

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Subtração internacional de crianças: Análise das exceções ao retorno imediato do menor à residência habitual e crítica ao enquadramento da violência doméstica como flexibilidade permissiva

International Child Abduction: Analysis of the Framework for Domestic Violence as Flexibility to Immediate Return to Habitual Residence

Vivian Daniele Rocha Gabriel

VOLUME 17 • N. 2 • 2020
POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL /
POPULISM AND INTERNATIONAL LAW

Sumário

I. CRÔNICAS	1
A FAVOR DE UMA CORTE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA	3
Nitish Monebhurrn	
SOBRE A SOLUÇÃO JUDICIAL DE CONTROVÉRSIAS NA AMÉRICA LATINA	7
Lucas Carlos Lima	
A FAVOR DE UMA CORTE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA - UMA REAÇÃO SOBRE A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE DE SEU DESENHO INSTITUCIONAL.....	15
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
O ESTUDO DO DIREITO INTERNACIONAL SOB UMA NOVA PERSPECTIVA: NOSSA EXPERIÊNCIA NA PHILIP C. JESSUP INTERNATIONAL MOOT COURT COMPETITION	20
Ana Vitória Muniz Bokos, Igor Medeiros Maia, Jefferson Seidy Sonobe Hable, Gabriel de Oliveira Borba, Gilda Nogueira Paes Cambraia e Nayara Lima Rocha Da Cruz	
REVISIÓN DE LAUDOS DE ARBITRAJES DE INVERSIÓN 2019: I ENCUENTRO ANUAL (SANTIAGO DE CHILE, 25/06/2020)	31
Andrés Delgado Casteleiro e Ivette Esis	
II. DOSSIÊ: POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL / POPULISM AND INTERNATIONAL LAW	54
EDITORIAL: POPULISM AND INTERNATIONAL LAW: GLOBAL SOUTH PERSPECTIVES	56
Lucas Lixinski e Fabio Morosini	
EDITORIAL: POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS DO SUL GLOBAL	61
Lucas Lixinski e Fabio Morosini	

BETWEEN SCIENCE AND POPULISM: THE BRAZILIAN RESPONSE TO COVID-19 FROM THE PERSPECTIVE OF THE LEGAL DETERMINANTS OF GLOBAL HEALTH	67
Deisy de Freitas Lima Ventura e Jameson Martins	
POPULISM, ENVIRONMENTAL LAW, AND THE POST-PANDEMIC ORDER.....	85
Alessandra Lehmen	
POPULISM AND THE EVANGELICAL CHURCH IN LATIN AMERICA: HOW ANTI-LGBTI FORCES TRIED TO STOP THE COLOMBIAN PEACE AGREEMENT	101
Julia Assmann de Freitas Macedo e Fabrízio Conte Jacobucci	
“DEUS EM DAVOS”: O DIREITO INTERNACIONAL ENTRE REACIONÁRIOS E NEOLIBERAIS NO GOVERNO BOLSONARO.....	121
Lucas Taschetto e João Roriz	
CHINESE POPULISM IN THE 1920s, EXTRATERRITORIALITY AND INTERNATIONAL LAW	139
Wanshu Cong	
CONCEPTUALIZING UNILATERALISM, FRAGMENTATIONISM AND STATISM IN A POPULISM CONTEXT: A RISE OF POPULIST INTERNATIONAL LAW?	162
Wei Shen e Carrie Shu Shang	
AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA SIN AUTONOMÍA POLÍTICA: LA APLICACIÓN DEL MODELO “UN PAÍS DOS SISTEMAS” EN HONG KONG	186
Juan Enrique Serrano Moreno	
III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS.....	197
UM TWAILER ENTRE NÓS? AS CONTRIBUIÇÕES DE CELSO DUVIVIER DE ALBUQUERQUE MELLO PARA O DIREITO INTERNACIONAL (CRÍTICO) NO BRASIL	199
Fabio Morosini e Matheus Leichtweis	
DEMOCRACIES IN DANGER: ARE JUDICIAL DIALOGUES MEANS TO REFRAIN SETBACKS IN LATIN AMERICA?.....	224
Melina Girardi Fachin e Bruna Nowak	

MOVER (OU NÃO) AS LINHAS DE BASE: AS CONSEQUÊNCIAS DA ELEVAÇÃO DO NÍVEL DOS OCEANOS SOBRE AS ZONAS MARÍTIMAS DOS PEQUENOS ESTADOS INSULARES EM DESENVOLVIMENTO E AS ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA REDUZIR SEUS IMPACTOS	241
Alexandre Pereira da Silva	
A MINERAÇÃO EM ÁGUAS PROFUNDAS NO PACÍFICO	263
Pierre-Jean Bordahandy	
DUAL NATIONALITY AND INTERNATIONAL LAW IN TIMES OF GLOBALIZATION. CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR CONSULAR ASSISTANCE AND DIPLOMATIC PROTECTION IN RECENT CASES.....	288
Walter Arevalo-Ramirez e Robert Joseph Blaise Maclean	
EXPULSION OF ALIENS: THE APPLICATION OF INTERNATIONAL LAW BY CHILEAN SUPERIOR COURTS	309
Regina Ingrid Díaz Tolosa	
O TIPO PENAL BRASILEIRO DE PROMOÇÃO DE MIGRAÇÃO ILEGAL E O PRINCÍPIO DA NÃO CRIMINALIZAÇÃO DA MOBILIDADE HUMANA	332
Regina Cândido Lima e Silva Santos e Deilton Ribeiro Brasil	
INDICADORES TRANSNACIONAIS DE CORRUPÇÃO AMBIENTAL: A OPACIDADE NA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL	352
Márcio Ricardo Staffen	
SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: ANÁLISE DAS EXCEÇÕES AO RETORNO IMEDIATO DO MENOR À RESIDÊNCIA HABITUAL E CRÍTICA AO ENQUADRAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO FLEXIBILIDADE PERMISSIVA.....	365
Vivian Daniele Rocha Gabriel	
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS PÓS-PROTOCOLO DE PALERMO (2000): ANÁLISE DO ESTADO DE MOÇAMBIQUE	383
Mercia Cardoso de Souza, Guirino Dinis José Nhatave e Francisco Horácio da Silva Frota	

IV. ARTIGOS TRADUZIDOS 402

DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO 404

Emmanuelle Tourme-Jouannet e Tradutor: Ademar Pozzatti Junior

V. RESENHAS 423

Fabio Costa Morosini, Gabriel Lee Mac Fadden Santos, Valentina Fonseca da Luz e Vinicius Tejadas Maia

Subtração internacional de crianças: Análise das exceções ao retorno imediato do menor à residência habitual e crítica ao enquadramento da violência doméstica como flexibilidade permissiva*

International Child Abduction: Analysis of the Framework for Domestic Violence as Flexibility to Immediate Return to Habitual Residence

Vivian Daniele Rocha Gabriel**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar as exceções ao retorno imediato do menor à residência habitual em função da subtração internacional e criticar a possibilidade de interpretação extensiva ao artigo 13(b) da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia) de 1980, quanto à inclusão da violência doméstica como exceção. Para tanto, em um primeiro momento, se discorrerá sobre a criação da Convenção, suas principais regras e diretrizes vigentes. Em um segundo momento, serão expostas as exceções ao instituto da restituição da criança ao seu Estado de origem. Por fim, será dado foco à exceção de risco intolerável e à hipótese de violência doméstica, de forma a avaliar se se trata, de fato, de exceção, ou extensão interpretativa da Convenção, uma vez que não necessariamente o menor também sofra da mesma violência. Para essa análise, serão analisadas algumas decisões de tribunais estrangeiros e nacionais, identificadas no decorrer da análise bibliográfica sobre o tema, efetuando-se análise crítica a respeito do enquadramento jurídico (ou do que ele deveria ser) da violência doméstica à luz da Convenção, sempre considerando o melhor interesse da criança, um conceito, ainda, pouco claro.

Palavras-chave: Subtração internacional de crianças. Melhor interesse. Violência doméstica.

Abstract

The article intends to analyze the exceptions to the child's immediate return to her habitual residence due to international abduction and to criticize the possibility of extensive interpretation of Article 13 (b) of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (The Hague Convention) of 1980, regarding the inclusion of domestic violence as an exception. For this purpose, in a first moment, it will be addressed the creation of the Convention, its main rules and guidelines in force. In a second moment, it will be exposed the exceptions to the institute of restitution of the child to

* Recebido em 11/04/2020
Aprovado em 27/08/2020

** Advogada em Direito do Comércio Internacional no MPA Trade Law. Doutora e Mestre em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Ex-Bolsista CAPES Doutorado Sanduíche no Exterior e Michigan Grotius Research Scholar na Universidade de Michigan (EUA) (2018-2019). Email: vivian.d.rocha@gmail.com

his State of origin. Finally, focus will be given to the exception of intolerable risk and the hypothesis of domestic violence, in order to assess whether it is, in fact, an exception, or an interpretative extension of the Convention, since the child not necessarily may suffers from the same violence. For this analysis, decisions from foreign and national courts, collected during the bibliographic analysis on the topic, will be analyzed, making a critical evaluation regarding the legal framework (or what it should be) of domestic violence in the light of the Convention, always bearing in mind the best interest of the child, a still unclear concept.

Keywords: International child abduction. Best interest. Domestic violence.

