

**PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE FACE À RESIDÊNCIA
HABITUAL PROPOSTA NA CONVENÇÃO DE HAIA**

***PRINCIPLE OF THE TOP INTEREST OF THE CHILD
AND ADOLESCENT FACE TO THE PROPOSED
RESIDENCE IN THE HAGUE CONVENTION***

Andrine Oliveira Nunes

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.
Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará.
E-mail: andrinenunes@hotmail.com

Tatiane Gomes Miranda

Advogada especializada em Direito Civil e Processo Civil.
Assistente de Unidade Judiciária do Tribunal de Justiça do Ceará.
E-mail: tatianegomes_sp@yahoo.com.br

Resumo

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças busca a restituição imediata da criança transferida ou retida ilícitamente em país diverso de sua residência habitual. O documento em referência trata somente dos aspectos cíveis. Analisa o presente trabalho a aplicação da residência habitual (atual) nos termos da Convenção em contraposição ao Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente a qual é propiciada pela morosidade no processo de repatriação da criança e/ou do adolescente. Malgrado a residência habitual atual revelar-se ilegal frente à Convenção não se pode olvidar a reintegração daquele no meio em que se encontra, sob pena de malferir o interesse da criança ou do adolescente. Essa análise parte de uma metodologia qualitativa, cuja pesquisa é teórica realizada por meio de livros, sobretudo por jurisprudências as quais demonstram que mesmo diante de um processo longo, levando alguns anos para a solução do conflito, o Estado brasileiro vem decidindo pela repatriação da criança ou do adolescente. Fato que gera conflito entre os princípios da residência habitual e o do superior interesse da criança e do adolescente que será solucionado pela regra da proporcionalidade adotada por Virgílio Afonso da Silva.

Palavras-chave: Residência habitual (atual). Ponderação de princípios.

THEMIS

Abstract

The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction seeks the immediate return of the child transferred or illicitly detained in a country other than his or her habitual residence. The document in question deals only with the civil aspects. The present study analyzes the application of habitual residence (current) under the terms of the Convention as opposed to the Principle of the Superior Interest of the Child and Adolescent, which is caused by the delays in the process of repatriation of the child. Even if the current habitual residence proves to be illegal in the face of the Convention, one can not forget the reintegration of the minor in the environment in which he / she is, failing which the greater interest of the child is denied. This analysis is based on a qualitative methodology, whose theoretical research is carried out by means of books, mainly by jurisprudence which shows that even in the face of a long process, taking a few years to resolve the conflict, the Brazilian State has decided for the repatriation of the minor . This creates a conflict between the principles of habitual residence and that of the superior interest of the child and the adolescent. Whose conflict will be solved by the application of the proportionality rule adopted by Virgílio Afonso da Silva.

Keywords: Usual residence (current). Weighting of principles.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O aumento dos relacionamentos afetivos entre pessoas de nacionalidade diversa faz surgir conflitos de ordem pessoal e familiar, fazendo necessário invocar o Direito Internacional Privado o qual indicará a melhor norma a ser aplicável ao caso concreto. Logo, origina-se, quase que na mesma proporção, o aumento dos casos de sequestro interprenatal o qual acaba sofrendo interferências políticas dos Estados envolvidos.

Assim, havendo transferência ou retenção ilegal da criança e/ou do adolescente em país estrangeiro, por qualquer membro dos familiares que detenha a guarda, instaura-se o procedimento de restituição daquele ao país de origem, devendo ser observado o melhor interesse da criança e do adolescente e não somente a residência habitual com base no domicílio anterior deste antes do ato ilícito cometido, quando o litígio se prolongar no tempo.

Vale registrar que o procedimento para a repatriação da criança tem urgência prevista na Convenção de Haia para que o infante, sequestrado do seu ambiente de convívio, seja imediatamente devolvido visando ao restabelecimento da situação anteriormente alterada pelo sequestrador, bem como evitar possíveis danos à criança. Recomendação esta que não acontece na maioria dos casos, principalmente no Brasil, dada a morosidade do Judiciário e da Autoridade Central ao possibilitar a adaptação da criança e/ou do adolescente em território brasileiro.

Nesse sentido, a proposta trazida pelo tema é contribuir para a releitura da atual dinâmica/agilidade processual da Autoridade Central e do Poder Judiciário no tocante ao processo de restituição da criança e/ou do adolescente ao país requerente, e refletir de forma crítica sobre o conceito de residência habitual inserta na Convenção, obviamente à luz do princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

O cerne do presente trabalho objetiva analisar a aplicabilidade da residência habitual enquanto princípio, contida na Convenção de Haia da qual o Brasil é signatário, *versus* o princípio do interesse da criança e do adolescente. De modo a considerar a adaptação da criança e/ou do adolescente no país requerido em decorrência da morosidade do Poder Judiciário brasileiro.

Essa análise se inicia a partir de uma metodologia qualitativa, cuja pesquisa é teórica pautada em observação bibliográfica com base nos estudos doutrinários, documentais, periódicos, análise de jurisprudências e da própria Convenção de Haia, levando em consideração a importância do conceito da residência habitual atual como consequência da desídia do Poder Judiciário.

Está o presente tema envolto de mais peculiaridades, haja vista tratar de conflitos interfamiliares, onde um dos genitores exerce de forma exclusiva e abusiva o direito de guarda da criança e/ou do adolescente, em detrimento do outro genitor, utilizando aquele da autotutela, o que fez nascer a necessidade de regulamentação internacional em razão da ilicitude na conduta ser realizada em território estrangeiro.

THEMIS

Insta lembrar que não trata a Convenção de Haia sobre a punição do genitor sequestrador, mas somente dos aspectos civis do sequestro, no sentido da restituição internacional da criança ou do adolescente, fazendo retornar a situação anterior ao ato ilícito cometido por um dos genitores. Razão pela qual persiste a problemática do tema em questão ao buscar o conceito e a natureza da residência habitual, uma vez que a falta de celeridade processual propicia a adaptação da criança e/ou do adolescente no Estado onde se encontra sequestrado.

