

Recebido em: 12/09/2023

Aprovado em: 17/10/2023

DOSSIÊ

A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS DE 1980: CONCEITOS FUNDAMENTAIS, PROPÓSITO E ÓBICES AO RETORNO

THE HAGUE CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION, 1980: FUNDAMENTAL CONCEPTS, PURPOSE AND EXCEPTIONS TO THE RETURN

Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Convenção da Haia de 1980: conceitos relevantes e propósito. 2. Situações nas quais o retorno não é determinado. Conclusão. Referências.

¹ Doutorado em Direito pela University of Virginia. Professora Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ministrou curso sobre cooperação jurídica na Academia de Direito Internacional da Haia em agosto de 2017

RESUMO: O objetivo do artigo é abordar os principais conceitos utilizados na Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças. A pesquisa segue o método dedutivo-indutivo. A convenção parte da premissa de que as decisões sobre a vida da criança não devem ser tomadas unilateralmente por um dos genitores. Nessa ótica, trata inicialmente da remoção e retenção ilícitas da criança do país da sua residência habitual – denominado de sequestro – e da regra de que a criança deve ser devolvida o mais rapidamente possível ao *status quo ante*. A lógica da convenção é a de que o melhor interesse da criança será atendido com o retorno ao país da residência habitual antes da remoção ou retenção ilícitas. Todavia, indaga-se até que ponto o retorno da criança à sua residência habitual é a solução mais adequada. Nessa linha, a convenção prevê também a convenção situações nas quais o retorno não deverá ocorrer, tratadas nos artigos 13 e 20. O artigo 13 da convenção apresenta quatro exceções ao retorno ao país da residência habitual: (1) o não exercício efetivo do direito da guarda da criança pelo(a) requerente (genitor abandonado); (2) o consentimento anterior ou posterior do(a) requerente (genitor abandonado) com a remoção ou retenção da criança; (3) a existência de grave risco físico ou psicológico ou situação intolerável para a criança com o retorno e (4) a recusa da criança, com maturidade para isso, em retornar ao país da residência habitual. O art. 20, adicionalmente, prevê o indeferimento do retorno quando o país da residência habitual não seguir princípios fundamentais de direitos humanos e liberdades fundamentais. Como conclusão, constata-se que a convenção possui um sistema justo e adequado: a regra é o retorno da criança mas, presente alguma das exceções, a criança é autorizada a permanecer no país de refúgio.

PALAVRAS-CHAVE: Sequestro Internacional de Crianças. Retenção e Remoção ilícitas. Residência Habitual. Óbices ao Retorno. Convenção da Haia de Sequestro de Crianças.

ABSTRACT: The main objective of the article is to address the main concepts employed in the Hague Convention on International Child Abduction. The research follows the method deductive-inductive. The convention is based on the premise that decisions about the life of the child should not be taken unilaterally by one of the parents. From this perspective, it initially deals with the illicit removal and retention of the child from the country of his or her habitual residence – called kidnapping – and the rule that the child must be returned as quickly as possible to the status quo ante. The rationale of the convention is that the best interest of the child will be best served by returning to the country of the habitual residence of the child prior to wrongful removal or retention. However, it is questioned whether the return of the child to the habitual residence is

the most adequate solution. Along these lines, the convention also provides for situations in which the return should not occur, regulated by articles 13 and 20. Article 13 of the convention presents four exceptions to the return to the country of habitual residence: (1) the non-exercise of the right of custody of the child by the applicant (left-behind parent); (2) the prior or subsequent consent of the applicant (left-behind parent) to the removal or retention of the child; (3) the existence of serious physical or psychological risk or intolerable situation for the child with the return and (4) the child's refusal, whenever he or she has the maturity to do so, to return to the country of habitual residence. Article 20, additionally, provides for the refusal of return when the country of habitual residence does not follow fundamental principles of human rights and fundamental freedoms. As a conclusion, it is possible to observe that the convention possesses a fair and adequate system: the rule is the return of the child, but in view of one of the exceptions, the child is authorized to stay in the country of refuge.

KEYWORDS: International Child Abduction. Unlawful Retention and Removal. Habitual Residence. Exceptions to the Return. Hague Convention on Child Abduction.

INTRODUÇÃO

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2000, a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 é o principal instrumento jurídico internacional destinado a mitigar os efeitos da remoção ou retenção ilícita de crianças do local da sua residência habitual. Não obstante isso, a falta de informações acerca das circunstâncias que justificaram a produção do texto convencional por vezes resulta na incompreensão, no estranhamento e, em casos extremos, na ineficácia do sistema estabelecido pela Convenção da Haia.

A convenção parte da premissa de que as decisões sobre a vida da criança não devem ser tomadas unilateralmente por um dos genitores. Nessa ótica, trata inicialmente da remoção e retenção ilícitas da criança do país da sua residência habitual – denominado de sequestro – e da regra de que a criança deve ser devolvida o mais rapidamente possível ao *statu quo ante*. A lógica da convenção é a de que o melhor interesse da criança será atendido com o retorno ao país da residência habitual antes da remoção ou retenção ilícitas. Todavia, indaga-se até que ponto o retorno da criança à sua residência habitual é a solução mais adequada. Nessa linha, a convenção prevê também a convenção situações nas quais o retorno não deverá ocorrer, nos arts 13 e 20, que serão analisados a seguir.

No Brasil, a convenção vem sendo gradativamente melhor compreendida e, conseqüentemente, o Judiciário brasileiro tem proferido decisões que seguem as regras e o propósito almejado no texto convencional.

Registre-se, todavia, que o Partido Democratas (DEM) ajuizou no Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4245) da referida Convenção, de relatoria do ora homenageado, Min. Luís Roberto Barroso. Já há manifestação da AGU bem como parecer do MPF pela improcedência da referida ação.

As breves considerações que se seguem pretendem elucidar o contexto de criação e a finalidade da convenção, inequivocamente constitucional, como se verá.

1. A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980: CONCEITOS RELEVANTES E PROPÓSITO

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 é instrumento internacional com propósito bastante específico e bem definido, a saber, permitir que disputas judiciais envolvendo direitos de guarda e visitação sobre crianças sejam decididas pela jurisdição de sua residência habitual, à luz do direito local². A afirmação de que as autoridades do local de residência habitual da criança são as mais aptas a decidir questões a ela relacionadas é bastante intuitiva: trata-se do juízo mais familiarizado com as práticas sociais do local de residência habitual, bem como com a legislação aplicável.

A lógica da convenção é que o retorno se dê para o país da residência habitual da criança, por ser essa a jurisdição mais adequada para decidir sobre a sua guarda, em virtude, principalmente, da proximidade com as provas a serem produzidas. Assim, em uma ação judicial sobre sua guarda e visitação, o juízo mais adequado para decidir a disputa seria aquele no qual a criança tivesse residido, frequentado a escola e criado amigos, para permitir com mais facilidade a oitiva de vizinhos, professores, psicólogos, pais de colegas de colégio. Esse seria, portanto, o juiz natural para decidir o destino da criança (TIBURCIO, CALMON, 2014, p.4).