1 Introdução

O sequestro internacional de crianças tem sido um tema bastante em voga nos últimos anos. Isso se deu, principalmente, em razão da cada vez mais frequente aplicação da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Sua premissa maior refere-se à subtração internacional de menores, que se consubstancia na ilegalidade de um dos cônjuges em deslocar-se para outro território com o menor sem autorização. A Convenção traz como solução, para sanar a ilegalidade, o retorno imediato da criança ao seu domicílio habitual, para que o *status quo* anterior seja restaurado.

No entanto, isso nem sempre acontece, seja por falta de colaboração do abductor, em razão de exceções a essa regra motriz. As exceções ao retorno imediato à residência habitual estão presentes no art. 12, 13 e 20 da Convenção. Contudo, a hipótese que chama mais a atenção é a prevista no art. 13 (b), que impede o retorno caso haja situação intolerável, situação externa que justifica a permanência da criança no país para onde foi subtraída. Isso, pois, a violência doméstica, normalmente contra a mãe abduutora, tem sido considerada nesse tipo de situação, de acordo com a decisão de alguns tribunais estrangeiros e nacionais. No entanto, muitas vezes, esta é deferida, apenas, contra a genitora e não contra a criança. Assim, questiona-se se, nos casos de violência doméstica contra a mãe, isso também pode ser considerado ato que atenta contra o melhor interesse da criança, pois entende-se que seria uma extensão

interpretativa da Convenção, já que esta não prevê tal hipótese.

Observa-se que não há um entendimento uníssono dos tribunais domésticos dos países Contratantes da Convenção acerca do tema. Enquanto uns entendem que a violência doméstica pode significar risco físico e psíquico à criança, outros alegam que o reconhecimento automático de que a violência doméstica seja reconhecida como exceção ao retorno deturpa o texto da Convenção, que se refere ao bem-estar da criança e não da mãe. Por isso, entende-se que essa interpretação consiste em uma análise sensível e caso a caso, que não pode ser baseada em conjecturas futuras sem um exame mais apurado das condições do Estado da residência habitual do menor. A solução encontrada para o enfrentamento da questão, a exemplo do que fez a Suíça, é que os Estados definissem o que seria uma situação intolerável e estipulassem se violência doméstica contra a genitora seria uma exceção à luz da Convenção.

Desse modo, o presente artigo busca, preliminarmente, discorrer sobre as famílias transnacionais e o advento da subtração internacional de crianças, ilícito jurídico que foi amparado pela criação da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças ou Convenção de Haia de 1980. Após elencadas as regras gerais da convenção, em um segundo momento, será efetuado exame minucioso das exceções ao retorno do menor ao genitor prejudicado, fazendo alusão à jurisprudência quando necessário. Por fim, será analisada a hipótese de inclusão da violência doméstica nas exceções já trabalhadas, trazendo à baila o entendimento dos tribunais nacionais nos mais diversos continentes e será feita uma ponderação sobre se este juízo visa ao interesse de fato da criança ou de sua genitora.

2 Subtração Internacional de Crianças e a Convenção de Haia de 1980

Com o processo de globalização em curso, observa-se uma verdadeira transformação não somente na economia e nos processos produtivos como também na forma de se interpretar o espaço habitado. Se, por um lado, passamos por um período histórico marcado pela interdependência econômica de vários Estados; por outro lado, “o espaço se torna uno para atender às necessidades de uma economia globalizada e as regiões

aparecem como diferentes versões da mundialização”¹. Há distintas maneiras de um mesmo modo de produção reproduzir-se nas mais diferentes regiões do mundo e, ao se estudar cada uma delas, deve-se considerar a organização social, política, econômica e cultural do espaço, para que se analise como esse fragmento se insere na ordem internacional.

A geografia espacial, resultante da globalização, é altamente influenciada pelas demandas da economia e, nesse ínterim, observa-se uma elevada circulação de pessoas e fatores produtivos diretamente ligados a esse fenômeno. Esses deslocamentos podem ser desde internos, marcados pelo êxodo rural, bem como pela movimentação entre regiões de um mesmo país, ou para fora do território nacional. Nesse último, enquadram-se as migrações internacionais, seja por novas oportunidades de trabalho, seja pela intensificação de relações pessoais. Esse aspecto, portanto, merece destaque ao presente estudo, pois também fomenta a redefinição do atual espaço habitado, uma vez que várias nacionalidades e culturas dão nova modelagem à configuração da população que habita determinado território.

Nesse contexto, com o processo migratório internacional, ressalta-se a disposição natural para a proliferação dos relacionamentos afetivos extraterritoriais, que dão origem às denominadas famílias transnacionais. Esses núcleos familiares são caracterizados principalmente pela transcendência do espaço e pela desterritorialização, fazendo com que se estabeleçam vínculos que ultrapassam as fronteiras físicas, por exemplo, quando a família é composta por membros genitores de diferentes nacionalidades ou domicílios. No entanto, no seio das famílias transnacionais, podem surgir questões de ordem jurídica que repercutem e exigem respostas diretas do Direito Internacional e efetiva cooperação entre os Estados.

Uma dessas questões refere-se à subtração internacional de crianças. Esta ocorre em relação ao retorno de um dos cônjuges ao seu país de origem, retirando, ilegalmente, a criança de seu local de residência habitual e levando-a consigo para o exterior, privando-a do contato com o pai ou a mãe deixado para trás². O sequestro

interparental pode ocorrer em três hipóteses: (i) ainda durante o casamento, quando há convivência entre o casal e a guarda é exercida por ambos; (ii) quando há o rompimento dos cônjuges e um deles, antes da formalização do divórcio e da determinação judicial de guarda, decide ir embora do país e levar a criança sem o conhecimento ou anuência do outro genitor e (iii) quando após a definição judicial da guarda, o genitor que perde a ação decide subtrair a criança e levá-la para fora do território nacional, afastando-a do cônjuge que possui a guarda legal de seu filho. Desse modo, ao ocorrer o sequestro civil do menor, prejudica-se tanto o contato de ambos os progenitores com o filho, bem como a guarda compartilhada ficará comprometida³. Isso gera, na maioria das vezes, inconformismo ao genitor prejudicado que tentará pelas vias da cooperação jurídica internacional, reaver o filho que lhe fora afastado. Além disso, vale salientar que as consequências nefastas dessa subtração não se resumem, apenas, aos genitores, mas também se estendem à criança, que terá mudanças constantes de endereço e o seu convívio social afetado.

Apesar de a questão do sequestro internacional de crianças não ser um tema novo, nos últimos anos, houve aumento de ações de restituição que envolvem a cooperação entre Estados para promover o retorno da criança⁴. Isso se deu, em especial, diante da ratificação pelos países da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças ou Convenção de Haia de 1980⁵. Esse diploma legal trata-se de uma resposta convencional legitimada pela comunidade internacional e pelo Direito Internacional, e torna-se de extrema relevância na medida em que visa “regular tais questões, tanto no seu aspecto material, uniformizando

¹ SANTOS, Milton. *Metamorfoses do espaço habitado: fundamentos teóricos e metodológicos da geografia*. 6. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014. p. 53.

² TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 01.

³ CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 254-269.

⁴ ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

⁵ Segundo Nádía de Araújo: “no passado, o STF era bastante rígido em sua análise, e negava os pedidos provenientes do exterior, especialmente quando já havia decisão a respeito da justiça brasileira, ainda que fosse uma cautelar ou decisão de 1º grau em ação de guarda. Atualmente, por conta da adoção da Convenção de Haia Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças há uma mudança de atitude em vários países, que no passado se recusavam a devolver menores de sua nacionalidade”. ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

leis, papel importante dos tratados, ou estabelecendo procedimentos mais adequados e eficientes de cooperação jurídica internacional para resolver a questão de forma menos onerosa para os sujeitos envolvidos”⁶.

A Convenção de Haia foi adotada em 24 de outubro de 1980, no 14º período de sessões da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, organização internacional de âmbito mundial, originada em 1893, que discute diversos aspectos do Direito Internacional Privado em busca de maior harmonização, cooperação jurídica e administrativa no âmbito internacional. Ela foi criada em um ambiente em que a circulação de pessoas entre Estados intensificou-se e, conseqüentemente, houve uma convivência de regimes jurídicos distintos regendo tais relações⁷. Além disso, a Convenção também surgiu diante de um cenário em que o destino da criança é decidido por um dos genitores sem a anuência do outro e os Estados soberanos pouco se coordenavam para resolver a situação, deixando que o ilícito se perpetrasse, sem maiores esforços formais para a devolução da criança. Nesse sentido, discorrem Carmem Tibúrcio e Guilherme Calmon:

Antes da Convenção da Haia, os resultados da remoção ou retenção frequentemente beneficiavam o genitor que praticou o ilícito. Os relatos dos obstáculos enfrentados pelo genitor abandonado descrevem cenário realmente devastador, incluindo dificuldades para localizar o destino da criança – muitas vezes sem qualquer ajuda das autoridades locais -, os altos custos do litígio no país de refúgio e a tendência do Judiciário local de favorecer seus nacionais, premiando a conduta ilícita⁸.

