



Constantino Carera Junior

## Sequestro Internacional de Crianças: o Brasil é Estado Requerido ou Estado Sequestrador?

Convenção da Haia de 1980





# Sequestro Internacional de Crianças: o Brasil é Estado Requerido ou Estado Sequestrador?

Convenção da Haia de 1980

*Constantino Carera Junior*

# Sequestro Internacional de Crianças: O Brasil é Estado Requerido ou Estado Sequestrador?

ISBN KDP 9781095940099

© Editora: Publicação Independente  
ccj@sidm.eu

Apêndice I e II:

© Draft Guide to Good Practice on Article 13(1)(b) of the Hague Convention of 25 October 1980  
on the Civil Aspects of International Child Abduction

<https://assets.hcch.net/docs/0a0532b7-d580-4e53-8c25-7edab2a94284.pdf>

Tradução: *Constantino Carera Junior*

*Primeira Edição, Junho 2019*

*Agradeço infinitamente Amazon por oferecer a qualquer pessoa a possibilidade de publicar um livro e a todos aqueles que, por possuírem uma certa sensibilidade e espírito de justiça, me ajudam e me ajudaram a combater as (inúmeras) autoridades que deveriam compreender o verdadeiro significado da defesa do melhor interesse das crianças.*

*Espero que este trabalho possa levantar questões capazes de contribuir a melhorar a aplicação da Convenção da Haia de 1980 em todos os casos de subtração internacional e que seja compreendido o modo de ver de um autor-genitor que procura racionalizar a própria tragédia pessoal. Ninguém merece ser separado injustamente do filho ou lutar por anos para nunca conseguir nem o estabelecimento do direito de visita cautelar.*

*Se antecipam desculpas sobre eventuais erros e construções literárias não muito lineares que serão futuramente corrigidas. Infelizmente, esta obra foi realizada com pouco tempo a disposição, sem o auxílio de um serviço profissional de revisão e com um domínio linguístico limitado (atualmente já se passaram 20 anos de residência no exterior).*



# Sequestro Internacional de Crianças: o Brasil é um Estado Requerido ou Estado Sequestrador?

Convenção da Haia de 1980



## INTRODUÇÃO

A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi criada para impedir que as crianças fossem subtraídas de um Estado para outro sem qualquer instrumento jurídico capaz de tutelar o direito delas de não serem submetidas às consequências negativas dessa ação ilegítima praticada, normalmente e paradoxalmente, por um dos seus genitores.

Portanto, o objetivo deste texto é levantar, sinteticamente (na medida do possível), questões importantes sobre a correta aplicação desta Convenção em relação à ação das autoridades brasileiras no combate desses casos que são extremamente delicados (geralmente representam uma ruptura irreparável da relação entre um genitor e os seus filhos) e podem gerar nas vítimas consequências tão graves quanto aquelas de outros tipos de crimes mais comumente considerados pela mídia ou população em geral como graves ou brutais.

Em outras palavras, o que pode ser mais grave para um genitor do que a perda de contato com o filho que muitas vezes representa o (novo) significado que atribuiu à própria existência? O que pode ser pior para uma criança do que a perda do contato com o outro genitor que muitas vezes representa um componente relevante da própria estabilidade emotiva que tanto precisa e procura? O que pode ser pior de uma autoridade que não aplica a lei ou que, em geral, não busca restabelecer um certo grau de justiça à convivência social?

Nessa realidade, o título deste texto se inspira na contradição entre a objetividade técnica do compromisso pela busca da verdade e a aparentemente difundida tradição brasileira de minimizar o nível de gravidade de um erro cometido com palavras ou expressões de menor efeito. Este uso exagerado ou impróprio do “politicamente correto” denota a atribuição de um patamar infinitamente superior da reputação artificial das pessoas em relação ao combate das ações que tecnicamente são, ou deveriam ser, repudiadas com veemência em uma sociedade civilizada.

Mais especificamente, enquanto em âmbito internacional se usa a nomenclatura “Estado requerido” e “genitor subtrator” (ou sequestrador), no Brasil, até mesmo em textos institucionais, se encontra o uso da expressão “genitor requerido” para identificar o genitor que praticou a subtração, como se tal fato não fosse uma certeza constatada administrativamente. Parece vigorar até a ideia de que uma eventual sentença de indeferimento do retorno cancelasse o ato ilícito cometido ou, pior, que um cidadão possa ser considerado com o mesmo patamar de presunção de retidão dos Estados de direito.

Enfim, as evidências que serão exploradas com objetividade permitirão ao leitor de estabelecer se o Brasil, quando recebe um pedido de cooperação internacional nos termos da Convenção, resulta ser um verdadeiro Estado requerido que disponibiliza neutralmente a própria colaboração para buscar uma solução ao caso denunciado (aplicando a legislação internacional mesmo nos casos em que isso possa representar uma abdicação da soberania nacional), ou, o reflexo oposto: um Estado que pratica em modo distorcido ou parcial as disposições convencionais para impor os próprios interesses nacionalistas.

Em particular, nesta última suposição, em que o Brasil estaria de fato consolidando e premiando a subtração praticada, se observaria o grave cancelamento da premissa de honorabilidade ou superioridade que rege qualquer instituição pública civilizada. Se chegaria ao ponto de reduzir o patamar de um Estado àquele de um simples cidadão, podendo, portanto, ser rotulado, em coerência com as premissas da nomenclatura internacional e como resposta ao grau de sofrimento injustificável provocado nas vítimas, como um Estado sequestrador.

Em relação a estrutura do texto, a intenção de reduzir a sua dimensão pode levar o leitor a ter que fazer muitas releituras para conseguir absorver melhor o peso de cada palavra. Além disso, as relativas notas não se limitam a uma costeira curta citação das fontes, mas abrangem também a reprodução de aprofundamentos considerados como separáveis do conteúdo principal.

Os temas tratados são os mais polêmicos e relevantes da Convenção e o público alvo é o mais abrangente possível. Para compreender o texto da Convenção não resulta necessário ter conhecimentos jurídicos específicos porque o âmbito internacional é bastante desvinculado do direito interno.



## Índice

1) As contradições da jurisprudência brasileira	1
2) As dificuldades intrínsecas de compreensão da Convenção	5
3) O âmbito limitado do interesse superior da criança	6
4) Procedimentos urgentes	8
5) O valor do critério da adaptação presente no art.12	11
6) A intenção do art. 13(1)(b)	14
a) Aspecto prospectivo	14
b) Risco grave e intolerável	16
c) Ônus da prova e conflito de jurisdição	19
d) O poder discricionário de ordenar o retorno	21
e) Combate internacional ao difundido uso impróprio das exceções	22
7) O retorno seguro	23
8) Regulamentação do regime de visitas provisório	25
a) A visitação é principalmente um direito das crianças	25
b) O judiciário deveria reconhecer os próprios limites e superá-los	26
c) Condições de visitas mais amplas possíveis	29
9) A importância das audiências	31
10) Conclusões	33
Apêndice I - Abordagem de aplicação do artigo 13(1)(b)	35
a) Método 1	35
b) Método 2	36
Apêndice II – Convenção da Haia de 1980	37
Apêndice III - Projeto de Guia de Boas Práticas do Artigo 13(1)(b) da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – INTRODUÇÃO E PARTE I	44



## 1) As contradições da jurisprudência brasileira

Antes de analisar as contradições da jurisprudência brasileira na aplicação da Convenção, é importante invocar algumas premissas gerais que são requisitos fundamentais para construir a abertura mental que serve para identificar melhor as questões levantadas.

Em geral, alterar uma realidade consolidada é uma tarefa extremamente difícil e em alguns casos quase impossível porque as pessoas, no dia-a-dia, geralmente não têm o interesse de buscar uma racionalidade realmente coerente devido a uma falta de vontade de se empenhar e/ou à incerteza de conseguir obter o resultado esperado através de uma ação metódica. Ao contrário, aparentemente se convive com mais naturalidade em relação à busca da imediata satisfação psicológica que deriva da imposição da própria vontade a priori. Nada importa se esse imaginário pessoal for baseado na repetição daquilo que estabeleceram outros, sem qualquer verificação criteriosa.

Resulta notório, mesmo em âmbitos não estritamente científicos (por exemplo, aquele religioso), que esta cultura do orgulho superficial (como o chauvinismo denunciado pelas próprias autoridades brasileiras) <sup>1</sup> é a ruína de qualquer sociedade porque leva a um mundo onde não se repara que essa aversão à razão torna tudo o oposto daquilo que deveria ser.

Se a racionalidade é a base da justiça<sup>2</sup>, a humildade é a base para a conquista de um pensamento racional. Considerar a manifestação de uma opinião diferente da própria como uma agressão ou como uma ofensa a própria

---

<sup>1</sup> Segundo muitas autoridades brasileiras o que leva o poder judiciário brasileiro à tendência de evitar o retorno das crianças subtraídas é a ideia de que o Brasil possui a priori juízes que julgam com uma qualidade superior aos demais e que o país é o melhor lugar para se viver. Ver o vídeo da palestra ministrada pelo juiz brasileiro da Rede Internacional da Haia de Juizes (IHNJ): "*07a Comitê de Combate ao Sequestro Internacional de Crianças*", <https://www.youtube.com/watch?v=wCpx2416iM4> (minuto 41). Além disso, observando todos os vídeos do referido curso, se constata que os demais palestrantes concordam e repetem a mesma tese.

