

---

# A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS E A SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: O “DIREITO CONVENCIONAL DE GUARDA”

*THE US SUPREME COURT AND INTERNATIONAL CHILD  
ABDUCTION: THE “CONVENTIONAL RIGHT OF CUSTODY”*

---

*Natalia Camba Martins*

*Advogada da União em exercício no Departamento Internacional da AGU; Mestre em Direito das Relações Internacionais; Especializações em Direito Público, Direitos Difusos e Coletivos e em Globalização, Justiça e Segurança Humana.*

SUMÁRIO: Introdução; A proteção internacional da infância, a Convenção da Haia de 1980 e o “Direito Convencional de Guarda”; 2 Caso *Abbott v. Abbott*; 3 Outros “precedentes”; 4 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção da Haia de 1980) visa desencorajar e reprimir a transferência e/ou retenção de uma criança em país diverso daquele em que possui residência habitual. Na configuração da subtração internacional, é necessário, dentre outros aspectos, averiguar a titularidade do “direito de guarda”, que deverá ser manejado em conformidade com o conteúdo e alcance que lhe é conferido pelo tratado. No entanto, desde o início da aplicação da convenção observa-se que a teoria e a jurisprudência oscilam na interpretação deste direito. Após contextualizar historicamente a proteção internacional da criança e as discussões teóricas e práticas sobre o “direito convencional de guarda” – nomenclatura proposta por esta subscritora – será pormenorizado e discutido o Caso *Abbott v. Abbott*, decidido em 2010 pela Suprema Corte dos EUA, onde tal direito foi definido. Por fim, discutir-se-á o impacto deste julgamento na consolidação deste conceito perante a comunidade internacional e em sua hermenêutica pelos aplicadores domésticos.

**PALAVRAS-CHAVES:** Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças; Caso *Abbott V. Abbott*; Suprema Corte dos EUA; Consolidação do Conceito de Direito Convencional de Guarda; Impacto Internacional e Doméstico.

**ABSTRACT:** The Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction (Hague Convention of 1980) seeks to discourage and repress the illegal removal or retention of a child in a country where he/she was not a habitual resident prior to the relocation. When analyzing whether a given case constitutes international child abduction, it is imperative to observe, among other criteria, the existence and breach of custody rights. These rights shall then be dealt with in consonance to their content and extent within the limits of the Convention. However, it has been noted that theory and jurisprudence often diverge in interpretation ever since the Convention was put into effect. After a historical contextualization of the international protection of children and the theoretical and practical debates on the so-called “conventional right of custody” – term coined and suggested by the author – a detailed discussion of the case *Abbot v. Abbot*, which was decided before the US Supreme Court in 2010 and which defined such right, will ensue. Finally, the impact of this judgment on the consolidation of the concept to the international community and on the hermeneutics of domestic practitioners shall be discussed.

**KEYWORDS:** Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction; Case *Abbott V. Abbott*; US Supreme Court; Consolidation of The Concept of “Conventional Right of Custody”; International and Domestic Impacts

## INTRODUÇÃO

O aumento exponencial na mobilidade das pessoas, bens, ativos financeiros, informação tecnologia etc., também impacta as relações humanas familiares. São cada vez mais comuns os “casamentos mistos”, matrimônios entre pessoas de nacionalidades diferentes, por vezes até celebrados em local diverso daquele da nacionalidade e/ou domicílio de um ou de ambos os cônjuges. Não é incomum que o rompimento de uma relação desta natureza gere efeitos mais graves à prole constituída do que o fim de um casamento dito “não misto”, uma vez ser frequente que um dos genitores decida, sem a anuência do outro ou qualquer respaldo no Direito do local de residência habitual, retirar o filho do país onde a família habitualmente se encontra, para fixar residência em outro Estado.

A tal fenômeno dá-se o nome de subtração internacional de crianças. A partir da percepção de que os instrumentos tradicionais de Direito Internacional Privado, assim como os sistemas jurídicos domésticos<sup>1</sup> não se mostravam suficientes para solucionar a questão, foi concluída, no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças<sup>2</sup> (Convenção da Haia<sup>3</sup>), em outubro de 1980. O Brasil aderiu a este tratado em 1999, sendo o Decreto nº 3.413, que promulga a Convenção da Haia entre nós, datado de 14 de abril de 2000. Os Estados Unidos da América (Estados Unidos), por sua vez, assinaram o tratado em 1981, tendo a mesma entrado em vigor, após ratificação, em 1988.

1 Ordenamentos jurídicos internos dos Estados.

2 Para os fins do presente ensaio, e seguindo-se a linha do artigo 4º da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, utilizar-se-á o termo “criança” como correspondente à pessoa com 16 anos incompletos. Vide artigo 4º da Convenção: “A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesesseis anos.” Quando a expressão “criança”, neste ensaio, for utilizada com conteúdo diferente deste, será feita ressalva expressa no texto. Há teóricos que afirmam que este tratado deveria ser alterado para aplicar-se às pessoas até 18 anos incompletos, na linha da Convenção da ONU de 1989 sobre o Direito da Criança. No entanto, entende-se que alteração desta natureza teria eficácia mais teórica do que prática – uma vez que pessoas entre 16 e 18 anos não são removidas ou retidas, com facilidade, contra sua vontade – promovendo consistência e deixando o tratado de ter uma “abordagem centrada no Estado” (state-centered approach), para passar à promoção de uma abordagem transnacional, global. SCOTT, Alisson. *From a State Centered Approach to Transnational Openness: Adapting the Hague Convention with Contemporary Human Rights Standards as Codified in the Convention on the Rights of the Child*. Indiana Global Journal of Legal Studies, vol. 11, Issue 2, p. 233-256, Summer 2004, p. 252-253.

3 Para evitar cansar o leitor, para designação de tal tratado serão utilizados, preferencialmente, os termos “Convenção da Haia” e “Convenção da Haia de 1980”.

De acordo com o artigo 1º da Convenção da Haia, seus objetivos são: “a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;” e “b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante”.<sup>4</sup> Os requisitos para que a transferência ou retenção de uma criança em país diferente daquele em que possui residência habitual seja ilícita encontram-se descritos no artigo 3º do tratado e relacionam-se, especialmente, ao “direito de guarda” efetivamente exercido e que foi violado por aquele que subtraiu<sup>5</sup> a criança de seu local de residência habitual.

O tratado determina que, para os seus fins – ou seja, para os casos de subtração internacional de crianças que incidem em seu espectro de abrangência – o “direito de guarda compreenderá os direitos relativos com o cuidado da criança e, em especial, o direito de decidir sobre o local de sua residência”.<sup>6</sup> Ganha relevo, portanto, a definição do “direito de guarda” especificamente para os fins da Convenção da Haia de 1980, uma vez que se tem percebido que a compreensão inadequada de tal instituto vem levando alguns de seus aplicadores a incorrer em equívocos. Pretende-se esclarecer que o direito de guarda, para a Convenção da Haia, possui conceituação diferente daquela presente nos ordenamentos jurídicos dos países – embora a nomenclatura seja, em muitos casos, semelhante. Assim, o “direito de guarda”, neste tratado, coexiste com os “direitos de guarda” domésticos, sem, no entanto, com

4 Para além do combate à subtração internacional de crianças, a Convenção da Haia também apresenta como objetivo a garantia do direito de acesso (ou direito de visitação) a uma criança. Assim, mesmo em situações onde não se configurar subtração internacional ilícita de criança poderá ocorrer cooperação jurídica internacional para garantia do direito de acesso (visitação) a uma criança que habite em local diferente daquele do requerente. Esse direito, na Convenção da Haia, tem conteúdo amplo e, por muitos, considerado demasiadamente vago, gerando inúmeras discussões. O aprofundamento do direito de visitação, no entanto, foge ao escopo do presente estudo.

5 Embora a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças traga, em seu título o termo “sequestro”, o fato é que o mesmo não aparece, na versão vernacular, em nenhum outro dispositivo do tratado. São comuns as críticas à utilização deste termo que, em nossa cultura, evoca noções muito mais próximas do Direito Penal do que do Direito Civil. Uma vez que o tratado regula exclusivamente os aspectos civis do “sequestro” internacional de crianças, entende-se mais adequado seja evitada a utilização do termo “sequestro” – substituindo-o por “subtração”. Subtração seria gênero, do qual transferência e retenção seriam espécies. A versão oficial do documento, em inglês, faz uso do termo “abduction”, e não da palavra “kidnapping” – esta última, mais comumente utilizada para designar o crime de sequestro. No presente ensaio, “sequestro” e subtração serão utilizados como sinônimos, para evitar cansar o leitor com a repetição de uma única palavra; no entanto, preferir-se-á a utilização do termo “subtração”, sempre que possível. Em relação ao termo “sequestrador(a)” embora este evoque conteúdo pejorativo, serão utilizados, como sinônimos, os termos “genitor sequestrador”(que ainda possui tom pejorativo acentuado) e o termo inglês “taking parent”. Em relação ao outro genitor, preferir-se-á as denominações “left behind parent” ou “genitor abandonado”.

6 Artigo 5º da Convenção da Haia de 1980.

estes se confundir. A ambiguidade da nomenclatura, além de confusões, pode gerar indevido estreitamento do conceito “internacional” de “direito de guarda” – “direito convencional de guarda”<sup>7</sup> – que, entende-se, tem conteúdo e alcance próprios delimitados no texto da Convenção da Haia quanto ao tema da subtração internacional de crianças.

Em maio de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (Suprema Corte) decidiu, definitivamente, um caso de subtração internacional ilícita de criança, com fundamento na Convenção da Haia, apresentando interpretação do “direito convencional de guarda” que se considera tecnicamente irretocável e que deverá – enquanto o tratado não for alterado – ser aplicada por todos os Estados-Parte. Trata-se do Caso *Abbott v. Abbott*, cuja apresentação e análise é o principal objeto do presente estudo. Considera-se o impacto deste julgado indiscutível, tendo o mesmo sido objeto de comentários, inclusive, durante a última reunião da Comissão Especial de Revisão da Convenção da Haia de 1980<sup>8</sup>, cuja 1ª parte ocorreu em Junho de 2011, no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

Assim, esse ensaio inicia-se com a breve contextualização da Convenção da Haia de 1980 no âmbito da proteção internacional da infância, passando-se às discussões sobre o “direito convencional de guarda” nos campos acadêmico e prático. Após, o Caso *Abbott v. Abbott* será pormenorizado, para o alcance de conclusões relacionadas ao seu conteúdo e impacto desse julgamento na consolidação do conceito do “direito convencional de guarda” perante a comunidade internacional – com reflexos diretos na hermenêutica doméstica de tal conceito pelos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-Parte deste tratado.