Logo, em razão da urgência em se adotar um instrumento convencional padrão que harmonizasse os interesses e perspectivas dos Estados contratantes, gerando o compromisso único aos Estados aderentes de combate à subtração internacional de crianças, foi adotada a Convenção de Haia de 1980, baseada no funcionamento e cooperação de Autoridades Centrais de cada

país, que trabalham para localizar e restituir o menor (retorno ao *status quo ante*)⁹ ou para uma solução amigável no que tange à guarda e visitação (não versando sobre qual genitor deve obter a guarda, mas sim sobre o juízo competente para decidir tais questões, via de regra, o juízo da residência habitual da criança antes da subtração). Essa Convenção prima, como regra, pelos menores prejuízos possíveis à criança¹⁰. Ocorre que, “embora a Convenção de Haia ofereça proteção para os pais que procuram o regresso de seus filhos sequestrados, a eficácia para aplicá-la, nos termos do tratado, é totalmente dependente da vontade do país onde ela se encontra”¹¹. Assim, segundo a base de dados do sítio eletrônico da Convenção, esta possui atualmente 82 membros vinculados ao seu texto legal, 81 Estados e 1 Organização de Integração Econômica Regional, qual seja a União Europeia¹². O Brasil, por sua vez, já assinou e internalizou a Convenção, a qual encontra-se vigente a partir da promulgação do Decreto n.º 3.413/2000¹³.

Conforme disposto nos comentários à Convenção de Haia, na tradução brasileira, o instrumento legal propõe-se a reger o “sequestro internacional de crianças”, o qual não se iguala exatamente ao previsto em nosso Código Penal, pois a situação não envolve o objetivo de se obter dinheiro ou vantagem financeira, mas sim refere-se ao deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual. Nesse sentido, vale ressaltar que, nos países de língua inglesa, optou-se pela utilização do termo “*abduction*”, que quer dizer o deslocamento ilícito da criança para outro Estado mediante força ou fraude; na versão francesa emprega-se o termo “*enlèvement*”, que significa retirada ou remoção e, por fim, na tradução para português de Portugal usa-se “raptó”. Todos esses termos são empregados com um significado mais próximo com o da real questão que a Convenção pretende

⁹ PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

¹⁰ PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

¹¹ MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011. p. 259.

¹² HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Child Abduction Section*. HCCH Members. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹³ MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011. p. 257.

⁶ CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.254-269.

⁷ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.12.

⁸ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 02.

disciplinar que o que fora escolhido pelo Brasil¹⁴. Nesse sentido, em uma análise interpretativa do real propósito do uso do termo, a Convenção versa sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças e não sobre os aspectos penais, os quais são tratados pelo direito interno e/ou internacional¹⁵. A Convenção de Haia foi criada com dois objetivos precípuos. O primeiro seria o de assegurar o retorno imediato¹⁶ de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente. À época das discussões da formulação da Convenção, chegou-se à conclusão de que, considerando-se os inúmeros casos de casais que se separavam e que um deles levava consigo a criança, fugindo da legislação do Estado de origem, a iniciativa que atenderia melhor aos interesses da criança seria retorná-la ao seu ambiente de origem (país de sua residência habitual, ou seja, aquele imediatamente antes da subtração), juízo natural onde supostamente seria melhor discutida a sua guarda¹⁷. O segundo seria fazer respeitar de maneira efetiva perante todos os Contratantes os direitos de guarda e de visita previstos por um Estado Contratante¹⁸. Para tanto seria preciso uma análise de legislação do país de proveniência da criança para determinar sua extensão e uma verificação da validade do pedido de restituição¹⁹. No entanto, vale ressaltar que, de acordo com o art. 4º da Convenção, a aplicação da obrigação cessa quando a criança atingir de 16 anos de idade, por isso, para que a ação de retorno não perca o objeto, é necessário que o procedimento não se alongue

no tempo²⁰.

Para atender a essas duas finalidades, segundo o art. 4º da Convenção, serão envidados todos os esforços para o seu cumprimento, mesmo que seja necessário recorrer às medidas de urgência em nome da celeridade na reversão da retenção do menor e da mitigação dos danos psicológicos por ele sofridos. Isso, pois, como a subtração trata-se de um ilícito de consumação diferida no tempo, este perdurará enquanto permanecer a situação irregular²¹.

Quanto aos procedimentos previstos na Convenção para que seja realizado o retorno da criança, destaca-se o estabelecimento de um mecanismo de cooperação entre os Estados. Primeiramente, o genitor prejudicado submete pedido de retorno à Autoridade Central do país onde a criança possuía residência habitual ou onde o genitor se encontra no momento. Esta, por sua vez, entrará em contato com a Autoridade Central do país onde a criança localiza-se após a abdução, concretizando, assim, a cooperação jurídica internacional entre os Estados²². A Autoridade Central do Estado em que se encontra o filho promoverá o juízo de admissibilidade e tomará todas as medidas para localizar o menor deslocado ou retido ilicitamente e assegurar a entrega voluntária da criança, acima de tudo, de forma conciliatória²³, e garantir o seu regresso.

No Brasil, antes do vigor da Convenção, não havia uma comunicação direta entre as autoridades centrais dos países, o que obstava a atuação dos genitores prejudicados, que tinham de ingressar por conta própria com ação no exterior, sendo que, após proferida sentença que determinava o retorno da criança, esta, ainda, tinha de ser homologada no Brasil, à época, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Além disso, o pedido de restituição era formalizado através de cartas rogatórias exe-

¹⁴ BRASIL. Supremo tribunal federal. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹⁵ COIMBRA, Guilhermina Lavos. A aplicação da Convenção da Haya/80 – os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. In: CASELLA, Paulo Borba; CARVALHO RAMOS, André de (org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 398.

¹⁶ Vide art. 11 da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

¹⁷ Além disso, a Convenção “foi pensada e elaborada exatamente para evitar a demora judicial processual interna, nos Estados signatários”. Cf. COIMBRA, Guilhermina Lavos. A aplicação da Convenção da Haya/80 – os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. In: CASELLA, Paulo Borba; CARVALHO RAMOS, André de (org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 399.

¹⁸ Vide art. 1º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁰ Vide art. 4º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

²¹ Vale ressaltar que esta prática é bastante utilizada no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como fruto direto dos poderes atribuídos à Comissão conforme o art. 41 do Pacto de San José da Costa Rica. Cf. TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 21-22.

²² Observa-se que, para a efetivação do procedimento, todos os Estados envolvidos devem ser signatários da Convenção.

²³ Ressalta-se que, atualmente, um dos métodos que tem sido mais utilizados pela Secretaria é a mediação, que visa a cooperação dos atores envolvidos fora do judiciário por meio de acordo, o que contribui, acima de tudo, para uma solução pacífica, tendo em mente o bem-estar do menor.

cutórias, às quais nem sempre era concedido *exequatur* pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ). As razões para tanto consistem: (i) na consideração de que, diante da ausência de sentença proferida e sua homologação seria o casode violação à ordem pública e (ii) por se entender que esse tipo de questão não era cabível em nível de carta rogatória. Logo, a criança não retorna ao país de onde foi sequestrada. Atualmente, no Estado brasileiro, a Autoridade Central Administrativa Federal é a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, que realiza esforços e tentativas no sentido de haver o retorno da criança à sua residência habitual ou promover o exercício do direito de visita, por meio de auxílio direto.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 adotou o sistema misto, no qual as Autoridades Centrais exercem o papel de organizar e implementar a cooperação entre os Estados Partes, e tal atuação deve ser exercida em harmonia com as atribuições de outras autoridades administrativas e judiciais de acordo com a divisão estabelecida em lei interna de cada país. O art. 7º da Convenção de Haia consagrou cláusula geral de cooperação entre as Autoridades Centrais dos Estados Partes envolvidos para o fim de serem adotadas todas as medidas e providências necessárias, de modo a dar concretude aos objetivos da Convenção²⁴.

Ao receber pedidos de Autoridades Centrais estrangeiras, a Secretaria atuará em conjunto com a Interpol e a Advocacia-Geral da União para garantir o retorno seguro da criança ao seu país de residência habitual, estabelecer contato com a família no Brasil, providenciar o retorno da criança e, se necessário, dar providências à devida ação judicial, ou, ainda para restabelecer o contato entre a criança e o genitor impedido de exercer o direito de visitas²⁵. Caso seja necessário ajuizar ação judicial de busca e apreensão da criança, esta deverá ser de autoria da Advocacia-Geral da União, que ajuizará cautelar de busca e apreensão perante a Justiça Federal²⁶.

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. “Sequestro” internacional de crianças: a cooperação jurídica internacional e questões pré-processuais. In? BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. p. 215.

²⁵ BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/asuntos/adocao-e-sequestro-internacional/sequestro-internacional>. Acesso em 12 dez. 2016.

²⁶ Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “no Brasil, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República já con-

O fato é que esse procedimento de cooperação faz com que se substitua a utilização de carta rogatória, a necessidade de reconhecimento prévio de sentenças estrangeiras ou de posterior homologação de sentença brasileira em outro país, o que contribui para a celeridade, elemento extremamente necessário quando da presença de um vulnerável na relação jurídica em apreço. Ademais, ressalta-se que o juízo do Estado onde o menor se encontra não se pronunciará sobre guarda, visitação ou qualquer outra questão intrínseca, e apenas o fará subsidiariamente, quando suas autoridades estiverem convencidas de que seu retorno é ainda mais prejudicial, não decidindo pelo retorno da criança.

Nesse diapasão, a parte abduutora, que contesta o retorno, deverá comprovar que o genitor solicitante não estava exercendo direito a guarda da criança no momento da subtração ou que o retorno fará com que o menor seja submetido a uma situação deveras intolerável. Observa-se que a Convenção permite que, quando o menor já tiver idade de discernimento e demonstrar recusa em retornar ao domicílio habitual, isto deve ser levado em consideração. Contudo, esse procedimento se torna temeroso para os tribunais, pois deve-se captar se a criança está realmente revelando sua própria vontade ou se está sendo influenciada pelo genitor abductor, o que poderá comprometer o seu melhor interesse.

