sobre a pessoa dos filhos, o poder familiar (*patria potestas*). Nesse conjunto, estão os direitos de ter a criança sob seus cuidados e de determinar o lugar de residência, justamente aquilo que o art. 5º requer.

Modificações do direito de guarda ocorrem, de pleno direito ou com base em atos e negócios jurídicos concretos. Assim, a morte, o abandono, o atingimento de determinada idade (fatos jurídicos) podem extinguir, de pleno direito, a guarda. Decisões judiciais e administrativas ou contratos também podem modificar o direito de guarda, como ocorre em casos de dissolução de sociedade conjugal. Eventualmente, negócios jurídicos unilaterais, como a renúncia, também podem modificar o direito. Em qualquer desses casos, é o ordenamento jurídico do local de residência habitual que confere efeitos jurídicos a esses fatos, atos e negócios jurídicos.

Então, por exemplo, digamos que a criança tenha nascido no país A, o qual reconhece ao pai e à mãe o direito de decidir sobre o local de residência habitual, vedando a modificação sem o consentimento do outro. Os pais divorciam-se, e a criança passa a residir com a mãe no país B, conservando o pai direitos de visita. Nesse segundo país, o genitor que tenha a custódia direta da criança tem o direito de decidir sozinho sobre a modificação do lugar de residência. Nesse caso, muito embora o local de residência do pai lhe reconheça aquilo que a Convenção define como direito de guarda (direito de decidir sobre o lugar de residência da criança), o ordenamento jurídico do local de residência habitual não confere semelhante direito. Logo, a mãe poderia mudar para um terceiro país, junto com a criança, sem que houvesse transferência ilícita, para fins da Convenção da Haia.

O mesmo raciocínio vale para acordos sobre o direito de custódia. A Convenção da Haia afirma que o direito pode resultar de “acordo vigente segundo o direito” do Estado de residência habitual (art. 3º, 2). Assim, “fica claro que os efeitos do acordo precisam ser testados sob a lei estrangeira” (Morley, 2016, p. 130). Se, de acordo com o

Direito do local de residência habitual, um acordo não tiver validade ou eficácia, ele não terá o efeito de modificar o direito em questão.

Portanto, é livre a forma de atribuição do direito que será qualificado como direito de guarda. Em especial, não é necessário existir uma decisão judicial ou um acordo documentado para que se aplique a Convenção da Haia.

5 CONTEÚDO

Como visto, o conteúdo do direito de guarda é delineado pela Convenção da Haia e, para ser considerado direito de guarda, nos termos da Convenção, o direito atribuído pelo ordenamento jurídico aplicável ao local da residência deve corresponder à moldura convencional.

A Convenção especifica que o conteúdo do direito de guarda consiste no direito relativo “aos cuidados com a pessoa da criança” e “o direito de decidir sobre o lugar da sua residência” (art. 5º).

É com base nesse conteúdo que deve ser qualificado o conjunto de direitos conferido pelo ordenamento jurídico do local da residência habitual. Se a pessoa tem direito a ter a criança sob seus cuidados e/ou decidir sobre o lugar de sua residência, conferido pelo ordenamento jurídico do local de residência habitual, terá o direito de guarda.

Não é relevante a denominação jurídica (*nomen juris*) empregada pelo Direito interno, ainda que ela não corresponda à expressão usada pela Convenção da Haia naquela língua. O importante é que o “pacote de direitos” que o requerente titulariza de acordo com a lei da residência habitual na data relevante satisfaça o conceito autônomo” internacional (Gama, 2016, p. 233-253; Morley, 2016, p. 127).

O local de residência habitual é o elemento de conexão, ponto de contato entre os ordenamentos jurídicos, escolhido pelo Direito Internacional Privado para indicar qual deve ser aplicado.

A mesma pessoa pode ter ambos ou um dos direitos. É perfeitamente possível que o ordenamento jurídico conserve com o genitor que não tem a criança sob seus cuidados – em razão da atribuição da guarda unilateral ao outro genitor, por exemplo – uma série de outros direitos e responsabilidades, em decorrência do poder familiar (*patriae potestas*), incluindo o direito de participar da decisão sobre a mudança de residência da criança.