Neste sentido, busca-se a ponderação dos princípios, com base nos direitos fundamentais, conflitantes, utilizando-se, para tanto, a teoria defendida por Virgílio Afonso da Silva o qual adota a regra da proporcionalidade em sentido estrito para a aplicação definitiva de um direito, após análise das sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de solucionar o problema posto.

2. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Falar em normatividade dos princípios enseja, inicialmente, a compreensão de norma a qual para Kelsen (1998, p. 4) é um esquema de interpretação onde o fato externo nada mais é que uma significação jurídica específica a ele atribuído. Neste ínterim, para descrever a norma importante salienta a teoria da tridimensionalidade defendida por Reale (2002, p. 64-65) que define a norma como fruto de um fato valorado, sendo os seus elementos ou fatores nada mais que a síntese integrante de fatos ordenados, segundo valores que atuam como um elo no ramo do Direito. Logo, fatos, valores e normas, portanto, estão intrinsecamente ligados um ao outro gerando uma relação de interdependência em si, pois como afirma Reale (2002, p. 103), a correlação entre fato e valor se dá em razão de um alcance deôntico, isto é, em termo lógico de dever ser, com que se instaura uma norma.

Tem-se, no entanto, que norma é gênero, tendo como espécie as regras e os princípios, os quais, segundo Bobbio (1995, p. 158-159), são normas, como todas

as outras, em busca do espírito do sistema, portanto com foco em sua natureza normativa, já que assim afirma Hesse (1991, *on-line*) quanto à força normativa da Constituição, visto que, como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é, sim, ciência normativa.

Ainda sobre a força normativa da Constituição importa registrar as lições de Hesse (1991, *online*) quanto a sua vontade normativa. Eis que a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, uma vez que a mesma está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). E segue afirmando, Hesse (1991, *on-line*), que a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

O que se pode inferir é que a Constituição adquire força normativa na medida em que colima idealizar essa pretensão de eficácia, valendo-se evidentemente da hermenêutica jurídica. Portanto, não aplicar os princípios, tendo em vista que os mesmos são elementos interpretativos, significa não imprimir força normativa à Constituição.

Ao retomar ao mote dos princípios, os conceitua Silva (2008, p. 92) como ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas, funcionando como elemento interpretativo e de integração no ordenamento jurídico. Na sequência, têm-se os princípios como uma verdade jurídica universal, sendo mister conceber a ele o traço da normatividade, haja vista tratar-se de atributo qualitativo (BONAVIDES, 2008, p. 256). Nesse sentido, igualmente define Barroso (2011, p. 334) que princípios não são como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. Percebe-se que as definições reclamam um empenho do intérprete quando da aplicação de um princípio em um caso concreto.

THEMIS

A aplicação de uma metodologia principiológica ao sistema positivista mudou substancial e qualitativamente o Direito Contemporâneo¹, eis que a sociedade atual e multicultural faz nascer novos paradigmas sociais, o que enseja maior critério de aplicação das regras, sob pena de violar os princípios. Isto significa sobrepor à pessoa em relação ao objeto em uma questão jurídica, é conferir efetividade ao fundamento primeiro (central) da Constituição, qual seja: o da dignidade da pessoa humana. Postulado este norteador da Constituição Federal de 1988 que com o fenômeno do neoconstitucionalismo² propiciou a constitucionalização dos demais ramos do Direito, todos à luz da dignidade da pessoa humana, perdendo, desta forma os princípios o caráter da supletividade.

Guerra Filho (2007, p. 71) entende que a natureza diferenciada de princípios e regras suscita a necessidade de desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada da hermenêutica tradicional.

Apto registrar que Bonavides (2008, p. 260) leciona que a juridicidade dos princípios passa por três fases: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. Fase esta última que passam os princípios a ser tratados como direito. Não podem os princípios se tornarem normas programáticas, haja vista ser certa sua falência normativa.

Passam, portanto, os princípios a serem meios norteadores do ordenamento jurídico, quando da sua aplicação, e em busca de uma solução. Ou seja, são os

1 Caracterizado pela Constituição enquanto centro de um sistema jurídico, decorrendo o Direito Contemporâneo das transformações ocorridas em um ordenamento jurídico, consequência da crescente mudança e transformação social, cuja prevalência consiste nos valores das normas constitucionais. A título de exemplo, cite-se: os Estatutos da Deficiência, do Idoso, da Criança e do Adolescente, Direito do Consumidor etc.

2 Sobre o neoconstitucionalismo, isto é, o sentimento constitucional, fala Bonavides (2008, p. 286): “A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz a valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetos básicos, em seus princípios cardeais”.

princípios guias interpretativos para o Direito, além de serem os fundamentos da ciência jurídica, sobretudo das nações em que se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito. Refere-se Pereira (2005, p. 30) que a norma fundamental é fundante da cultura e da constituição do sujeito, fazendo os princípios e regras partes de uma categoria normativa.

Segundo Pereira (2005, p. 27) sobre os princípios gerais, estes são normas muito mais que qualquer outra norma, pois traduzem não somente o sentido de um ato de vontade, mas principalmente o espírito da norma, extraíndo-se daí o caráter universal valorativo dos princípios.

Assim como são admitidos expressamente como fonte formal, constituindo um canal entre a filosofia – direito ideal, e a ciência do direito – direito real, podendo os mesmos se expressarem por meio de qualquer das espécies de fontes, como em lei, costumes, doutrina e jurisprudência (VASCONCELOS, 2000, p. 209-210).

Por esse motivo, possuem os princípios papel essencialmente informatizador do sistema jurídico, privilegiando sempre a dignidade humana nas relações jurídicas, as citações acima enaltecem a importância normativa dos princípios no ordenamento jurídico, tendo em vista sua natureza axiológica e a necessidade de evolução do direito em face à constante mutação social, são de fato diretrizes deontológicas. Portanto, reconhecer a normatividade dos princípios e sua consequente distinção qualitativa em relação às regras nada mais é que um dos símbolos da fase pós-positivista mencionada por Bonavides (2008, p. 264).