<sup>2</sup> No Brasil, diferentemente de outros países, se reconhece às autoridades locais um conceito de autonomia de ação ou de liberdade de pensamento que absorve a possibilidade de até mesmo negar certezas matemáticas (como se a racionalidade não fosse vista pelo senso comum como uma base para alcançar a justiça) e não existe alguma responsabilização em relação à qualquer demonstração de grave incapacidade ou incompetência técnica que não seja de má fé (limitando o número de casos possíveis e impondo uma correlação quase de ser comprovada). Ver, por exemplo, art. 79, 143 e 181 da lei n. 13.105/2015. A consequência dessa realidade é o total desinteresse (ou desincentivo) em aplicar com qualidade as normas vigentes, como se na realidade as leis fossem supérfluas ou somente sugestões não vinculantes. Existem no Brasil, por exemplo, até casos de autorização judicial para o casamento de um homem com duas mulheres (por exemplo, caso Leandro Joannattan da Silva Sampaio) mesmo de frente a existência até mesmo do crime de bigamia (art. 235 do código penal). Outro exemplo neste âmbito: com base na constituição brasileira (art. 226) o matrimônio é declarado especificamente como entre homem e mulher, mas o tribunal superior estabeleceu que este conceito era arcaico e a partir deste momento foi legalmente reconhecido o casamento homossexual (ver ADI n. 4277, julgado em 2011). É justo que um juiz possa impor o próprio convencimento pessoal passando por cima do legislador que representa a vontade de uma sociedade democrática? É justa a existência desta ilimitada liberdade até mesmo em temas extremamente delicados que podem ainda hoje se encontrar longe de serem considerados parte de um dominante senso comum (o casamento homossexual resulta legalmente reconhecido somente em cerca de 30 países no mundo de um total de cerca 200)? Já que as interpretações evoluem no tempo (se é que se pode considerar o fato exemplificado como uma questão de interpretação porque parece ser somente autoritarismo), é justo arriscar de se deparar com uma eventual futura sentença que, ao contrário, não considerará ilegítima a existência de um conceito arcaico (pesa mais o mérito ou a idade de um conceito)? Isto é coerente com o fato que no processo de extradição n. 1.354 de 2015 (caso Qvarfordt) o mesmo tribunal superior negou a extradição de um genitor subtrator sueco (que se refugiou no Brasil com o filho) porque considerou inexistente o crime de subtração de incapaz (ver nota n.16, *infra*) com base em uma aplicação literal da lei brasileira? Porque a lei sobre a subtração, escrita em 1940, quando não existia ainda o conceito de guarda compartilhada não foi considerada arcaica (segundo a lei brasileira, um dos requisitos para a extradição é que o crime cometido no exterior também seja reconhecido como crime no Brasil, ou seja, não sendo crime no Brasil, a extradição não pode ser decretada)? Porque somente um dos 3 juízes considerou o crime de subtração de incapaz aplicável ao caso visto que, objetivamente, a guarda compartilhada é diferente da guarda exclusiva (que era a única fórmula existente no passado) e que a subtração sempre viola o direito de guarda do genitor abandonado? Por acaso a Convenção sobre a subtração internacional não é aplicável quando o genitor que subtrai o menor possui a guarda exclusiva, mas compartilha o pátrio poder? O direito de veto sobre o local da residência não faz parte das condições do direito de guarda? Onde está o limite entre um Estado de direito e a liberdade do poder judiciário (excesso de liberdade não é abuso de poder)? Os tribunais não deveriam aplicar as leis mesmo quando não são do próprio agrado? Diferentemente, em outros países como aqueles europeus, os juízes são civilmente responsabilizados não somente por ações com dolo, mas também por graves falhas. Ver a Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juízes (1998) ou as leis internas dos Estados europeus ou as decisões da Corte Europeia em relação a isto. Nos fatos, vigora, sem qualquer ideal de certeza do direito, uma grande disponibilidade ao uso de interpretações até mesmo fantasiosas para invalidar leis ou jurisprudência consolidada, como poderia ser, por exemplo, declarar que 1+1 não faz sempre 2 porque o fato de um casal poder ter um filho invalidaria essa certeza matemática (caso em que 1+1 seria 3). Este exemplo pode parecer um exagero, mas define com precisão o princípio de total liberdade presente nas sentenças acima citadas, ou, ainda, naquelas que negaram no passado a aplicação da Convenção somente porque o processo de retorno foi aberto pelo genitor abandonado e não pela AGU (Advocacia do Estado, autoridade que ativa os processos baseados na Convenção, como um procurador de justiça que representa o Brasil - ver sentença de segundo grau que reverteu tal decisão de extinção: TRF1, e-DJF1, 9 jul. 2010, AC 2009.38.13.007095-0). Não por acaso, no Brasil, popularmente se diz que enquanto um juiz acredita ser deus, o desembargador tem certeza. Os cidadãos têm a sensação de serem constantemente vítimas de decisões que ignoram facilmente consistentes argumentações ou onde não se realizam preventivamente todas as verificações cabíveis. Por exemplo, guardas provisórias costumam ser imediatamente concedidas ao genitor subtrator sem que o genitor abandonado tenha sido ouvido (ver processo n. 1029257-65.2014.8.26.0001 da Justiça Estadual de São Paulo) ou pensões alimentícias são estabelecidas somente com base nas declarações do genitor requerente sobre a realidade econômica do outro genitor, obrigando-o a combater por meses para provar uma eventual realidade diferente e assumindo o risco de ser preso pela falta de pagamento, além de ter que pagar, de qualquer forma, um valor até mesmo superior à própria renda porque a alteração do valor provisório não é retroativa (ver lei brasileira n. 5.478/1968 e notícia do Superior Tribunal de Justiça de São Paulo no facebook: <https://www.facebook.com/notes/superior-tribunal-de-justica-stj/alimentos-provisorios-sao-devidos-ate-a-sentenca-que-os-reduziu-ou-cassou/10154466527660397>).

reputação ou como algo que se deve pedir desculpa para exprimir ou, ainda, que só pode ser expressado por quem possui um determinado título<sup>3</sup>, significa reprimir a construção da racionalidade.

Se é verdade que admitir um erro é a premissa necessária para alcançar um patamar de inteligência superior, também é certo que a expressão de uma opinião diferente é uma contribuição essencial para aqueles que buscam o ideal de justiça (maior é o número de premissas, mais se demonstrará a qualidade de um parecer). Consequentemente, é fundamental eliminar as barreiras do destrutivo orgulho pessoal (de se sentir ilegitimamente inferiorizado em aceitar uma contestação<sup>4</sup>) para poder se concentrar prevalentemente no mérito daquilo que se fala e não no título de quem fala ou no modo com o qual se exprime<sup>5</sup>.

Geralmente, somente quem se encontra fora de um sistema tem a liberdade e a possibilidade de ver aquilo que internamente deixou de ser reparado<sup>6</sup> e o modo de se exprimir não pode ser visto a priori como uma culpa porque pode ser prevalentemente o resultado do sofrimento criado pela realidade irracional contra a qual se procura combater democraticamente (quanto maior for a dor sofrida, mais intensa será a reação natural).

Baseando-se neste contexto de busca da racionalidade, que é o requisito para alcançar uma sociedade melhor para todos, se elencam alguns confrontos que evidenciam as incoerências dos principais axiomas da jurisprudência brasileira:

- o princípio que estabelece que nenhuma medida cautelar pode ser pedida nos procedimentos de retorno<sup>7</sup> é em contradição com o conceito do interesse superior do menor (que se encontra acima dos princípios ordinários) e a própria Convenção (art. 7(2)(b)). Por exemplo, é justo permitir que aconteçam situações terríficas como aquela da criança austríaca de 4 anos, Sophie Zanger, assassinada pela tia brasileira quase 2 anos após a subtração<sup>8</sup>, devido à falta de adoção de adequadas medidas cautelares de proteção?

---

<sup>3</sup> Uma argumentação é considerada válida em relação a uma avaliação do seu conteúdo, portanto, uma verdade pode ser dita até mesmo por uma criança. No caso particular da subtração, é inclusive interessante verificar a opinião de uma criança sobre este tema em geral, provavelmente, quem teve a oportunidade de fazê-lo deve ter ficado positivamente surpreso com a expressão de um critério de justiça superior aquele aplicado comumente pelos adultos. No Brasil, é extremamente forte a tendência de querer sobrepor argumentos técnicos a uma presunção de razão baseada puramente no título de quem está falando. Se ignora o fato de que é comumente mais provável que a incompreensão de um ouvinte não seja consequente a um suposto limite intelectual, mas à falta de um verdadeiro domínio da relativa questão por parte de quem a exprime.

<sup>4</sup> Aqueles que têm o objetivo de defender a própria tese como correta a priori (sem se basear no mérito ou em um raciocínio lógico), qualificam o interlocutor que expõe uma convicção diferente como arrogante, como se tal ação significasse somente a pretensão de impor o próprio pensamento ou de desqualificar a outra pessoa, ou seja, uma forma de agressão. Na realidade, essa tese fere premissas primordiais como, por exemplo: (i) discutir o mérito de um pensamento é o único modo possível para verificar a sua exatidão lógica; (ii) alcançar um pensamento racional é comumente considerado como a melhor escolha a ser praticada; e, (iii) a coerência só pode ser única, não múltipla (a sua qualidade depende do número de premissas que cada um, dentro dos próprios limites, conseguiu levar em consideração). Consequentemente, quem é disponível a discutir o mérito de uma questão é quem possui a verdadeira humildade de não considerar a própria tese como certeza absoluta ou de ser mentalmente aberto à conquista de um entendimento superior. A falta de humildade existe em quem não admite a possibilidade de poder estar errado, em quem julga o outro sem capacidade de compreensão somente pelo fato de apresentar uma visão diferente da própria.