Na prática, porém, nem sempre a regra é observada. Havendo genitores com nacionalidades diferentes, não é incomum que um deles sintasse compelido a buscar refúgio em seu país de origem, a fim de ser beneficiado pelo Judiciário local na disputa pela guarda da criança (K. WOLFE, 2001, p.

2 Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, art. 3º: “A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a 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; (...)”.

287³). É dizer: o genitor abductor – em busca de vantagem indevida – altera ilicitamente a jurisdição competente para decidir as questões relacionadas à criança, geralmente também importando em alteração do direito aplicável ao caso.

Há de se ressaltar, no entanto, que ao longo deste estudo, o termo genitor, porque correspondente à maioria dos casos concretos, será utilizado de maneira genérica como referência a qualquer titular de direito de guarda no Estado da residência habitual, conforme definido no art. 3º da convenção.

Para atingir sua finalidade, o genitor abductor pratica uma entre as duas seguintes ações. Na primeira hipótese, a criança é retirada ilicitamente – ou seja, sem a autorização do genitor abandonado – do país de sua residência habitual. Trata-se da típica situação que envolve genitores de nacionalidades distintas, na qual, por conta do término do relacionamento entre o casal, um deles, *por decisão unilateral*, retira a criança do ambiente no qual ela reside. Na segunda hipótese, embora a remoção não seja ilícita, a permanência da criança longe de sua residência habitual configura a ilicitude da conduta. É o caso do genitor que, aproveitando autorização de viagem ao exterior nas férias, por exemplo, não retorna com a criança após o período previsto. No âmbito da convenção, a primeira hipótese é denominada remoção, ao passo que o segundo caso recebe o nome de *retenção*⁴. No título da convenção, as duas situações são genericamente referidas como sequestro.

3 “The increased mobility of society and rate of divorce during the second half of this century has been accompanied by an increase in the rate of child abductions by custodial parents. When bi-national marriages dissolve, one parent often returns to his or her country of nationality in search of a more sympathetic forum for the determination of child custody. Children occupy the unique position of being both the subject and object of individual rights. When parents who are nationals of different states call upon their national courts to make decisions regarding custody and visitation, all too often emotion and nationalism become the deciding factors”. [Tradução livre: O aumento da mobilidade da sociedade e da taxa de divórcio durante a segunda metade deste século tem sido acompanhado por um aumento na taxa de sequestros de crianças por genitores que exerçam sua guarda. Quando casamentos binacionais se dissolvem, um dos genitores, muitas vezes, retorna ao seu país de origem em busca de um fórum mais atrativo para a determinação da guarda dos filhos. As crianças ocupam a posição única de ser tanto sujeito e objeto dos direitos individuais. Quando genitores que sejam nacionais de diferentes Estados invocam seus tribunais nacionais para tomar decisões a respeito da guarda e visitação, muitas vezes a emoção e o nacionalismo se tornam fatores decisivos.]

4 A distinção entre os casos de remoção e retenção ilícitas é meramente didática. O Secretariado Permanente da convenção identificou cinco situações distintas que ensejariam a aplicação da convenção, como informa Amos Shapira, (1989, p. 189): “The Permanent Bureau of the Hague Conference identified five type-situations of conduct depriving a lawful custodian of child control: removal of a child by a parent from one country to another without the consent of the other parent at a time when no custody decree had yet been handed down; abduction of a child by a parent from the judicially decreed custodial parent and its removal to another country where no conflicting custody determination had been made; retention of a child by the non-custodial parent following an authorized visitation period in a country other than the place of the child’s habitual residence; snatching of a child from the judicially decreed custodial parent in the country of the child’s habitual residence and its removal to another country where the abducting parent has been awarded custody under a conflicting decision rendered or recognized there; and removal of a child by a parent from one country to another in violation of a court order expressly prohibiting such removal”. [Tradução livre: O Secretariado Permanente da Conferência da Haia identificou cinco tipos de situações que privam um guardião legal do controle da criança: remoção de uma criança por um dos pais de um país para outro sem o consentimento do outro progenitor, não tendo nenhum decreto de guarda sido proferido ainda; rapto de uma criança por um dos pais daquele que detém a guarda judicialmente decretada e sua remoção para outro país onde não tenha sido proferida decisão conflitante quanto à guarda; retenção de uma criança pelo pai não-guardião em seguida de um período de visitação autorizado, em um país que não o de residência habitual da criança; a tomada de uma criança daquele que detém custódia judicialmente decretada no país da residência habitual da criança e sua remoção para outro país, onde o genitor abductor teve concedida guarda sob uma decisão conflitante lá proferida ou reconhecida; e a remoção de uma criança por um genitor de um país para o outro em violação de uma ordem judicial que expressamente proíba tal remoção.]

Nesse contexto, a lógica da convenção é que as decisões sobre o destino da criança não podem ser tomadas unilateralmente por um dos genitores (SHAPIRA, 1989, p. 191⁵). Em outras palavras: a ilicitude da remoção ou retenção decorre de sua unilateralidade, ou seja, da subtração sem o necessário consentimento de quem mais tenha poder familiar sobre a criança (BEAUMON, MCELEAVY, 1999, p. 1⁶).

Antes da Convenção da Haia, os resultados da remoção ou retenção frequentemente beneficiavam o genitor que praticou o ilícito. Relatos dos obstáculos enfrentados pelo genitor abandonado descrevem cenário realmente devastador (BEAUMONT, MCELEAVY, 1999, p. 3⁷), incluindo dificuldades para localizar o destino da criança – muitas vezes sem qualquer ajuda das autoridades locais – e os altos custos do litígio no país de refúgio.

Ainda sobre os obstáculos encontrados antes da Convenção de Haia, há de se mencionar a tendência do Judiciário local de favorecer seus nacionais, premiando a conduta ilícita – por vezes, como se viu, motivada pela perspectiva de um quadro normativo mais favorável no país de refúgio (DOLINGER, 2003, p. 240⁸).

Note-se que a retenção/remoção ilícita afeta não apenas o genitor abandonado, mas também a criança sequestrada (PERÉZ-VERA, 1982, p. 432). O distanciamento entre a criança e seu meio social, decorrente da subtração, promove prejuízos muitas vezes irreversíveis. Em relatório