Quanto à normatividade que ora se tece sobre os princípios, Piovesan (2003, p. 381) defende que a normatividade não está no texto em si, mas no resultado da junção entre seu teor abstrato e sua aplicação à realidade escolhida, culminando pela formulação de uma norma decisão.

A importância dos princípios revela-se também quando há ausência de regramento para a solução dos casos concretos apresentados ao Judiciário, valendo-se deste em obediência aos parâmetros hermenêuticos e axiológicos da sociedade.

Silva (2003, p. 609), acerca da diferença entre regras e princípios, apresenta alguns precursores sobre o assunto: Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (2008),

THEMIS

os quais defendem a tese da separação qualitativa entre regras e princípios, cuja distinção se pauta no grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade.

Para Dworkin (2002), a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica, distinguindo-se quanto à natureza da orientação que oferecem, eis que as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, sendo ela válida ou não. E os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em certa direção. As regras possuem dimensão de validade e os princípios de peso ou importância (DWORKIN, 2002, p. 42-43). Nesse caso, não há necessidade de conflito entre princípios, mas sim, uma questão de peso, isto é, utiliza-se o princípio mais importante para determinado caso concreto, não deixando o outro de existir.

Insta registrar que Silva (2003, p. 613)³ questiona a dignidade humana, classificando-a como complexa, uma vez ser a proteção mais fundamental de qualquer ordenamento jurídico democrático contemporâneo. E por isso, torna-se norma-mandamento que não comporta sopesamento diante da colisão de princípios, ficando, portanto, sua classificação de princípio comprometida, isto se for seguida a doutrina defendida por Alexy (2008).

O entendimento de Alexy (2008, p. 90) quanto à distinção entre regras e princípios é meramente qualitativa e de não de grau. Pois, foi este autor quem desenvolveu a ideia de princípios como mandamento de otimização, e estes por sua vez, vêm a ser uma medida máxima de realização de algo, obviamente que levando em consideração as viabilidades fáticas e jurídicas. Portanto, na existência de colisão entre princípios deve esta ser dirimida pelo sopesamento ambos.

Neves⁴ propõe um modelo alternativo de distinção entre regras e princípios, eis que as regras delimitam com precisão o processo argumentativo, permitindo a

3 Virgílio Afonso da Silva questiona o princípio da dignidade humana como complexo, em nota de rodapé nº 26, 2003, p. 613.

4 O livro de Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*, nasce de sua crítica sobre a utilização abusiva dos princípios os quais, segundo ele, permite revestir de respeitabilidade qualquer tese por mais absurda que seja, exemplificando a invocação da dignidade da pessoa humana para caracterizar a inconstitucionalidade (ADI 1.856/RJ) de lei estadual que permitia a briga de galo (p. X). Faz uma metáfora da expressão Hidra e Hércules para caracterizar este como regras e aquela como princípios.

solução do caso concreto a ser analisado (NEVES, 2014, p. X e XVIII). Enquanto que os princípios estimulam o dissenso em razão das possibilidades de argumentação inerentes a eles, buscando sempre soluções satisfatórias da tese defendida no caso concreto (NEVES, 2014, p. XVII). Segue ensinando Neves (2014, p. X) sobre sua teoria que aponta para os princípios uma relação de complementaridade e tensão com as normas.

Já para Ávila (2005, p. 55), a diferença entre regras e princípios consiste no grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos que as regras. Pois, tanto as regras como os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser, assim a única distinção consiste na determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação em razão dos princípios estabelecerem fins normativos e não conduta a ser seguida, diferentemente das regras que já estabelecem condutas em sua norma.

No que tange à distinção em referência, cita Alexy (2008, p. 91) que as regras, ao contrário dos princípios, contêm determinações, ou seja, se uma regra é válida, então, deve-se realizar exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Percebe-se que, quanto aos princípios, a realização destes se torna variável, de acordo com a situação a ser enfrentada.

Para Silva (2003, p. 618), a característica que distingue os princípios das regras é que aqueles expressam direitos e deveres *prima facie* e estes deveres definitivos⁵. Reafirma seu posicionamento de que os princípios possuem consequências abstratamente determinadas, haja vista a otimização⁶ dada a eles, logo, a colisão é real. Portanto, na existência de colisão entre regras jurídicas, uma será extirpada do ordenamento, haja vista a resolução encontrar-se no âmbito da validade. Por tal diversidade é que se solidifica a noção de que enquanto a

5 Conforme leciona Silva (2003, p. 618) consiste os deveres *prima facie* em deveres realizáveis em medidas diversas, e não uma consequência determinada como emana as regras. Contudo, torna-se um dever definitivo a partir de uma ponderação ou sopesamento.

6 Otimização, conforme entendimento de Silva (2003, p. 618), é a utilização da máxima medida dentro das condições fáticas e jurídicas existentes.

THEMIS

convivência de regras é antinômica, a de princípios é necessariamente conflitual; enquanto as regras se autoexcluem, os princípios coexistem (PIOVESAN, 2003, p. 383).

Logo, ambos os princípios continuarão a coexistir no sistema jurídico, sendo necessária a aplicação da técnica da ponderação, sopesamento dos mesmos.

No tocante à técnica da ponderação, Barroso (2011, p. 368) apresenta três etapas para se chegar a uma decisão jurídica. A primeira consiste na verificação da aplicação das normas aplicáveis; a segunda etapa cede lugar à compreensão dos fatos relevantes, circunstâncias concretas do caso sob análise; e por fim, a terceira possibilita a aferição dos pesos atribuídos aos elementos em disputa. Eis que todo o processo deve estar intrinsecamente ligado ao princípio da razoabilidade, que possui como elementos balizadores a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.