## **1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA INFÂNCIA, A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980 E O “DIREITO CONVENCIONAL DE GUARDA”**

As crianças<sup>9</sup> e adolescentes são protegidos pelo Direito Internacional, tanto em sua vertente Pública quanto Privada. A fragilidade de tais indivíduos é a mola propulsora deste movimento especial de tutela.

7 O termo “direito convencional de guarda”, cunhado por esta subscritora, busca evidenciar, já a partir de sua nomenclatura, suas diferenças em relação aos “direitos domésticos de guarda”. O aprofundamento desta discussão ocorrerá no decorrer do presente artigo.

8 “Special Commission for the Monitoring and Review of the Operation of the 1980 Abduction Convention”.

9 Adotando-se, neste ponto, os critérios do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro – Lei nº 8.069/90 – entende-se criança como pessoa até 12 anos e adolescente como pessoa entre 12 e 18 anos. No decorrer do presente, no entanto, o termo criança segue, em regra, o conceito veiculado na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças: pessoa até 16 anos.

Cada ordenamento jurídico nacional confere um tratamento próprio a tais indivíduos, reflexo tanto de sua cultura e normatividade interna quanto do sistema protetivo criado e desenvolvido no seio da comunidade internacional, razão que recomenda o estudo conjugado de ambas as perspectivas (interna e internacional) e de sua interação. A proteção da infância, no âmbito internacional, encontra-se intimamente atrelada ao processo de internacionalização dos direitos humanos.

Dentro deste cenário, os indivíduos passam a destinatários de regras protetivas, criadas no âmbito do Direito Internacional. São merecedores de tutela específica, a ser imposta pela comunidade internacional e implementada por todos os seus integrantes, os Estados. As normas criadas para regulação dos direitos e deveres dos seres humanos no cenário internacional geraram a criação de um novo ramo do Direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>10</sup> No ramo do Direito Internacional Público, a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança é o principal documento internacional de direitos humanos relacionado à proteção dos direitos da criança e que, até o momento, recebeu o maior número de ratificações.<sup>11</sup> A Convenção da ONU de 1989 possui disposições relacionadas à subtração internacional de crianças<sup>12</sup> e foi, até o momento, complementada por 2 protocolos.<sup>13</sup>

Igualmente no âmbito dos esforços voltados à uniformização das regras de Direito Internacional Privado a preocupação com bem-estar da criança tem sido muito marcante, em especial no século XX. Com a finalidade de conferir proteção jurídica às crianças também foram

10 Aponta-se que esse ramo surgiu, “para todos os propósitos práticos”, com a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas (Thomas Buergenthal, em Prólogo a TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI).

11 “Only two countries, Somalia and the United States, have not ratified this celebrated agreement. Somalia is currently unable to proceed to ratification as it has no recognized government. By signing the Convention, the United States has signalled its intention to ratify—but has yet to do so. As in many other nations, the United States undertakes an extensive examination and scrutiny of treaties before proceeding to ratify. This examination, which includes an evaluation of the degree of compliance with existing law and practice in the country at state and federal levels, can take several years—or even longer if the treaty is portrayed as being controversial or if the process is politicized. Moreover, the US Government typically will consider only one human rights treaty at a time. Currently, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women is cited as the nation’s top priority among human rights treaties”. UNICEF, <[http://www.unicef.org/crc/index\\_30229.html](http://www.unicef.org/crc/index_30229.html)>, acessado em 05.09.2011. Apesar de os Estados Unidos não terem ratificado a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, o Presidente norte-americano assinou os dois Protocolos desta Convenção, em 05.07.2000, e vinte dias depois os enviou ao Senado para aprovação.

12 Nesse sentido vide, em especial, os artigos 9º a 12 e 29, parágrafo 1º, alínea “c” da Convenção da ONU de 1989.

13 O Primeiro Protocolo cuida do envolvimento de crianças em conflitos armados. O Segundo Protocolo trata da venda de crianças e da prostituição e pornografia infantis.

produzidos documentos convencionais sobre questões conflituais – processuais e materiais – criando regras uniformemente adotadas pelos Estados sobre os temas de competência jurisdicional internacional e escolha das leis aplicáveis – o Direito Internacional privado uniformizado e relativo aos direitos da criança.<sup>14</sup>

A proteção da infância tem sido a área que vem exigindo os maiores esforços da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (Conferência da Haia). Com mais de 60 Estados-Membros representando todos os continentes, este organismo internacional é uma organização intergovernamental de caráter global, cuja 1ª reunião data de 1893.<sup>15</sup> Mescla de diversas tradições jurídicas, ela vem desenvolvendo instrumentos jurídicos multilaterais, buscando a unificação das regras de Direitos Internacional Privado. Já em 1902 foi aprovado tratado para proteção da infância, a Convenção para Regular a Tutela de Menores – substituída, em 1961, por um novo tratado.<sup>16</sup>

De todos os instrumentos produzidos sob os auspícios da Conferência da Haia, consideram-se os mais importantes, na tutela dos interesses da infância, na atualidade: 1. Convenção da Haia de 25.10.1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças<sup>17</sup>; 2. Convenção da Haia de 29.05.1993 relativa à Proteção da Criança e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional; 3. Convenção da Haia de 19.10.1996 relativa à Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças<sup>18</sup>; 4. Convenção da Haia de 23.11.2007 relativa à Cobrança Internacional de Alimentos para as Crianças e Outros Membros da Família.<sup>19</sup> À evidência, todos esses documentos

14 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 80.

15 Tendo se tornado uma organização internacional permanente em 1955.

16 E este último, por sua vez, foi sucedido pela Convenção de 1996 sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas para Proteção de Crianças, da qual o Brasil, até o momento, não é Estado-Parte. Após a aprovação da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, a Conferência da Haia decidiu pela revisão da Convenção de 1961, levando à criação do tratado de 1996.

17 Entre os instrumentos adotados pela Conferência da Haia, essa foi a convenção que recebeu o maior número de ratificações.

18 Essa Convenção veio, dentre outros aspectos, aperfeiçoar, complementar e fortalecer as disposições da Convenção da Haia de 1980. No entanto, até o momento, tal tratado teve um número baixo de adesões.

19 O Brasil, até o momento, ratificou dois desses documentos (Convenção da Haia de 1980 e Convenção da Haia de Adoção Internacional), tendo-os integrado ao seu ordenamento jurídico interno. Aponta-se, ainda, que o Brasil participou ativamente das negociações que culminaram na elaboração da Convenção da Haia de 23.11.2007 relativa à Cobrança Internacional de Alimentos para as Crianças e Outros Membros da Família.

buscam tutelar o bem-estar das crianças, tendo como objetivo principal a uniformização de regras para solução de conflitos que atinjam mais de um ordenamento jurídico, ou seja, mais de um país, e que digam respeito aos mais diversos aspectos que possam envolver crianças.

A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – Convenção da Haia de 1980 – pretende combater a transferência ou retenção de crianças, geralmente cometida por um de seus genitores, em país diferente daquele em que ela habitualmente reside, gerando-lhe, em consequente, bem-estar, já que ela deverá permanecer inserida no ambiente cultural e familiar com o qual está inserida e acostumada. As consequências da subtração de crianças são prejudiciais para estas últimas<sup>20</sup>: ela é removida não somente do contato com o outro genitor, mas também de seu ambiente sócio familiar, sendo transferida para uma cultura com a qual não possui laços. Tais diferenças, somadas à distância física (entre o país de residência habitual e aquele para o qual ela é transferida ou retida) geralmente envolvida, podem tornar a localização (e restituição) de crianças internacionalmente subtraídas complexa e problemática. O tratado foi aprovado na 14ª Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em 25 de outubro de 1980, em votação unânime dos Estados presentes.<sup>21</sup> No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 3.413/2000.<sup>22</sup> Este tratado funda-se em dois pilares principais: i) a criação de um sistema de cooperação entre Autoridades Centrais, e; ii) a previsão de um procedimento célere para a restituição da criança ao país de sua residência habitual.

Atualmente esse convênio conta com 86 Estados Contratantes, sendo que, dentro destes, 23 países, apesar de não serem membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, participam do tratado.<sup>23</sup> A revisão da convenção fica a cargo da Comissão Especial de visão da Convenção da Haia de 1980<sup>24</sup>, que se reúne periodicamente.<sup>25</sup>

---

20 Tradução livre do termo “left behind parent”, cunhado pelos operadores do tratado.

21 Entrou em vigor, internacionalmente, em 01.12.1983.

22 Tendo passado a vigorar no ordenamento jurídico pátrio em 01.01.2000. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm)>. Acesso em 15.09.2011.

23 “Status table” da Convenção da Haia de 1980. Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=24](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24)>. Acesso em: 11.09.2011.

24 (“Special Commission for the Monitoring and Review of the Operation of the 1980 Abduction Convention”)

25 Até o momento a Comissão Especial de Revisão reuniu-se 6 vezes: 1989, 1993, 1997, 2001, 2006 e 2011. Em 2002 ocorreu uma sessão “extraordinária” da Comissão Especial. Os relatórios e conclusões

Tais encontros<sup>26</sup> levam em consideração a operacionalização do tratado nos Estados, discutindo problemas de ordem prática, bem como questões de interpretação que surgem na aplicação da Convenção da Haia de 1980 pelo globo.<sup>27</sup>

A convenção funda-se nas premissas de que, salvo em circunstâncias excepcionais, a transferência ou retenção de uma criança para outro país não atende a seus interesses, e que o retorno dela ao seu Estado de residência habitual é a medida que promoverá tais interesses, garantindo tanto o direito da criança de ter contato contínuo com seus dois genitores quanto que qualquer questão ligada à guarda ou visitas só seja tomada pela jurisdição mais apropriada – aquela do local de residência habitual. O tratado não tenciona tirar as crianças, de forma permanente, do genitor sequestrador, nem tampouco puni-lo.<sup>28</sup> Todos os esforços são voltados para que a criança mantenha contato com ambos os genitores, uma vez que é comum que subtrações internacionais ocorram em razão de um dos genitores ter seu acesso à criança frustrado.

O bem-estar das crianças encontra-se substancialmente condicionado à estabilidade e segurança dos laços existentes, de dependência e afeição, entre estas e seus genitores e à integridade da rede de relacionamentos sociais e culturais por elas formados na comunidade em que está habitualmente inserida.<sup>29</sup> O tratado também se funda na premissa de que o retorno da criança não deve consistir numa decisão sobre os méritos do direito de custódia (fundo do direito de guarda), nem tampouco prejudicar tal direito.<sup>30</sup> É uma ordem de

---

destas reuniões estão disponíveis em [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.publications&dtid=2&cid=24](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=2&cid=24). Acessado em 11.09.2011.