-
- 5 “*Parental child abduction, for the purposes of the proposed convention, ought to encompass (...) the unilateral removal of a child to another country before any custody order has been handed down*”. [Tradução livre: Sequestro de crianças por parte dos pais, para os efeitos da convenção proposta, deve englobar (...) a remoção unilateral de uma criança para outro país antes que qualquer decisão quanto à guarda tenha sido proferida.]
- 6 “*In the context of international private law, however, the phrase has become synonymous with the unilateral removal or retention of children by parents, guardians or close family members*”. [Tradução livre: No contexto do direito internacional privado, no entanto, a frase tornou-se sinônimo da remoção ou retenção unilaterais de crianças pelos pais, guardiões ou familiares próximos.]
- 7 “*It is clear that prior to the enter into force of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction there were very limited chances of recovering an abducted child. First, the child had to be located; then, faced with a ‘legal kidnapping’, courts were in most of the instances unwilling to take any action without first investigating what was in the individual child’s best interests. This inevitably led to lengthy, drawn-out proceedings and, although their aim was to find the most appropriate solution for the child, the greater the period of time which elapsed the less likely that the child would in fact benefit from being returned. The difficulties relating to discovery and delay were not however the only ones facing a dispossessed parent, for he or she was also likely to have to pay for the legal costs involved. In the light of such obstacles it is clear why there was such a practical need for action to be taken to protect abducted children and their left-behind parents*”. [Tradução livre: É claro que, antes da entrada em vigor da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, as chances de recuperar uma criança sequestrada eram muito limitadas. Em primeiro lugar, a criança deveria ser localizada; depois, diante de um ‘sequestro legal’, os tribunais não estavam, na maioria das instâncias, dispostos a tomar qualquer ação sem antes investigar qual seria o melhor interesse da criança. Isso inevitavelmente levava a processos longos, demorados e, embora seu objetivo fosse encontrar a solução mais adequada para a criança, quanto maior o período de tempo decorrido, menos provável que a criança de fato fosse se beneficiar de seu retorno. As dificuldades relacionadas com a descoberta e o atraso não eram, contudo, as únicas contra um genitor sem seu filho, pois também era provável que ele ou ela tivesse de pagar os custos legais envolvidos. À luz de tais obstáculos, fica claro o porquê da necessidade de que alguma ação fosse tomada para proteger as crianças raptadas e os genitores que haviam sido deixados para trás.]
- 8 “Até 1980, ano da aprovação da Convenção da Haia, as dificuldades para recuperar uma criança sequestrada eram praticamente intransponíveis. Primeiramente, em grande número de casos, o paradeiro da criança era ignorado, o que exigia um longo processo de investigação, para o qual a parte interessada não contava com apoio das autoridades do país onde supunha encontrar-se a criança; depois que esta era localizada, havia que ingressar no juiz local, onde se iniciava um processo de averiguação do estado em que se encontrava a criança, que, arrastando-se ao longo dos anos, resultava em uma decisão no sentido da não devolução da criança, por mais irregulares que tivessem sido as circunstâncias de seu deslocamento”.

apresentado ao governo dos Estados Unidos, Peter Pfund (1997, pp. 665-667) chegou a afirmar que o sequestro de crianças era problema irremediável. No Brasil, este quadro não era diferente (TIBURCIO, 2009, p. 385⁹). Por isso, a convenção tem como finalidade criar mecanismo apto a proteger os direitos do genitor abandonado e da criança abduzida, restabelecendo a jurisdição da autoridade competente e prevenindo a manipulação fraudulenta do direito aplicável (art. 3, a, da convenção).¹⁰

Como é possível intuir, a determinação da residência habitual da criança é tema central do sistema estabelecido pela convenção de maneira geral. Se compete ao juiz da residência habitual da criança decidir as questões de guarda, é essencial compreender o que significa residência habitual. Quanto ao ponto, duas peculiaridades devem ser observadas. *Em primeiro lugar*, não há definição expressa no texto convencional. Embora diversos artigos da convenção usem a expressão, em nenhum deles é possível encontrar uma definição. Além disso, e essa a *segunda peculiaridade*, ao contrário da maioria dos diplomas legais de fonte interna vigentes no Brasil, a Convenção da Haia cria obrigações recíprocas entre os Estados contratantes, exigindo que seus conceitos sejam aplicados de maneira uniforme, o que submete sua interpretação a regras especiais que pretendem garantir a adequada aplicação da convenção. A mera identidade de expressões utilizadas no texto convencional e nos textos legais vigentes nos diferentes países não é

9 “O principal instrumento de combate à subtração internacional de menores é a Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980, em vigor no Brasil por força do Decreto nº 3.413/2000, que veio resolver principalmente os conflitos entre pais de nacionalidades/domicílios diferentes sobre questões relacionadas aos filhos comuns do casal. Até a conclusão da Convenção esse era um problema intransponível: em muitos casos, com o término da relação conjugal, os filhos desses casais eram retirados do local da sua residência habitual e levados por um dos pais para o exterior, jamais retomando contato com a mãe ou com o pai deixado para trás”

10 No que tange a fraude à lei, para fins de esclarecimento, há de se mencionar os escritos de Dominique Bureau e Horatia Muir Watt (2010): “La notion de fraude à la loi ressort assez nettement des termes d'un arrêt par la Cour de cassation: il y a fraude à loi lorsque 'les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de soustraire à la loi normalement compétente'. Trois éléments doivent donc être réunis : un élément matériel, un élément légal, un élément moral. L'élément matériel suppose qu'une composante de la règle de conflit puisse varier en fonction de la volonté des parties. (...) L'élément légal est constitué par la disposition à laquelle le fraudeur tente d'échapper : interdiction de divorcer, de priver as descendance de tout droit dans la succession... Dans cette perspective, c'est le plus souvent à une disposition impérative de la loi française que le fraudeur tentera d'échapper. Mais la fraude à la loi étrangère est également concevable (...). L'élément moral exprime quant à lui l'intention frauduleuse.” Tradução livre: “A noção de fraude à lei é bastante clara em termos de acordãos do Tribunal de Cassação: há fraude à lei quando 'as partes mudaram voluntariamente uma relação jurídica com o único propósito de subtrair da lei normalmente competente'. Três elementos devem estar presentes: um material, um legal e um moral. O elemento material supõe que uma componente da regra de conflito possa variar em função da vontade das partes. (...) O elemento legal consiste na disposição da qual o autor da fraude pretende escapar: proibição de divórcio, de privar descendentes em linha reta de sucessão... Nessa perspectiva, na maioria das vezes é de uma disposição imperativa da lei francesa que o fraudador tentará escapar. Mas a fraude à lei estrangeira também é concebível (...). O elemento moral expressa por sua vez a intenção fraudulenta.” Ainda, sobre este mesmo tema, escreveram Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio (2020, p. 495): “(...) a fraude à lei consiste em abusar de uma faculdade para fugir da lei originalmente competente – uma norma protegida pela ordem pública do plano interno. A fraude à lei teria, assim, dois componentes, que se somam: abuso do direito e a ordem pública local, ou seja, o direito que se faculta à pessoa de se colocar sob a proteção de outra lei é praticado abusivamente quando ela se utiliza desta faculdade a fim de fugir à ordem pública da lei que lhe era originalmente competente”.

suficiente: é preciso interpretar a convenção de maneira *autônoma* e *uniforme* (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999, p. 226¹¹).

Vale notar: o conceito de residência habitual previsto na convenção não se confunde com o conceito de domicílio presente no direito brasileiro. No contexto da convenção, *residência habitual* é um conceito eminentemente fático, que pressupõe certa estabilidade (não definitividade) e a ausência de ilicitude na sua transferência ou permanência. O conceito, note-se, não é meramente geográfico. Deve-se levar em conta na determinação da residência habitual não apenas o *local* onde a criança se encontrava, mas o centro a partir do qual desenvolvia suas relações familiares e sociais.