Nesse sentido, o princípio do superior interesse da criança, haja vista ser postulado norteador da Convenção de Haia, deve se sobrepor ao da residência habitual inserto no documento internacional. Uma vez que se trata do primeiro princípio de cláusula geral, por isso, o melhor interesse pode sofrer variações. Não se pode olvidar que a aplicação do seu sentido ao caso concreto estará ligada a elementos concretos inerentes ao caso.

Após breve incursão acerca da definição, força normativa e técnica de ponderação dos princípios, esta por Barroso (2011, p. 368), registro que a técnica que se adota é a do Virgílio Afonso a qual melhor será abordada em tópico posterior.

3. A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: ASPECTOS RELEVANTES.

Em função dos inúmeros conflitos internacionais decorrentes das reiteradas práticas de abuso de guarda cometidas pelos genitores das crianças e/ou adolescentes, ao transferi-los ou retê-los em país diverso de sua residência habitual, mascarando a ilicitude cometida com decisões judiciais locais, no âmbito da justiça estadual, favoráveis ao genitor infrator, e com fundamento no princípio do superior interesse da criança, foi que nasceu, em 25 de outubro de 1980, na cidade da Haia, na

Holanda, a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, que se passará a chamar apenas de Convenção de Haia. Vale lembrar que apesar desta Convenção ter iniciado sua vigência internacional em 1º de dezembro de 1983, o Brasil só ratificou o documento por meio do depósito de adesão em 19 de outubro de 1999, sendo promulgado por meio do decreto presidencial n. 3.413, de 14 de abril de 2000. Ademais, faz-se necessário esclarecer que o termo sequestro utilizado pelo Estado brasileiro para se referir à Convenção de Haia distingue da definição do tipo penal sequestro contido no artigo 148, do Código Penal brasileiro. Eis que o Brasil preferiu adotar a expressão sequestro, enquanto em Portugal, por exemplo, o termo utilizado é raptó, nos países de língua inglesa, optaram pelo termo abdução e, na França, *enlèvement*⁷. Nada ligado, portanto, à legislação penal, haja vista versar a Convenção tão somente sobre os aspectos civis.

Logo, visa a Convenção em referência a cooperação internacional entre os Estados signatários do documento, de modo a evitar que as transferências ou retenções ilícitas, ou seja, o sequestro da criança ou do adolescente por quem detém o direito de guarda se consolide. Descreve, em seu artigo 1º, os seguintes objetivos: o retorno imediato da criança ilicitamente transferida ou retida em outro Estado, bem como, respeitar o direito de guarda e de visita existentes noutro Estado contratante. Preza igualmente a Convenção pela manutenção do vínculo familiar entre seus membros no país de origem, trabalhando o conflito somente quanto aos aspectos civis.

Sobre o principal sujeito ativo da conduta da retenção ou remoção ilícita da criança tem-se, aponta Duarte (2010, p. 79), a mãe que por motivos de violência doméstica, interesses profissionais, familiares ou mesmo para atingir o pai, impede o contato deste com o filho, o qual por vezes sofre Alienação Parental.

Contrariamente do que ocorria antes ou mesmo no prelúdio da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, o pai era o

7 *Enlèvement*: Expressão utilizada pela França para se referir à Convenção de Haia, cujo significado é remoção. Considerações das autoras.

THEMIS

sujeito ativo da remoção ou retenção ilícita da criança em país estrangeiro, contudo tem este cenário mudado nos últimos anos, eis que o sujeito ativo passa a ser a mãe, que, por meio de autorização do pai, realiza viagem internacional sem intenção de retornar ao país onde reside, violando o direito do outro genitor. A remoção, em que pese ter sido legal, tendo em vista ser a mãe igualmente detentora da guarda e munida de autorização do pai, passa a retenção, da criança e/ou adolescente ser ilícita dada a expiração do prazo contida na mencionada autorização.

Esquece o sujeito ativo da conduta que a pessoa mais prejudicada nesse conflito é a criança e/ou adolescente, pois a brusca mudança de cultura, convívio social, entre outras questões, prejudicará o pleno desenvolvimento deste.

No tocante ao direito de guarda e de visita, preocupou-se a Convenção de Haia em defini-los de modo a não misturar com os conceitos do direito interno dos países signatários da Convenção. No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, o direito de guarda é inerente a quem detém o poder familiar. Nesses termos, dispõe o artigo 5º do documento em referência:

Artigo 5º - Nos termos da presente Convenção:

- a) o 'direito de guarda' compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;
- b) o 'direito de visita' compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Sobre o assunto comenta Dolinger (2003, p. 247) que o direito de visita ainda que não tenha sido garantido por ação específica não pode o mesmo ocorrer com o direito de saída do país, o qual é garantido mediante o pedido de retorno da criança e/ou do adolescente.

Malgrado restar assegurado no artigo 1º da Convenção o respeito ao direito de guarda e de visita, e em contrapartida constar no artigo 3º que a transferência ou a retenção de uma criança somente será considerada ilícita quando houver violação ao direito de guarda 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, não pode se aplicar a interpretação literal do dispositivo. Eis que o próprio artigo 4º rechaça possível dúvida, sendo ilícita tanto a violação do direito de guarda quanto a de visita.

O artigo 6º, da Convenção de Haia, preceitua que o Estado contratante deverá designar uma autoridade central que se encarregará de cumprir as obrigações insertas na Convenção, bem como acompanhar as solicitações dos Estados requerentes e os procedimentos de repatriação da criança e/ou do adolescente. A Autoridade Central do Brasil é a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, órgão de natureza administrativa, que engendra esforços para solucionar, amigavelmente, a repatriação da criança sequestrada. E uma vez frustrada a tentativa amigável, encaminhará a autoridade central o caso à Advocacia-Geral da União (AGU), pessoa jurídica de direito público interno que atua em defesa dos interesses da União, no presente caso, dadas as obrigações assumidas em documento internacional, já que a Secretaria não possui personalidade jurídica para intentar ação judicial cabível, passando ambas a atuar de forma conjunta.