<sup>5</sup> Em um país com fortes desigualdades sociais, onde não raramente se convive com a pobreza mais extrema (onde fazer valer os próprios direitos parece ser uma questão de fortuna ou onde é elevado o risco do uso de vias de fato e não do uso da razão), se pode teorizar que as classes sociais que têm um certo nível econômico e/ou de escolaridade, tendem a usar mecanismos naturais de autodefesa como, por exemplo, se posicionar com superioridade em relação ao próximo ou abusar dos próprios poderes, já que nesta realidade caótica os poderes parecem ser sempre ilimitados e/ou são o único modo para alcançar qualquer mínimo resultado. Consequentemente, muitas autoridades brasileiras, mesmo sem querer/perceber, acabam cultivando uma aversão ao confronto, o contrário daquilo que deveria ser um campo fértil para a construção de certezas científicas. Essa criação contínua de prejulgamentos (justificados no senso comum de autodefesa), ou seja, essa aversão ao mérito e total atenção à forma, retarda enormemente a linha de aprendizagem de qualquer nova lei fazendo pagar um caro preço à população e, consequentemente, alimentando de fato uma forma de círculo vicioso de injustiça social: o cidadão que procura o judiciário raramente consegue obter justiça e a eventual criação de novas leis para tentar melhorar essa realidade acaba aumentando ainda mais a incerteza aplicativa.

<sup>6</sup> Exemplo: o poder judiciário deveria ouvir o cidadão comum e os brasileiros deveriam ouvir a opinião daqueles que moram no exterior.

<sup>7</sup> Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do Conselho de Justiça Federal (CJF) brasileiro (página n. 19/20): "*Os pedidos deduzidos pelo autor não devem desbordar da pretensão de restituição, e eventualmente nem algum pedido cautelar de natureza prática e imediata, como o asseguramento de permanência da criança no atual foro enquanto pendente o processo, regulação cautelar de visitas, e semelhantes. A ampliação de pedidos para outros temas, como regulação de guarda ou de visita, desborda dos objetivos restritos da medida cautelar de busca e apreensão e da previsão emergente da Convenção*". Este manual, escrito em 2015, resulta porém em contradição com o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ) na sentença n. 0203232-0 de 2010 (ver nota n. 9, *infra*) que dá prioridade ao interesse da criança.

<sup>8</sup> Em 2008 os dois filhos do cidadão austríaco Sascha Zanger foram subtraídos pela mãe brasileira e as autoridades brasileiras concederam a guarda à tia materna mesmo sendo acusada pela avó materna e vizinhos de casa de violência contra as crianças e a mãe deles (que, expulsa de casa, estava vivendo na rua, se prostituindo). Segundo o pai, o processo de guarda iniciado no Brasil (junto ao Tribunal Estadual) e, em paralelo, aquele de retorno (junto ao Tribunal Federal) com base na Convenção, incluindo as relativas elevadas despesas, foram inúteis. Em 2009, a filha de 4 anos morre (o irmão de 11 anos foi quem chamou a ambulância) a causa de um forte golpe na cabeça e o médico legal estabeleceu além disso que, com base nos outros hematomas, a criança apanhava constantemente. Mesmo depois da morte da criança, o seu irmão continuou a conviver com a tia considerada culpada de tê-la matado e torturado. O pai conseguiu retornar com o filho na Áustria, por decisão da justiça estadual (não da justiça federal que julga a Convenção), depois de bem 4 semanas e graças às pressões do governo austríaco (mas acabou sendo obrigado de qualquer forma a pagar as despesas de uma perícia psicológica para demonstrar não ter violentado sexualmente as crianças). Somente 9 meses depois o Ministério Público denunciou o fato e o processo penal contra a tia terminou remetido várias vezes por diversos juízes que negavam a própria competência.

- o princípio que determina que o interesse do menor está acima das disposições da Convenção<sup>9</sup>, por conclusão lógica, transforma esta última em letra morta e é em contradição com o fato de que tal avaliação é de competência exclusiva da discussão sobre a guarda<sup>10</sup>. Conseqüentemente (e ilegitimamente), isto levaria a dedução de que os países que escreveram e/ou subscreveram a Convenção (incluindo o Brasil) estariam defendendo, na verdade, uma norma de proteção que, paradoxalmente, ignoraria o verdadeiro interesse dos menores que visam tutelar<sup>11</sup>.
- o princípio que estabelece que a lentidão do judiciário (e a conseqüente adaptação forçada ao país de refúgio) é suficiente para negar as disposições da regra geral de concessão do retorno estabelecida na Convenção<sup>12</sup>, na realidade, é em contradição, por exemplo, com a incontroversa liberdade dada aos genitores de, banalmente, se transferirem (em comum acordo) com os filhos ao exterior ilimitadamente. Existe um país no mundo onde a transferência de crianças por si só é considerada prejudicial a priori somente porque se encontra habituada a ele? Se, no Brasil, a média para alcançar uma decisão definitiva sobre o retorno é de cerca 8 anos, então em qual circunstância uma criança poderá retornar à residência habitual (visto que resultará sempre integrada ao contexto brasileiro)? Em casos de sequestros de crianças não praticados por um genitor e que duram anos, por acaso a justiça brasileira determina que o menor tenha que continuar a viver no “cativeiro” junto com o sequestrador porque se encontra adaptado a tal realidade? A Convenção foi criada para combater a subtração ou para premiar os genitores subtratores? É justo quanto ocorrido no caso das cidadãs holandeses<sup>13</sup> Angelina Maalve Avalon Mathieses e Lisbeth Markussen que levaram ao Brasil os filhos subtraídos porque convencidas de obter as mesmas vantagens jurídicas das mães brasileiras (internacionalmente, é notório que uma criança subtraída para o Brasil raramente retorna<sup>14</sup>)?

<sup>9</sup> Ver Recurso Especial do Superior Tribunal de Justiça REsp 1239777 PE 2010/0180753-9. Foi concedida a perícia psicológica para verificar a integração ao novo ambiente, contrariando o art. 12 (pedido feito dentro do prazo de um ano), porque o Superior Tribunal de Justiça (sentença 2010/0203232-0) estabeleceu que “*uma interpretação literal do ordenamento legal pode triscar o princípio do melhor interesse da criança, cuja intangibilidade deve ser preservada com todo o rigor (...) [se] deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outra norma cogente (...)*”.

<sup>10</sup> Ver o sucessivo ponto 3 deste texto, o âmbito limitado do interesse superior da criança.

<sup>11</sup> Ver nota n. 28, *infra*.

<sup>12</sup> Ver sentença de segunda instância do TRF3 de 13/12/2017 relativa ao processo n. 0000430-61.2013.4.03.6115 que nega o retorno com base nos vínculos criados com o Brasil mesmo sendo vetado pelo art. 12 (pedido feito dentro do prazo de um ano): “*(...) o retorno de ambas para a Suécia após plena adaptação ao novo ambiente, constitui risco grave de submetê-las a perigos de ordem física, psíquica ou, de qualquer modo, a uma situação intolerável, passível de ser desencadeada em razão da devolução*”. Para um observador agudo, foi declarado que o art. 12 da Convenção é em contradição com o art. 13(1)(b), já que é notório uma possível existência de uma “plena adaptação” até mesmo depois de menos de um ano de residência em um novo ambiente (internacionalmente, 3 meses é considerado turismo e 6 meses são, em relação ao, relevante e não único, aspecto temporal da residência, suficientes para efetivar uma mudança de residência). Este é somente um exemplo recente das inúmeras e dominantes sentenças brasileiras que negam o retorno somente a causa da lentidão do próprio judiciário. Mesmo esses processos de subtração sendo pouco conhecidos por correrem com sigilo de justiça, é possível encontrar uma lista grande em livros como o “Sequestro Internacional de Crianças” de Carmem Tiburcio e Guilherme Calmon.

<sup>13</sup> Em 2015, Lisbeth se transferiu ao Brasil e sucessivamente, em 2016, Angelina. Ambas fizeram amizade no Brasil e acusavam os maridos de violência (todos sucessivamente absolvidos na Holanda). Declararam ter escolhido o Brasil porque convencidas da existência de leis de maior tutela em relação às mulheres. Somente em 2018 o tribunal brasileiro impôs a extradição para ambas. Em particular, Lisbeth, depois de alguns anos foi presa e os seus filhos restituídos ao pai, enquanto ela ficou na cadeia aguardando a conclusão do processo (perdendo o contato com os filhos). Se tivessem a cidadania brasileira provavelmente teriam conseguido convalidar as próprias intenções (graças às leis internas que tutelam maioritariamente os próprios cidadãos mesmo se acusados de ações criminais) e as autoridades locais não teriam sentido, psicologicamente, a necessidade de combater a imagem criada de que o Brasil pudesse ser refúgio seguro para todos aqueles no mundo que não respeitam as leis (esses dois casos tiveram relevante repercussão na mídia nacional).