Registre-se que o conceito de residência habitual começou a ser utilizado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado em suas convenções da década de 60. Atualmente, há um consenso que o termo se encontra num meio caminho entre a expressão *mera residência e domicílio* (REPORT..., 2006, p. 45¹²).

Por fim, a descrição dos meios usualmente empregados para subtrair crianças de sua residência habitual e dos malefícios decorrentes da prática permite antever a finalidade da convenção. Como o afastamento da residência habitual é a origem comum dos danos jurídicos e fáticos causados ao genitor abandonado e à criança, a principal medida da convenção consiste em determinar o retorno da criança ao país da residência habitual. Essa ordem de retorno tem o objetivo de restaurar o *status quo* (BUCHER, BONOMI,

11 “Although radical in its choice of approach to deal with international child abduction, the 1980 Hague Convention shares with all other international instruments laying down a set of common rules the need for those rules to be uniformly applied if it is to operate effectively”. [Tradução livre: Embora radical em sua escolha de abordagem para lidar com o rapto internacional de crianças, a Convenção da Haia de 1980 compartilha com todos os outros instrumentos internacionais que estabelecem um conjunto de regras comuns, a necessidade de que tais regras sejam aplicadas uniformemente para que operem de forma eficaz.]

12 “Many experts agreed that the use of a strict definition for habitual residence would go against the spirit of the Convention, noting that habitual residence was above all a question of fact to be decided on a case-by-case basis, and should be distinguished from the more subjective concept of domicile. They suggested that factual considerations could include indicia such as the child’s schooling, the time spent in one place, the settling of the family in a certain place, and the integration of the child. Some experts pointed to the difficulty in determining the length of time that was pertinent to the establishment of a new habitual residence. Several experts indicated that this factual evaluation should include, to a certain extent, an examination of the common intent of the parents in establishing their residence. Recalling the realities of globalisation and migration, some experts noted the difficulty of applying the concept of habitual residence to cases involving illegal immigrants and asylum seekers”. [Tradução livre: Muitos especialistas concordaram que o uso de uma definição estrita de residência habitual seria contrário ao espírito da convenção, afirmando que o conceito de residência habitual era, acima de tudo, uma questão de fato a ser decidida caso-a-caso e deveria ser separada do conceito mais subjetivo de domicílio. Os especialistas recomendaram que as considerações de fato incluíssem o processo de educação da criança, o tempo da permanência em determinado lugar, a acomodação da família em determinado lugar e a integração da criança. Alguns especialistas destacaram a dificuldade de estabelecer o tempo necessário para o estabelecimento de uma nova residência habitual. Muitos especialistas que essa avaliação fática deveria incluir, em algum medida, a intenção comum dos pais em estabelecer sua residência. Fazendo referência as realidades da globalização e da migração, alguns especialistas destacaram a dificuldade de aplicar o conceito de residência habitual em casos envolvendo imigrantes ilegais e pessoas que buscam o *status* de refugiado”].

2001, p. 218¹³) (SHAPIRA, 1989, p. 191¹⁴) (PEREZ-VERA, 1982, p. 429¹⁵) (TIBURCIO, CALMON, 2014, pp 62-3¹⁶) reinserindo a criança no meio ao qual está habituada e preservando os direitos validamente adquiridos do genitor abandonado naquela jurisdição (CARAVACA, GONZÁLES, RUIZ, 2008, p. 365).

2. SITUAÇÕES NAS QUAIS O RETORNO NÃO É DETERMINADO

O artigo 13 da convenção apresenta quatro exceções ao retorno ao país da residência habitual: (1) o não exercício efetivo do direito da guarda da criança pelo(a) requerente (genitor abandonado); (2) o consentimento anterior ou posterior do(a) requerente (genitor abandonado) com a remoção ou retenção da criança; (3) a existência de grave risco físico ou psicológico ou situação intolerável para a criança com o retorno e (4) a recusa da criança, com maturidade para isso, em retornar ao país da residência habitual.

Além disso, o dispositivo estabelece a cooperação da autoridade central do Estado da residência habitual na obtenção de documentos que venham a comprovar a presença de um dos óbices ao retorno. Isto significa que o papel principal da autoridade central do estado da residência habitual não é, necessariamente, favorecer o genitor abandonado, mas zelar pelo melhor interesse da criança, pois há situações em que, por estar(em) configurada(s) a(s) situação (ões) prevista(s) no art. 13, será melhor para a criança permanecer no Estado de refúgio.

Deve-se observar que, uma vez que o objetivo da Convenção da Haia é assegurar o retorno da criança ao país da residência habitual, as hipóteses previstas no art. 13, que justificariam a permanência da criança, devem ser entendidas como excepcionais. Isso significa que a regra é o retorno. Nessa linha, as exceções devem ser provadas pelo genitor que perpetrou a remoção ou retenção ilícita e, portanto, a mera alegação não satisfaz essa exigência.

13 *La décision d'ordonner le retour de l'enfant n'affecte pas le fond du droit de garde (art. 19). Elle n'a pas d'autre but que de rétablir le 'statu quo ante'*" [Tradução livre: A decisão de ordenar o retorno da criança não afeta o mérito do direito de guarda (art. 19). Não tem nenhum outro propósito além de restaurar o 'status quo ante'.]

14 *"The asserted principal objective was to restore expeditiously the pre-removal status quo (whether or not judicially sanctioned) without passing on the merits of custody".* [Tradução livre: O principal objetivo afirmado era restabelecer rapidamente o status quo pré-remoção (judicialmente sancionado ou não) sem examinar o mérito da guarda.].

15 *"The Convention's objects, which appear in article 1, can be summarized as follows: since one factor characteristic of the situations under consideration consists in the fact that the abductor claims that his actions have been rendered lawful by the competent authorities of the State of refuge, one effective way of deterring him would be to deprive his actions of any practical or juridical consequences. The Convention, in order to bring this about, places at the head of its objectives the restoration of the status quo, by means of the 'prompt return of children wrongfully taken to or retained in any Contracting State'".* [Tradução livre: Os objetos da Convenção, que aparecem no artigo 1º, podem ser resumidos da seguinte forma: uma vez que um fator característico das situações sob análise consiste no fato de que o abductor alega que suas ações foram consideradas legais pelas autoridades competentes do Estado de refúgio, uma forma eficaz de dissuadi-lo seria privar suas ações de quaisquer consequências práticas ou jurídicas. A Convenção, para que isso aconteça, põe à frente de seus objetivos a restauração do status quo, por meio do 'retorno imediato da criança ilicitamente removida ou retida em qualquer Estado contratante'.]

16 *"A Convenção de 1980 enfatiza a proteção do direito da criança de ter estabilidade, que é vital para ser respeitado, de não ter sua vida alterada no que tange aos aspectos emocional e social, a não ser que argumentos existam para garantir sua estabilidade na nova situação".*

Já se observou que, em alguns casos, erroneamente, o retorno foi indeferido com base em simples alegações acerca da aplicação das exceções por parte do genitor que realizou o sequestro.