3 Exceções ao Retorno Imediato da Criança

No entanto, identifica-se uma possível contradição no texto da convenção. Enquanto o preâmbulo aduz que o primordial será sempre a busca do melhor interesse da criança em todas as questões relativas à sua guar-

seguiu obter solução consensual de vários casos via mediação, sem que houvesse necessidade da atuação da Advocacia-Geral da União quanto ao ajuizamento de demandas em juízo”, contudo, mesmo se proposta a ação cabível “a Autoridade Central continuará acompanhando o desenrolar do caso, podendo promover ou auxiliar as providências referentes ao retorno, por exemplo, acompanhando o genitor “abandonado” no contato com a criança no Brasil, providenciando o pagamento das despesas de viagem do genitor que perpetrou o ilícito, bem como de honorários advocatícios no exterior, a obtenção de visto no Estado da residência habitual da criança para o genitor brasileiro, entre outras medidas”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. “Sequestro” internacional de crianças: a cooperação jurídica internacional e questões pré-processuais. In? BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. p.217.

da²⁷, o art. 1º da Convenção determina seu retorno imediato quando abduzida. Porém, ao se considerar a regra que estipula que restituição da criança para o Estado de residência habitual imediatamente anterior à violação do direito de guarda ou de visita, de modo a “restabelecer a situação tal qual anteriormente à remoção ilícita”²⁸, esta, não necessariamente, pode significar o melhor para o bem-estar do menor.

Nesse ínterim, a Convenção se atentou ao fato de que deverá haver exceções à regra da restituição imediata de crianças ao país de residência habitual, até mesmo porque a obrigação de retorno não pode ser julgada como absoluta sob pena de frustrar os próprios direitos e interesses do menor. Mesmo assim, salienta-se que há grande controvérsia em relação à aplicação dessas exceções entre os diversos Estados signatários da Convenção, especialmente no que tange às situações em que há violência doméstica. Por esse motivo, passa-se à análise das exceções ao retorno imediato da criança.

3.1 Exceção baseada em limite temporal e na integração da criança no novo meio

A primeira exceção vislumbrada encontra-se no art. 12 da Convenção, que estabelece que a recusa da restituição da criança pode ser realizada caso haja transcorrido mais de um ano entre a data da transferência ou da retenção ilícita e o início do processo. Esse limite temporal deverá ser analisado pelo juiz ou autoridade preliminarmente ao juízo de valor sobre o cabimento do pedido de retorno. Segundo interpretação do grupo de

²⁷ Salienta-se que esse entendimento é consoante à Declaração de Genebra de 1924 e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que preveem a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial, trazendo à baila o conceito do interesse superior da criança. A necessidade de se proporcionar à criança um tratamento uma proteção especial também está disposta no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança e, por fim, também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que representa um grande consenso da comunidade internacional sobre uma determinada gama de valores que devem ser respeitados. Portanto, conclui-se que a Convenção de Haia de 1980 segue um padrão normativo em concordância com uma interpretação voltada para o respeito dos direitos humanos.

²⁸ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção de Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.44.

trabalho do STF sobre a Convenção de Haia de 1980:

Poder-se-á, aqui, tomar emprestado o mesmo raciocínio do Direito Civil quanto ao desforço imediato e considerar como sendo nova ou recente, a abdução ocorrida há menos de 1 ano antes do início do procedimento administrativo ou judicial; e velha, aquela que ocorreu há mais de ano e dia antes do início do processo. A análise desse marco temporal permitirá ao juiz ou autoridade encarregada do caso (pedido de retorno) determinar o retorno imediato da criança. Isso significa que poderá conceder medida liminar, ainda que, a seu critério, sem a oitiva da parte contrária²⁹.

Desse modo, a análise do tempo-limite se torna fundamental como preliminar de mérito, haja vista que, ultrapassado esse marco, abre-se margem ao genitor abductor para que prove que a criança se encontra adaptada ao novo ambiente³⁰. Vale ressaltar que isto faz com que a celeridade no processamento do pedido seja essencial, visto que as dificuldades encontradas pela Autoridade Central, como a localização do menor e a demora nos procedimentos judiciais, fazem com que esse limite temporal se esgote rapidamente, prejudicando o cônjuge requerente. Contudo, novamente, a obstrução do retorno imediato da criança não é automático caso ultrapasse-se um ano, mesmo porque isto poderia significar a premiação do abductor e um estímulo à prática que se busca vedar.

Segundo a crítica especializada do supracitado grupo de trabalho, a contagem do prazo “somente deveria ser contado a partir da localização da criança, pois é muito frequente que a localização da criança, que, a partir da subtração quase sempre leva uma vida de clandestinidade, muitas vezes demore, ainda mais em um país com as dimensões continentais do Brasil”³¹. Caso passe mais de um ano, será necessário comprovar se a criança encontra-se adaptada ao meio. A integração da criança ao novo ambiente constitui sua adequação ao local em que

²⁹ BRASIL. Supremo tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cívicos do Sequestro Internacional de Crianças*. p. 15. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

³⁰ Vide art. 12 da Convenção sobre os Aspectos Cívicos do Sequestro Internacional de Crianças; BRASIL. Supremo tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cívicos do Sequestro Internacional de Crianças*. p. 15-16. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

³¹ BRASIL. Supremo tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cívicos do Sequestro Internacional de Crianças*. p. 17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

exerce suas atividades, o que envolve elementos como adaptação ao idioma e à cultura do local, à comunidade, dentre outros elementos que fomentem a conexão da criança com sua nova realidade. Outrossim, não basta mera alegação, faz-se necessário atestar a integração da criança por meio de prova pericial, através de estudo psicológico e avaliação psicossocial.

Vale ressaltar que, na jurisprudência brasileira, há casos em que se refuta a entrega da criança abduzida com respaldo no argumento de que a família brasileira é o melhor ambiente para seu desenvolvimento,³² além de ser necessário evitar uma nova ruptura ao menor, o que contribuiria para gerar ainda mais danos psicológicos a ele³³. Contudo, conforme entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região “o que não se pode admitir, a toda evidência, é que o fato de a criança ter se adaptado à vida no Brasil legitime seu ingresso no país e perpetue a ilegalidade de sua transferência”³⁴.

3.2 Exceção baseada na incompatibilidade dos princípios fundamentais do Estado: proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais

A exceção, baseada no art. 20 da Convenção, diz res-

³² CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.263.

³³ Nesse sentido, faz-se necessário citar o entendimento do TRF-1: “[...] 2. Demonstrando a prova produzida nos autos, em especial laudo de avaliação psicossocial, que a criança se encontra em situação estável no Brasil, onde já estabeleceu vínculos afetivos familiares e sociais importantes para seu desenvolvimento, e que uma ruptura abrupta deste processo, com separação da mãe e da irmã com quem atualmente reside, lhe seria extremamente prejudicial em todos os sentidos, não há de ser determinado seu retorno para os Estados Unidos da América, País em que habitualmente residia. [...]”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Apelação Cível*. Ação de busca e apreensão de menor. Convenção de Haia. Aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Integração plena da menor ao novo ambiente familiar e social. AC 2005.43.00.002940-4/TO. Sexta Turma. Numeração única: 0002940-95.2005.4.01.4300/TO, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Sexta Turma, e-DJF1 p.064 de 16/05/2011.

³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Cível*. Convenção de Haia. Ação de busca, apreensão e restituição de menor. Sentença de improcedência. AC 497870. Sétima Turma Especializada. Requerente: União Federal. Requerido: Fabiana Alves de Almeida. Relator: Des. Fed. Reis Friede. Rio de Janeiro, 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=200851100046973&TOPERA=1>. Acesso em: 13 dez. 2016.

peito à possibilidade de se negar o pedido de regresso do menor nos casos de situação incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido referentes à matéria de direitos humanos e liberdades fundamentais. Ocorre que cada Estado soberano possui o condão de estabelecer regras e princípios que compõem seu ordenamento e instituir diretrizes para o funcionamento de sua sociedade, podendo estas serem, inclusive, singulares comparadas ao restante da comunidade internacional. Porém, salienta-se que esse dispositivo da Convenção de Haia foi criado para salvaguardar a criança de abusos em função do Estado de residência habitual não estar apto a proteger seus interesses, visto que, em função de seu governo e da organização de seu Estado, conflitos de interesses podem ser vislumbrados. Diante desse arcabouço jurídico estatal, poderá haver violações nos direitos do menor, o que tornará o país um lugar inapropriado para o exercício de seus direitos e de seu desenvolvimento. Trata-se de uma abertura instituída pela Convenção, que poderá abranger qualquer tipo de situação em que, devido à mudança do *status quo* do Estado, leis e direitos atinentes às crianças e à infância tornam-nas ainda mais vulneráveis. Essas diretrizes legais podem, inclusive, infringir tratados internacionais e compromissos de direitos humanos que o próprio país tenha se vinculado no passado, constituindo, também, uma violação ao Direito Internacional.

O art. 20 possui um peso subjetivo grande, visto que, mesmo sendo evocado em casos extremos, faz-se necessário que a autoridade do país de refúgio comprove a condição violadora dentro do Estado requerente e a existência de princípios protetores de direitos humanos que proíbem o retorno, para que então se possa respaldar juridicamente a negativa do retorno da criança. Nos comentários efetuados pelo grupo de especialistas do STF, há destaque para que as autoridades competentes evitem manifestações exacerbadas de nacionalismo, uma vez que o objetivo central da Convenção é o interesse maior da criança³⁵.