- 26 Sua finalidade engloba a aproximação dos membros das diferentes Autoridades Centrais, permitindo a criação e fortalecimento dos laços entre tais pessoas, facilitando a troca de informações entre seus órgãos e a solução de eventuais problemas bilaterais que surjam na aplicação do tratado. Além disso, é possível que os Estados tomem contato com problemas enfrentados por outros países, podendo participar do alcance das soluções; possam “expor”, politicamente, os Estados-Parte, para que implementem adequadamente o tratado (BEAUMONT, Paul; McELEAVY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 239-240).
- 27 SILBERMAN, Linda. Interpreting the Hague Abduction Convention: In *Search of a Global Jurisprudence*. ILLJ Working Paper 2005/5, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=723161>, p. 4. Acessado em 15.08.2011.
- 28 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 262.
- 29 SHAPIRA, Amos. Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases. *Recueil de Cours de l'Academie de la Haye*, tomo 214, v. II, p. 139, 1989.
- 30 DYER, Adair. International Child Abduction by Parents. *Recueil de Cours de l'Academie de la Haye*, tomo 168, Vol. III, 1980, p. 253.

natureza diversa, determinando o retorno da criança para a jurisdição mais apropriada para averiguações e determinações relativas aos direitos de guarda e visita.

Diante da subtração internacional de uma criança a Convenção da Haia prevê o deferimento de ordem de restituição, desde que ausentes as hipóteses – também previstas no próprio tratado – que excepcionam o retorno da criança. Ter-se-á subtração internacional quando uma criança for ilicitamente retida ou tiver sido transferida para Estado diferente daquele em que ela possui residência habitual.<sup>31</sup> A transferência ou retenção de uma criança será ilícita, por sua vez, quando ocorrer em violação a direito de guarda atribuído a pessoa<sup>32</sup> pelo ordenamento jurídico do país onde a criança tinha sua residência habitual antes de sua transferência (ou retenção). Além disso, tal direito de guarda deveria estar sendo exercido de maneira efetiva<sup>33</sup> no momento da transferência ou da retenção – ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

A atribuição do “direito de guarda” protegido pela Convenção da Haia de 1980, ainda de acordo com o artigo 3º do tratado, deve-se dar em conformidade com o ordenamento jurídico do local de residência habitual da criança, seja por decisão judicial (ou administrativa), por um acordo em vigor em conformidade com esse ordenamento jurídico ou, por fim, por uma atribuição de pleno direito.<sup>34</sup> E no artigo 5º do tratado encontra-se o conteúdo do “direito de guarda para os fins da convenção”.

Conforme mencionado, esta subscritora vem utilizando, nos casos submetidos à Convenção da Haia de 1980, a expressão “direito convencional de guarda”, buscando diferenciá-lo, já a partir de sua nomenclatura, de seus homônimos existentes nos diversos ordenamentos jurídicos internos. A inclusão do termo “convencional” ao termo busca esclarecer que se trata do direito de guarda com o conteúdo e alcance

---

31 É comum, especialmente em instrumentos internacionais multilaterais, a existência de conceitos vagos, cuja conceituação não é feita no corpo do texto. No âmbito da Convenção da Haia, a “residência habitual” é um destes termos, cujo conteúdo vem sendo, progressivamente, completado pelos teóricos e decisões judiciais. Embora este seja tema relevante, seu aprofundamento foge ao escopo do presente ensaio. Para os fins deste estudo, como residência habitual será considerado o país onde a criança tinha, antes do início da conduta ilícita (transferência e/ou retenção) seu principal centro de atividades – familiares, sociais, culturais etc. É exatamente o respeito à inserção da criança neste complexo sistema que a Convenção da Haia pretende proteger.

32 Instituição ou qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente.

33 Individual ou coletivamente.

34 Por atribuição de “pleno direito” entende-se qualquer disposição que se possa encontrar ou inferir do ordenamento jurídico do Estado de residência habitual.

que lhe foi dado pela Convenção da Haia e que se aplica aos casos de subtração internacional ilícita de criança que se enquadrem na moldura deste tratado. Entende-se necessária a nomenclatura proposta, na medida em que a simples menção a “direito de guarda”, presente no texto do tratado, pode levar à equivocada conclusão de que a “guarda” protegida pela convenção é aquela cujo conteúdo é disciplinado, livremente, por cada ordenamento jurídico doméstico. Por óbvio tal sugestão de nomenclatura não está isenta de críticas – em especial, à crítica de que por “direito convencional de guarda” pode-se entender o “direito de guarda” criado a partir de acordo (convenção). Apesar destas críticas, até o momento não se encontrou outro termo para designar a natureza “convencional” (no sentido de “criado pelo tratado”), razão pela qual seguir-se-á utilizando a forma “direito convencional de guarda” para designar o instituto “direito de guarda” previsto – e protegido – pela Convenção da Haia de 1980.

Reitera-se a importância desta diferenciação, uma vez que é possível que o “direito convencional de guarda” seja diferente do “direito de guarda” de um determinado Estado-Parte, o que tem como consequência a conclusão de que, neste Estado, mesmo que uma pessoa possua o “direito doméstico de guarda” ela poderá não titularizar o “direito convencional de guarda”; e vice versa: é possível que uma pessoa que não seja detentora – exclusiva ou de forma compartilhada – do “direito doméstico de guarda” seja titular do “direito convencional de guarda” e, em consequente, possa requerer, legitimamente, o retorno da criança vítima de subtração internacional ao seu país de residência habitual.

Segundo a Convenção da Haia de 1980, “nos termos da presente convenção: a) o direito de guarda compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança e, em especial, o direito de decidir sobre o lugar de sua residência”. Assim, nos casos em que se pretenda a aplicação deste tratado, a configuração da subtração ilícita passará, necessariamente, pela averiguação de que aquele que requer o retorno da criança titularizava e exercia, de maneira efetiva, no momento do início da ilicitude (ou devesse estar exercendo, se o ilícito não tivesse ocorrido), o “direito convencional de guarda”.

Conclui-se, portanto, que qualquer pessoa, organismo ou instituição que, de forma individual ou conjunta, exclusiva ou compartilhada, estivesse efetivamente exercendo<sup>35</sup>, de acordo com o ordenamento jurídico do país de residência habitual da criança, no momento do início da ilicitude (transferência e/ou retenção) os

---

35 Ou devesse está-lo exercendo, se a transferência ou retenção não tivessem ocorrido.

“cuidados com a pessoa da criança” e/ou o “direito de decidir sobre o local de residência da criança” será titular do “direito convencional de guarda” e, em consequência, poderá pleitear a aplicação da Convenção da Haia de 1980 a deslocamento da criança envolvida – que deverá ser ordenado imediatamente pelo Estado de refúgio<sup>36</sup>, a menos que ausente qualquer outro requisito ou presente alguma das exceções à ordem de restituição, previstas também no tratado.

Nota-se, por primeiro, que o conteúdo dado pela Convenção da Haia ao “direito convencional de guarda” parece mais amplo do que aquele conferido aos “direitos domésticos de guarda”. Nestes, é comum que o “direito de guarda” envolva, primordialmente, a custódia física da criança. Ou seja, será detentor do “direito doméstico de guarda”, em muitos países, aquele que se costuma denominar “cuidador primário” da criança. O tratado pretendeu incluir no “direito convencional de guarda” vários tipos de custódia<sup>37</sup> (dentre eles, a guarda, a custódia, tutela e várias formas de guarda conjunta<sup>38</sup> ou compartilhada), além de, em algumas circunstâncias, os direitos de visitação, acesso e poder familiar.

No Brasil, por exemplo, a “guarda” – que, também para evitar confusões prefere-se denominá-la de “custódia” – é comumente incluída como um dos atributos do “poder familiar”. No entanto, este último é mais amplo, abarcando outras prerrogativas e deveres – dentre os quais, entende-se, o “direito de decidir o local de residência habitual”.<sup>39</sup>

36 País para o qual a criança foi ilicitamente transferida ou está sendo retida.

37 SILBERMAN, Linda. *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*. ILLJ Working Paper 2005/5, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=723161>, pp. 6-7. Acessado em 15.08.2011.

38 Aponta-se que já foram proferidas “decisões que assentam no argumento de que nos casos de guarda conjunta (e qualquer que seja a origem da co-titularidade), porque ela não pertence em exclusivo a qualquer um dos pais, não haverá deslocação ilícita”, sendo legal a qualquer um dos pais “reter fisicamente consigo a filha, até que uma providência judiciária defina objectiva e terminantemente a situação, pois a lei em pé de perfeita igualdade considera ambos os progenitores co-exercentes do funcional poder de guarda da menos”. No entanto, não é este o entendimento mais adequado do tratado. Deve-se, ao contrário, considerar que “sempre que a guarda seja conjunta – em geral na constância do casamento, ou após a dissolução do matrimônio dos pais, sempre que seja convencionado o exercício comum do poder paternal – ou sempre que os pais, [...], o determinem, a deslocação da criança para o estrangeiro carecerá sempre do consentimento de ambos os progenitores [na forma definida por cada ordenamento jurídico doméstico], a não ser que seja decidido judicialmente de outro modo”. SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. *A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças – Alguns Aspectos*. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (coord.). *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Lisboa: Almedina, 2005, p. 502.

39 É importante o aprofundamento da discussão sobre o ordenamento jurídico brasileiro, em especial se o “poder familiar” pátrio incluiria o direito de decidir o local de residência habitual da criança. No entanto, dados os limites do presente ensaio, tal questão deixará de ser abordada.

Assim, caso se esteja diante da subtração de uma criança que detinha o Brasil como residência habitual e que foi transferida ou está sendo retida ilicitamente em outro Estado-Parte, parece possível que qualquer pessoa que titularizasse e estivesse exercendo com efetividade os “cuidados com a pessoa da criança e/ou o “direito de decidir seu local de residência” possa requerer a restituição da criança para o Brasil – ainda que, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, este não fosse titular do “direito doméstico de guarda”.

Ganha relevo, no tratamento destes casos, averiguar se aquele que requer o retorno da criança é titular do “direito convencional de guarda”, de acordo com o ordenamento jurídico do Estado de residência habitual. Ou seja, deve-se passar a analisar todo o Direito deste Estado, e não somente seu instituto do “direito de guarda”, já que é possível que alguma – ou ambas – as prerrogativas/deveres do “direito convencional de guarda” estejam contempladas em outros institutos deste ordenamento jurídico. É muito comum, nos mesmos moldes da legislação brasileira, que o “direito de decidir o local de residência da criança” não esteja incluído no “direito doméstico de guarda”, mas dentro do instituto do “poder familiar”. Reitera-se que, ainda que aquele que requer o retorno da criança ao país de residência habitual não seja o detentor – de forma exclusiva ou compartilhada – do “direito doméstico de guarda”, ele também poderá requerer legitimamente o retorno da criança, se comprovar ser possuidor dos “cuidados com a pessoa da criança e/ou o direito de decidir sobre seu local de residência”.