<sup>14</sup> Segundo as estatísticas declaradas pela Autoridade Central brasileira, entre 2013 e 2015, somente em 5% das decisões judiciais se ordenou o retorno. Ver <https://oglobo.globo.com/brasil/disputa-de-guarda-internacional-tem-376-casos-ainda-sem-solucao-18504397> (o site da Autoridade Central brasileira há alguns anos não publica mais as estatísticas e retirou aquelas que tinham sido publicadas no site anterior). Ver o “*Report on Compliance with the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*” produzido anualmente pelo governo americano com as próprias considerações sobre a aplicação da Convenção nos demais países. Entre 2006 e 2019 o Brasil resulta classificado como um país que possui padrões de descumprimento da Convenção (em 2010 foi considerado um país totalmente descumpridor, junto com Honduras e México). Ver a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4245 de 2009, aberta perante o Superior Tribunal Federal (STF) por um partido político brasileiro (DEM) que declara que os artigos 1(a), 3, 7(f), 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18 e 21 da Convenção são inconstitucionais e que desde 2014, após o relativo pronunciamento do parecer do Ministério Público Federal (MPF) e da Advocacia Geral da União (AGU), resulta até hoje em mãos ao juiz aguardando decisão. Isto prova que existe uma parte da sociedade brasileira que não concorda com as disposições da Convenção e que existe um judiciário que aparentemente possui certa dificuldade para conseguir justificar a legitimidade da sua aplicação (por exemplo, o citado ADI 4277 que legalizou o casamento homossexual – ver nota n. 2, *supra* – precisou de somente 2 anos para ser julgado). São também relevantes casos notórios como aquele da criança americana Sean Goldman, em que o pai na época precisou de bem 5 anos para obter o retorno do filho. Não foi suficiente (para resolver o caso em um tempo breve): ter gasto mais de 350.000 dólares (como declarou o pai) entre viagens e custos legais nos dois países; nem as publicações na mídia internacional de artigos com críticas às incoerências da justiça brasileira; nem o fato que o ex-presidente dos EUA, Obama, tivesse tentado pressionar o ex-presidente do Brasil, Lula, a solucionar o caso; nem a crise internacional com os EUA (o Brasil tinha medo de perder 3 bilhões devido ao pedido de um senador de aumentar as taxas de importação); nem a trágica morte da mãe da criança ocorrida um ano antes da decisão final (2009). Muito provavelmente, a criança não teria retornado aos Estados Unidos se a mãe não tivesse falecido.

- o princípio que estabelece que qualquer tipo de conflito de casal é suficiente para justificar a negação do retorno, com base em uma equivocada associação automática e incondicional de consequentes riscos de danos graves indiretos à criança<sup>15</sup>, é discriminatório porque se contradiz com o fato que os tribunais brasileiros, em relação aos próprios cidadãos, conseguem sempre encontrar uma solução para as disputas de guarda sem ter que obrigatoriamente ordenar, por analogia, a extradição das partes. Porque o Brasil se sente autorizado a julgar a guarda que era da jurisdição de outro Estado? No âmbito de uma comunidade internacional, onde deveria vigorar a mútua confiança, resulta coerente julgar os tribunais estrangeiros como incapazes, a priori, de tutelar o melhor interesse da criança em relação à guarda nos casos de supostas denúncias de violência psicológica e/ou física? A Convenção não estabelece que o tribunal natural é aquele que está melhor posicionado para julgar com mais justiça os fatos ocorridos na própria jurisdição (o exato contrário do citado preconceito aplicado)? Os genitores possuem direitos iguais ou existe alguma prova científica que determina que, por exemplo, um genitor pode ser considerado melhor ou mais importante para a criança somente graças ao fato de ser homem ou mulher?
- segundo o direito penal brasileiro a restituição de um objeto roubado não exclui o crime, mas a restituição de um filho subtraído comporta a exclusão do crime de subtração<sup>16</sup>: uma contradição que deveria ser considerada aberrante e que demonstra total incapacidade de tutelar o melhor interesse das crianças. Os direitos de uma criança valem menos do que um objeto? Se o aspecto negativo de qualquer crime é o dano sofrido e se um sequestro de pessoa é comparável à subtração<sup>17</sup>, porque a subtração não é comumente

<sup>15</sup> Na sentença de primeiro grau relativa ao processo n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3, foi rejeitado o retorno por frases irônicas (ver nota n. 86, *infra*) e outros conflitos extremamente limitados considerados como violência psicológica. Por exemplo, foi considerado um insulto (e, conseqüentemente, um ambiente violento) uma fantasia de presidiário utilizada como brincadeira pelo tio (que é, além de tudo, portador de considerável percentual de invalidez mental), em um encontro com a criança ou estabelecido como violência uma acusação de relação extraconjugal, que na Europa não é nem motivo de culpa no processo de separação se a relação extraconjugal foi ocasional/breve ou o casal já possuía uma convivência conflitante. Foram elencados somente fatores sucessivos ao sequestro e muitos baseados puramente nos relatos do genitor subtrator (sem provas), como se não fosse natural, ou uma autodefesa justificável, uma vítima ficar revoltada com o sequestrador do próprio filho. A violência psicológica e física contra a criança foi estabelecida sem que nem tivesse sido citado qualquer elemento que justificasse a improvável correlação entre os eventos "psicológicos" (não violentos ou graves), relativos e diretos ao genitor subtrator, com as eventuais conseqüências indiretas sobre a criança. O próprio genitor subtrator admitiu nas suas petições a vontade de retornar à residência habitual e não tratou do assunto violência no pedido de guarda feito precedentemente no Brasil (ou no de separação feito no exterior), ou seja, sem alguma justificação, o poder judiciário preferiu estabelecer uma contraditória realidade em que este genitor seria submetido, paradoxalmente, a um ambiente psicologicamente violento sem que a própria vítima tivesse conhecimento ou sem demonstrar sofrimento (ver nota n. 146, *infra*). Não deveria ser aceitável que um genitor, somente porque o casamento no exterior não deu certo, tivesse o direito de subtrair a criança para retornar a conviver com os próprios parentes. Não se compreende porque o judiciário brasileiro se mostra tão solidário ao genitor subtrator ao ponto de ignorar o fato de que a criação de argumentações de violência psicológica somente no processo da Convenção demonstra uma incontestável tentativa de manipulação jurídica.

<sup>16</sup> Ver art. 249 do código penal brasileiro, decreto lei n. 2848 de 1940: segundo o parágrafo n.1 deste artigo, não subsiste crime subtração de incapazes se a subtração foi praticada por um genitor com a guarda do menor (não importando se se trata de guarda compartilhada ou exclusiva, ver jurisprudência do Superior Tribunal Federal – STF - citada na nota n. 2, *supra*) e, segundo o parágrafo n. 2, a restituição com ausência de violência exclui qualquer pena. Além disso, por ser uma lei com uma pena considerada leve, o crime resultará de qualquer forma prescrito depois de 4 anos, calculados a partir do momento em que o sequestro foi praticado. Provavelmente, com o objetivo de superar essa lei de discutível eficácia, em 2010 entrou em vigor a lei n. 12.318 que pune penalmente o genitor que busca alienar o filho do outro genitor, mas, inexplicavelmente, não é interpretada pelos juízes brasileiros como automaticamente aplicável às subtrações (assim recita a lei: "(...) São formas exemplificativas de alienação parental (...): (...) II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; (...) VII - mudar o domicílio para local distante (...)"). Enquanto na literatura internacional se usa o termo "genitor subtrator" para identificar o genitor que subtrai o próprio filho, no Brasil, por exemplo, a guia do CJF (ver nota n. 7, *supra*) usa a expressão "genitor requerido" (aquele que recebe o requerimento de retorno) e nas sentenças os juízes fazem questão de explicar que o uso eventual da palavra sequestro é devido à questões históricas (a Convenção foi traduzida oficialmente para o português usando a palavra 'sequestro'), já que subtrair um filho não tem alguma relação com o crime de sequestro (ver nota n. 17, *infra*). O tratamento dado não é nem de uma questão de presunção de inocência, mas de inexistência de uma ação criminosa. A partir do fato que no título da Convenção se especifica o âmbito dos aspectos civis da subtração, isto leva as autoridades da justiça federal brasileira a subentenderem (visando o próprio interesse de negar o retorno, ou seja, um exemplo do uso incorreto ou parcial das normas para legitimar os próprios objetivos) que a comunidade internacional também considera a subtração de uma criança sem qualquer aspecto de relevância penal, ignorando o fato de que tal limitação é ligada somente à vontade de facilitar uma maior adesão. No direito de família, subtrair um filho é uma ação grave contra o interesse da criança e é grande o número de países onde isto é um crime e onde leva-lo ao exterior é considerado um agravante.

<sup>17</sup> O aspecto negativo de qualquer crime é o dano sofrido. Se em um sequestro de pessoa o dano sofrido pelas vítimas é ligado principalmente a 3 elementos: (i) as conseqüências do afastamento recíproco, (ii) a incerteza do bem-estar da pessoa sequestrada e (iii) a extorsão econômica; não existe então alguma diferença relevante com a subtração já que, o único ponto aparentemente diferente, ou seja, a extorsão econômica, se converte superficialmente em despesas legais, viagens, etc. O Relatório Explicativo, procura justificar a distância da Convenção com o crime de sequestro, mas isto não significa que a subtração não possa ter conseqüências penais (de fato, essa distância comporta uma pena diferenciada). No parágrafo n. 53, se especifica que a diferença entre esses conceitos é dada da relação afetiva/familiar entre o sequestrador e o menor, ou seja, pela sua intenção, mas esta diferença não é suficiente para excluir o âmbito penal das subtrações porque aquilo que conta é o dano sofrido, a sua premeditação (intenção) é "somente um agravante. Além disso, de qualquer forma, é possível que uma subtração resulte idêntica a um sequestro. Não basta, por exemplo, a presunção de querer bem ao próprio filho para ser na prática um bom genitor ou um genitor que não faz mal ao próprio filho, não todas as pessoas são equilibradas e/ou possuem uma elevada empatia e/ou conhecimentos técnicos suficientes para garantir a ausência de possíveis ações danosas não intencionais ou inconscientes.

considerada pelo judiciário brasileiro como uma forma grave de violência<sup>18</sup>? Um bom genitor é aquele que ignora o melhor interesse do filho de poder conviver com ambos genitores e/ou aquele que ignora o interesse comum de delegar às autoridades locais a tarefa de encontrar uma solução civilizada aos conflitos familiares (vetando o uso da força para impor a própria vontade como em um faroeste)?