A primeira hipótese de não retorno é autoexplicativa: a convenção só viabiliza o retorno para fazer respeitar os direitos de guarda existentes à época da remoção ou retenção ilícita. Primeiramente, é preciso que se entenda que, caso o genitor abandonado não possua a guarda da criança segundo a lei do lugar da residência habitual (art. 3º. a), a convenção não é o instrumento adequado para que seja pleiteada a sua volta. Há que se notar que a definição de guarda é autônoma, regida pela convenção, no art. 5, a: “*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*”. Portanto, há que se verificar se a definição de guarda prevista na convenção está presente com base na lei do lugar da residência habitual da criança para que se possa aplicar a convenção.

Todavia, a alínea a não assegura o retorno se o genitor abandonado tinha a guarda em conformidade com a lei do país da residência habitual – condição para aplicação da convenção – mas não a exercia efetivamente. Trata-se de verificação a ser feita pelo juízo do Estado de refúgio caso-a-caso. A convenção não oferece parâmetros para essa análise, mas deve-se verificar o contato efetivo que o genitor abandonado tinha com a criança antes da remoção ou retenção ilícitas. Caso o genitor tenha a guarda assegurada pela legislação do país da residência, ou até mesmo uma decisão judicial nesse sentido, mas sem qualquer contato com a criança, a permanência no país de refúgio estará justificada¹⁷.

Com relação à segunda hipótese que excepciona o retorno, ainda prevista na alínea a (“*ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção*”), discute-se como se deve provar o consentimento do genitor abandonado, pois há muitas situações em que a criança sai do país da residência habitual com a sua aquiescência. Elemento relevante para a verificação da existência ou não da autorização para a viagem (remoção ilícita) é a maneira pela qual a criança foi levada do seu país de residência habitual. Caso essa saída tenha sido furtiva, durante uma viagem do outro genitor ou sem qualquer autorização formal, haverá elementos para que se conclua que a remoção foi ilícita.

Situação complexa é a verificação do consentimento posterior do genitor abandonado, principalmente no caso de uma autorização de viagem para a criança passar férias ou visitar parentes em outro país. Não há dúvidas de que essa autorização de viagem, por si só, não pode presumir o consentimento na permanência no outro país, até porque a convenção visa

17 V. TRF2, DJU 21.fev.2006, Agravo de Instrumento 2004.02.01.009861-7, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama: decisão judicial na qual se indeferiu o retorno para Israel em caso em que o genitor abandonado servia ao exército israelense, sem contato com a família.

prevenir não somente a *remoção* ilícita, mas também – e principalmente –, a *retenção ilícita*. Ou seja, ainda que a remoção tenha sido lícita, no caso de uma autorização efetiva de viagem, não há que se presumir que a mudança da residência habitual da criança tenha sido autorizada.

Quanto à retenção ilícita, discute-se se tratativas de acordo global sobre guarda e visitação durante o procedimento judicial fazem presumir o consentimento na mudança da residência da criança. Esse é um tema recorrente na jurisprudência estrangeira e as decisões majoritárias têm sido em sentido negativo. Por exemplo, na França entendeu-se pela negativa: *Horlander v. Horlander*, 1992 Bull.Civ. I, No. 91-18177 (apud. KLEIN, ORLOFF, MARTINEZ, ROSE, NOCHE, 2004). Ou seja, esse consentimento na mudança de residência da criança deve ser inequívoco.

Ponto interessante também é quando o consentimento com a mudança é dado em um primeiro momento e, posteriormente, é retirado. Não é incomum que, inicialmente, o genitor abandonado, até por ignorância dos meios jurídicos existentes para providenciar o retorno da criança ou mesmo por choque inicial, concorde com a permanência da criança no país de refúgio, mas depois mude de ideia e requeira a sua volta. Note-se que, nesse caso, não haverá parâmetros para que o juízo do Estado de refúgio decida, o que deverá ensejar uma análise caso-a-caso, analisando-se as razões que levaram o genitor abandonado a dar o consentimento, ainda que de maneira temporária. Nesse sentido, a Corte de Apelação inglesa, no caso *Re A. Z.* (1993) 1 FLR 682 concluiu que o pai que servia o exército americano e que havia deixado a criança aos cuidados da tia materna após o rompimento da relação conjugal e que solicitou que a situação permanecesse assim por alguns meses havia consentido com a permanência da criança na Inglaterra (apud. BEAUMONT, MCELEAVY, 1999, p. 120).

Questão relevante é se o pedido de visitação perante o juízo do Estado de refúgio, por parte do genitor abandonado, pode fazer presumir uma concordância com a permanência da criança no país do refúgio. Na mesma linha de raciocínio, responde-se a essa pergunta pela negativa. Como já se afirmou, a concordância deve ser inequívoca e não pode ser presumida. A rigor, o genitor abandonado visa a preservar a sua relação com a criança e a evitar um afastamento durante o período em que se discute o retorno. Essa atitude jamais pode ser entendida, por si só, como consentimento na permanência no país de refúgio.

O Caso *Friedrich v. Friedrich* (*Friedrich II*)¹⁸, decidido nos Estados Unidos, estabeleceu diretrizes para regulamentar esse ponto. Além de determinar que a lei da residência habitual deve reger essa questão, a Corte enfatizou que o exercício do direito de guarda exige alguma regularidade no

18 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996).

contato com a criança e que se trata de questão de direito, não adentrando na análise acerca da valoração da guarda.

A regularidade do contato segue critérios bastante flexíveis, ainda segundo decisões norte-americanas: no caso *Giampaolo*¹⁹, a Corte entendeu que o pai, requerente, exercia direito de guarda porque levava a criança todos os dias para a escola, escolheu a escola na qual a criança estudava e pagava parte das despesas escolares; no caso *Aldinger v. Segler*²⁰, a Corte concluiu que o pai/ requerente exercia o direito de guarda porque ele residia no mesmo endereço da criança e participava ativamente da sua vida, satisfazendo seus interesses básicos e, no caso *Sealed Appellant v. Sealed Appellee*²¹, a Corte concluiu que a visitação à criança 5 vezes ao ano e pagamento de pensão alimentícia já atendia a essa exigência.

A exceção ao retorno prevista na alínea *b* é o fundamento que mais tem sido utilizado pelo judiciário do país de refúgio para negar o retorno da criança ao país da sua residência habitual (HAGUE..., 2011, p. 30). Repita-se: na lógica da convenção, a criança deve retornar ao país da sua residência habitual, salvo quando sua remoção ou retenção possa ser justificada por situações graves, quando a criança permanecerá no país de refúgio.

A alínea *b* autoriza o juízo do Estado de refúgio a, excepcionalmente, examinar o melhor interesse da criança (SHAPIRA, 1989, pp. 127-250²²), (BEAUMONT, 2008, p. 36) .