3.3. Exceções do art. 13

Por fim, a última exceção ao retorno imediato da criança, cerne deste artigo, é baseada no art. 13 da Con-

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças* p. 33. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/ Anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

venção, que se ramifica em três hipóteses centrais. Em razão de uma melhor acomodação das questões trazidas, optou-se por elucidar primeiro a hipótese disposta no parágrafo posterior aos dois primeiros incisos do artigo.

O art. 13 dispõe que a autoridade judicial ou administrativa pode recusar o retorno da criança se verificar que esta se opõe à volta ao local de onde foi abduzida e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração a sua opinião sobre o assunto. Este dispositivo ressalta a necessidade de se considerar a vontade do menor também em face de este se encontrar inserido em sua nova realidade, o que também deve ser avaliado na análise do melhor interesse.

Ocorre que há certo receio para a aplicação dessa exceção diante da maturidade da criança ser algo muito subjetivo, e que pode ser analisado somente em exames individualizados, visto o desconhecimento sobre as influências pelas quais esta tem passado. Este é o caso, por exemplo, da hipótese em que se desconhece a incidência da alienação parental³⁶ na relação em questão, a qual prejudicaria e influenciaria a manifestação de vontade do menor.

Além disso, não há consenso sobre qual a idade mais apropriada para se considerar a opinião do menor, conforme expõe o Relatório da Reunião da Comissão Especial em 1989. Trata-se de parâmetro variável, a ser analisado caso a caso, o conforme aduz a jurisprudência nacional e, também, de outros países. Nos casos *Serrurier/de Moulin* e *Coppens de Northland/Lebris*, envolvendo crianças de 11 e 12 anos, as opiniões dessas foi levada em consideração e a sua permanência no local onde viviam foi autorizada. Já no caso *Navarro v. Bullock*³⁷, as opiniões de crianças de 11 e 9 anos foram ignoradas, pois a corte entendeu que não eram maduras o suficiente para expressar suas vontades³⁸. Ademais, concluiu-se, no Relatório da Segunda Reunião da Comissão Especial para Rever as Operações da Convenção, em 1993, que os

desejos das crianças devem ser levados em consideração de forma cuidadosa, pois são facilmente influenciáveis. Já para especialistas presentes na Reunião da Terceira Comissão, em 1997, alguns especialistas concluíram, no relatório, que os pontos de vista das crianças não devem ser considerados isoladamente, mas sim devem ser considerados de forma adicional às outras provas já instruídas, por força do art. 13 (a) e (b). Já na Apelação n.º 2009.51.01.018422-0, perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região³⁹, se concluiu que, por meio de laudo pericial psicológico, a criança não está apta a decidir sobre o que realmente deseja, por sua maturidade limitada, pela sua fragilidade emocional e, ainda, por estar submetida a processo de alienação parental⁴⁰.

Já a segunda hipótese, utilizada muito raramente⁴¹, refere-se ao previsto no art. 13 (a) da Convenção. Neste, a autoridade judicial ou administrativa não é obrigada a ordenar o retorno da criança se o genitor não exercia efetivamente o direito de guarda da criança à época da abdução ou caso este houvesse consentido ou concordado posteriormente com a transferência ou retenção depois que a tenha retirado. Infere-se que as situações enquadradas nessa hipótese não teriam sido ilícitas e, nesse sentido, o ônus da prova ficaria a cargo do abductor que alega tais argumentos.

Nessa seara, destaca-se a jurisprudência brasileira do caso Agravo de Instrumento n.º 2004.02.01.009861-7, perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁴², em que se alegou tanto a hipótese do art. 13 item (a) quanto do item (b). Contudo, quanto à primeira questão, foi desconsiderado que o pai exercia a guarda efetiva da criança, haja vista estar prestando serviço militar em Is-

³⁶ Alienação parental corresponde à influência negativa que um dos genitores exerce sobre o filho em relação ao outro cônjuge, podendo a criança ter uma percepção distorcida da realidade em razão desse tipo de interferência.

³⁷ *Navarro v. Bullock, Calif. Super. Ct., Placer Cty., 15 Fam. L. Rep. 1576 (September 1st, 1989).*

³⁸ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.270.

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Civil 2009.51.01.018422-0*. TRF 2 Região, Quinta Turma Especializada. Relator Des. Fed. Fernando Marques. Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2009. Acesso em: 13 dez. 2016

⁴⁰ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.282.

⁴¹ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.270.

⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Direito internacional privado e processual civil. *Antecipação de tutela requerida*. Ação de busca, apreensão e repatriação de criança ao estado de israel. Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Criança. Melhor interesse da criança. Decreto n.º 3.413/2000. Manutenção da Decisão. Agravo de Instrumento n.º 130432 2004.02.01.009861-7. Oitava turma especializada. Relator Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2006. Acesso em: 16 dez. 2016.

rael. Ademais, no caso da Apelação Cível n.º 497870/RJ, relativa ao processo n.º 2008.51.10.004697-3, também perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁴³, apesar de alegada exceção do retorno da criança mediante art. 13 (a), considerou-se que a guarda era compartilhada e não fora concedida autorização para mudança de residência.

Já a terceira hipótese, prevista no art. 13 (b), trata-se da possibilidade de não restituição da criança quando houver risco grave desta ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou ficar exposta a situação intolerável em seu retorno. Esta é a forma mais frequente de exceção, por isso, há uma maior análise das cortes nacionais sobre esse dispositivo, as quais possuem entendimentos ora extensivos, ora restritivos à interpretação das exceções do art. 13.

As cortes alemãs, por exemplo, interpretam mais extensivamente sobre a possibilidade de prejuízo à criança em razão de sua devolução em caso de mães alemãs ou de alguma forma ligadas à Alemanha por laços familiares⁴⁴, dando preferência, na maioria das vezes, à mãe. Aceita-se a tese de que maiores riscos estariam em jogo ao separar a genitora da criança, porquanto “a mãe é o seu primeiro e maior contato, o que torna esta separação presumidamente mais prejudicial”⁴⁵. Por outro lado, outras cortes mundo a fora, como em alguns momentos as cortes americanas, canadenses e inglesas, possuem interpretação mais restritiva, até mesmo para que se faça cumprir o objeto da Convenção, qual seja fazer com que o menor sequestrado seja restituído à sua residência habitual em face da ilicitude cometida por um dos cônjuges, de forma que a Convenção não se torne letra morta em face de suas exceções.

⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Processual civil. Convenção de Haia sobre “aspectos civis do sequestro internacional de crianças”. Ação de busca, apreensão e restituição de menor. Impossibilidade de discussão acerca do direito de guarda. Reconhecimento da ocorrência de retenção ilícita. Exceções não configuradas. *Apelação Cível 497870 2008.51.10.004697-3*. Oitava Turma Especializada. Apelante: União Federal. Apelado: Fabiana Alves de Almeida. Relator: Des.Fed. Reis Friede. Rio de Janeiro, 16 de maio de 2012.

⁴⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 260.

⁴⁵ CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.263.

Segundo Carmem Tibúrcio e Guilherme Calmon, após analisarem a jurisprudência de vários países, há algumas premissas na interpretação do inciso (b), nem sempre unívocas diante da amplitude dos conceitos empregados e da ausência de metodologia de análise para cada um deles. Por exemplo, decisões judiciais dos mais distintos Estados destacam que o dano deve ser substancial ou grave; outras de que o risco do dano substancial seja grave. Há a incidência de determinações de que o nível do perigo remonte a uma situação intolerável e, até mesmo, que a gravidade do risco envolva a magnitude do risco caso a sua probabilidade se concretize e não haja apenas a probabilidade em si. Por fim, há cortes que assinalam que a situação intolerável deve apontar para um perigo realmente sério ou indicar o nível do dano psicológico envolvido⁴⁶. O fato é que, mesmo empregando terminologias diferentes e realizando certas comparações, os tribunais devem se atentar para que não distorçam o significado de grave risco que se pretende aplicar na Convenção⁴⁷.

Recapitulando, são três as situações de indeferimento do retorno do menor previstas no inciso (b): (i) risco grave de ordem física; (ii) risco grave de ordem psíquica ou (iii) situação intolerável. Como todas as hipóteses envolvem situações concretas de perigo iminente, há grande probabilidade que em determinadas situações os três componentes estejam presentes. No entanto, esses requisitos não são cumulativos, o impedimento do deslocamento da criança também pode se dar com apenas uma dessas hipóteses⁴⁸. Ademais, salienta-se que os riscos graves englobados não podem representar, apenas, dificuldades normais que a criança terá na volta para o país de sua residência habitual, bem como ao ser colocada em convívio com o outro genitor, ou seja, a exceção não pode ser banalizada. O risco deve abranger o perigo de a criança ser, de fato, ferida física ou psicologicamente ao retornar, e não apenas inconvenientes ou dificuldades como aqueles que simplesmente eliminem oportunidades educacionais, econômicas⁴⁹ ou que não

⁴⁶ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.275.

⁴⁷ BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004. p.141.

⁴⁸ BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 139.

⁴⁹ Ressalta-se que a possibilidade de interpretação extensiva dessas duas hipóteses foi discutida na 14ª Sessão em 1980, para incluir mo-

leve em conta a vontade do menor. Entretanto, ainda não há consenso de quais tipos de situações podem ser configuradas como risco grave⁵⁰.