Quanto aos requisitos para a aplicação da Convenção de Haia, afora a ocorrência da violação do direito de visita e de guarda, bem como serem os Estados envolvidos no conflito signatários da Convenção, deve ter a “criança” até dezesseis anos de idade, pois a aplicação do referido documento cessa para quem atinge os dezesseis anos (art. 4º). Mais adiante será abordado um tópico apenas para tratar do requisito residência habitual.

Já o artigo 13 versa sobre as exceções, no que tange ao dever da autoridade central ou do Poder Judiciário do Estado requerido – país em que se encontra ilicitamente a criança e/ou adolescente, em proceder com a repatriação deste. Logo, será a Convenção de Haia relativizada se o opositor do retorno da criança provar que a pessoa, instituição ou organismo não exercia o direito de guarda ou que havia consentido com a transferência ou retenção. Ou ainda na existência de um grave risco com o seu retorno, riscos de ordem física e/ou psíquica, que

THEMIS

possam comprometer seu melhor interesse. Como ensina Dolinger (2003, p. 257), o grave risco contido no artigo em comento deve ser entendido como uma medida de caráter humanitário, visando evitar que a criança seja enviada a um ambiente social de extremo perigo e não por causa da amargura ou ódio de um genitor.

Não olvidando, por conseguinte, a opinião da criança desde que esta já tenha atingido uma maturidade suficiente para que possa ser levada em consideração, julga-se ser esta parte do dispositivo de natureza demasiadamente genérica. Lembra-se que deve o magistrado ou a autoridade central ter muita cautela na análise dessas exceções, uma vez que há uma forte tendência nacionalista em decidir pela permanência da criança no Estado em que se encontra, tornando sem efeito a Convenção de Haia. Isto ocorre com certa frequência na Alemanha (DUARTE, 2010, p. 93-94), haja vista possuir este Estado forte mentalidade nacionalista, apresentando ser o um dos países com baixo índice de deferimento de pedidos com base na Convenção.

A exceção da repatriação da criança e/ou do adolescente deve, sobretudo, atentar-se ao artigo 20 da Convenção de Haia, eis que pode o Estado requerido indeferir o pedido do Estado requerente quando o retorno ao país de onde fora transferido não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, enfim, de documentos da sociedade internacional.

Ainda sobre a exceção, o artigo 12 prevê o prazo de um ano para que o interessado, a contar da data da prática da remoção ou retenção ilícita da criança, inicie o processo perante a autoridade judicial ou administrativa no Estado onde a criança se encontrar, ocasião que deverá ser ordenado o retorno imediato. Consta também que, mesmo após a expiração do período mencionado, deve o retorno ocorrer, salvo se restar comprovado que a criança se encontra integrada no seu novo meio.

Daí a importância de os Estados signatários da Convenção atentarem para a celeridade do trâmite processual exigido pelo documento com vistas a conceder efetivo cumprimento no mandamento de imediato retorno da criança.

Em especial, o Estado brasileiro, com o atual cenário de morosidade judiciária, a qual acaba sendo favorável à integração do menor no Estado em que se encontra, incentivando a conduta do sequestrador.

Quanto à competência para dirimir os conflitos judiciais envolvidos da Convenção de Haia, compete à Justiça Federal, em razão dos incisos I e III, do artigo 109, da Constituição Federal, que determina ser do âmbito federal causas que versem sobre tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Com isso, não cabe a Justiça estadual conceder guarda provisória ao genitor quando se está diante de um caso de remoção ou retenção ilícita de criança, cuja decisão é nula, dada a incompetência absoluta. Pois, ainda que o genitor sequestrador se utilize de tal manobra para mascarar a ilicitude cometida, o Estado requerido não deve regulamentar sobre o direito de guarda ou de visita, e sim, o Poder Judiciário da residência habitual da criança, consoante dispõe a Convenção de Haia. A não ser que a autoridade judiciária do Estado requerido entenda pela não repatriação da criança e/ou do adolescente.

Passa-se, no próximo tópico, a tratar sobre a residência habitual tão mencionada na Convenção de Haia, requisito determinante para a restituição da criança inserto em questão.

3.1. Do princípio da residência habitual

A residência habitual contida na Convenção de Haia é fator determinante para decidir sobre a restituição da criança transferida ou retida ilicitamente pelo infrator, em especial, seu genitor. Assim, apesar da Convenção não definir o que vem a ser residência habitual, haja vista ser ela a chave para o funcionamento de todos os aspectos da Convenção (MÉRIDA, 2011a, p. 12, *on-line*), a doutrina assim o faz.

O conceito de residência habitual visa não perturbar a estabilidade de uma criança que está instalada em um ambiente [...]. O artigo 12 da Convenção prevê que, se um pedido de regresso da criança não é feito

THEMIS

até um ano passa a contar da data da obtenção ou detrito, a criança não deve ser devolvida à residência habitual antes dela tornar-se estável em seu novo ambiente. A Corte de Apelação dos Estados Unidos, ao discutir um caso de subtração internacional de menor, estabeleceu o conceito, entendendo que residência habitual da criança é o lugar onde ela esteja fisicamente presente para um montante de tempo suficiente para a aclimatação e que tem certo grau de propósito estabelecido a partir da perspectiva da criança. (MÉRIDA, 2011a, p. 13, *on-line*).

Inexiste uma definição precisa acerca da residência habitual, podendo ficar a critério das autoridades administrativa e judicial dos Estados contratantes envolvidos no conflito, se a demora na restituição se prorrogar no tempo. Ainda que tenha a parte interessada realizado procedimento exigido em tempo hábil, ou seja, dentro do período de um ano, a contar da conduta ilícita e do pedido de restituição do menor, seja no âmbito administrativo ou judicial, limitando-se tal conceito no momento da ocorrência do ato considerado ilícito (DUARTE, 2010, p. 89).