Assim, é possível – e muito comum, na prática – que a pessoa que requer a restituição não fosse, no local de residência habitual, o “cuidador primário” da criança. Em muitos casos, nota-se que aquele que subtraiu a criança era quem detinha, de forma exclusiva, os “cuidados com a pessoa da criança” – como visto, poder/dever comumente incluído nos “direitos domésticos de guarda”; ainda assim, estará configurada a subtração internacional da criança, uma vez que o genitor abandonado, detentor do direito de visitas e não destituído do poder familiar, seguia titularizando o “direito de decidir o local de residência habitual”. Em hipóteses tais, parece indiscutível que a ordem de restituição seja deferida, retornando-se a criança ao seu local de residência habitual. Em âmbito teórico, tem-se denominado o poder daquele que não detém os cuidados com a pessoa da criança, mas titulariza o direito de decidir seu local de residência, de “poder de veto”. No âmbito dos países de “common law”, utiliza-se o termo “direito *ne exeat*”.<sup>40</sup> E

40 Vide discussões abaixo.

aquele que tem o poder de veto (ou o direito “*ne exeat*”) – concedido a ele pelo ordenamento jurídico do país de residência habitual – passa a ser detentor do “direito convencional de guarda” e, portanto, é parte legítima a requerer a restituição da criança.

Já se encontrou posição segundo a qual tal interpretação seria inadequada, na medida em que poderia gerar a restituição de uma criança para pessoa que não deteria sua “guarda” (custódia física). Tal ponderação deve ser compreendida com cautela. O objetivo principal da Convenção da Haia de 1980 é o retorno da criança ao seu local de residência habitual, em respeito à sua integração a esse ambiente social, cultural, familiar etc. Além disso, também se busca respeitar a competência exclusiva das autoridades (judiciais e administrativas) do Estado de residência habitual para decidir as questões conflituosas a respeito do “direito de guarda” da criança (custódia, poder familiar, visitação etc.). Uma das mais importantes premissas em que se funda tal tratado é a de que as autoridades do Estado de residência habitual estão em posição mais adequada – tecnicamente, exclusiva – para tomarem as decisões mais importantes em relação à criança, na ausência de consenso entre seus responsáveis legais.

Em conclusão, para que se confirme se a pessoa que requer a restituição da criança titulariza o “direito convencional de guarda” deve-se averiguar se este detinha – no momento do início da ilicitude – qualquer de suas prerrogativas/deveres (cuidados com a pessoa da criança e/ou o direito de decidir sobre seu local de residência). Essa pesquisa será feita no ordenamento jurídico do local de residência habitual da criança – e nunca deve considerar o “direito doméstico de guarda” do Estado de refúgio (ou exclusivamente o “direito doméstico de guarda” do país de residência habitual). Por fim, tais poderes-deveres poderão originar-se de qualquer fonte admitida por este Direito: legislação, decisão judicial ou acordo.

Reitera-se a importância em separar os conceitos da convenção daqueles de denominação ou conteúdo semelhante (ou análogo) nos ordenamentos jurídicos internos. Trata-se do fenômeno da “autonomia de conceitos” nos tratados de Direito Internacional Privado. O “direito de guarda” – ou, mais propriamente, o “direito convencional de guarda”, afastando-se eventuais confusões terminológicas – é um conceito importante na sistemática da Convenção da Haia de 1980, fundado em definição autônoma cuja consequência é o retorno imediato da criança envolvida ao seu país de residência habitual.

A teoria parece considerar óbvio que os negociadores do tratado pretenderam que um genitor dotado do direito de restringir a realocação

da criança em outro país fosse incluído na definição do artigo 5º, entre aqueles que possuem “direito de guarda”. As definições domésticas de “direito de guarda” não são necessariamente equivalentes ao conceito criado no artigo 5º, alínea “a” do tratado, tendo os Estados-Parte acordado em determinar a restituição da criança vítima de subtração internacional ao seu país de residência habitual sempre que configurada violação ao “direito convencional de guarda” titularizado pelo genitor abandonado.<sup>41</sup>

Apesar da clareza da mensagem do tratado, até recentemente o conteúdo e alcance do “direito convencional de guarda”, nos termos expostos acima, ainda contavam com alguns opositores, cujas posições se consideram equivocadas. O Relatório Explicativo da Convenção da Haia, elaborado por Eliza Pérez-Vera<sup>42</sup> e publicado em 1982, adotando linguagem que se considera propositadamente ampla, menciona que durante a negociação do texto a posição majoritária apontava para a conclusão de que não ocorreria subtração ilícita de criança quando de sua transferência ou retenção para outro país pelo detentor do direito de custódia. Conforme mencionado, tal afirmação deve ser vista em termos, levando-se em consideração que o titular do direito de visitação também pode seguir detendo o “direito de decidir o local de residência habitual da criança”, por força do direito do Estado de residência habitual.

Assim, infelizmente inexistiria, até o momento, absoluta uniformidade na aplica o da Conven o da Haia de 1980 nos países signatários. Não existe nenhuma institui o ou tribunal supranacional apto a guiar ou solucionar controvérsias acerca da interpreta o da Conven o da Haia de 1980.<sup>43</sup> Assim, são as Autoridades Centrais,  rg os julgadores e demais autoridades internas, de cada país, que ficam incumbidas da tarefa de conferir efetividade – e, sempre que possível, a

41 SILBERMAN, Linda. *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*. IJL Working Paper 2005/5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=723161>, p. 19-20>. Acesso em: 15.08.2011.

42 Há teóricos que incluem o Relatório Explicativo dentre os “trabalhos preparatórios” (BEAUMONT, Paul; McELEVAY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 234). Apontam que sua principal fun o   conferir esclarecimentos   Conven o, explicando, por exemplo, porque um dispositivo foi redigido de uma específica maneira. Ressaltam, no entanto, que o relatório foi redigido após a XXIVª Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e, portanto, não foi aprovado pela Conferência. Em sentido estrito, o documento reflete somente a interpreta o de sua redatora. Documento disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf>>. Acesso em: 26.09.2011.

43 Há autores, inclusive que têm d vidas quanto   propriedade do julgamento, por um órgão internacional, de questões ligadas   família, em especial quanto   custódia, onde a celeridade (e imparcialidade)   essencial. BEAUMONT, Paul; McELEVAY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 239.

desejável uniformidade – ao tratado. Ganha relevo, portanto, a análise da teoria e jurisprudência produzidas nos Estados-Parte sobre o tema.

Em relação à interpretação, portanto, é importante considerar o papel dos órgãos julgadores ao interpretarem as regras do tratado para o alcance de decisão de casos relativos à subtração internacional de crianças. Se, de um lado, o Juiz que decide uma demanda desta natureza está pronunciando-se sobre uma lei interna – uma vez que a Convenção da Haia de 1980 foi internalizada ao ordenamento jurídico dos Estados-Parte, sendo, portanto, um aspecto da legislação doméstica do país – ao mesmo tempo o mesmo o órgão julgador está engajado no exercício e desenvolvimento do Direito Internacional, já que o tratado é, por si, a materialização desse Direito.<sup>44</sup> A uniformidade da aplicação, portanto, passa a apresentar, pelo menos, 2 vertentes: a) a interpretação e aplicação interna, de maneira uniforme, de todos os tratados acima mencionados, pelos operadores jurídicos domésticos, e; b) a interpretação de aplicação uniforme de um mesmo tratado, pelas autoridades de seus Estados-Parte. Se os casos fundados na Convenção da Haia de 1980 ficarem sujeitos a abordagens e perspectivas nacionais muito variáveis, o alcance dos principais objetivos da convenção – quais sejam, impedir subtrações e garantir que as discussões ligadas ao fundo do direito de guarda sejam travadas somente perante as autoridades do local de residência habitual da criança – será obstaculizado.

Embora a uniformidade na aplicação de tratados de Direito Internacional Privado – e, especificamente, da Convenção da Haia de 1980 – seja situação constantemente buscada, há dúvidas, ainda, se o alcance de uma denominada “jurisprudência global” seria possível, no âmbito deste tratado. Se algum dia ela for alcançada, será imperioso que as cortes domésticas compreendam a função dos “conceitos autônomos” veiculados nesta convenção, devendo decidir levando em consideração, além dos “precedentes nacionais”, as decisões proferidas pelas cortes e tribunais estrangeiros.

É neste âmbito que ganha relevo a decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no Caso *Abbott v. Abbott*. Entende-se tratar de decisão tecnicamente precisa, que lidou com a conceituação do “direito convencional de guarda” de maneira “definitiva” – circunstância que, somada à respeitabilidade que tal órgão julgador possui, vem trazer contribuição da mais alta relevância à consolidação – nos âmbitos internacional e doméstico – do “direito convencional de guarda”.

---

44 SILBERMAN, Linda. *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*. ILLJ Working Paper 2005/5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=723161>> p. 9. Acesso em: 15.08.2011.

## 2 CASO ABBOTT V. ABBOTT

Em maio de 2010, no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, a questão da extensão do “direito convencional de guarda” foi novamente debatida. Trata-se do Caso *Abbott v. Abbott*<sup>45</sup>, no qual, por uma maioria de 6 votos contra 3, entendeu-se que a Convenção da Haia de 1980 enquadra o “direito *ne exeat*” (aquele que garante que a alteração do local de residência de uma criança, em especial de um país para outro, depende da anuência de ambos os genitores, mesmo que a custódia física da criança tenha sido deferida, com exclusividade, a apenas 1 deles<sup>46</sup>) no “direito convencional de guarda”, possibilitando o imediato retorno da criança ao país de residência habitual, a partir de requerimento do genitor abandonado – detentor, por exemplo, de direito de visitação somado à proteção conferida pela cláusula “*ne exeat*”. Esse foi primeiro caso internacional de família submetido à Suprema Corte. No entanto, a decisão proferida confere mais importância à interpretação da convenção do que à disputa de custódia que iniciou a discussão.

A partir da leitura das decisões tomadas pela Suprema Corte dos EUA<sup>47</sup> e da Corte de Apelações para o 5<sup>o</sup> Circuito<sup>48</sup> depreende-se que o pai da crianç a, Timothy Abbott, cidadão britânico, casou-se com Jacquelyn Abbott, norte-estadunidense, em 1992, na Inglaterra. Seu filho nasceu em 1995, no Havai . A partir de 2002 a família passou a residir no Chile. A separação do casal ocorreu em 2003, tendo as cortes de família no Chile concedido   mãe a custódia física da crianç a e ao pai o direito de visitação. Foram proferidas ordem judiciais sucessivas: a primeira, datada de janeiro de 2004, conferiu ao pai o direito de visitação; em novembro de 2004, determinou-se às partes e   crianç a que se submetessem   terapia, negando-se o pedido do pai de obter a custódia da crianç a e conferindo todos os direitos de custódia   mãe; em fevereiro de 2005, os direitos de visitação do pai foram ampliados; a partir de um pedido da mãe, o Poder Judiciário chileno proibiu, expressamente, a remoção da crianç a do Chile por qualquer dos genitores, sem o consentimento do outro genitor.