Ressalta-se que o conceito de grave risco, inserido em todas as hipóteses do art. 13 (b), deve ser interpretado como se aplicado a uma condição presente e não a evento hipotético futuro. Contudo, mesmo que os tribunais tentem afastar questões que envolvam riscos futuros, há casos em que se considera, também, que a restituição do menor pode ser impedida quando o país da residência habitual estiver passando por problemas políticos e sociais que acarretem riscos reais prolongados no tempo, como é o caso de locais de zonas de guerra⁵¹, desastres naturais, fomes ou casos de práticas tradicionais atentatórias contra a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, “a Convenção legitima a transferência de uma criança para outro país, apenas, nas situações em que os meios jurídicos ordinários locais não possam ser empregados para resolver o impasse”⁵².

No que tange ao risco, critica-se que a Convenção se satisfaz somente com a mera existência de risco, não havendo exigências da comprovação de perigo real e concreto do risco físico e psíquico. Essa análise é feita, por sua vez, no juízo do país em que se encontra a criança abduzida (país de refúgio), não havendo parâmetros concretos para auxiliar na tomada desta decisão, em que a restituição da criança é a regra e o impedimento a este procedimento é a exceção, que se dá somente em situações muito excepcionais. Isso faz com que haja uma zona cinzenta delicada no exame das exceções, o

tivos econômicos e educacionais, o que foi negado. PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*, item 114. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

⁵⁰ Como salientado na jurisprudência americana, esta análise do enquadramento ou não da exceção ao retorno “não pode ser interpretada como uma autorização para que as Cortes do Estado de refúgio verifiquem onde a criança será mais feliz. Ademais, a existência de grave risco não implica simplesmente a sua probabilidade, mas a magnitude desse risco”. TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.274.

⁵¹ Nesse ínterim, destaca-se jurisprudência australiana em que a abduzidora chegou a alegar que Israel faria parte de uma zona de guerra, com base no art. 13(b), porém, este argumento que foi afastado. Cf. *Kilab v. Director-General*, Department of Community Services [2008] FamCAFC 81 [INCADAT Reference: HC/E/AU 995]. Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1012&lng=1&sl=1>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁵² MARTINS, Natália Camba. *Subtração Internacional de Crianças: Exceções a Obrigação de Retorno Previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. Curitiba: Editora CRV, 2013.

que pode levar a tendências mais pró-exceção do que à regra, o que se torna arriscado para a efetividade e o alcance do propósito da Convenção. Segundo Carmem Tibúrcio e Guilherme Calmon, quando o juiz do Estado de refúgio verificar a existência de risco grave há uma propensão a indeferir o retorno, ainda que se prove que o juízo da residência habitual possui mecanismos para coibir tal violência⁵³.

Por fim, Jacob Dolinger entende que o impedimento ao retorno, devido à grave risco de que a criança fique exposta a dano físico ou psicológico, conforme previsto no art. 13 (b) da Convenção, deve ser entendido como uma medida de caráter humanitário, relativa à situação de vulnerabilidade que a criança se encontrava no país de residência habitual. Isso objetiva evitar que o menor seja enviado à uma família perigosa ou abusiva ou a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão⁵⁴.

Quanto ao risco físico, ele acaba aparecendo com menor incidência, contudo, quando isso acontece, normalmente, há alegação de risco psicológico. Como a Convenção apenas versa sobre os aspectos civis da abdução, e não penais, caberá, portanto, à jurisdição de origem da criança resguardá-la de quaisquer perigos pelos quais possa ser exposta a danos físicos, sendo possível, inclusive, que o Estado requerido sugira alguma medida ao Estado requerente⁵⁵. Já quanto aos danos psicológicos, por apresentar conteúdo de difícil determinação, o respaldo para a justificação de grave risco de dano psicológico pode ser uma oportunidade para que o abductor se mantenha com o menor. Nesse diapasão, as provas utilizadas limitam-se a depoimentos do abductor e a laudos psíquicos de profissionais especializados, porém, tampouco o embasamento nesses pode garantir o procedimento desse argumento. Como pontua Jacob Dolinger, as cortes inglesas, por exemplo, entendem que toda abdução de menores causa algum efeito psicológico negativo na criança, no entanto, o real objetivo do art. 13, ao se referir ao grave risco de dano psicológico é, evitar danos de proporções mais graves, ou seja, com elevado grau de malefício à criança⁵⁶. Nes-

⁵³ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.275.

⁵⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 257.

⁵⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 259.

⁵⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional*. Rio de Janeiro: Ed.

se caso, a premissa de dano psicológico de proporções graves insere-se na interpretação extensiva dos tribunais alemães citada anteriormente, de que a separação da criança da mãe abduutora alemã pode causar um trauma psicológico enorme ao filho, diante do fato de esta ser seu primeiro e maior contato, gerando uma interpretação nacionalista que pode ir, muitas vezes, de encontro com a Convenção.

Ademais, no que se refere ao risco intolerável, esse abrange situações externas à criança e que justificariam a sua permanência no país de refúgio. Nesse contexto, se inserem a situação do país da residência habitual, a existência, por exemplo, de epidemias sérias, devastações naturais e atos de abuso ou violência à mãe da criança, no caso de ter sido ela a autora da remoção ou retenção ilícita.

Contudo, ao se considerar como risco intolerável atos de abuso ou violência contra um dos genitores, indaga-se: ao se praticar a abdução em função da violência doméstica sofrida, qual é o melhor interesse que se avalia, o da criança ou da mãe? Essa questão se torna importante ao passo que esta hipótese de exceção pode trazer risco considerável para a efetiva aplicação da Convenção, bem como influenciar para o desvirtuamento do melhor interesse da criança.

4 Violência Doméstica: Exceção ou Extensão?

A violência doméstica pode ser caracterizada como uma espécie de violência sofrida, mais especificamente, quando o cônjuge, por meio de comportamento coercitivo, tenta controlar o outro. Para isso, pode se utilizar de violência sexual, verbal e abuso emocional, além de perseguição e abuso econômico⁵⁷. O fato é que muitas vítimas de violência doméstica, normalmente a mulher, têm fugido dos maus tratos aos quais são submetidas rumo a outro Estado com o intuito de proteger a si mesmas e, também, a seus filhos, fruto da relação com o cônjuge que praticou a violência. Isso faz com que muitas das subtrações internacionais de crianças sejam

frequentemente associadas à violência doméstica⁵⁸.

À época da edição da Convenção de Haia de 1980, a questão da violência doméstica ainda não era tão claramente exposta como problema social assim como o é hoje em dia. Apesar disso, nos trabalhos preparatórios da Convenção⁵⁹, alguns posicionamentos foram convergentes para que se considerasse a ameaça e violência contra um dos genitores como motivação para obstar o retorno da criança à residência habitual. Entretanto, a questão da violência que não envolve diretamente a criança não foi prevista na Convenção. A motivação para tanto reside no fato de que a intenção no momento da elaboração do diploma legal internacional (e vigente até hoje) é a de que se pretende evitar o retorno da criança às situações em que ela própria era vítima de violências ou abusos físicos, sexuais ou psicológicos, e não quando a genitora era a vítima e que, para fugir disso, cometeu e perpetua a abdução.

Desse modo, para justificar-se, juridicamente, o ato de abdução da criança, a genitora tem se baseado nas exceções previstas na Convenção, em particular o art. 13 (b), no que diz respeito ao risco grave de ordem física ou psíquica e situação intolerável. Alega-se que não é necessário que o risco substancial seja imediato, tampouco, o dano psicológico e mental e a situação intolerável, porém, estes devem ser determináveis objetivamente, podendo se manifestar no futuro quando do regresso. No entanto, como salientado anteriormente, na elaboração da Convenção optou-se por não incluir menção direta à violência doméstica. Nessa toada, segundo o Relatório da Segunda Reunião da Comissão Especial para Rever as Operações da Convenção, em 1993, concluiu-se que o art. 13 (b) não pode ser utilizado para obstar a restituição da criança à residência habi-

Renovar, 2003. p. 259.

⁵⁷ UNIVERSITY OF CALIFORNIA BERKELEY. *The Hague Convention and Domestic Violence*. Disponível em: <https://gspp.berkeley.edu/global/the-hague-domestic-violence-project/hague-dv/hague-convention-and-domestic-violence>. Acesso em: 14 dez. 2016.

⁵⁸ LEWIS, Jeanine. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity. *The Transnational Lawyer*, v. 13, p. 391-449, 2000. p. 393. Ademais, vale salientar que há 20 anos atrás, era o homem o maior responsável pelas subtrações de crianças. Hoje em dia, este posto é da mulher, que pratica o ato em 70% das vezes. Cf. LEWIS, Jeanine. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity. *The Transnational Lawyer*, v. 13, p. 391-449, 2000. p.398.

⁵⁹ Para mais informações: Fourteenth Session of the Hague Conference on Private International Law (1980), Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement d'enfants, Child abduction, pp. 426 to 476. (The Explanatory Report is also available on the Hague Conference website at < www.hcch.net > under "Publications" then "Explanatory Reports").

tual e que as hipóteses de violência doméstica ou abuso sexual por parte de um dos genitores são questões que devem ser confiadas ao juízo do Estado da residência habitual e não devem impedir o retorno. Mesmo assim, a Comissão Especial, em 2012, sugeriu a elaboração de trabalho visando à uniformização da interpretação do art. 13 (b) para incluir alegações de violência doméstica e familiar, dentre outras. Ocorre que, apesar da pré-disposição da Comissão Especial, a Convenção, ainda, foi delineada para que se tenha uma interpretação mais restritiva e em conformidade com seu principal objetivo: a restituição da criança.