Destacar todas essas fortes contradições é o modo mais eficiente para verificar a exatidão dos relativos axiomas pois não podem ser justos os princípios que anulam outras conclusões consideradas incontroversas. Manter uma coerência ou uniformidade universal é a primeira premissa para qualificar como racional qualquer parecer.

Portanto, se para resolver um problema o primeiro passo é reconhecê-lo e se ora ficou demonstrado que a jurisprudência elencada é extremamente paradoxal, a solução razoável é aquela de aprofundar a análise dos princípios que fundaram a referida Convenção, com o objetivo de alcançar aquelas conclusões mais coerentes que são indispensáveis para a construção de uma sociedade civilizada. Notoriamente, mais baixo é o nível do senso de justiça percebido pelas pessoas, mais crescerá a revolta e a vontade de impor uma justiça pessoal com as próprias mãos. Não deveria ser almejavél este retorno aos níveis de incivilidade do período medieval.

## 2) As dificuldades intrínsecas de compreensão da Convenção

Individualizar as dificuldades intrínsecas de compreensão da Convenção de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (doravante, "Convenção") comporta duas vantagens: justificar a necessidade de uma abordagem diferenciada da Convenção em relação ao estudo realizado comumente na aplicação de leis internas, e; favorecer a aceitação da possibilidade de que as autoridades de um Estado com certas características culturais possam cometer extremos equívocos na aplicação das disposições convencionais.

Antes de estabelecer essas dificuldades, é necessário reconhecer as premissas do contexto em que se encontra a Convenção.

Como é sabido, a Conferência da Haia desenvolve convenções internacionais com o objetivo de criar um direito privado universal e, para garantir a necessária aplicação uniforme<sup>19</sup> deste direito, é indispensável examinar em modo profundo o texto da convenção internacional que se deseja aplicar porque os temas humanísticos são extremamente complexos (ligados também à cultura e/ou nível de maturidade social, que são fatores que variam no tempo) e, banalmente, as traduções dos escritos contém sempre erros e/ou imprecisões<sup>20</sup>.

Em particular, o texto da Convenção pode parecer breve e simples, mas possui um relatório explicativo<sup>21</sup> de bem 44 páginas e outras guias oficiais sobre alguns temas específicos, que aumentam de número com o passar do tempo devido a necessidade de melhorar ainda mais a sua compreensão<sup>22</sup>.

Recentemente, a Comissão Especial, criada desde 1989 pela Conferência para verificar e melhorar a qualidade de aplicação de todas as convenções sobre os direitos das crianças, no último encontro de 2017, apresentou o projeto<sup>23</sup> da Guia de Boas Práticas sobre a Aplicação do Art.13(1)(b) (128 páginas, doravante, "Guia do art. 13(1)(b)"). Como é notório neste ambiente, a aplicação deste artigo é crucial para a Convenção e a simplicidade do seu texto gera muitas

---

<sup>18</sup> Ver nota n. 39 da Guia do art.13(1)(b) com a lista dos estudos sobre os efeitos prejudiciais da subtração. Se não fosse grave subtrair uma criança a Convenção não teria sido criada e o único horizonte possível seria aquele descrito no Relatório Explicativo (parágrafo n. 22), onde cada genitor terminaria se sentindo legitimado a sequestrar a criança de volta para obter justiça, transformando-a em um brinquedo nas mãos dos genitores e vinculando a própria sorte ao nível de qualidade da segurança pública do Estado para onde fosse levada. Uma guerra crescente que obrigaria a criança a não ter mais nem o direito de visitação em relação ao genitor abandonado.

<sup>19</sup> Ver a nota n. 7 da Guia do art. 13 (1) (b): "Ver, por exemplo, (...) Guia de Boas Práticas sobre as Medidas de Implementação (...). Em particular, ver a seção 1.4 "Coerência na implementação e interpretação da Convenção: As disposições da Convenção devem ser implementadas tendo em mente a meta de coerência internacional na aplicação da Convenção e em sua interpretação" e a seção 3.4 "Um processo contínuo de implementação: O sucesso da aplicação da Convenção da Haia de 1980 requer que a Convenção seja aplicada de forma uniforme por todos os Estados membros".

<sup>20</sup> A própria autora do Relatório Explicativo (no parágrafo n. 51 e/ou 63) relata uma pequena diferença de exatidão entre o texto oficial da Convenção em inglês e a versão, também oficial, em francês.

<sup>21</sup> Ver <http://www.hcch.net> ⇒ "Child Abduction" ⇒ "Explanatory Report". Tradução para o português: "Sequestro Internacional de Crianças - Convenção da Haia de 1980 - Relatório Explicativo Pérez-Vera", 2018, publicação independente, ISBN-13: 978-1983121074.

<sup>22</sup> Ver <http://www.hcch.net> ⇒ "Child Abduction" ⇒ "HCCH Publications". Segundo o Guia sobre Medidas de Implementação (parágrafo n. 8), **são necessários 4 elementos para interpretar corretamente a Convenção: a Relatório Explicativo, a jurisprudência internacional, as informações apresentadas nas reuniões das Comissões Especiais e a doutrina.**

<sup>23</sup> Mesmo o seu texto não sendo ainda aprovado, a partir do momento que a maior parte das suas informações se baseiam naquilo que já foi escrito nas precedentes guias oficiais aprovadas há pelo menos 5 anos, é natural considerar que as possíveis alterações serão muito limitadas dado o nível de maturidade dos argumentos tratados. <https://www.hcch.net> ⇒ "Child Abduction" ⇒ "Special Commission meetings" ⇒ "Seventh Special Commission meeting (October 2017)" ⇒ "Prel. Doc. No 3 of June 2017".

polêmicas em nível internacional. Portanto, esta recente guia deveria ser analisada pelas autoridades brasileiras porque apresenta, além de tudo, informações atualizadas sobre tantos outros temas da Convenção.

Levando em conta a necessidade de um estudo da interpretação internacional da Convenção (observando também a jurisprudência internacional sem se limitar somente a não unívoca jurisprudência nacional, como acontece costumeiramente), é importante evidenciar que a Convenção foi escrita prevalentemente pelos países europeus. Por consequência, para verificar as premissas da Convenção, é necessário não subestimar o significado atribuído nestes Estados a alguns conceitos ou terminologias que podem parecer banais, mas que nesta citada cultura europeia podem acabar assumindo uma forma muito diversificada se comparada à realidade brasileira (ou de outras nações). Por exemplo: a tradução do termo convencional 'residência habitual' que mais se aproxima a definição estabelecida na legislação interna brasileira deveria ser 'domicílio habitual'<sup>24</sup>, mas, se se observam os critérios aplicativos, não é de forma alguma comparável com quanto regulamentado na Europa<sup>25</sup>.

Portanto, o hábito de interpretar o texto de uma convenção internacional levando em conta somente exemplos e analogias à legislação ou cultura interna (como se o Brasil tivesse uma legislação idêntica àquela de outros países ou como se possuísse leis perfeitas/não melhoráveis ou, ainda, como se o requisito para a aplicação da Convenção fosse utilizar as definições da legislação nacional)<sup>26</sup>, é incoerente com a vontade da Conferência de construir um direito internacional compartilhado e garantido para todos os países signatários.

Até quando nos processos brasileiros se continuará a não citar o pensamento oficial da Conferência da Haia<sup>27</sup>, representado na suas múltiplas publicações, e/ou até quando não existirá a humildade de aceitar que a própria cultura pode não ter alcançado um nível de maturidade de outras sociedades (o que representaria, por exemplo, cultivar a disponibilidade de absorver as vantagens daquilo que outros já desenvolveram), a distância com a defesa dos direitos internacionais continuará a ser excessiva.

### 3) O âmbito limitado do interesse superior da criança

O âmbito limitado do interesse superior da criança é o conceito de base mais importante a ser compreendido para aplicar corretamente a Convenção. Um entendimento equivocado deste princípio pode inverter completamente a Convenção, transformando-a em um instrumento que gera a realidade negativa que os demais países visavam combater.

Por exemplo, nos procedimentos de retorno, as autoridades brasileiras, com grande desenvoltura, negam o retorno ou emitem ordens no decorrer dos processos conscientes, declaradamente, de contrariar gravemente as disposições da Convenção. Todos justificam esse desrespeito com base na autoconsideração de possuir um conhecimento (relativo ao melhor interesse da criança, no tratamento do caso específico) de qualidade superior àquele

---

<sup>24</sup> Na Europa, a residência é única e corresponde a morada habitual, já o domicílio pode ser múltiplo somente em âmbitos diferentes (por exemplo, em um processo judicial é possível eleger como domicílio, para o recebimento das notificações, o endereço do próprio defensor) e corresponde a morada temporária. No Brasil, o domicílio é a morada habitual e a residência aquela temporária, mas ambas, discutivelmente, podem ser mais de uma (arts. 70-78, lei brasileira n. 10.406 de 2002).

<sup>25</sup> Por exemplo, os Estados europeus obrigam todo cidadão a declarar o próprio endereço de residência em um registro público nacional (muitos direitos e serviços são vinculados a própria residência) e este endereço deve corresponder a uma residência efetiva de pelo menos 6 meses no arco do ano solar, a não ser que a mudança não tenha ocorrido por causas temporárias como por questões de saúde, trabalho, estudo, etc. (ver, por exemplo, art. 16 da diretiva 2004/38/CE). No Brasil, ao invés, basta apresentar, por exemplo, uma única e recente conta de luz em nome de si mesmo ou de um parente próximo para demonstrar a própria residência e não é notório para as autoridades o endereço dos próprios cidadãos (muitos processos judiciais ficam bloqueados pela impossibilidade de localização da parte demandada).