45 Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>>. Acesso em: 20.09.2011.

46 Entende-se que a “cláusula *ne exeat*” aproxima-se do “direito de veto”, mencionado acima.

47 Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>>. Acessado em: 25.08.2011.

48 Disponível em: <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C07/07-50967-CV0.wpd.pdf>>. Acessado em: 17.09.2011.

A última ordem, mencionada, acima, veiculou, expressamente, uma ordem “ne exeat” que, no âmbito do direito de família, significa um remédio de equidade que impede uma pessoa de sair do território com uma criança (ou propriedade) ou removê-la da jurisdição de seu Estado.<sup>49</sup> Trata-se de um conceito comum aos países que integram o sistema de “common law”. Além da disposição expressa em decisão judicial exarada pela corte chilena, no Caso Abbott, a legislação deste país determina que, ainda que tenha sido conferida a custódia de uma criança a um dos genitores, qualquer saída da primeira do território chileno depende da autorização expressa do genitor que titulariza os direitos de visitação. Na ausência de consentimento deste último, o genitor que detém a custódia da criança poderá pleitear, ao Poder Judiciário chileno, seja suprido o consentimento faltante, autorizando-o a remover a criança para outro país por um período determinado de tempo.

Assim, a legislação chilena conferiria os mesmos direitos que aqueles mencionados pela ordem judicial em sua ordem “ne exeat”. Ainda em 2005, a mãe e a criança deixaram o Chile sem o consentimento paterno. O genitor abandonado passou a tentar localizar ambos, já que seu paradeiro vinha sendo ocultado pela mãe sequestradora.

Em fevereiro de 2006, a mãe da criança iniciou, no Texas, processo de divórcio, onde logrou obter uma modificação dos direitos paternos relacionados à criança, incluindo poder absoluto, em favor dela, de determinar o local de residência da criança, além de uma ordem determinando que a visitação do pai deveria ser supervisionada, e apenas no Texas. O genitor abandonado, então, ingressou com nova demanda perante a corte estadual texana, requerendo direito de visitação e que a mãe da criança demonstrasse as razões pelas quais ela não permitira que a criança retornasse ao Chile com seu pai. Sua tese era a de que a ordem “ne exeat” (judicial e legislativa) lhe conferia o “direito convencional de guarda” definido pela Convenção da Haia de 1980. A corte, no entanto, negou o pedido do Sr. Abbott, mas concedeu-lhe “períodos livres de posse da criança”, desde que ambos – o pai e o menino – não saíssem do território texano. Em 2º grau de jurisdição a sentença foi mantida.

Nos Estados Unidos a implementação da Convenção da Haia de 1980 deu-se por intermédio do ICARA – “International Child Abduction Remedies”, legislação federal. De acordo com tal diploma, em qualquer medida fundada neste tratado para restituição de crianças

---

49 GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. Estados Unidos da América: West, 2009, p. 1131-1132.

ao seu país de residência habitual o requerente deverá provar, “pela preponderância das evidências/provas”, que a criança em questão tenha sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do tratado. Segundo a Corte de Apelações do 5º Circuito, no julgamento proferido em 2008, o “direito convencional de guarda” inclui o direito de determinar o local de residência da criança. No entanto, concluiu – mantendo a sentença proferida em 1ª instância – que as ordens “ne exeat” e as disposições legais desta natureza não seriam “direitos de custódia” para os fins da Convenção da Haia de 1980. Foram citados precedentes de outras cortes, dentre os quais os casos *Croll v. Croll*, *Whallon v. Lynn* e *Furnes v. Reeves*, que serão analisados em tópico posterior.

Retomando a argumentação apresentada em 1ª instância, a Corte de Apelações mencionou que o genitor abandonado não teria direitos, protegidos pela legislação chilena, ligados às decisões que afetam os cuidados da criança – “responsabilidade parental”, segundo o órgão julgador. Em 1º instância concluiu-se que a ordem “ne exeat” do genitor abandonado não lhe conferia “direito de custódia”, mas, tão-somente, poder de veto sobre locais específicos de residência que a mãe da criança selecionasse. Assim, a ordem “ne exeat” não seria suficiente para criar o “direito de custódia” que garanta a proteção tencionada pela Convenção da Haia de 1980.

A Suprema Corte dos EUA, órgão máximo do Poder Judiciário deste país, no entanto, reverteu, em julgamento majoritário, as conclusões das instâncias inferiores. Considerando o caso de alta relevância, admitiu analisá-lo para, no voto condutor do “Justice”<sup>50</sup> Anthony Kennedy (acompanhado por outros 5 “Justices”<sup>51</sup>), afirmar-se que o direito “ne exeat” titularizado pelo genitor varão é direito de custódia de acordo com a Convenção da Haia de 1980 (incluído, portanto, no “direito convencional de guarda”). Para o alcance desta conclusão, o voto menciona que foram tomados em conta o texto e os propósitos do tratado, a posição do Departamento de Estado dos EUA (Autoridade Central dos EUA para a Convenção da Haia de 1980, que apresentou à Suprema Corte dos EUA sua manifestação, na qualidade de “amicus curiae”<sup>52</sup>, apoiando a posição do genitor abandonado) e decisões tomadas por outros Estados-Parte da Convenção da Haia de 1980.

50 Denominação conferida aos juízes que integram a Suprema Corte dos EUA.

51 Dentre os quais, o “Justice” Sotomayor que, ainda Juiz de 2ª instância, apresentou voto contrário ao julgamento do Caso *Croll v. Croll*.

52 Durante o julgamento deste caso foram apresentados vários relatórios de “amicus curiae”, tendo um deles sido apresentado pela própria Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, defendendo a posição do genitor abandonado. Na última sessão da Comissão Especial de Revisão da Operação Prática da

O voto condutor se inicia pela literalidade do artigo 5º do tratado, apontando que este define “direitos de custódia/guarda” pela inclusão dos cuidados com a pessoa da criança e, em particular, o direito de determinar seu local de residência. A legislação chilena – explicitada e reforçada pela ordem judicial exarada pela corte chilena – garante ao genitor abandonado o direito conjunto de decidir o país de residência da criança, conhecido nos países de “common law” como “direito *ne exeat*”. Também chegou às mãos da Suprema Corte manifestação de representante de agência chilena ligada ao tema da subtração de crianças, explicitando que o dispositivo em discussão da Lei de Menores de seu país é um direito de autorizar a saída da criança do Chile e essa regra significaria que nenhum dos genitores poderia unilateralmente definir o local de residência da criança.<sup>53</sup>

Segue o voto condutor afirmando que o direito conjunto do genitor abandonado de determinar o país<sup>54</sup> de residência de seu filho é melhor classificado como “direito de custódia conjunta/compartilhada”, na forma em que o mesmo é definido pela Convenção da Haia de 1980 – uma vez que o tratado, ao definir o “direito convencional de guarda”, inclui nele o “direito de decidir o local de residência da criança”. E a Suprema Corte vai além, entendendo, categoricamente, que o “direito *ne exeat*” titularizado pelo genitor abandonado confere-lhe tanto o direito de decidir o local de residência da criança quanto os “direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança”<sup>55</sup>, ambos em conjunto com a mãe sequestradora. Aponta que o “direito *ne exeat*” não se enquadraria nas noções tradicionais de custódia física, embora seja cada vez mais comum a custódia compartilhada da criança, que pode adotar diferentes

---

Convenção da Haia de 1980, ocorrida em junho de 2011, no entanto, houve intenso debate, entre os Estados-Parte, acerca da possibilidade desta organização internacional dirigir-se diretamente a órgãos julgadores externos (internacionais ou estrangeiros). A discussão, no entanto, não ocorreu no âmbito do Caso Abbott, mas relacionou-se, mais diretamente, ao julgamento do Caso Rabban v. Romênia pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O aprofundamento teórico desta questão, no entanto, foge ao escopo do presente estudo.

53 O “valor” de tal carta, como “*affidavit*” também mereceria aprofundamento que, no entanto, foge ao escopo do presente ensaio. O voto dissidente, como será visto, discute o “valor” de tal manifestação.

54 Neste ponto, o voto considera que o texto do tratado, ao mencionar “local de residência” (“*place of residency*”) inclui não somente o bairro, a cidade e o estado mas, também o país onde a criança foi alojada. Embasa sua conclusão na circunstância de ser o tratado voltado à prevenção e combate da subtração internacional de crianças. O voto dissidente, conforme será visto, também neste ponto discorda da conclusão majoritária adotada pela Suprema Corte.

55 Esta subscritora, no entanto, ainda possui certa resistência à inclusão dos cuidados com a pessoa da criança sob titularidade do genitor que detém o direito de visitação aliado a um poder de veto (ou “direito *ne exeat*”). No entanto, concorda que a posição adotada pela Suprema Corte dos EUA, neste ponto, garante ampliada efetividade à Convenção da Haia de 1980.

formas, por exemplo, quando os cuidados da criança são conferidos a um dos genitores, enquanto ambos seguem compartilhando a autoridade quanto as decisões relacionadas ao seu bem-estar. Deve ser adotado exclusivamente o conceito veiculado pelo tratado, abandonando-se as definições domésticas que podem ou não, coincidir com o primeiro. Essa abordagem uniforme, fundada na literalidade da convenção, garante consistência internacional na interpretação do tratado.

Em relação ao exercício efetivo do “direito convencional de guarda” imposto pela convenção àquele que pretende a restituição da criança, a Suprema Corte mencionou que o “direito *ne exeat*” é, por natureza, rudimentar, em estágio inicial (“*inchoate*”) e, em consequência, não possui “força operativa” até que o outro genitor tente remover a criança do país. Criticou-se a decisão tomada pelas instâncias inferiores, afirmando que a posição por elas adotada torna o tratado sem sentido, em muitas das hipóteses onde este se mostra mais necessário. As posições que aproximariam o “direito *ne exeat*” do direito de acesso/visitas seriam, ainda, “ilógicas e fora de contexto”, uma vez que o primeiro difere, diametralmente, do segundo, na medida em que este último, nos termos, do tratado, diz respeito a retirada de uma criança de seu país de residência habitual para outro, por um período *determinado* de tempo – enquanto o primeiro refere-se a qualquer alteração territorial da criança, seja por período determinado ou indeterminado. Em relação à alegação de que, neste caso, o “direito *ne exeat*” foi fixado apenas para garantir a jurisdição do Poder Judiciário chileno, o voto condutor mencionou que tal circunstância não retiraria ao genitor abandonado o direito de se opor à remoção da criança.