Os tribunais e cortes nacionais possuem interpretações divergentes a respeito. No caso *Wright v. Gueriel*⁶⁰, de 1993, a esposa evadiu-se de território americano em direção à França com seus três filhos. Ela alegou que o marido possuía comportamento violento e agressivo em relação a ela e, para comprovar sua alegação, apresentou três testemunhas que relataram o mesmo. A corte decidiu a favor do impedimento do retorno das crianças, com base no art. 13 (b), afirmando que haveria risco de, repentinamente, o pai dos menores efetivar as ameaças deflagradas.

Já no caso *Murray*⁶¹, de 1993, a mãe fugiu da Nova Zelândia para a Austrália com os menores, alegando violência doméstica do marido, bem como ameaças de morte. Para corroborar suas afirmações, a genitora apresentou fotos que mostravam danos físicos a ela, alegou que o cônjuge fazia parte de uma gangue e que esta poderia influenciar outras gangues para violentá-la e, por fim, aduziu que o marido possuía armas em casa. A mulher asseverou também que fugiu com as crianças para livrá-las de um ambiente de medo, violência e terror. A corte australiana decidiu que não haveria evidências de que as crianças passariam por alguma ameaça se retornassem à Nova Zelândia e que o país poderia proteger a mãe caso esta solicitasse e achasse necessário, e que a afirmação de que as cortes neozelandesas não poderiam protegê-la e as crianças de seu cônjuge seria uma ofensa à instituição. Ademais, a corte afirmou que a mãe não necessariamente teria de retornar ao mesmo local que vive o genitor agressor. Por isso, decidiu-se finalmente que, como as crianças eram cidadãos neozelandeses, caberia a uma corte interna desse país o futuro de cada uma delas.

Outro caso paradigmático é o caso *In re Lozano*⁶², de 2011, em que a mãe abduutora alega que, após mudar-se para Nova Iorque, tanto ela quanto o filho iniciaram sessões de terapia e que a terapeuta atestou que a criança não estava apta a falar, realizar contato visual ou brincar, diagnosticando a criança com estresse pós-traumático, em parte gerado pela percepção da criança de que a mãe estava sendo violentada e ameaçada. Apesar de ser um indício insuficiente para provar o risco grave, a corte distrital acolheu o pedido obstruindo o retorno da criança com base no art. 13 (b) da Convenção.

No Brasil, os tribunais, também, não são unívocos em suas decisões, tampouco, na interpretação das provas trazidas à baila. Na Ação de Rito Ordinário n.º 2003.51.01.06976-2 (14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Rio de Janeiro), após asseverada a subtração em função da violência doméstica sofrida, realizou-se perícia na criança, e identificou-se que nas recordações desta, o pai tratava-se de pessoa violenta e que cometia agressões físicas à mãe. O juiz, por sua vez, indeferiu a aplicação do art. 13 (a), mas aplicou a alínea (b). Já na ação n.º 2006/0221292-3, perante a 2ª Vara de Família do Rio de Janeiro, que chegou até o nível recursal especial no STJ (REsp 900.262 – RJ), a mãe subtraiu a criança e a trouxe para o Rio de Janeiro, sem a anuência do pai. Este tentou o retorno do filho no judiciário brasileiro, sem sucesso. O principal argumento foi o de que a criança já se encontrava integrada em território nacional. Posteriormente, a Autoridade Central e a AGU entraram com pedido de cooperação internacional e de busca e apreensão do menor, na 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Para a análise da exceção em tela, vale destacar que a mãe, enquanto viva⁶³, alegou que sofria violência doméstica do cônjuge, inclusive, tendo feito boletim de ocorrência *a posteriori* já no Brasil. Contudo, esse meio de prova foi considerado fraco para fins de prova, não prosperando sua argumentação.

Em território brasileiro, a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República (SPM) é a responsável por receber notificações de vítimas de maus tratos domésticos interseccionadas com a Convenção de Haia desde 2003 (apesar de a primeira notícia de pedido de retorno de criança envolvendo violência doméstica ter chegado apenas em 2005, pela própria vítima). Desde en-

⁶⁰ *Wright v. Gueriel* [1993] [France] Tribunal de Grand Instance Abbeville (Somme) No 506/931.

⁶¹ *Murray v. Director of Family Services* ACT, (1993) FLC 92-416.

⁶² *In Re Lozano*, 809 F. Supp. 2d 197 (SDNY 2011).

⁶³ Ocorre que, no decorrer do processo, a mãe faleceu no parto de sua segunda filha, tendo o procedimento se estendido *a posteriori* com o padrasto da criança. Este caso ficou célebre na imprensa nacional e internacional, tendo sido mais conhecido como caso *Sean Goldman*.

tão, esta vem tentando atuar em parceria com a Autoridade Central. Em pedidos recebidos pela Autoridade Central sobre a abdução em função de violência doméstica contra a mãe, em tese, deverá haver a manifestação da Secretaria, antes do encaminhamento do procedimento à AGU ou ao Poder Judiciário. Para Rodrigo More, a relação entre violência doméstica e as exceções da Convenção de Haia de 1980 faz todo o sentido e deveria ser efetivada em prol da proteção dos direitos humanos. Para o autor:

com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, associado ao Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e à Convenção de Haia de 1980 incorporada ao direito interno em 2000, o resultado deveria ter sido um reforço no sistema de proteção aos direitos humanos no Brasil, especialmente no que se refere às relações entre mães e filhos brasileiros, todos vítimas de violência doméstica e familiar, agora na nova perspectiva da Convenção de Haia de 1980, também fora do Brasil⁶⁴.

Sua visão é, portanto, a de que, embora o objetivo central da Conferência tenha sido de desencorajar a abdução internacional de menores, o fato de a violência doméstica ainda não estar prevista como hipótese de impedimento à recondução da criança à residência habitual revela um silenciamento quanto a esse tema.

Entretanto, conforme pontua Jacob Dolinger, deve-se considerar que as exceções contidas na Convenção devem “ser utilizadas cuidadosamente e certamente sem excessos”⁶⁵. Elisa Pérez-Vera é ainda mais incisiva, aduzindo que estas devem ser interpretadas restritivamente ou a Convenção tornar-se-á letra morta⁶⁶.

Como se pode observar, a jurisprudência mundial, ainda, não é uníssona quanto à questão controvertida de se considerar o impedimento do retorno da criança no caso de violência doméstica. O fato é que algumas decisões entenderam que a violência contra a mãe coloca a criança em risco em decorrência da experiência traumática de testemunhar tal situação e pela possibilidade de a violência se estender, também, à criança, mesmo que esta tenha sido originalmente somente contra a mulher, não tendo atingido, diretamente, a criança.

Entretanto, toma-se a posição de que isto é discutível.

⁶⁴ MORE, Rodrigo F. A violência doméstica e familiar contra a Mulher e o sequestro internacional de crianças: Estudos de casos e medidas urgentes. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, Ano. 14, n. 20, p. 289-290, 2010.

⁶⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.258.

⁶⁶ PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*. p. 434. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

As provas demonstradas nos casos trazidos à baila são, em sua maioria subjetivas, sem indícios concretos de que haverá, de fato, risco real contra a integridade física e psíquica da criança ou de que uma situação insustentável irá proliferar. Apesar de terem sido considerados em alguns casos, meios de prova testemunhais nem sempre são os mais confiáveis em todas as ocasiões. Além disso, a denúncia unilateral, boletins de ocorrência e registros policiais⁶⁷ também não se constituem como meios probatórios robustos e contundentes para que comprovem o grave risco que irá incorrer a criança ao ser enviada de volta à residência habitual. Isso pode ser verificado, por exemplo, no caso brasileiro supracitado em que fora apresentado boletim de ocorrência, já feito no Brasil, ou seja, não no local em que a genitora residia anteriormente com o cônjuge supostamente agressor, e em lapso temporal posterior ao ocorrido, após seu estabelecimento no Brasil. Nesse caso, de fato, a prova não seria a mais adequada para que se pudesse analisar com perícia os riscos envolvidos.

Porém, a crítica mais grave é a de que, ao aceitar a violência doméstica como exceção inserida no art. 13 (b), acaba-se deturpando o dispositivo, pois ele diz respeito ao risco à integridade física e psíquica do menor quando retornar à residência habitual. Ou seja, o texto não está abordando o risco que fez com que a genitora abandonasse seu antigo domicílio, mas a condição deste para a vivência e o desenvolvimento da criança, em alusão ao princípio do melhor bem-estar do menor.

Ademais, mesmo se verificando riscos concretos no retorno da criança, ainda assim esta poderá ser restituída ao Estado de residência habitual se este tiver condições de impedir que o risco se concretize quando a criança efetivamente voltar ao território nacional. Esse argumento foi levantado no caso *Murray*, em que as cortes neozelandesas questionaram a genitora de alegar, de forma imprudente, que as instituições judiciárias locais nada poderiam fazer para protegê-la.

Mesmo pela amostra reduzida dos casos analisados, é uma tendência complexa em que se naturaliza que a genitora, ao evadir-se com a criança, o faz por motivo de violência doméstica, uma vez presente a justificativa de risco e ameaça de violência contra ela própria, legitimando a ilegalidade. Essa interpretação torna-se prática perigosa, se não houver qualquer tipo de verificação so-

⁶⁷ TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014. p.278-279.

bre as condições do Estado da residência habitual pelas cortes nacionais que julgam o caso.