<sup>26</sup> O Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), última instância para os procedimentos de todas as convenções internacionais, com a criação de um grupo de estudo sobre a aplicação da Convenção de 1980 (devido a múltiplas denúncias internacionais), em 2007, produziu um guia comentando a Convenção. Os comentários são prevalentemente voltados a estabelecer uma (pouco consistente) conversão/correspondência na direção do direito interno brasileiro. São também evidentes as premissas erradas sobre a realidade estrangeira e incoerentes "gambiarras" lógicas para procurar provar que a Convenção não impõe uma realidade diferente daquela nacional. <http://www.stf.jus.br/convencao-haia/> ⇒ "Texto da Convenção" ⇒ "Download". Essa guia não foi mais atualizada e apresenta deformidades em relação aquilo que seria a correta aplicação da Convenção segundo recentes publicações da Conferência da Haia.

<sup>27</sup> No Brasil, normalmente, os funcionários auxiliares do gabinete dos juízes escrevem as sentenças ou ordens que serão sucessivamente revisadas pelos juízes. Existe, porém, um grande número de relatos que afirmam que os juízes (e/o Ministério Público em geral) se limitam apenas a assinar essas manifestações, delegando totalmente o próprio trabalho aos estagiários. Nos casos onde essas denúncias correspondem à realidade (alguns casos já foram comprovados), é natural deduzir um maior obstáculo ao reconhecimento das publicações internacionais, porque, banalmente, um eventual estagiário tenderá a limitar a própria pesquisa ao padrão comum da jurisprudência nacional, mantendo um círculo vicioso sem possibilidade de melhoria. A gestão dos processos, em geral, parece ser tão caótica que já chegou a se difundir notícia de advogado escrevendo receita de um bolo (de pamonha) dentro da própria petição depositada no tribunal para protestar e provar que quanto escrito não era lido pelo juiz. Ver (documento e relativos comentários): <https://jean2santos.jusbrasil.com.br/noticias/121548425/advogado-escreve-receita-de-pamonha-na-peticao-para-provar-que-juiz-nao-le-os-autos>

dos juízes e profissionais especializados, originários dos mais variados países, que concordaram a redação da Convenção.

Nessas sentenças discutíveis se teoriza que a própria Convenção declararia um vínculo de inferioridade das suas disposições em relação ao melhor interesse da criança, aduzindo que esta seria a correta interpretação do seu preâmbulo, já que o mesmo estabelece que os seus redatores são "*firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda*".

Ao invés, de acordo com uma leitura rigorosa desse trecho, se nota que a expressão "*relativas à sua guarda*" desmonta todas essas suposições. O preâmbulo não está afirmando uma importância primordial do interesse da criança em relação à Convenção, mas somente em relação ao sucessivo (ou separado) processo de guarda.

Portanto, uma correta interpretação deve levar em conta a existência dos dois importantes axiomas presentes na Convenção: o processo de guarda observa o melhor interesse da criança (como referido no preâmbulo), e; a Convenção não entra no mérito das questões da guarda (como declarado nos arts. 16 e 19).

Para que ambos axiomas possam conservar uma mútua consistência, é necessário compreender que a Convenção não pode ir além de uma avaliação restritiva do melhor interesse da criança. O processo de guarda é o único que analisará o melhor interesse universal (ou completo) da criança, ou seja, é o único que poderá chegar até mesmo ao ponto de sobrepor normas ordinárias para conceder prioridade a este princípio (discutível prática habitual das autoridades brasileiras<sup>28</sup>).

Conseqüentemente, em coerência com o melhor interesse da criança, pode-se definir que a Convenção é uma ferramenta que determina as condições necessárias para garantir que o seu melhor interesse (universal) possa ser julgado pelo tribunal (do Estado), que é considerado convencionalmente como aquele competente.

Neste sentido, assim ensina a Guia do art. 13(1)(b)<sup>29</sup>:

- "*(...) os procedimentos de retorno baseados na Convenção de 1980 não devem incluir uma avaliação abrangente dos "interesses" típica dos procedimentos de guarda, mas devem se concentrar em devolver imediatamente a criança ao Estado da residência habitual, para que os tribunais possam determinar as questões de fundo da guarda e das visitas dos genitores, incluindo, por exemplo, decisões sobre a transferência internacional de um dos genitores com direitos de guarda (...)*".

Portanto, não é possível negar ou querer "corrigir" a aplicação da Convenção invocando questões do supremo interesse (universal) da criança visto que são considerações exclusivas do procedimento de custódia. Segundo o esclarecimento adicional feito na Guia do art. 13(1)(b), na Convenção, (todos) os direitos da criança, ou seja, "*(...) os direitos de guarda[,] são considerados somente para determinar se a transferência ou retenção de uma criança foi ilícita (ver artigos 3 e 5)*"<sup>30</sup>.

A clara intenção do referido trecho do preâmbulo é aquela de evidenciar que, mesmo se em certos casos concretos de subtração alguns pontos da Convenção poderiam parecer aparentemente contrários ao interesse do menor, na verdade, a Convenção foi escrita respeitando os interesses considerados mais importantes, em evidente coerência com a necessidade de combater a tentativa, do genitor subtrator, de obter vantagens jurídicas ilegítimas pelo fato de excluir a competência natural do tribunal da residência habitual.

Em outras palavras, foi concordado que nenhum outro interesse do menor pode ser legitimado a justificar uma aplicação não restritiva do texto da Convenção. Afinal, se fosse mais justo permitir que o Estado de refúgio possa julgar o melhor interesse universal da criança em relação ao pedido de retorno, a Convenção não deveria ter sido criada porque esta já era a realidade anterior à sua instituição.

---

<sup>28</sup> Ver a nota n. 9, *supra*. Em geral, aplicar o princípio do interesse superior do menor para "corrigir" as leis parece ser ilegítimo quando esta correção acontece com frequência e em modo consistente (cancelando a existência de um Estado de direito) próprio sobre leis feitas especificamente para tutelar o interesse das crianças (correção de coerência duvidosa).

<sup>29</sup> Ver o parágrafo n. 86 da Guia do art.13(1)(b).

<sup>30</sup> Ver a nota n. 102 da Guia do art.13(1)(b). Esta consideração confirma também o fato de que a aplicação da Convenção se baseia quase completamente em critérios internacionais, vetando o uso das costumeiras analogias à legislação interna (como se fosse uma avaliação parcial do direito de guarda interno) ou à relativa jurisprudência interna (ver nota n. 26, *supra*), como, por exemplo, o uso da lei "Maria da Penha" (ver nota n. 146, *infra*) para estabelecer a existência de violência doméstica. Se todos os países contratantes aplicassem as próprias leis internas, a Convenção se transformaria em letra morta ou, no caso mais fortunado, privada de uma aplicação uniforme. O único momento em que a Convenção observa as leis internas (mas somente aquelas do Estado requerente) é no momento em que deve avaliar se a subtração foi ilícita.

As seguintes citações presentes no Relatório Explicativo da Convenção, são exemplos que confirmam a qualidade do raciocínio apresentado e a sua correspondência com a intenção e o equilíbrio mediático alcançado pelos redatores da Convenção:

- Parágrafo n. 21: "Sobre este aspecto, se manifestou com razão que "a norma jurídica que repousa sobre "o interesse superior do menor" é, a primeira vista, de tamanha imprecisão que parece mais um paradigma social do que uma norma jurídica correta. **Como dar consistência a esta noção para decidir qual é o interesse último do menor sem cair em suposições, que só têm a sua origem no contexto moral de uma determinada cultura?** Ao introduzir o termo "último" na equação, se nota de imediato sérios problemas dado que o enunciado geral da norma não permite saber claramente se "o interesse" do menor que se quer proteger é o que segue imediatamente a resolução ou da sua adolescência, da sua existência como jovem adulto, da sua idade madura ou da sua velhice";
- Parágrafo n. 22: "(...) não podemos ignorar o fato que o recurso, por parte das autoridades internas, a semelhante noção implica o risco de traduzir manifestações de particularidades culturais, sociais, etc. de uma dada comunidade nacional e, portanto, no fundo, **formular julgamentos de valores subjetivos sobre a outra comunidade nacional da qual o menor acabou de ser arrancado**";
- Parágrafo 23: "Pelos motivos invocados, entre outros, a parte dispositiva da Convenção **não contém alguma referência explícita ao interesse do menor como critério correcedor do objetivo convencional**, que consiste em garantir o retorno imediato dos filhos transferidos ou retidos de forma ilícita. Não obstante, não cabe deduzir deste silêncio que a Convenção ignore o paradigma social que proclama a necessidade de levar em conta o melhor interesse dos menores para resolver todos os problemas que os afetam. Muito pelo contrário, já no preâmbulo, os Estados signatários declaram estar "firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda": justamente, esta convicção, os levaram a elaborar a Convenção, "desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas";
- Parágrafo n. 24: "(...) **entre as manifestações mais objetivas que constituem os interesses do menor está o direito de não ser transferido ou retido em nome do direito mais ou menos discutível sobre a sua pessoa.** Neste sentido, convém lembrar a Recomendação 874 (1979) da assembleia parlamentar do Conselho Europeu cujo primeiro princípio geral evidencia que "os menores não devem ser considerados propriedade dos seus pais, mas devem ser reconhecidos como indivíduos com direitos e necessidades próprias (...);
- Parágrafo n. 39: "Tal autonomia não significa que as disposições pretendam resolver todos os [tipos de] **problemas que abrangem as subtrações internacionais de menores.** Muito pelo contrário, na medida em que os objetivos da Convenção, mesmo sendo ambiciosos, tem um alcance muito concreto, o problema do fundo do direito de guarda se situa fora do seu âmbito de aplicação (...)"