Na averiguação do tratamento do tema por outros Estados-Partes – investigação que se considera salutar e essencial nos casos envolvendo a aplicação da Convenção da Haia de 1980 – a Suprema Corte concluiu que muitos países, como Inglaterra, Israel, Alemanha, Áustria e África do Sul, incluem o “direito *ne exeat*” no âmbito do “direito convencional de guarda”, sem deixar de mencionar que no Canadá a situação é diferente e, na França, a questão ainda está dividida. O voto condutor aponta que os teóricos concordam quanto à emergência de um consenso internacional de que os “direitos *ne exeat*” estão incluídos no “direito convencional de guarda”, ainda que tal visão não tenha sido formulada quando da negociação do tratado. Contextualizando o período de gestação da Convenção da Haia de 1980, o voto condutor menciona que, à época, os acordos de “guarda compartilhada” não eram comuns em muitos Estados-Parte e os “direitos *ne exeat*” não eram ainda bem compreendidos.

Em relação ao Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980, elaborado por Eliza Perez-Vera, o voto considera que algumas passagens de textos dessa natureza podem afastar-se da avaliação objetiva das negociações do tratado, apresentando pontos subjetivamente construídos por sua autora. No entanto, nota que o relatório apoiaria a conclusão de que os “direitos *ne exeat*” integram o “direito convencional de guarda”, na medida em que reconhece que merecem proteção todas as formas pelas quais a custódia de crianças pode ser exercida, adotando-se interpretação flexível de seus termos que permita que o maior número de casos seja apresentado com base no tratado.<sup>56</sup> Em conclusão, o “direito *ne exeat*” seria apenas uma das muitas formas pelas quais o “direito convencional de guarda” seria exercido.

Adotando o princípio preambular do tratado pelo qual os “melhores interesses das crianças” serão mais adequadamente atendidos quando as decisões relativas ao fundo do direito de guarda são tomadas pelo país de sua residência habitual, o voto condutor alerta os juízes a sempre evitarem tendência comum de preferir sua própria cultura e sociedade – em detrimento daquelas do país de residência habitual –, comportamento que não deve interferir na consideração objetiva de todos os fatores que devem ser sopesados na definição do melhor interesse da criança. A neutralidade judicial é presumida pelo mandato do tratado e não se deve permitir que um dos genitores escolha, unilateralmente, qual Estado irá decidir tais questões. Por fim, diante das circunstâncias acima pormenorizadas e da ausência de comprovação, pela genitora sequestradora, da incidência de quaisquer das exceções à obrigação de retorno imediato da criança ao Chile<sup>57</sup>, a ordem de retorno passa a ser a única medida – e a mais adequada – cabível ao caso.

A votação na Suprema Corte, no entanto, não foi unânime. O “Justice” Stevens apresentou voto dissidente, tendo sido acompanhado por outros 2 integrantes deste órgão julgador. O primeiro argumento do voto dissidente diz respeito à ausência de poderes do genitor abandonado para decidir onde a criança estudaria; sobre a adoção de algum procedimento médico especial; sua educação religiosa ou se a criança poderia jogar videogame antes de terminar seus deveres de casa. Partiu-se da premissa de que somente a genitora sequestradora

<sup>56</sup> Foram mencionados, também pelo voto condutor, vários outros documentos preparados no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado que apoiam suas conclusões. Vários deles, em especial aqueles originados das Reuniões da Comissão Especial para Revisão Prática da Convenção da Haia de 1980, serão apresentados no decorrer do presente ensaio.

<sup>57</sup> Previstas nos artigos 12, 13 e 20 do tratado.

possuiria tais direitos, uma vez que a ela fora concedida, pelo Poder Judiciário chileno, a custódia exclusiva da criança, e que o genitor possuiria apenas o poder de vetar a remoção da criança – que seria uma norma automática e padrão do sistema jurídico chileno –, direito este que não lhe garantiria autoridade legal sobre a criança.

Também remontando ao período de negociação do tratado, o voto dissidente considerou que a principal preocupação de seus negociadores foi combater os abusos cometidos pelo genitor que não detinha a custódia da criança (“noncustodial parent”), quando este buscava, com a transferência ou retenção ilícita da criança, furtar-se ao cumprimento das ordens judiciais relacionadas ao fundo do direito de guarda emitidas pelo país de residência habitual da criança. No entanto, os negociadores teriam concluído que a restituição não seria o remédio cabível quando a ilicitude fosse cometida pelo genitor detentor da custódia exclusiva (“custodial parent”) – sendo, nesse caso, cabível a solução da questão pela aplicação dos dispositivos do tratado relacionados ao direito de visitação/acesso – uma vez que uma remoção ilícita nos termos da legislação doméstica dos países envolvidos ou em violação apenas ao direito de visitação/acesso não seria ilícita para os fins da Convenção da Haia de 1980.

Segue combatendo, com veemência, a posição apresentada no voto condutor de que o poder de veto do genitor abandonado equivaleria aos “cuidados com a pessoa da criança”. Considera que a cláusula “ne exeat” prevista na legislação chilena não seria um conjunto de direitos titularizados pelo “noncustodial parent”, mas apenas uma restrição quanto à viagem da criança e do “custodial parent”. Tal poder de restringir a viagem da criança não conferiria ao genitor abandonado um “poder afirmativo” de tomar decisões consideradas vitais ao desenvolvimento físico, psicológico e cultural da criança, nem tampouco de decidir onde a criança residirá (seria, tão-somente, o direito de se opor à escolha do local de residência da criança pelo outro genitor). E segue argumentando que, tomada a construção feita no voto condutor em abstrato – e ao absurdo –, qualquer decisão relacionada à criança poderia ser construída como um direito relativo aos “cuidados com a pessoa da criança”, o que não parece adequado.

Apoiando-se no Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980, o voto dissidente menciona que o direito de decidir o local de residência da criança seria apenas um exemplo do que o tratado quis dizer com “cuidados com a pessoa da criança”. E segue afirmando que não compreende como o direito de veto poder ser equiparado a um direito afirmativo de determinar o local de

residência da criança. Defende ainda que, de acordo com o tratado, o direito de decidir sobre o local de residência da criança não incluiria o direito abstrato de mantê-la dentro do território de um país específico. Ao argumento de que a lei não tem palavras inúteis e de que a Convenção da Haia de 1980 veicula em alguns dispositivos o termo “país” e em outros a palavra “local”, o voto dissidente considera equivocado compreender o termo “local”, no artigo 5º do tratado, como equivalente a “país”.

Conforme mencionado acima, o voto dissidente entende que não deve ser conferido qualquer peso a manifestação da representante de agência chilena ligada ao tema. Do mesmo modo, também devem ser vistas com cautela a manifestação do Departamento de Estado dos EUA (porque esta alterou a posição apresentada pelo Poder Executivo dos EUA quando da negociação do tratado) e as decisões judiciais de outros países, negando a existência de um consenso internacional quanto ao tema. Aponta que inexistiria uniformidade suficientemente substancial a justificar o abandono do julgamento baseado no texto do tratado e nos objetivos e propósitos dos negociadores.

Considera-se que o voto dissidente, ao embasar-se fundamentalmente em posições subjetivas relacionadas à negociação da Convenção da Haia de 1980, deixa de perceber o processo hermenêutico como necessariamente dinâmico, que permite garantir que um mesmo texto legal, negociado há mais de 30 anos, siga adequadamente atendendo aos melhores interesses das crianças envolvidas – bastando, para isso, a adequação de seus termos ao contexto atual que cerca as relações familiares.

Assim, acredita-se que a posição tomada pela maioria dos integrantes da Suprema Corte estadunidense, além de tornar-se o precedente hierarquicamente mais alto atualmente vigente no âmbito do Poder Judiciário dos EUA, encontra-se tecnicamente adequado aos objetivos, propósitos e conceitos veiculados na Convenção da Haia de 1980. Assim, ela certamente emanará efeitos para os demais Estados-Parte do tratado, não somente pela respeitabilidade de que goza o órgão julgador prolator da decisão, mas, em especial, por sua praticamente irretocável fundamentação, que levou em conta, além da literalidade do texto do tratado, posições teóricas e práticas, inclusive de outros Estados-Parte e dos Poderes Executivos – dos EUA e Chile, Autoridades Centrais que, diuturnamente, se deparam com a hermenêutica e interpretação desta avença. Em suma, entende-se que a Suprema Corte consolidou, com adequação, o conceito de “direito convencional de guarda”.

### 3 OUTROS “PRECEDENTES”

Antes do julgamento do Caso *Abbott v. Abbott*, tanto o Poder Judiciário dos Estados Unidos quanto aqueles pertencentes a outros Estados-Parte já tinham se debruçado sobre as discussões relativas ao conteúdo e alcance do “direito convencional de guarda”. Em 2000<sup>58</sup>, o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América já fora chamado, no Caso “*Whallon v. Lynn*”<sup>59</sup>, a decidir a ocorrência de subtração internacional de uma criança, analisando o “direito de custódia” relativo a genitores não casados, de acordo com a lei mexicana, local onde a família vivia. Em sua análise, a corte observou que o México adota a “doutrina da ‘patria potestas’”, um conceito comum aos países civilistas, incorporado ao direito mexicano e, portanto, não manejado em países de “common law”.<sup>60</sup>

A corte apontou que era necessário evitar a imposição de conceitos legais dos Estados Unidos a outra cultura jurídica. Após detida análise da legislação mexicana, o órgão julgador entendeu que genitores não casados, na ausência de determinação judicial ou acordo, exercem “responsabilidade parental”. Assim, os “direitos” titularizados pelo genitor abandonado, de acordo com a lei do local de residência

58 No mesmo ano, a Corte de Apelação do Segundo Circuito proferiu decisão que não considerou que o genitor abandonado, titular do direito de visitação e protegido por uma cláusula “ne exeat” titularizava o “direito convencional de guarda”. Trata-se do Caso “*Croll v. Croll*” (informações disponíveis em <http://www.incdat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=313&lng=1&sl=1>. Acessado em 12.09.2011), no qual, para o julgamento da demanda, os Juízes buscaram a definição de “direito de guarda” nos dicionários “*Webster’s Thrid*” e “*Black Law Dictionary*”, para concluir que o direito de impedir a transferência de uma criança para outro país não constituiria o “direito de determinar seu local de residência”, previsto no artigo 5º, alínea “a”, última parte, da Convenção da Haia de 1980. Além disso, a Convenção da Haia de 1980 menciona vários poderes relativos à custódia e, possuir apenas um desses direitos (por exemplo, o direito de veto) não significaria ter o “direito convencional de guarda”. O julgamento não foi unânime, tendo o Juiz Sotomayor discordado da maioria, defendendo a autonomia do conceito de “direito de guarda”, veiculado no artigo 5º, daqueles regulados pelos direitos domésticos. Aponta-se que os impactos (negativos) desse julgamento não deveriam ser subestimados. A teoria (SILBERMAN, Linda. *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence. IILJ Working Paper 2005/5*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=723161>, p. 21. Acessado em 15.08.2011) menciona que em caso recente foi apresentado à corte inglesa manifestação segundo a qual esse julgado não somente constituiria uma interpretação da Convenção sob o Direito dos Estados Unidos, como necessariamente deveria ser negada qualquer alegação de que uma cláusula “ne exeat” seria “direito de guarda” para os fins do tratado. O Tribunal inglês, no entanto, aplicando precedentes ingleses, confirmou que a cláusula “ne exeat” confere ao seu titular “direito convencional de guarda”.