Tomando a guarda no sentido de ter a criança sob seus cuidados, a subtração pelos genitores acontece tanto nas situações em que ambos compartilham a guarda ou em que a guarda é exercida unilateralmente por um deles. São bastante difundidas as expressões inglesas *taking parent*, o abductor, e *left behind parent*, aquele que tem o direito de guarda frustrado. A literatura indica que a maior parte das subtrações internacionais são praticadas pelo genitor que tem a criança sob seus cuidados diretos, de forma compartilhada com o outro genitor ou unilateral, e decide retornar com a criança para seu Estado de origem –

em muitos casos, buscando fugir de relacionamentos violentos ou abusivos (Freeman; Taylor, 2023).

O direito de ter a criança sob seus cuidados enfatiza os cuidados pessoais e deixa de fora a proteção da esfera patrimonial. Nesse sentido, “é um conceito mais limitado do que aquele de ‘proteção de menores’” (Pérez-Vera; 1980, p. 452). Consiste no direito de velar pela criança, tê-la em sua companhia, prover o necessário em termos materiais, educá-la (Madeleno, 2015, p. 456).

Por sua vez, o direito de decidir sobre o local de residência da criança é, naquilo que é relevante para a subtração internacional, o direito de se opor a uma mudança da residência para outro Estado. Esse direito de veto pode decorrer diretamente do ordenamento jurídico ou de sentença ou acordo. Em alguns países, a legislação expressamente confere aos genitores, como uma decorrência do poder familiar, essa prerrogativa, deixando expresso que, embora não tenham a criança sob seus cuidados diretos, tem a potestade de participar em decisão sobre eventual mudança.

[...] é livre a forma de atribuição do direito que será qualificado como direito de guarda. Em especial, não é necessário existir uma decisão judicial ou um acordo documentado para que se aplique a Convenção da Haia.

54

No Brasil, a legislação afirma competir “a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar”, o qual consiste no direito a “exercer a guarda unilateral ou compartilhada” e a “conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente”, entre outras tantas coisas (art. 1.634, II e V, do Código Civil). Adicionalmente, a mudança abusiva de endereço, que inviabilize ou obstrua a convivência familiar do genitor que não tem a guarda, é sancionada pela legislação de combate à alienação parental (art. 6º, §1º, da Lei n. 12.318/2010).

O Código Civil espanhol prevê que “*los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores*”, a qual compreende os deveres e faculdades de “*velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*” e de “*decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial*” (artículo 154).

Na Itália, o Código Civil prevê que os genitores têm a “*responsabilità genitoriale*”, a qual lhes confere o direito e o dever de estabelecer, de comum acordo, a residência habitual da criança, podendo recorrer ao arbitramento judicial em caso de divergência (art. 316).

O direito de veto também pode decorrer de acordos ou de decisões judiciais ou administrativas. Em acordo ou sentença de divórcio, é possível prever que o genitor que não tem a guarda da criança tenha direito a decidir sobre eventuais mudanças de residência, em especial para o exterior.

Prevalece o entendimento de que o direito de visita somado

ao direito de veto caracteriza guarda, de acordo com a Convenção da Haia. O argumento em contrário é de que o direito de veto não é um direito autônomo, mas uma simples garantia do direito de visita. O veto restringiria excessivamente a liberdade e a autonomia do genitor ao qual estão confiados os cuidados da criança⁵. A jurisprudência é favorável ao genitor que tem o poder de veto, seja ele decorrente da lei, seja de sentença ou acordo⁶.

Dessa forma, para fins da Convenção da Haia, o direito de guarda é o relativo aos cuidados com a criança, o qual enfatiza o direito a ter a infante em sua companhia e sob seus cuidados, além de “o direito de decidir sobre o lugar da sua residência”, que inclui o direito de veto sobre a mudança de residência para o exterior.

6 TITULAR

Qualquer pessoa, natural ou jurídica, e mesmo ente despersonalizado pode ser titular do direito de guarda, segundo a Convenção da Haia.