Como se viu, a regra geral é que o melhor interesse da criança seja analisado pelo juízo do país da sua residência habitual. A lógica da convenção é que este juízo terá melhores condições para, de maneira mais justa, decidir questões sobre sua guarda e visitação. Esse é o *juiz natural* para decidir tais questões. Entende-se que o juízo do Estado de refúgio, para onde a criança foi levada após a remoção ou retenção ilícita, não terá as mesmas condições de avaliar o que é melhor para a criança do que o juiz que pode ouvir diretamente vizinhos, professores e colegas de escola. Essa é, portanto, a *ratio* que fundamenta a competência do juízo do país da residência habitual para decidir sobre o destino da criança. Todavia, essa regra apresenta exceções que estão previstas na alínea *b* do art. 13. Nesses casos, o juízo do Estado de refúgio indeferirá o retorno por entender que o melhor interesse da criança é ali permanecer, pois a volta ao país da sua residência habitual lhe trará grandes prejuízos. Assim, somente nessas hipóteses, está o juízo do Estado de refúgio autorizado a averiguar o melhor interesse da criança.

19 In re Application of Giampaolo v. Erneta, 390 F.Supp.2d 1269 (N.D. Georgia, 2004).

20 263 F. Supp. 2d 284 (D.P.R. 2003).

21 394 F.3d 338 (5th Cir. 2004).

22 Amos Shapira, no seu curso na Haia, observa que, a rigor, o óbice previsto no art. 13,(1) *b* leva em conta a análise do melhor interesse da criança, limitado à situação de risco grave de ordem física ou psíquica ou situação intolerável. Portanto, pode-se dizer que a convenção não autoriza um exame do melhor interesse da criança em caráter geral pelo juízo do Estado de refúgio, mas limitado a essa situação específica que justificará o não retorno.

Outro ponto que deve ser ressaltado, também enfatizado pelo relatório da Elisa Perez Vera e pelos trabalhos de acompanhamento da conferência da Haia, é que a existência dessas situações que justificam a permanência da criança devem ser provadas, não bastando a mera alegação. Ademais, como é a regra em processo civil, o ônus da prova recai sobre quem alega e, portanto, cabe ao genitor que perpetrou o sequestro prová-las.

Deve-se frisar que essas situações se limitam à verificação da existência de risco grave de perigo de ordem física ou psíquica ou situação intolerável para a criança e não onde a criança será mais feliz ou terá melhores oportunidades de vida.

Em primeiro lugar, o risco deve ser grave. Isso tem sido enfatizado pelos trabalhos de acompanhamento da convenção, bem como pela jurisprudência estrangeira. Não basta a existência de risco, é importante que este seja relevante. A jurisprudência estrangeira tem frisado que é importante a verificação da magnitude do risco para que se possa afastar a regra geral do retorno ao país da residência habitual.

Decisões judiciais de diversos países enfatizam que o dano deve ser substancial ou grave (“substantial or weighty kind” [Caso *Gyponer*- Austrália]); que o risco do dano substancial seja grave (“risk must be weighty and one of substantial harm” [Caso *Suarez*- Canadá]; “more than an ordinary risk and must not only be a weighty one, but it must be one of substantial and not trivial harm” [Caso *Kovacs*- Canadá]); que o nível do perigo remonte a uma situação intolerável (“substantial and to a level comparable to an intolerable situation” [Caso *Bassi*- Austrália]); que a gravidade do risco envolva não somente a probabilidade de perigo mas também a magnitude do perigo caso a probabilidade se materialize (“gravity of risk involves not only the probability of harm, but also the magnitude of the harm if the probability materialises” [Caso *Van de Sande*- Estados Unidos]); e que a expressão situação intolerável indica que o perigo em questão é bastante sério (“the words ‘otherwise place the child in an intolerable situation’ indicate that the harm that is contemplated [...] is harm of a serious nature” [Caso *Sonderup*- África do Sul]) ou indica o nível de dano psicológico envolvido (“severe degree of psychological harm” [Caso *Re M* 1993- Reino Unido]). Ademais, o risco não precisa ser imediato, mas deve ser grave [Caso *Walsh*- Estados Unidos] (apud. PERMANENT, 2011, p. 17).

Ademais, algumas decisões enfatizam que risco grave não pode significar as dificuldades normais que a criança terá na volta para o país da sua residência habitual, sendo transferida da companhia de um genitor para o outro [Caso *Tabacchi*- Estados Unidos, Caso *AG Frankfurt I*- Alemanha]. No Caso *Miltiadous*, ficou estabelecido que risco grave de perigo se refere a situações nas quais a criança enfrenta um risco real de ser ferida física ou psicologicamente, como resultado do retorno, não contemplando situações nas quais a repatriação cause inconveniências, dificuldades, elimine oportunidades

educacionais ou econômicas ou não considere as preferências da criança (“the child faces a real risk of being hurt, physically or psychologically, as a result of repatriation,” mas não “situations where repatriation might cause inconvenience or hardship, eliminate certain educational or economic opportunities, or not comport with the child’s preferences” [Caso Miltiadous-Estados Unidos]) (apud. PERMANENT..., 2011, p. 17).

Algumas decisões judiciais têm entendido que somente situações constantes de violência se configuram como risco grave (Caso *Katsigiannis v. Kottick-Katsigiannis, Struweg v. Struweg*); já outras decisões entendem que situações isoladas já preenchem esse requisito (apud. PERMANENT..., 2011, p. 17), o que é a orientação mais conforme o espírito da convenção, que menciona risco de perigo e não exige perigo concreto e real.

Por outro lado, deve se observar que a convenção se satisfaz com a existência de risco, não exigindo a comprovação de perigo real e concreto. É de se frisar que essa análise será feita caso-a-caso pelo juízo do Estado de refúgio, não havendo parâmetros concretos para auxiliar na decisão. Note-se, porém, que a tendência da jurisprudência comparada é no sentido de determinar o retorno no caso de possibilidade extremamente remota de que tais óbices ao retorno possam se configurar. Aqui, mais uma vez, se recorda que a regra geral será o retorno da criança e que sua permanência só se justificará em situações excepcionais.

Registre-se que quanto à verificação da existência de risco físico e psíquico, tampouco há parâmetros previstos na convenção. Constata-se na jurisprudência comparada que nessas hipóteses se inserem principalmente situações de violência doméstica contra a criança, que pode, ao mesmo tempo, configurar risco de ambas as espécies de risco. Também a hipótese de abuso sexual se enquadra nessa situação.

Alguns julgados distinguiram situações de episódios esporádicos - nas quais o retorno foi determinado - das hipóteses de prática diuturna - quando se justificaria a permanência. Entende-se que a melhor interpretação é que, ainda que se tenha tratado de episódio isolado de abuso sexual ou espancamento, a permanência da criança no Estado de refúgio estará justificada. Poder-se-ia alegar que tais episódios devem ser levados em conta pelo juízo da residência habitual para atribuir a guarda e visitação, aplicando-se, portanto, a regra geral do retorno, mas não é essa a melhor interpretação da convenção.

Trata-se, a rigor, de regra de hermenêutica do texto convencional. Questiona-se se o juízo do Estado de refúgio é competente para verificar a existência de risco grave de dano físico ou psíquico para a criança, a ponto de impedir o seu retorno ao país da residência habitual, ou se a verificação deverá ir além, compreendendo também a possibilidade de que o país da residência habitual decida e proteja a criança contra esses danos. Adotando-se essa segunda interpretação, ainda que a criança tenha sido

abusada sexualmente ou alvo de violência doméstica, aplicar-se-ia a regra geral do retorno. Presumir-se-ia que o juízo do país da residência habitual tenha condições de proteger a criança e coibir essas práticas. Somente no caso em que comprovadamente o juízo da residência habitual não queira ou possa proteger a criança é que a permanência da criança estaria justificada.