59 Julgamento disponível em: <<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/230/230.F3d.450.00-2041.html>>. Acesso em: 10.09.2011.

60 Parágrafo 24 do julgamento do Caso “*Whallon v. Lynn*”. Disponível em: <<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/230/230.F3d.450.00-2041.html>>. Acesso em: 10.09.2011.

habitual da criança (México), encontram-se abarcados no conceito de “direito convencional de guarda” tutelado pela Convenção da Haia de 1980. Por tal razão, cabível o pleito para o retorno da criança. Pelo exposto, a extensão do “direito convencional de guarda” – que protege para além dos “cuidados com a pessoa da criança”, o “direito de decidir sobre seu local de residência habitual” – começou a ser adequadamente delineada pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos da América.

Os casos *Gonzalez v. Gutierrez*<sup>61</sup>, julgado em 2002 pela Corte de Apelações do 9º Circuito dos EUA e o Caso *Fawcett v. McRoberts*<sup>62</sup>, decidido em 2003 pela Corte de Apelações do 4º Circuito, afastaram-se da supracitada, aproximando-se do julgamento proferido no Caso *Croll v. Croll*, onde se veiculou, conforme mencionado, que as ordens e a legislação “*ne exeat*” não criariam “direito de custódia” sob a Convenção da Haia de 1980.

Em 2004, a Corte de Apelação do 11º Circuito dos Estados Unidos já decidira, no Caso “*Furnes v. Reeves*”, que a cláusula “*ne exeat*”, ainda que implícita – porque prevista somente na legislação e não necessariamente num acordo ou ordem judicial – configura, para os fins da Convenção da Haia de 1980, “direito convencional de guarda”.<sup>63</sup> Nesse caso, que envolvia a aplicação do Direito norueguês (país de residência habitual da criança), ambos os genitores compartilhavam, quando do início da ilicitude, o poder familiar em relação à criança. A legislação norueguesa determina expressamente que o poder familiar (responsabilidade parental) inclui, dentre outros direitos, o de “decidir onde a criança viverá, bem como as decisões mais importantes relativas à vida diária”, além do “direito de determinar se a criança poderá viver fora da Noruega”.

Assim, o genitor sequestrador (no caso, a mãe), embora fosse a “cuidadora primária” da criança, deveria ter obtido, junto ao genitor varão, autorização para deixar definitivamente a Noruega com a criança, o que ela não fez. Em conclusão, o direito norueguês confere um direito “*ne exeat*” a todos os genitores que titularizam o poder familiar, proibindo ou restringindo o movimento e a realocação de crianças em outros países. A corte foi ainda mais enfática, apontando que o genitor abandonado, para fazer jus ao mecanismo de restituição previsto na Convenção da Haia de 1980, não precisa ser detentor do “direito doméstico de guarda”. Foram mencionados, durante o

61 Julgamento disponível em: <<http://openjurist.org/311/f3d/942/gonzalez-v-gutierrez>>. Acessado em 15.09.2011.

62 <<http://openjurist.org/326/f3d/491/fawcett-v-microberts>>. Acesso em: 16.09.2011.

63 Julgamento disponível em: <<http://openjurist.org/362/f3d/702/furnes-v-reeves>>. Acessado em 12.09.2011.

juízo, precedentes no mesmo sentido, julgados por outros países, como Austrália, Reino Unido, Nova Zelândia e Israel. A abordagem adotada nesse caso leva à harmonização hermenêutica e de aplicação da Convenção da Haia de 1980, ao reconhecer que uma cláusula “ne exeat” permite que um genitor que seja detentor do direito de visitação e do direito de determinar (exclusivamente ou em conjunto com o outro genitor) o local de residência da criança seja protegido pelo tratado com a ordem de restituição, por ser titular e efetivo exercente do “direito convencional de guarda”.<sup>64</sup>

No Caso *Vale v. Avila*<sup>65</sup>, julgado em 2008 pela Corte de Apelações do 7º. Circuito dos EUA o órgão julgador tentou evitar a discussão da extensão dos poderes da ordem “ne exeat”, alterando o foco da discussão para o conteúdo do “poder familiar”.

Na Austrália, Reino Unido, Israel e França também se encontram precedentes importantes, nos quais a cláusula “ne exeat” foi interpretada como conferindo, àquele protegido por tal cláusula, o “direito convencional de guarda”, habilitando seu titular a requerer a restituição da criança vítima de subtração internacional ao seu local de residência habitual. A Corte Suprema do Canadá, em 2 decisões (1994 e 1996), foi a primeira corte importante a introduzir dúvidas quanto ao impacto das restrições expressas e implícitas à remoção no “direito convencional de guarda”, julgando improcedentes pedidos de restituição.<sup>66</sup>

#### 4 CONCLUSÕES

A subtração internacional de crianças é fenômeno em franco crescimento na atualidade, em especial por força da intensificação da circulação de pessoas, bens, ativos, tecnologia etc. No combate a este fenômeno, nocivo ao desenvolvimento saudável das crianças, foi aprovada, na década de 80, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Fruto de ampla negociação e aprofundadas discussões, o tratado funda-se, entre outras, na premissa de que, diante de tal situação, o retorno da criança

---

64 WILLS, Melissa S. Interpreting the Hague Convention on International Child Abduction: Why American Courts Need to Reconcile the Rights of Non-Custodial Parents, the Best Interests of Abducted Children, and the Underlying Objectives of the Hague Convention. *The Review of Litigation*, v. 25:2, p. 443-447, Spring 2006.

65 Julgamento disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1226799.html>>. Acesso em: 17.09.2011.

66 SILBERMAN, Linda. The Hague Child Abduction Convention turns twenty: gender politics and other issues. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 33, p. 221-250, p. 230-231. 2000,

subtraída ao seu país de residência habitual é, em regra, a medida que mais adequadamente atende aos seus interesses.

Esse tratado inclui-se nos esforços internacionais de proteção à infância que contam, para além da Convenção da Haia de 1980, com outros textos normativos produzidos multilateralmente pela comunidade internacional - não somente no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, mas, também, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, cujo maior exemplo de documento protetivo da infância, na atualidade, é a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança.

Para configuração da subtração internacional ilícita, um dos requisitos é o exercício efetivo, por aquele que requer a restituição da criança, do “direito convencional de guarda”, no momento do início da ilicitude. Conforme demonstrado no decorrer do presente ensaio, o “direito convencional de guarda” pode diferir – e normalmente o é – dos “direitos domésticos de guarda”, uma vez que o primeiro inclui, além dos “cuidados com a pessoa da criança”, o “direito de decidir sobre seu local de residência”. Assim, na averiguação dos requisitos que configuram a subtração internacional ilícita, deve-se perquirir se, de acordo com o ordenamento jurídico do país de residência habitual da criança, aquele que requer a restituição da criança titularizava quaisquer desses poderes.

Apesar da clareza da mensagem da Convenção da Haia quando ao “direito convencional de guarda”, ainda pairaram dúvidas – nos campos teórico e prático – quanto ao seu conteúdo e alcance, encontrando-se posições que inadequadamente pretendiam restringi-los, deixando de considerar que estaria configurada a subtração internacional ilícita de uma criança, por exemplo, nos casos em que o genitor abandonado titularizava (e efetivamente exercia) o direito de acesso (e, em consequência, não detinha os “cuidados com a pessoa da criança”) e o “direito de decidir sobre o local de residência da criança” (prerrogativa que, em muitos países, integra o “poder familiar”, que só pode ser perdido em situações bastante restritas e graves, e após procedimento específico).

Esse indevido estreitamento do “direito convencional de guarda” veio, paulatinamente, sendo espancado do mundo jurídico, em especial por força de decisões judiciais tomadas no âmbito dos Estados-Parte – algumas delas apresentadas acima. Em maio de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no Caso *Abbott v. Abbott*, também se pronunciou sobre a questão, concluindo pela inclusão dos “direito *ne exeat*” no âmbito do “direito convencional de guarda”.

A relevância da definição do “direito convencional de guarda” por esta Suprema Corte já se inicia pela concessão do “writ of certiorari”, decisão de admissibilidade de recurso à mais alta corte julgadora integrante do Poder Judiciário dos EUA, o que apenas ocorre em um número reduzido de demandas judiciais. Além disso, esta foi a primeira vez que um caso desta natureza foi decidido no âmbito de tão alta corte. A uniformidade de interpretação e aplicação do conceito de “direito convencional de guarda”, bem como do papel da cláusula “ne exeat” em relação a um pedido de restituição fundado na Convenção da Haia de 1980, é muito importante para o alcance dos objetivos do tratado e do melhor interesse da criança vítima de subtração internacional.

Ressalta-se que a postura da Suprema Corte, ao consultar decisões tomadas por outros Estados-Parte, mostra-se salutar, devendo ser adotada como praxe por todos os órgãos julgadores que se deparam com questões relacionadas à Convenção da Haia de 1980, em especial porque a uniformidade na hermenêutica e aplicação deste tratado vem contribuir com o adequado atendimento aos interesses das crianças envolvidas, para além de fortalecer as funções preventivas e repressivas da convenção.

Em relação ao voto dissidente, considera-se que o mesmo se apoia, primordialmente, em conclusões subjetivas acerca dos propósitos e intenções dos negociadores do tratado. Em consequência, desconsidera o necessário dinamismo e flexibilidade que devem nortear a interpretação e aplicação das normas jurídicas. À evidência, os últimos 30 anos trouxeram profundas alterações nas modalidades de organizações familiares afetando sobremaneira as relações entre pais e filhos. Assim, as normas, ainda que negociadas dentro de um contexto histórico que difere do atual, devem ter seu conteúdo e alcance sempre atualizados, para atender, com adequação e efetividade, os anseios da sociedade atual. Defender-se o contrário levará, no limite, à frenética alteração de todas – ou, ao menos – da maior parte das normas jurídicas em vigor, sempre que percebida alguma alteração social na situação disciplinada pela regra jurídica. Entende-se que a Convenção da Haia de 1980 também possui, como virtude, linguagem elástica o suficiente para que siga regulamentando, adequadamente, o terrível fenômeno da subtração internacional de crianças.