O art. 3º, “a”, refere-se ao direito de guarda “atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente”.

Mais de uma pessoa pode, num dado momento, ter direito de guarda sobre a mesma criança. A Convenção da Haia aplica-se tanto se o abductor é um terceiro, sem qualquer direito ou relação com a criança, quanto se é um dos genitores, ofendendo o direito de guarda do outro.

Os direitos de ter a criança sob seus cuidados e de decidir sobre seu local de residência são normalmente atribuídos aos genitores. O reconhecimento tardio da parentalidade pode frustrar sua aquisição ou exercício, a depender das disposições internas.

Em uma série de situações – orfandade, perda do poder familiar, aplicação de medida protetiva etc. – é permitido que esses direitos sejam atribuídos a outras pessoas, que podem ser membros da família, terceiros ou mesmo instituições, as quais se encarregam do acolhimento. Assim, a depender do Direito interno do local, uma instituição de acolhimento teria o direito de guarda em relação às crianças nela recolhidas.

Em uma visão ainda mais abrangente da titularidade, a Corte que decide sobre a guarda em uma tutela provisória, sob o compromisso de não saída do país, poderia ser assim considerada. Nesse sentido, decidiu a House of Lords da Inglaterra (Reino Unido [2000], c. 291).

Portanto, o que se tem é uma ampla possibilidade de titularidade do direito de guarda. Normalmente atribuído a pessoas naturais – especialmente aos genitores – ele pode ser também de terceiros, pessoas jurídicas e entes despersonalizados.

7 CONCLUSÃO

O “direito de guarda” é um conceito central à proteção contra a subtração internacional de crianças. Na Convenção da Haia de 1980, o “retorno imediato”, principal instrumento e razão de ser do tratado, depende de uma violação ao direito de guarda. Sua correta compreensão é essencial para a aplicação dos institutos convencionais.

O direito de guarda é um direito, não apenas uma situação de fato, e precisa ser reconhecido e protegido pelo Direito interno para que a Convenção da Haia venha a ser aplicada.

A Convenção da Haia traz um conceito jurídico autônomo de direito de guarda, no sentido de que não é preenchido diretamente por conceitos jurídicos internos dos países signatários. O mais correto talvez seja dizer que esse conceito é semiautônomo, na medida em que ele depende de interação com o Direito interno para sua aplicação.

Deve-se recorrer a Direito interno para verificar se a situação recebe proteção jurídica, sendo que essa tutela, por sua vez, pode ser qualificada como direito de guarda, à luz da Convenção da Haia.

A Convenção da Haia remete ao Direito do local de residência habitual, vigente no momento da transferência ou retenção ilícita. Assim, é necessário estabelecer a data da transferência ou retenção; determinar o local de residência habitual nessa data; verificar, no Direito do local de residência habitual daquela data, o “conteúdo dos direitos que o requerente tinha em relação à criança” e decidir se, de acordo com o “texto e estrutura da Convenção”, esses direitos são qualificáveis como “direito de guarda”.

O direito de guarda pode ser atribuído, em síntese, por qualquer via reconhecida pelo Direito do local de residência habitual (artigo 3, 2, da Convenção da Haia). Ou seja, a atribuição pode ocorrer “de pleno direito”, como acontece com a atribuição do poder familiar aos genitores na ocasião do fato jurídico nascimento, ou resultar de uma decisão judicial ou administrativa – sentença sobre o divórcio – ou mesmo de um contrato – acordo de divórcio – ou negócio jurídico unilateral – renúncia de direitos de um genitor em favor de outro, por exemplo. Não é indispensável haver um documento atribuindo expressamente o direito de guarda.

A Convenção especifica que o direito de guarda consiste no direito relativo “aos cuidados com a pessoa da criança” e “o direito de decidir sobre o lugar da sua residência” (artigo 5).

Não é relevante a denominação jurídica (*nomen juris*) empregada pelo Direito interno, ainda que ela não corresponda à expressão usada pela Convenção da Haia naquela língua. O importante é que o “pacote de direitos” que o requerente possui de acordo com a lei da residência habitual na data relevante satisfaça o conceito internacional.