Não há que se concordar com essa orientação. O texto convencional é inequívoco: basta a existência de risco grave de dano físico ou psíquico à criança para que o juízo do Estado de refúgio indefira o retorno. Caso o texto convencional tivesse o propósito de garantir o retorno mesmo em situações de dano físico ou psíquico à criança, desde que o Estado da residência habitual possa protegê-la, o texto seria claro nesse sentido, o que não ocorreu. Ademais, a prática da jurisprudência estrangeira é, majoritariamente, como se viu, no sentido de se adotar a interpretação que ora se privilegia.

O dispositivo também admite a permanência da criança quando o retorno lhe coloque em situação intolerável. O alcance da regra é controvertido. Há decisões judiciais que consideraram como tal o abuso sexual e a violência doméstica, que, como mencionado, configura-se como risco grave de dano físico ou psíquico. Não faria sentido se entender que a expressão “situação intolerável” tenha o mesmo alcance da expressão “risco grave de ordem física ou psíquica”. São três fundamentos distintos previstos nessa alínea para o indeferimento do retorno da criança ao país da residência habitual: a) risco grave de ordem física; b) risco grave de ordem psíquica ou c) situação intolerável. É óbvio que há situações concretas, que pela sua gravidade, se inserem nos três fundamentos ao mesmo tempo. Mas, o retorno deve ser indeferido ainda que presente somente um dos fundamentos.

Situação intolerável, portanto, compreende as situações externas à criança que justificariam a sua permanência no país de refúgio. Inserem-se nessa categoria, graves situações conjunturais do país da residência habitual, como epidemias sérias, devastações naturais e também atos de abuso ou violência à mãe da criança, no caso de ter sido ela a autora da remoção ou retenção ilícitas.

Quanto a esse último ponto, alguns questionam se a violência dirigida à mãe da criança deve impedir o seu retorno ao país da residência habitual ou somente a violência à criança. Relatório preparado pela Conferência da Haia em 2011 enuncia um rol realmente extenso de hipóteses de violência contra a genitora: incidentes pontuais de violência, episódios recorrentes de agressão física, lesões ou ameaças com facas, estrangulamentos, cabeçadas, socos, pontapés, joelhadas, fratura de ossos, empurrões, arremessos da escada, ameaças de morte, manutenção do cônjuge em cárcere privado, uso de algemas, destruição de objetos pessoais ou estupro (PERMANENT., 2011, p. 30). Diante de situações como essas, o indeferimento do pedido de retorno é medida que se impõe.

Ademais, uma segunda consideração parece relevante. Ao lado da Convenção da Haia, outros tratados internacionais também passam a ser importantes diante de alegações de violência doméstica. De início, é bem de ver que o Brasil é parte da Convenção Americana de Direitos Humanos²³. Enfrentando a questão relativa ao *status* de tratado internacional internalizado antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal afirmou o caráter supralegal da convenção²⁴. A observação é importante porque o art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos consagra o direito à integridade física, psíquica e moral²⁵.

Na mesma linha, é importante observar que o Brasil é igualmente parte da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)²⁶. O art. 2º da convenção estabelece que “[e]ntende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica”. Após consagrar o direito de toda mulher “a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada” (art. 3º), o diploma estabelece o dever dos Estados ratificantes de “agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher” (art. 7º, b).

À luz das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro ao ratificar tais instrumentos internacionais, é correto afirmar que não se pode exigir o retorno da responsável por uma criança para um ambiente no qual estará sujeita à prática de violência doméstica. Nesse contexto, a interpretação conferida acima ao art. 13 da Convenção da Haia é consistente com os demais compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil. A observação é importante porque – especialmente em casos envolvendo violência doméstica – não se pode negligenciar as disposições contidas em tratados internacionais de direitos humanos, que receberam do Supremo Tribunal Federal *status* normativo diferenciado.

Em síntese, na sistemática estabelecida pela Convenção da Haia, a prática de violência doméstica configura situação intolerável, hipótese prevista no art. 13, b do texto convencional como óbice ao retorno. A conclusão é ainda reforçada pelo fato de o Brasil ter ratificado tratados internacionais que asseguram o direito à integridade física e psíquica, bem como obrigam o Estado brasileiro a atuar de forma a prevenir a exposição de mulheres a qualquer forma de violência física, sexual ou psicológica. Por todas essas

23 Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

24 Súmula Vinculante nº 25/STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. No STJ, v. Veja-se, e.g., STJ, DJ 12 dez. 2008, HC 123.755/SP, Rel. Min. Luiz Fux; STJ, DJ 17 dez. 2008, HC 120.902/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, DJ 9 dez. 2008, HC 105.121/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, DJ 9 fev. 2009, HC 96.180/SP, Rel. Min. Laurita Vaz; STJ, DJ 10 fev. 2009, RHC 24.978/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti; STJ, DJ 6 mar. 2009, RHC 25.206/SC, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias e STJ, DJ 27 fev. 2009, HC 128.864/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

25 Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 5º: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

26 Promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

razões, constatado o risco de violência doméstica à mãe da criança, deve-se indeferir o pedido de retorno.

Por fim, ainda no contexto do art. 13, quanto à maturidade para que a criança exprima a sua opinião no sentido de permanecer no Estado de refúgio, como se pode observar, não há parâmetros estabelecidos na convenção e tampouco na jurisprudência. Trata-se de ponto que deve ser verificado caso-a-caso pelo juízo do Estado de refúgio.

É importante ressaltar o entendimento de B. M. Bodenheimer, contrário à possibilidade de que a opinião da criança possa influenciar a decisão judicial contra o retorno. Segundo o autor, não é razoável que a criança tenha essa responsabilidade, até porque será facilmente influenciável pelo genitor que perpetrou o sequestro (apud. SHAPIRA, 1989, p. 196²⁷).

Finalmente, o art. 20 da convenção prevê hipótese adicional de indeferimento do retorno. Nos termos do referido dispositivo, tampouco se dará o retorno se o país da residência habitual da criança não adotar princípios de proteção aos direitos humanos compatíveis com os do Estado de refúgio. Trata-se de hipótese de excepcional aplicação.

CONCLUSÃO

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, da Haia de 25 de outubro de 1980, em vigor no Brasil por força do Decreto nº 3.413/2000, é o principal instrumento de combate à subtração internacional de crianças e visou resolver principalmente os conflitos entre genitores de nacionalidades/domicílios diferentes sobre questões relacionadas aos filhos comuns do casal. A convenção parte da premissa de que disputas judiciais envolvendo direitos de guarda e visitação sobre crianças devem ser decididas pela jurisdição de sua residência habitual, à luz do direito local (artigo 3º da Convenção).