Como aduzem Paul Beaumont e Peter McEleavy, quanto à alínea b, a existência de grave risco deve ser verificada quando da apresentação do caso, e não com base em conjecturas de futuro⁶⁸. Ou seja, presumir a reincidência do cônjuge abandonado e, ainda, da violência dele contra a criança pode conjecturar situação que não se sabe se acontecerá.

Por fim, deve-se primar, sobretudo, pela busca de maior uniformidade e previsibilidade das decisões para que: (i) o abductor não possa explorar interpretações legais divergentes e evadir-se da aplicação da Convenção; (ii) para que se diminua o número de apelações em face da determinação de retorno, haja vista que, na ausência de entendimento unificado, as partes incorreram sempre em novos argumentos e (iii) para que, considerando a sensibilidade do tema da violência doméstica, sejam estipuladas regras estáveis, que forneçam maior base estrutural às relações familiares.

Nessa seara, vale destacar a alternativa dada pela Suíça, que promulgou o *Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults* ou “*Swiss Act*”⁶⁹, que define o que seria uma situação intolerável sob os auspícios do art. 13 (b), positivando e esclarecendo seu entendimento soberano, para que as decisões internas sejam uniformizadas⁷⁰.

5 Considerações finais

Assim, conclui-se que, ao se considerar a violência doméstica como hipótese de exceção à premissa geral e central da Convenção de Haia de 1980, que visa ao retorno imediato da criança quando esta foi abduzida ilegalmente, efetuar-se-á interpretação extensiva prejudicial para o funcionamento da Convenção não somente

internamente, mas também perante toda a comunidade internacional. Isto, pois, a Convenção é clara ao prever que as condições de flexibilidade à sua regra geral englobarão situações que remetam a grave risco à criança quando de seu retorno e não à sua genitora; muito menos, ao risco passado por ela quando de sua evasão do território do Estado de residência habitual. O risco que deve ser considerado para o retorno da criança ao seu *status quo* não é o mesmo que fez com que a genitora deixasse o país de origem com a criança.

Há perigo nesse tipo de interpretação em se privilegiar o melhor interesse não da criança, mesmo que esse conceito seja amplo, mas sim o da mãe. O que se presencia, portanto, é uma inversão de conceitos, neutralizados por premissas de que a abdução pode ser justificada caso a genitora tenha sofrido grave violência ou ameaça do outro cônjuge e que esteja em perigo iminente. Isso faz com que se desperte tendência de responsabilização internacional do Brasil frente ao seu descumprimento das normas consensualmente aprovadas na Convenção de Haia de 1980 e voluntariamente aceitas pelo Brasil quando da internacionalização de tal instrumento, que felizmente cria obrigações aos Estados em prol do melhor interesse e bem-estar da criança e de solucionar os casos em que haja um ilícito acontecendo e que depende da cooperação jurídica entre os próprios Estados para que se possa deslindar o caso.

Por fim, prima-se, também, para que haja aproximação interpretativa dos Estados nacionais para que, havendo maior uniformidade e previsibilidade das decisões, aparem-se as arestas para argumentações e posteriores interpretações extensivas que possam desalinhar os objetivos principais da Convenção de Haia de 1980.

Referências

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004.

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015.

⁶⁸ BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 141.

⁶⁹ WEINER, Merle H. Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases. *American University Law Review*, v. 58, issue 3. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=aulr>. Acesso em: 14 dez. 2016.

⁷⁰ QUILLEN, Brian. The New Face of International child Abduction: Domestic-Violence Victims and their Treatment under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Texas International Law Journal*, v. 49, p. 621-643, 2014. p.637.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/sequestro-internacional>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Apelação Cível*. Ação de busca e apreensão de menor. Convenção de Haia. Aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Integração plena da menor ao novo ambiente familiar e social. AC 2005.43.00.002940-4/TO. Sexta Turma. Numeração única: 0002940-95.2005.4.01.4300/TO, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Sexta Turma, e-DJF1 p.064 de 16/05/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Cível*. Convenção de Haia. Ação de busca, apreensão e restituição de menor. Sentença de improcedência. AC 497870. Sétima Turma Especializada. Requerente: União Federal. Requerido: Fabiana Alves de Almeida. Relator: Des. Fed. Reis Friede. Rio de Janeiro, 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=200851100046973&TOPE RA=1>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Civil 2009.51.01.018422-0*. TRF 2 Região, Quinta Turma Especializada. Relator Des. Fed. Fernando Marques. Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2009. Acesso em: 13 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Direito internacional privado e processual civil. *Antecipação de tutela requerida*. Ação de busca, apreensão e repatriação de criança ao estado de Israel. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Melhor interesse da criança. Decreto nº 3.413/2000. Manutenção da Decisão. Agravo de Instrumento nº 130432 2004.02.01.009861-7. Oitava turma especializada. Relator Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Processual Civil. Convenção da Haia sobre “aspectos civis do sequestro internacional de crianças”. Ação

de busca, apreensão e restituição de menor. Impossibilidade de discussão acerca do direito de guarda. Reconhecimento da ocorrência de retenção ilícita. Exceções não configuradas. *Apelação Cível 497870 2008.51.10.004697-3*. Oitava Turma Especializada. Apelante: União Federal. Apelado: Fabiana Alves de Almeida. Relator: Des. Fed. Reis Friede. Rio de Janeiro, 16 de maio de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Curso Sobre Sequestro Internacional de Crianças*. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1220#MATERI. Acesso em: 09 nov. 2016.

CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional *In: CARVALHO RAMOS, André (org.) Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.254-269.

CARVALHO RAMOS, André (org.) *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CASELLA, Paulo Borba; CARVALHO RAMOS, André de (org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COIMBRA, Guilhermina Lavos. A aplicação da Convenção da Haya/80 – os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. *In: CASELLA, Paulo Borba; CARVALHO RAMOS, André de (org.) Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 393-428

DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. “Sequestro” internacional de crianças: a cooperação jurídica internacional e questões pré-processuais. *In: BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de cooperação Internacional. Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. p. 215-219.

GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme. Sequestro internacional de menores: os tribunais bra-

sileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor? *Meritum*. v. 8, n. 1, p. 351-387, 2013.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Child Abduction Section*. HCCH Members. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>. Acesso em: 10 dez. 2016.

In Re Lozano, 809 F. Supp. 2d 197 (SDNY 2011).

ISIDRO, Marta Requejo. Secuestro de Menores y Violencia de Género em la Unión Europea. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, VI, p.179-194, 2006.

KILAH v. Director-General, Department of Community Services [2008] FamCAFC 81 [INCADAT Reference: HC/E/AU 995]. Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1012&lng=1&sl=1>. Acesso em: 12 dez. 2016.

LEWIS, Jeanine. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity. *The Transnational Lawyer*, v. 13, p. 391-449, 2000.

LOPES, Rachel de Oliveira; COSTA, José Augusto Fontoura. Análise das Convenções sobre Restituição Internacional de Crianças Indevidamente Transportadas ou Retidas à Luz da Teoria dos Regimes Internacionais. *Seqüência*, Florianópolis, n. 72, p. 125-144, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n72/0101-9562-seq-72-00125.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

MARTINS, Natália Camba. *Subtração Internacional de Crianças: Exceções a Obrigação de Retorno Previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. Curitiba: Editora CRV, 2013.

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

MORE, Rodrigo Fernandes. Aplicação e execução de tratados no Brasil: estudo dirigido sobre jurisprudência acerca da Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (Haia, 1980). *Revista Brasileira de Direito*, São Paulo, v. 21, p.7-28.

MORE, Rodrigo F. A violência doméstica e familiar contra a Mulher e o sequestro internacional de crianças: Estudos de casos e medidas urgentes. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, Ano. 14, n. 20, p. 289-296, 2010.

MURRAY v. Director of Family Services ACT,

(1993) FLC 92-416.

NAVARRO v. Bullock, Calif. Super. Ct., Placer Cty., 15 Fam. L. Rep. 1576 (September 1st,1989).

PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

QUILLEN, Brian. The New Face of International child Abduction: Domestic-Violence Victims and their Treatment under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Texas International Law Journal*, v. 49, p. 621-643, 2014.

RAMOS, Maira Beatris Bravo. *Violência Doméstica e a Convenção de Haia de 1980 sobre Subtração Internacional de Menores: Exceção à Regra Geral do Regresso Imediato do Menor*. 2015. 85f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) -Universidade Nacional de Brasília, Brasília, 2015.

SANTOS, Milton. *Metamorfozes do espaço habitado: fundamentos teóricos e metodológicos da geografia*. 6. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014.

TIER, Jennifer S. Domestic violence harms the child! The Seventh circuit puts children first in International custody disputes. *Seventh Circuit Review*, v. 2, issue 2, p.704-736, 2007. Disponível em: <http://www.kentlaw.edu/7cr/v2-2/tier.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA BERKELEY. *The Hague Convention and Domestic Violence*. Disponível em: <https://gspp.berkeley.edu/global/the-hague-domestic-violence-project/hague-dv/hague-convention-and-domestic-violence>. Acesso em: 14 dez. 2016.

WEINER, Merle H. International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence. *Fordham Law Review*, v. 69, p. 593-706, 2000.

WEINER, Merle H. Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases. *American University Law Review*, v. 58, issue 3. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=aulr>. Acesso em: 14 dez. 2016.

Wright v Gueriel [1993] [France] Tribunal de Grand Instance Abbeville (Somme) No 506/931.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.