A mesma pessoa pode ter ambos ou um dos direitos. O ordenamento jurídico pode conservar com o genitor que não tem a criança sob seus cuidados diretos o direito de participar da decisão sobre a mudança de residência da criança e outros direitos relevantes para caracterizar a guarda.

O direito de ter a criança sob seus cuidados enfatiza os cuidados pessoais e deixa de fora a proteção da esfera patrimonial. Por sua vez, o direito a decidir sobre o local de residência da criança é, em verdade, o direito a se opor a uma mudança de residência para o exterior. Esse direito de veto pode decorrer diretamente do ordenamento jurídico ou de sentença ou acordo.

Qualquer pessoa, natural ou jurídica, e mesmo ente despersonalizado, pode ser titular do direito de guarda, conforme Convenção da Haia. Os direitos de ter a criança sob seus cuidados e de decidir sobre seu local de residência são normalmente atribuídos pelo Direito aos genitores.

Portanto, o que se tem é uma ampla possibilidade de titulação do direito de guarda.

A correta compreensão do direito de guarda é crucial para a efetiva aplicação da Convenção da Haia e da Convenção Interamericana. Garantir o retorno imediato de crianças subtraídas internacionalmente depende de compreender os direitos atribuídos pelo ordenamento do local de residência habitual. Dessa forma, o estudo dos conceitos e institutos nela trabalhados, em especial o direito de guarda, pode ser indispensável para a solução de casos concretos e o aperfeiçoamento da aplicação convencional.

NOTAS

- 1 As Convenções também se aplicam em caso de violação do direito de visita. Os procedimentos baseados em violação do direito de visita são bastante raros e têm por objetivo não a restituição imediata da criança ao local de residência habitual, mas “a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita” (art. 21 da Convenção da Haia) ou “fazer respeitar o exercício” desse direito (art. 21).
- 2 Sobre os elementos de conexão no Direito Internacional Privado, ver Dolinger; Tiburcio, 2017, p. 281 e ss.
- 3 *A lex fori* é a “lei do foro no qual se trava a demanda” (Dolinger; Tiburcio, 2017, p. 318).
- 4 *A lex causae* é a norma diversa da lei do foro, determinada pelas regras de conexão, que se aplica à solução da demanda (Dolinger; Tiburcio, 2017, p. 318).
- 5 Para o histórico e uma análise completa dos argumentos em discussão, consultar: Beaumont; McEleavy, 1999.
- 6 Para uma lista de julgados, ver: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2008, p. 43.

REFERÊNCIAS

- BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter, E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford: University Press, 1999.
- CHALAS, Christelle. Raison et sentiments en matière d'enlèvement international d'enfant: quel équilibre dans les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation?. *Revue Critique de Droit International Privé*. Paris, n. 1, p. 111-126, 2019.
- CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. *Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Held 18-21 January 1993. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/432981e4-238b-4ed4-a41e-bb239d5acdac.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2024.
- CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. *Transfrontier contact concerning children: general principles and guide to good practice*. Bristol: Family Law, 2008.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 318.
- FREEMAN, Marilyn; TAYLOR, Nicola. Contemporary Nurturing of the 1980 Hague Convention. In: BLUEBOOK. 21st ed. 12 Laws 1, 2023.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Convenção da Haia de 1980 e as noções conceituais de guarda e visita. In: RAMOS, André de Carvalho. (org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 233-253.
- MADELENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MORLEY, Jeremy D. *The Hague Abduction Convention*. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2016. p. 127.
- PÉREZ-VERA. *Explanatory report: Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, concluded at The Hague on October 25, 1980*. p. 445.
- REINO UNIDO. In *Re H (A Minor)*, [2000] 2 A. C. 291.

Daniel Marchionatti Barbosa

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Artigo enviado em 27/2/2024.

Artigo aprovado em 2/4/2024.

Daniel Marchionatti Barbosa é Secretário-Geral do Conselho da Justiça Federal. Juiz Federal na 4ª Região. Ex-Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça. Ex-Magistrado Instrutor no Supremo Tribunal Federal (STF). Ex-Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça Federal. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).