Nos termos da convenção, o retorno da criança, deve ser ordenado imediatamente para evitar maiores prejuízos (artigo 11 da Convenção), salvo se ficar comprovado que o genitor abandonado não exercia efetivamente a guarda da criança, de que do retorno decorrerão danos físicos ou psíquicos à criança, se a criança com maturidade para expressar a sua opinião desejar permanecer no país do refúgio ou se as providências administrativas ou judiciais iniciadas pelo pai/mãe abandonado(a) ocorreram mais de um

27 “Children’s preferences are... considered in hearings on the merits of the custody question. The return proceedings are not hearings on the merits of the custody question. The exception places an inordinate burden of responsibility on children... at a time when [they] are fully dependent upon the person who abducted them and cannot help being influenced, if not pressured, by that person... Permitting a child to block the return will make the child the ultimate judge of the abduction’s success or failure.” [Tradução livre: As preferências das crianças são... consideradas em audiências sobre o mérito da questão da custódia. Os procedimentos de devolução não são audiências sobre o mérito da questão da custódia. A exceção coloca uma carga excessiva de responsabilidade sobre as crianças... em um momento em que [elas] são totalmente dependentes da pessoa que as sequestrou e não podem deixar de ser influenciadas, se não pressionadas, por essa pessoa... Permitir que uma criança impeça o retorno fará com que a criança seja o juiz final do sucesso ou fracasso da abdução.”]

ano após a remoção ilícita (artigos 12 e 13 da convenção). Tampouco se dará o retorno se o país de origem da criança não adotar princípios de proteção aos direitos humanos compatíveis com os do Estado de refúgio (artigo 20). Como se viu, esse último óbice ao retorno só se aplica em casos excepcionais.

Finalmente, há que se atentar para dois pontos. Em primeiro lugar, o respeito ao tratado é uma via de mão dupla, pois há também crianças subtraídas do Brasil e levadas para o exterior, que devem ser devolvidas para que o juízo competente no Brasil (neste caso o estadual) decida sobre sua guarda. Além disso, não há que se falar em “proteção à soberania nacional” só por serem brasileiras as crianças a serem enviadas ao país da sua residência habitual. Se a família se constituiu no exterior, como regra geral, esse é o juiz natural para decidir sobre o destino de tais crianças.

O tema abordado no presente artigo certamente justifica reflexão mais detida. Não obstante isso, espera-se que a presente contribuição possa fornecer algumas pré-compreensões fáticas e jurídicas indispensáveis para a eficácia da Convenção da Haia de 1980 no Brasil. Sem prejuízo da possibilidade de aprimoramento do texto convencional – possibilidade para a qual está sempre atenta a Conferência de Direito Internacional Privado da Haia – a Convenção da Haia de 1980 é o remédio disponível mais eficaz para resolver a dramática situação da retirada da criança do país da sua residência habitual. Como se viu, a regra da convenção é o retorno da criança, salvo se presente alguma das situações descritas nos arts. 13 e 20.

REFERÊNCIAS

BEAUMONT, Paul; MCELEAVY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999.

BEAUMONT, Paul R. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on The Hague Convention on International Child Abduction, *Recueil des Cours*, Leiden: Brill Nijhoff, v. 335, mai. 2009.

BUCHER, Andreas; BONOMI, Andrea. *Droit International Privé*, Alemanha: Helbing & Lichtenhahn. 2001.

BUREAU, Dominique ; WATT, Horatia Muir. *Droit International Privé*, tome I, partie générale, França : PUF, 2010.

CARACAVA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa; RUIZ, Esperanza Castellanos. *Derecho de familia Internacional*, Editorial Colex, 2008.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*, Parte Geral, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – a Criança no Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KLEIN, Catherine; ORLOFF, Leslye; MARTINEZ, Laura; ROSE, Jennifer; NOCHE, Joyce. *The implications of the Hague International Child Abduction convention: cases and practice*. In: SULLIVAN, Kathleen (Org); ORLOFF, Leslye (Org). *Breaking Barriers: A Complete Guide to Legal Rights and Resources for Battered Women*, NIWAP/Legal Momentum, jul. 2013. Disponível em: <https://niwaplibrary.wcl.american.edu/wp-content/uploads/2015/pdf/FAM-Man-Ch6.3-HagueIntlChildAbduction7.12013.pdf>. Acesso em: 18/05/2023

PÉREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. In *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), tome III, Child abduction* (Hague Conference on Private International Law), 1982.

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law. *Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co-Operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* (30 October – 9 November 2006). Haia, março de 2007. Disponível em: https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf. Acesso em: 18/05/2023

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law. *A Statistical Analysis of Applications Made In 2008 Under The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction: Part I - Global Report*. Haia, novembro de 2011. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf>. Acesso em: 18/05/2023

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law. *Domestic And Family Violence And The Article 13 “Grave Risk” Exception In The Operation Of The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction: A Reflection Paper*. Haia, maio de 2011. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>. Acesso em: 18/05/2023

PFUND, Peter H. The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child-Contributions of the Hague Conference on Private International Law, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 3, Iss. 2, Article 22, jun. 1997.

SHAPIRA, Amos. Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases, *Recueil des Cours*, Leiden: Brill Nijhoff, v. 214, p. 127-250, mar. 1990.

TIBURCIO, Carmen. The Current Practice of International Co-operation in Civil Matters, *Recueil des Cours*, Leiden: Brill Nijhoff, v. 393, p. 9-310, dez. 2018.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro Internacional de Crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*, Editora Atlas SA, 2013.

TIBURCIO, Carmen. O Sequestro de Crianças e o Direito Internacional, *Revista de Direito do Estado*, n. 13, p. 385–387, jan./mar., 2009.

WOLFE, Karin. A tale of two States: successes and failures of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in the United States and Germany, *NYU Journal of International Law & Politics*, Nova Iorque, v. 33, n° 1, p. 285, Fall, 2000.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região (8ª Turma Especializada). Agravo de Instrumento 2004.02.01.009861-7. *Tratado Internacional – Subtração de Menor – Convenção de Haia Antecipação de Tutela Requerida – Ação de Busca, Apreensão e Repatriação de Criança ao Estado de Israel – Sequestro Internacional de Criança – Melhor Interesse da Criança*. DJU (8ª Turma Especializada). Relator: Juiz Federal Convocado GUILHERME CALMON, DJ de 21 de fevereiro de 2006, p. 202

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals, Sixth Circuit. *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996), Circuit Judges: KEITH, BOGGS, and SILER, 13 de março de 1996.

ESTADOS UNIDOS. United States District Court, N.D. Georgia, Atlanta Division. *In re Reapplication of Roberto Giampaolo*, 390 F. Supp. 2d 1269 (N.D. Ga. 2004). District Judge: CLARENCE COOPER, 23 de agosto de 2004.

ESTADOS UNIDOS. US District Court for the District of Puerto Rico. *Aldinger v. Segler* 263 F. Supp. 2d 284 (D.P.R. 2003). District-Judge: GARCIA-GREGORY, 29 de abril de 2003.

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals, Fifth Circuit. *Sealed Appellant v. Sealed Appellee*, 394 F.3d 338 (5th Cir. 2004). Circuit Judges: BARKSDALE, GARZA and DeMOSS, 15 de dezembro de 2004.