#### 4) Procedimentos urgentes

Neste contexto, é necessário evidenciar um fator que até hoje resulta constantemente subestimado pelas autoridades brasileiras<sup>31</sup>: em paralelo à avaliação dos interesses mais importantes do menor (consequente ao âmbito restritivo da Convenção), se encontra a exigência incontroversa de ter o seu retorno julgado com urgência (em 6 semanas, art. 11) em todas as instâncias.

Sobre este ponto, todas as guias da Conferência explicam em diferentes modos a importância de uma decisão rápida. Por exemplo, o Relatório Explicativo ensina que:

- Parágrafo n. 36: "(...) quando é deslocado um menor, o fator tempo adquire importância decisiva. De fato, **os transtornos psicológicos que o menor pode sofrer devido esta transferência poderão se repercutir se a resolução relativa ao seu retorno só fosse pronunciada após um certo tempo**";

---

<sup>31</sup> Por exemplo, somente para encaminhar ao tribunal o pedido de retorno os tempos são exageradamente longos: cada pedido chega primeiro às autoridades da capital (Brasília) que, após encaminhar o pedido a outras autoridades locais para decidir o que fazer, finalmente o encaminham à autoridade competente do lugar onde se encontra a criança, tendo, porém, que superar, antes, todo o percurso hierárquico da federação. Outro exemplo: os juízes federais negam as medidas cautelares de retorno imediato julgando a inexistência do *periculum in mora*, como aconteceu no procedimento de primeiro grau do TRF3 n. 0009297-20.2015.403.6100.

- Parágrafo n. 40: "*A Convenção se apresenta como um instrumento destinado a aportar uma **solução urgente**, com vistas a evitar a consolidação jurídica das situações, inicialmente ilícitas, causadas pela transferência ou o negado retorno de um menor (...)*";
- Parágrafo n. 63: "*(...) a disposição que comentamos [ (art. 2: "(...) para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência" ) ] se limita a pedir aos Estados contratantes que, nas questões referidas a matéria objeto da Convenção, **utilizem os procedimentos mais rápidos que existem no seu próprio sistema jurídico***"<sup>32</sup>.

A Guia do art. 13(1)(b) reforça ainda mais estes conceitos (com bem 4 páginas onde trata também as técnicas de gestão judicial capazes de garantir o respeito dos prazos da Convenção):

- Parágrafo n. 95: "*É importante enfatizar que **procedimentos rápidos são essenciais em todas as etapas dos procedimentos da Convenção, incluindo quaisquer tipos de apelo, se permitido. O atraso indevido também deve ser evitado entre instâncias, por exemplo, entre a decisão do tribunal de primeira instância e o início de qualquer procedimento de apelação***";
- Parágrafo n. 98: "*A **necessidade de rapidez está vinculada ao limitado âmbito dos procedimentos de retorno, uma vez que esses procedimentos no Estado requerido não devem ser transformados em um exame do fundo da guarda e/ou determinação das visitas, pois o Estado da residência habitual da criança é o foro correto para determinar essas questões***".

Observando os processos brasileiros de retorno, que possuem uma média de cerca 8 anos para alcançar uma decisão final sobre o retorno, se pode estabelecer que é possível (mas não uma certeza de elevada probabilidade<sup>33</sup>) obter decisões em tempos menores, combinando dois fatores: uma rápida ação promovida pelo advogado particular do genitor abandonado e uma fraca estratégia de defesa do genitor subtrator.

Em relação ao segundo fator, o genitor subtrator, quando arquiteta a subtração com o auxílio de um advogado brasileiro<sup>34</sup>, consegue construir artificialmente com grande facilidade empecilhos intransponíveis ao retorno imediato da criança. Declarar, por exemplo, falsas acusações de violência doméstica são extremamente eficazes porque falsas declarações acabam normalmente não sendo punidas no sistema brasileiro<sup>35</sup> e a gravidade deste tipo de acusação tende a levar o poder judiciário a uma avaliação mais emotiva e menos objetiva (invertendo, por exemplo, o ônus da prova<sup>36</sup>).

Em relação a possibilidade da ação de um advogado particular, existe uma grande desvantagem para o genitor abandonado ligada aos custos advocatícios e à legalização das traduções dos relativos documentos ou provas (que

<sup>32</sup> Como especificado na nota n. 110 da Guia do art. 13(1)(b), muitos países (Austrália, Alemanha, Uruguai, etc.) modificaram o próprio direito interno para garantir a necessária rapidez nos procedimentos de retorno.

<sup>33</sup> Ver nota n. 2, *supra*, que demonstra a incerteza do sistema jurídico brasileiro.

<sup>34</sup> Ver o processo de primeiro grau n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3 onde foi constatado que o genitor subtrator organizou a subtração com o seu advogado que o aconselhou, por exemplo, a criar desculpas para ir ao Brasil (por exemplo, doença de um parente próximo) e requerer a cidadania brasileira para o filho (no Brasil é comum não ser necessário o consentimento do outro genitor em qualquer decisão relativas aos filhos). Ver o caso Rosilene Batista Silva que ficou famoso pelo vídeo publicado nas redes sociais onde filho de 6 anos chorava dizendo não querer ficar com o pai e onde o advogado da Defensoria Pública (no Brasil, o direito de assistência jurídica gratuita para os cidadãos de baixa renda é oferecido por uma instituição pública chamada Defensoria Pública) aconselhou a mãe a sequestrar o filho para outra cidade brasileira para poder reverter a guarda.

<sup>35</sup> Diferentemente de outros países, onde as declarações dos cidadãos constituem a assunção de grandes responsabilidades em qualquer âmbito (eliminando dessa forma toda a burocracia necessária para verificar a veracidade das mesmas), no Brasil, vigora o costume de obrigar o cidadão a provar aquilo que declara. Por exemplo, para uma criança (com a lei 13.812/ 2019 foi alterado o art. 83 do Estatuto da Criança e do Adolescente que passou a impor como limite de idade de 16 anos, não mais 12) poder viajar para uma cidade diferente, sem um dos genitores, é necessário obter uma autorização diretamente do juiz tutelar. Outro exemplo comum: para um documento qualquer ter validade é necessário superar o procedimento de reconhecimento da sua assinatura. Consequentemente, crimes comuns (teóricos), como uma falsa declaração de pobreza, nunca são puníveis porque a jurisprudência considera a existência de instrumentos de verificação da veracidade como suficientes para eximir a culpa: ver STF HC 85064-SP, STJ HC 105592-RJ. Em particular, notoriamente, o réu tem o direito de mentir em um processo (ver art. 342 do código penal brasileiro), mas a possível acusação de calúnia (pela eventual mentira referida) é um crime de baixa gravidade (ver art. 138 do código penal brasileiro) e com vários obstáculos aplicativos: a simples denúncia desse crime de honra, não comporta uma ação legal por parte do Ministério Público brasileiro porque é um crime classificado como relativo à esfera privada e não pública, ou seja, a vítima é obrigada a assumir todos os custos e riscos da abertura do relativo processo penal (a legislação brasileira não considera suficiente o ato de denunciar o crime como a expressão de uma iniciativa privada voltada a pretender a punição do réu).

<sup>36</sup> Ver o Ponto 6, letra "a", *infra*.

seriam gratuitos através do canal de intervenção da autoridade central). De qualquer forma, a possibilidade de iniciar a ação judicial meses antes do procedimento “natural”<sup>37</sup> e com uma verdadeira assistência jurídica pode ser crucial<sup>38</sup>.

Até mesmo muitos juízes brasileiros acabam considerando também si mesmos como vítimas da lentidão dos procedimentos da Autoridade Central brasileira porque, aqueles que acreditam correto o princípio do retorno imediato, ao receberem um pedido de retorno após meses (ou quase um ano) da subtração de estadia no Brasil, iniciam a ter dúvidas sobre a legitimidade de uma eventual decisão de retorno<sup>39</sup>.

A primeira demonstração dessas dúvidas se observa no dominante indeferimento de medidas cautelares de retorno imediato e no dominante deferimento de suspensão das eventuais ordens de retorno decretadas. Provavelmente, uma medida cautelar de retorno imediato é a única fórmula correta de aplicação da Convenção, pois para respeitar o prazo de 6 semanas a avaliação deveria ser relativamente sumária.

Portanto, se pode estabelecer que a correta aplicação da Convenção morre no momento em que a medida cautelar de retorno é negada ou suspensa irremediavelmente. Querer fazer parte de uma comunidade internacional significa confiar no fato que a autoridade estrangeira vai saber tratar do caso tão bem quanto trataria a autoridade brasileira, de forma que não deveria prevalecer o medo de delegar a uma outra autoridade desconhecida o tratamento exaustivo de um ou mais argumentos do caso.

Infelizmente, o fator tempo é o requisito mais importante da Convenção e o menos respeitado no Brasil. Em todos os cursos ou publicações brasileiras, que têm por objetivo alcançar um melhor entendimento da Convenção, o conceito da necessidade de rapidez é sempre expresso com convicção e unanimidade. Porém, nos fatos, e, diferentemente das boas intenções expressas intencionalmente nesses relativos encontros e publicações, até mesmo os próprios autores dessas declarações são os primeiros que não o colocam em prática no momento em que são chamados a aplicar a Convenção<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Ver o processo de primeiro grau do TRF3 n. 0009297-20.2015.403.6100. Neste caso, a subtração aconteceu em junho de 2014 e o pedido de cooperação judicial foi feito pelo genitor abandonado à autoridade central estrangeira em julho de 2014. A autoridade central brasileira confirmou o recebimento do pedido somente em setembro de 2014. Todos os contatos do genitor subtrator foram fornecidos (endereço, telefones), mas ele só foi contactado em novembro de 2014 (após nova contestação sobre a demora) e o processo de retorno só foi aberto em maio de 2015 (15 dias antes de completar um ano da data da subtração) devido problemas da autoridade central brasileira na recepção dos documentos requeridos. Por exemplo, a AC brasileira comunicou dificuldades técnicas no recebimento de anexos enviados por e-mail após 8 meses do envio, decidiu unilateralmente de fechar o caso sem comunicar tal decisão, negou o recebimento alternativo dos documentos (que ela mesmo requereu) através do correio (ver nota n. 40, *infra*). Foram inúteis as diversas reclamações e contestações, a própria vítima comunicou se sentir de frente a problemas kafkianos.