Evidencia-se que a residência habitual é tida pela Convenção de Haia como o elemento de conexão do documento em detrimento de outros critérios adotados pelos países contratantes (DOLINGER, 2003, p. 248-249).

Nesse contexto, muito embora a Convenção de Haia se restrinja em conceituar a residência habitual no ato do cometimento da conduta ilícita, bem como o preceito contido no §2º, art. 5º da Constituição Federal de que esta não exclui direitos e garantias decorrentes de tratados dos quais o Brasil é signatário, não se pode deixar de analisar o elemento tempo e a adaptação da criança e do adolescente removido ou retido ilicitamente no país em que se encontra. Pois, considerando a morosidade do processo de repatriação de alguns países, bem como a residência habitual, na Convenção de Haia, revela um mandamento de otimização, ou seja, um princípio, exigindo dos Estados contratantes empenho máximo para alcançar seu objetivo maior, no caso, a restituição imediata da criança sequestrada.

Dáí questiona-se: será mesmo a Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças a medida mais adequada para a criança que se encontra em território estrangeiro por anos sem que tenha havido a conclusão do seu processo de repatriação? Ainda que a parte interessada tenha obedecido ao prazo determinado para realizar requerimento à autoridade central ou judiciária? Será esta necessária? Proporcional em sentido estrito? E o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, mandamento norteador da Convenção de Haia e da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), é ou não é levado em consideração, tendo em vista a morosidade para a solução do conflito?

É o que se analisará, no tópico seguinte, quanto à aplicação da técnica de ponderação entre os princípios, cujo método é defendido por Virgílio Afonso da Silva.

4. PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS: O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA VERSUS O DA RESIDÊNCIA HABITUAL

Segundo a doutrina de Silva (2002, p. 25), as normas jurídicas dividem-se em duas categorias, quais sejam, princípios e regras, em que estas expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio da subsunção, e os princípios deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo se fixa após o sopesamento dos princípios colidentes, tendo em vista o mandamento de otimização inerente a ele.

Assim, na ocorrência de conflito entre princípios, o instrumento a ser aplicado para o sopesamento destes é a regra da proporcionalidade e não da razoabilidade, como ensina Silva (2002, p. 24). Eis que o ato ou medida estatal deve passar pela análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, critérios estes considerados como sub-regras da proporcionalidade. Razão porque se adota a doutrina de Silva (2002, p. 45-46) em detrimento à de Ávila (2005, p. 55), onde se busca solucionar o problema posto.

Porém, enquanto Silva (2002, p. 24) entende ser a proporcionalidade uma regra, Guerra Filho (2007, p. 79) e Bonavides (2008, p. 396), em contrapartida, entendem ser um princípio composto por seus três subprincípios, sendo estes elementos de análises e basilares para a efetivação do princípio.

THEMIS

Nesse sentido, demonstra-se, de forma breve, a visão de Bonavides (2008, p. 397) acerca do princípio da proporcionalidade o qual igualmente o subdivide pelos elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para o autor, o subprincípio da adequação consubstancia-se em adequar o meio ao fim colimado ou mesmo que sirva de auxílio para alcançá-lo (HUBER, 1977, p. 27 *apud* BONAVIDES, 2008, p. 397). O segundo subprincípio da necessidade requer que a medida a ser tomada não exceda os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ainda que exista mais de uma alternativa, deve sempre eleger a menos nociva. Quanto ao terceiro subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito, ao utilizá-lo, depara-se simultaneamente com uma obrigação de fazer uso de meios adequados e com uma interdição quanto ao uso de meios desproporcionados (PIERRE, 1978, p. 212 *apud* BONAVIDES, 2008, p. 398).

A análise do princípio da proporcionalidade sob o ponto de vista de um princípio constitucional e como fundamento de Estado leva a associá-lo de que possui natureza idêntica a dos direitos fundamentais. Logo, como o próprio Bonavides (2008, p. 436) ensina, o princípio da proporcionalidade é axioma do Direito Constitucional, elemento que inibe o Estado de exceder seu poder de legislar sobre matéria que envolve o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais.

Como explanado anteriormente, Silva (2002, p. 24) não adota a proporcionalidade como princípio, e sim, como uma regra, com seus respectivos elementos denominados de sub-regras⁸. Razão porque, em seu trabalho (O proporcional e o razoável), tenta distinguir a proporcionalidade, em seu sentido técnico-jurídico, da razoabilidade, ressaltando que ambas não são sinônimas.

Foca, portanto, Silva (2002, p. 24) na utilização da regra da proporcionalidade como um auxílio à atividade jurisprudencial acerca dos direitos fundamentais contra os atos do Estado, que venham a restringi-los, tendo em vista ser tal regra instrumento de interpretação, bem como da aplicação do Direito. Em especial nos casos em que o ato ou medida estatal promove a realização de um direito

8 Teoria adotada por Alexy (1994, p.100), consoante nota de rodapé 9, página 26 do artigo de Virgílio Afonso.

fundamental, como por exemplo, o direito à convivência familiar da criança e do adolescente, que, na presente pesquisa, aplica-se à prevalência ou não da residência habitual sobre a supremacia do interesse da criança e/ou do adolescente.

Tece igualmente Silva (2002, p. 26) crítica ao termo dever⁹ de proporcionalidade, haja vista que, ao falar em dever, fala-se necessariamente em norma, e norma é gênero. Logo, são regras ou princípios, não solucionando o problema existente. Segue observando que, quando se fala em princípio da proporcionalidade, a terminologia princípio reclama uma fundamentalidade, e entende-se não ser propriamente um elemento de análise.

Veja definição do princípio da proporcionalidade por Mello (2004, p. 100): “Ele surgiu especialmente no Direito Administrativo, onde ele estabelece limite à atividade normativa da administração pública. O seu fim é estabelecer a proporcionalidade entre fins e meios”.