Além da decisão no Caso *Abbott v. Abbott* ser histórica e sido tomada por um dos órgãos julgadores mais respeitados pela comunidade jurídica mundial, é certo que ela vem emanando efeitos positivos – e, entende-se, assim deve continuar – por toda comunidade internacional. Dada a ausência de instituições ou tribunal supranacional incumbidos

da solução ou orientação de controvérsias e questões relativas a este tratado, ganham relevo as posições adotadas no âmbito das Autoridades Centrais, órgãos julgadores e demais autoridades internacionais de cada Estado-Parte, conferindo efetividade e uniformidade na hermenêutica e aplicação dos comandos convencionais.

A importância do julgamento do Caso Abbott pela Suprema Corte foi reforçada pela própria Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, na 1ª Parte da 6ª Reunião da Comissão Especial sobre a operação prática das Convenções da Haia de 1980 e 1996, ocorrida em Junho de 2011. Parte do documento mais importante produzido por esta reunião, intitulado “Conclusões e Recomendações Adotadas pela Comissão Especial”<sup>67</sup> foi dedicado ao “direito convencional de guarda” e ao julgamento do Caso Abbott v. Abbott. Os Estados-Parte, por primeiro, reafirmaram que os termos apresentados pelo tratado, dentre eles o “direito convencional de guarda”, devem ser interpretados levando-se em consideração a natureza autônoma da convenção e seus objetivos.

Além da apresentação de manifestação à Suprema Corte dos Estados Unidos, na qualidade de “amicus curiae”, no Caso Abbott v. Abbott, a Comissão Especial tomou nota do resultado do julgamento que apoiou a visão de que o “direito de acesso” (visitação), combinado com o direito de determinar o local de residência da criança, constitui “direito de guarda” para os fins da convenção (“direito convencional de guarda”). A Comissão Especial também considerou que o julgamento constitui uma contribuição significativa para o alcance de consistência interpretativa do tratado em âmbito internacional.<sup>68</sup>

A definição do “direito convencional de guarda” vem sendo objeto, de há muito, de preocupações por parte da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Em relação à Comissão Especial de Revisão da Convenção da Haia de 1980, quando da 1ª Reunião da Comissão Especial, em 1989<sup>69</sup>, já se mencionou que o “direito convencional de guarda” deu azo a questões delicadas nos âmbitos domésticos. Naquela altura pretendeu-se esclarecer que tal direito

67 Disponível em: <[http://www.hcch.net/upload/concl28sc6\\_e.pdf](http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf)>. Acesso em: 25.09.2011.

68 Ainda sobre o tema, também foi reconhecido pela Comissão Especial a grande utilidade dos “Perfis de Países” (formulários a serem preenchidos pelos Estados-Parte que contém informações relevantes sobre o funcionamento da Convenção em seu âmbito, bem como dados sobre seu ordenamento jurídico), e a comunicação judicial direta no auxílio da determinação do Direito do Estado de residência habitual da criança na determinação da titularidade, por aquele que requer o retorno da criança, do “direito convencional de guarda”.

69 Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abdrpt89e.pdf>>. Acesso em 26.09.2011.

constitui um conceito autônomo, não necessariamente coincidente com os “direitos domésticos de guarda”, cunhados pelos Estados-Parte. Assim, buscou-se sensibilizar os Estados-Parte e suas autoridades de que, ainda que a “guarda” tenha sido conferida domesticamente a um dos genitores, isso não significa, necessariamente, que todas as prerrogativas/deveres contidos no “direito convencional de guarda” tenham sido a ele deferidos.

Na 2ª Reunião desta Comissão, em 1993<sup>70</sup>, reiterou-se o caráter autônomo do conceito do “direito convencional de guarda” em relação a seus homônimos internos. Em consequência, o primeiro deve ser interpretado de maneira internacional – evitando-se qualquer referência a um ordenamento jurídico doméstico. Apontou-se que o artigo 5º do tratado apresenta uma definição não-exaustiva dos termos principais do “direito convencional de guarda”. Na 3ª Reunião<sup>71</sup> mencionou-se que quando da redação da Convenção da Haia de 1980 o “direito de guarda” para os fins da convenção (artigo 5º) buscava incluir os casos nos quais o genitor abandonado tinha direito de visitas e o direito de ser consultado antes de uma alteração do local de residência da criança (poder de veto).

Por fim, o Relatório da 5ª Reunião da Comissão Especial, ocorrida em 2006, notou existir uma preponderância clara, em decisões judiciais, da posição que considera que o direito de visitas combinado ao poder de veto configura “direito convencional de guarda”. Alguns participantes enfatizaram a importância do desenvolvimento dos conceitos domésticos de “poder familiar”, uma vez que, em muitos casos, será este que indicará se o genitor abandonado titulariza o “direito convencional de guarda”.<sup>72</sup>

Lembra-se que a adoção das conclusões e recomendações das Comissões Especiais dos tratados celebrados sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é obrigatória aos Estados-Parte de cada tratado. Além disso, uma vez que tais conclusões e recomendações são aprovadas pelos Estados-Parte, as mesmas passam a ser interpretação autêntica<sup>73</sup> da convenção. Nessa medida, considera-

70 Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf>>. Acesso em: 26.09.2011.

71 Documento disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abduc97e.pdf>>. Acesso em: 26.09.2011.

72 Parágrafo 211 do Relatório da 5ª Reunião da Comissão Especial sobre Revisão da Operação das Convenções da Haia de 1980 e de 1996. Disponível em: <[http://www.hcch.net/upload/wop/abd\\_2006\\_rpt-e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf)>. Acesso em: 26.09.2011.

73 A interpretação de um tratado por ser autêntica ou “não autêntica”. A dita autêntica pode ser veiculada por um novo acordo ou um “ato acertado não convencional”, não devendo ser confundida com a “interpretação fazendo fé (recurso dos Estados a um terceiro, para interpretar o tratado no qual são partes, conferindo – os Estados – a esta interpretação um caráter obrigatório que, no caso, “fará fé” - “authoritative” - NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 4. ed.

se que, uma vez que a decisão adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no Caso *Abbott v. Abbott* foi considerada adequada e relevante pela Comissão Especial sobre a Operação Prática da Convenção da Haia de 1980, criou-se a obrigação dos Estados-Parte de segui-la, sob pena de descumprimento de interpretação autêntica do tratado – com todas as consequências daí decorrentes, por força do instituto da responsabilidade internacional do Estado.<sup>74</sup>

Em conclusão, considera-se que o conteúdo e alcance do “direito convencional de guarda” foi definitivamente consolidado no âmbito da comunidade internacional, a partir do reconhecimento, pelos Estados-Parte da Convenção da Haia de 1980, do adequado julgamento proferido pela Suprema Corte dos EUA no Caso *Abbott v. Abbott*. Assim, passa a ser obrigatório a todos os Estados-Parte a conformação de suas decisões àquela tomada pela Suprema Corte – não por existir qualquer hierarquia entre esta e aquelas integrantes dos ordenamentos jurídicos domésticos, mas por conta de sua coerência e adequação aos objetivos, propósitos e dispositivos da Convenção da Haia de 1980, pelo reconhecimento destas características pelos próprios Estados-Parte, durante a última reunião da Comissão Especial de Revisão deste tratado e, em especial por ser hermenêutica e aplicação da convenção que melhor atende aos interesses das crianças vítimas desta nefasta circunstância que é a subtração internacional ilícita de crianças.

## REFERÊNCIAS

BEAUMONT, Paul; McELEVAY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. “Overall Conclusions of Special Commission of October 1989”, Outubro de 1989, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abdrpt89e.pdf>>. Acesso em: 30.09.2011.

---

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, pp. 231-234). A “autenticidade” da interpretação advém da circunstância de que ela é sempre realizada pelos Estados-Partes em um determinado tratado, podendo ocorrer previamente ou após detectada alguma dificuldade na aplicação das disposições do documento.

74 Em sentido contrário, Ao entendimento de que a influência dos documentos produzidos no âmbito das Reuniões da Comissão Especial seria limitada, parte da teoria sugere a elaboração de um novo protocolo à Convenção da Haia de 1980, especificamente voltado à definição exata do “direito convencional de guarda” (SILBERMAN, Linda. Patching Up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and a Suggestion for Amendments to ICARA. *Texas International Law Journal*, v. 38:41, p. 41-61, p. 46-48, 2003).

\_\_\_\_\_. Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (18-21 January), Janeiro de 1993, p. 1-32. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf>>. Acesso em: 30.09.2011.

\_\_\_\_\_. Report of the third Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17-21 March 1997), Agosto de 1997, p. 1-25. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abduc97e.pdf>>. Acesso em 30.09.2011.

\_\_\_\_\_. Conclusions and Recommendations of 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 Operation 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), Novembro, 2006, pp. 1-16. Disponível em: <[http://www.hcch.net/upload/concl28sc5\\_e.pdf](http://www.hcch.net/upload/concl28sc5_e.pdf)>. Acesso em: 10.03.2010. Acessado em 30.09.2011.

\_\_\_\_\_. Conclusions and Recommendations of the Sixth Meeting of the Special Commission Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and 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* (1-10 June 2011), Junho de 2011, p. 1-10. Disponível em: <[http://www.hcch.net/upload/concl28sc6\\_e.pdf](http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf)>. Acesso em: 30.09.2011.

DYER, Adair. International Child Abduction by Parentes. *Recueil de Cours de l'Academie de la Haye*, tomo 168, v. III, 1980, p. 231-268

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

GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. Estados Unidos da América: West, 2009.

NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

PÉREZ-VERA, Elisa. Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera. 1981. Disponível em: <<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>>. Acesso em: 30.09.2011.

SCOTT, Alisson. From a State Centered Approach to Transnational Openness: Adapting the Hague Convention with Contemporary Human Rights Standards as Codified in the Convention on the Rights of the Child. *Indiana Global Journal of Legal Studies*, vol. 11, Issue 2, p. 233-256, Summer 2004.

SHAPIRA, Amos. Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases. *Recueil de Cours de l'Academie de la Haye*, tomo 214, Vol. II, 1989, p. 127-250.

SILBERMAN, Linda. The Hague Child Abduction Convention turns twenty: gender politics and other issues. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 33, p. 221-250, 2000.

\_\_\_\_\_. Patching Up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and a Suggestion for Amendments to ICARA. *Texas International Law Journal*, Vol. 38:41, pp. 41-61, 2003.

\_\_\_\_\_. Interpreting the Hague Abduction Convention: In *Search of a Global Jurisprudence*. IILJ Working Paper 2005/5. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=723161>. Acesso em: 30.09.2011.

SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças – Alguns Aspectos. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (coord.). *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, p. 443-556, Lisboa: Almedina, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WILLS, Melissa S. Interpreting the Hague Convention on International Child Abduction: Why American Courts Need to Reconcile the Rights of Non-Custodial Parents, the Best Interests of Abducted Children, and the Underlying Objectives of the Hague Convention. *The Review of Litigation*, v. 25:2, p. 424-458, Spring 2006.