Assim, adotando Virgílio Afonso da Silva a técnica da proporcionalidade como regra, têm-se como subdivisão a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, elementos estes denominados sub-regras. Silva (2002, p. 39) registra sua crítica ao Supremo Tribunal Federal ao mencionar que o Egrégio aplica o princípio da razoabilidade, pelo fato de não fazer uma comparação de alternativas existentes exigidas pela sub-regra da necessidade.

Passa-se agora a um estudo sucinto de cada sub-regra da proporcionalidade, a começar pela adequação, esta definida como meio apto a alcançar o resultado pretendido ou mesmo viabilizar, fomentar a realização do resultado (SILVA, 2002, p. 36).

Quanto à sub-regra da necessidade, ensina Silva (2002, p. 38) que um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Percebe-se que na sub-regra em referência pode-se aplicar outras medidas visando

9 O termo dever de proporcionalidade é utilizado por Humberto Bergmann Ávila, consoante citação em nota de rodapé 9 no artigo de Silva (2002, p. 26).

THEMIS

promover o mesmo objetivo com igual intensidade, de modo a limitar o menos possível o direito envolvido.

Deve-se analisar cuidadosamente a medida necessária ou uma outra de igual eficácia de menor impacto ao direito em questão. O cerne da sub-regra, na verdade, consiste na comparação de medidas a serem tomadas. Impende ressaltar que deve haver uma verificação inicial do direito restringido para depois verificar medidas alternativas.

Quanto à última e derradeira sub-regra, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, ainda que uma medida tenha passado com êxito pelo crivo das duas sub-regras acima comentadas, isto é, que a medida tenha promovido o resultado pretendido, bem como não exista outra medida mais eficaz de modo a restringir menos possível o direito envolvido, ainda assim, faz-se necessária a análise da proporcionalidade.

Comenta Silva (2002, p. 40), sobre o conceito da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, que ainda que uma medida limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional.

Insta observar que a técnica do sopesamento na sub-regra em comento visa obliterar que medidas estatais abusivas sejam consideradas proporcionais sob o fundamento apenas da adequação e necessidade. Conforme elucida Silva (2002, p. 41), para que um ato ou medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido¹⁰.

10 Comenta Silva (2002, p. 41) em nota de rodapé n. 62: Alexy costuma dividir o grau de restrição de um direito fundamental e o grau de importância da realização do direito que justifica a medida restritiva em alto, médio e pequeno. Assim, se o grau de restrição a um direito é médio - portanto longe de implicar a sua não-realização -, mas o grau de importância da realização do direito colidente é pequeno, então a medida é desproporcional. Como se vê, o conceito de não-realização de um direito não é fundamental na análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda, acerca do exame da terceira sub-regra (proporcionalidade em sentido estrito) no tocante à exigência de ponderação ou sopesamento, nada mais é aquele que um mandamento:

Quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos. A otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA, 2002, p. 44).

Logo, com a relação de subsidiariedade que as sub-regras da proporcionalidade guardam entre si (SILVA, 2002, p. 41), só há que se falar em exame da proporcionalidade em sentido estrito caso a medida estatal tiver sido considerada adequada e necessária.

Assim, no contexto de um processo judicial moroso de repatriação, como ocorre no cenário jurídico brasileiro, relativiza o princípio da residência habitual inserto na Convenção de Haia, contrapondo-se ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente, no que tange ao direito fundamental deste à convivência familiar no país de origem (do qual fora retirado), nos casos de deferimento da repatriação, uma vez estar configurada a adaptação da criança e/ou do adolescente à cultura e à língua do Estado no qual fora mantido ou transferido ilicitamente, entende-se ser a Convenção de Haia inaplicável para casos em que se perfaz a adaptação daquele no país para o qual foi levado.

Pois, os Estados signatários da Convenção de Haia devem dar efetividade às obrigações assumidas no documento, a começar pela celeridade no trâmite processual para fazer jus à imediata restituição do menor ao seu país de origem, restabelecendo *o status quo ante*, de modo a fazer valer o conceito de residência habitual citado na Convenção.

THEMIS

Nesse cenário apresentado, a colisão de princípios revela-se evidente, fazendo-se necessária, no entanto, a aplicação da regra da proporcionalidade adotada por Virgílio Afonso da Silva. E que na análise da sub-regra da adequação, em que se busca adequar o meio ao fim colimado, ou que sirva de auxílio para alcançá-lo, a aplicação da Convenção faz-se adequada parcialmente, pois a adequação parcial da medida está relacionada a não aplicação da residência habitual nos termos da Convenção de Haia, cujo princípio está inserido em uma condição ideal, ou seja, nos casos em que o Estado requerido confere a celeridade prevista no artigo 12, da Convenção. A aplicação da residência habitual, nos termos legais da Convenção de Haia, não será condizente com a atual adaptação da criança e/ou do adolescente a qual foi proporcionada pela mora do Poder Judiciário ou Autoridade Central na solução do conflito, razão porque deve se aplicar a residência habitual atual.

No que tange à sub-regra da necessidade, igualmente, revela-se a aplicação da Convenção desnecessária, considerando que a aplicação da residência habitual na forma preceituada no documento restringe de sobremaneira os direitos da pessoa em desenvolvimento, no seu atual contexto de integração. Não há como privilegiar a residência habitual ideal para desconstituir uma residência habitual atual vivenciada pela criança no país em que se encontra retido ou transferido, apesar desta contrariar os termos da Convenção de Haia. Lembrando-se que a prevalência defendida pela residência habitual atual se perfaz pela falta de atenção necessária do trâmite administrativo ou judicial na repatriação da criança e/ou do adolescente envolvido.

Deixa de ser medida necessária diante da “desídia” processual no que tange ao procedimento necessário para restituição em tempo hábil, devendo prevalecer a nova residência (residência habitual atual) na qual está a criança habitado. Até porque a permanência deste infante no Estado requerido não geraria a ele abalos psicológicos, uma vez estar totalmente reinserido à cultura local e à cultura do país.

E por fim, no que se refere à análise da última sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito, os motivos que fundamentam a aplicação da residência habitual prevista na Convenção de Haia não possui peso suficiente, apesar de malferir o

direito fundamental de convivência familiar do menor com o genitor residente no país de origem, devendo prevalecer, portanto, a residência habitual atual a qual se concretizou pelo retardamento do processo de restituição do menor retido ilícitamente no Estado requerido. Eis que, apesar da ilegalidade frente à Convenção de Haia, a residência habitual atual é a que mais se aproxima do mandamento de otimização que fundamentou a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, qual seja, o interesse da criança e/ou do adolescente. Ou seja, a nova reintegração da criança e/ou do adolescente no Estado em que se encontrava ilícito passou a ser sua nova residência habitual, haja vista a adaptação ocorrida em função da morosidade do processo de repatriação.

Por fim, conclui-se que é a Convenção de Haia a medida ideal para solucionar o conflito de ordem internacional aqui exposto, não ferindo a soberania dos Estados envolvidos, contudo, devem os Estados signatários conferir um trâmite célere no processo de restituição por visar reduzido impacto ao desenvolvimento pleno da criança e/ou do adolescente, qual seja, o direito de convivência. Mas, diante de um trâmite moroso não sobeja dúvida quanto à prevalência da nova residência habitual atual na qual está aquele reinserido, privilegiando assim o princípio da proteção integral conferido às crianças e adolescentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização do presente artigo foi impulsionada pelo crescente número de sequestro interparental envolvendo brasileiros, isto em razão do fenômeno da globalização que propiciou relações interpessoais entre pessoas de diferentes países através do mundo virtual. Relações estas iniciadas pelo prelúdio do sentimento de afeto, evoluindo para o namoro, casamento e filhos, até o cume do desamor entre o casal, a ponto de um dos genitores sequestrar o próprio filho, por razões muitas vezes desconhecidas ou descabidas, transferindo ou retendo-o sem o consentimento ou conhecimento do outro genitor em país diverso, obviamente retornando ao seu país natal.

THEMIS

Tema atual que deságua em conflito político entre os Estados envolvidos, “casos midiáticos”, suscitando críticas aos Estados requeridos acerca da demora no processo de repatriação do infante sequestrado.

Logo, a evidente preocupação dos países em proteger o ser vulnerável era medida, discutida e articulada, uma vez que já contava o infante com a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, documento fundamental para a consagração dos direitos das crianças e dos adolescentes nas legislações internas dos Estados, em especial nas Constituições.

Com o advento da Constituição de 1988, a criança e o adolescente passam a ser tratados como sujeitos de direitos e não mais como objetos de tutela, conferindo, em seu artigo 227, absoluta prioridade, sendo atribuição do Estado, da família e da sociedade. Chegando ao Estatuto da Criança e do Adolescente o qual adota a Doutrina da Proteção Integral oriunda da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959.

Nesse passo, sob o ponto de vista do neoconstitucionalismo que prevê a importância da aplicação dos princípios no ordenamento jurídico, haja vista a natureza axiológica das normas constitucionais e sua força normativa, é que não se pode olvidar dos preceitos constitucionais, no ordenamento jurídico brasileiro, quanto à proteção das crianças e dos adolescentes, em especial, sobre seu interesse maior, assim aplicado ao caso concreto.

Por esse motivo deve-se analisar com minúcia o conceito de residência habitual, enquanto mandamento de otimização, sob um viés legal e ilegal em face à Convenção de Haia e à legislação pátria.

Em meio ao conflito de um sequestro interparental, a legislação aplicável ao caso passa a ser a Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, obviamente válida para os Estados signatários. Contudo, ao prezar o referente documento pela restituição imediata da criança e/ou do adolescente transferido ou retido ilícitamente em país diverso de sua residência habitual, deixa de conceituar o que vem a ser residência habitual, limitando-se, no entanto, em conceituá-la apenas no ato da conduta ilícita cometida por um dos genitores ou responsável pela guarda.

Ora, a repercussão crítica que se faz à residência habitual consiste no elemento tempo e a consequente adaptação da criança e/ou do adolescente removido ou retido ilícitamente no país em que se encontra dada a morosidade do Poder Judiciário ou da autoridade central, no processo de restituição do infante ao Estado requerente, uma vez ser preceito da Convenção que o Estado requerido deve observar a celeridade do trâmite, visando restabelecer o *status quo ante* do sequestro. Surge, portanto, um conflito real entre os princípios da residência habitual e o interesse da criança, ambos mandamentos de otimização do documento em questão.

Por fim, conclui-se sobre o presente trabalho, dada a existência de conflito entre princípios, segue-se a teoria da regra da proporcionalidade em sentido estrito perfilhada por Virgílio Afonso da Silva, que ensina a técnica de sopesamento, método feito pela análise das subregras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Levando a aplicar, nessa situação, a residência habitual atual do menor em detrimento fundamental do direito de convivência familiar com o genitor do país requerente, na ocorrência de morosidade do processo de repatriação por parte do Judiciário, ainda que a residência habitual atual seja, pela Convenção de Haia, considerada ilegal.

Medida esta proporcional, condizente aos interesses da criança e/ou do adolescente envolvido, que se encontra inteiramente integrado ao meio em que vive, correndo o risco de a mudança de domicílio gerar prejuízos irreparáveis ao seu pleno desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

THEMIS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc. De Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral da União. **Combate à subtração internacional de crianças: A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Brasília: AGU/PGU.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Direito cível internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUARTE, Marcos. **Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda**. Fortaleza: Leis e Letras, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MÉRIDA, Carolina Helena Lucas. Sequestro interparental: o novo direito das crianças.

Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 9, p. 7-16, fev. 2011a. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000221-01-09-merida.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro Interparental: princípio da residência habitual. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011b.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 798, p. 23-50, 2002.

THEMIS

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

RECEBIMENTO: 29/04/2018

APROVAÇÃO: 20/06/2018