<sup>38</sup> A Advocacia Geral da União (AGU), que promove gratuitamente a ação de retorno, trabalha com total autonomia representando o Brasil na defesa da aplicação da convenção internacional assinada. O genitor abandonado não tem a possibilidade de fazer pedidos de ações legais a AGU e o único modo para ser representado é contratando um advogado particular, como insistentemente a autoridade central brasileira usa como resposta as reclamações encaminhadas pelos genitores abandonados. Exemplos de reclamações: obter cópias dos atos processuais, regulamentação provisória do direito de contato, apelação adversa as medidas cautelares negadas ou outras ordens, etc.

<sup>39</sup> Muitos podem considerar esse atraso até mesmo como um desinteresse do genitor abandonado já que se baseiam na realidade brasileira, na qual vigora a ideia de que qualquer sistema público é sinônimo de ineficiência, resultando impensável não contratar um advogado particular para solucionar situações importantes, mesmo quando a certeza de vitória jurídica se mostra evidente. Além disso, essas dúvidas podem ser naturais também para um genitor abandonado, pois, depois de anos sem contato com o filho, começa a se perguntar se não vale mais a pena desistir de continuar batalhando contra um judiciário que parece não querer ouvir. Um eventual retorno extremamente retardado poderá causar um relevante sofrimento na criança que as vezes se verá obrigada a conviver com um ‘novo’ genitor com o qual rejeitará até (re)construir qualquer vínculo por considera-lo culpado pela mudança forçada. Quando o sentido de injustiça e de impotência é grande, quando a esperança do retorno já quase não existe mais, quando a disputa judicial parece mais um ato de masoquismo (menos se mexe em uma ferida aberta, menos se sofre), pode ser natural procurar aceitar ter perdido um filho ou aceitar que o seu futuro seja infeliz por não ter conseguido praticar a saudável influência que poderia equilibrar os valores distorcidos impostos com exclusividade pelo genitor subtrator. Quando uma pessoa possui a sensibilidade de perceber que na vida acontecem muitas coisas absurdas que terminam toleradas pela sociedade em geral, se perde a certeza da medida do nível ou do limite de gravidade das coisas, ou seja, da necessidade de combater por aquilo que se acredita justo, aquilo que poderia garantir um futuro melhor aos próprios filhos. Neste contexto, a aceitação e adaptação incondicional acaba parecendo ser a única fórmula de sobrevivência.

<sup>40</sup> Isto vale tanto para simples autoridades administrativas, como para a Autoridade Central brasileira, quanto para juízes até mesmo de instâncias superiores. Por exemplo, enquanto a Autoridade Central brasileira (sempre presente nos cursos como palestrante) declara para a Conferência da Haia ter melhorado os procedimentos através do uso de comunicação por e-mail (ver: <https://www.hcch.net> ⇒ “Child Abduction” ⇒ “Country Profiles” ⇒ “Brazil Country Profile”, perguntas n. 6.2.e, 13.2.c, 13.2, e; <https://www.hcch.net> ⇒ “Child Abduction” ⇒ “Special Commission meetings” ⇒ “Seventh Special Commission meeting (October 2017)” ⇒ “Responses from States” (“Prel. Doc. No 2 of January 2017”) ⇒ “Brazil”, pergunta n. 1.3), na realidade, não é capaz de receber e-mails com anexos de poucos megabytes. Ela declara também não ter disponibilidade de aceitar soluções alternativas como, por exemplo, fazer o download dos anexos em sites públicos/gratuitos e/ou receber a relativa documentação através de entrega direta por uma empresa local de fotocópias (pretende que o envio seja internacional). Como as questões familiares são complexas, é impensável a existência de poucos anexos, portanto, a utilidade de um serviço de e-mail com um standard tão inferior daquele comum resulta ser extremamente discutível. De fato, buscar uma solução para este problema, em 2019, deveria ser extremamente simples e isto leva a considerar a existência de uma grande falta de interesse em relação ao bem-estar da criança. Outro exemplo (dessa vez em relação aos juízes): os processos não se baseiam em eficientes audiências de discussão com a participação das partes (como acontece nas varas de família), mas somente na apresentação de memoriais que terminam se transformando em produções exageradamente longas que acabam desviando o foco das questões relevantes.

Em resumo, o desrespeito do fator tempo é como uma avalanche que começa com a lentidão injustificada por parte da Autoridade Central brasileira e termina exponencialmente multiplicada pelo poder judiciário. Os cidadãos estrangeiros, muitas vezes habituados a obter serviços públicos satisfatórios, se iludem de poder alcançar uma solução em um tempo aceitável por ser uma questão de nível internacional, economizando assim os custos legais brasileiros (que muitas vezes superam os custos de países considerados mais ricos e são repletas de incertezas causadas pela distância cultural e física), mas quando, sucessivamente, conquistam a certeza de que isto não corresponde à realidade, descobrem também que é tarde demais para ter uma mínima esperança de obter resultados relevantes com uma ação independente através de um advogado particular.

## 5) O valor do critério da adaptação presente no art.12

Outro importante ponto a ser desmistificado é a tendência vigente no Brasil de negar o retorno justificando que o foco principal da Convenção e/ou do interesse do menor é impedir que a criança sofra o "trauma" de ser forçada a se integrar em um novo ambiente.

Este pensamento equivocado é o resultado de uma leitura superficial do preâmbulo da Convenção<sup>41</sup> que estabelece a intenção de "*proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio*".

Para um leitor inexperiente na matéria, os efeitos prejudiciais citados podem parecer um aspecto ligado, banalmente, à adaptação ao novo contexto, mas, como é notório, o dano sofrido é prevalentemente relativo a outros aspectos mais relevantes. A hierarquização dos vários aspectos prejudiciais em relação a própria importância é um requisito fundamental para uma correta observação do interesse da criança no âmbito limitado<sup>42</sup> da Convenção. Por exemplo, a perda do direito de ter a própria custódia julgada com mais justiça pelo tribunal natural é considerado um dos efeitos prejudiciais mais relevantes da mudança de domicílio.

Podem-se elencar diversas premissas que demonstram que, convencionalmente, a integração à um novo ambiente na realidade é um aspecto secundário em relação a muitos outros eventuais danos:

- resulta notório, principalmente na psicologia infantil, que em geral as crianças têm uma grande facilidade de adaptação e que, na realidade, são os adultos (que julgam os processos) aqueles mais propensos a rejeitar uma mudança (maior a idade, maior será a rejeição/trauma<sup>43</sup>), ou seja, a transferência da residência habitual na literatura científica não gera a priori o risco de uma situação intolerável;
- o Relatório Explicativo ensina que o prazo de 1 ano (art. 12) foi estabelecido como uma solução "menos ruim" (no respeito do interesse do menor) para garantir uma norma objetiva<sup>44</sup>. Mesmo se, por exemplo, em nível internacional/europeu possam bastar 6 meses para impor, no direito interno, uma nova residência como habitual<sup>45</sup>, visto que, no caso de crianças subtraídas outros fatores são mais relevantes em relação a integração social, foi concedido um prazo muito mais amplo (1 ano). É evidente que este tempo, na maioria absoluta dos casos de eventual ordem de retorno, levará a criança a ter que enfrentar uma readaptação a uma nova realidade;
- o Relatório Explicativo ensina que o prazo de 1 ano (art.12) é ligado ao "*momento de apresentação da demanda, ao invés da data da resolução, já que o possível atraso da ação das autoridades competentes não deve prejudicar os interesses das partes amparadas pela Convenção*"<sup>46</sup>. Isto significa que a questão da integração foi considerada irrelevante em face a inadimplência da ação do judiciário em respeitar o prazo de 6 semanas para a conclusão do procedimento (art.11);

---

<sup>41</sup> A leitura superficial do preâmbulo da Convenção é o que leva comumente as autoridades brasileiras a teorizar os dois maiores erros interpretativos da jurisprudência interna: considerar que a Convenção examina o melhor interesse da criança de forma exaustiva (como explicado anteriormente no ponto 3) e que uma eventual longa estadia no país de refúgio automaticamente justificaria a subtração (e o consequente indeferimento do retorno).

<sup>42</sup> Ver O âmbito limitado do interesse superior da criança, *supra*.

<sup>43</sup> A Convenção foi limitada às crianças de até 16 anos exatamente porque nesta idade podem começar a não aceitar qualquer tipo de mudança. Como ensina o Relatório Explicativo (parágrafo n. 77): "(...) uma pessoa de mais de 16 anos tem geralmente uma vontade própria que resultará difícil de se ignorar, seja por um ou outro lado dos seus genitores, seja por uma autoridade judicial ou administrativa (...)".

<sup>44</sup> Ver parágrafo n. 107 e 108 do Relatório Explicativo.

<sup>45</sup> Ver notas n. 24 e 25, *supra*.

<sup>46</sup> Ver parágrafo n. 108 do Relatório Explicativo. Ver também nota n. 59, *infra*.

- o Relatório Explicativo ensina que a obrigação de restituição é válida por um período indefinido<sup>47</sup>, portanto, não é suficiente ou prevalentemente relevante o fator temporal para reconhecer um menor como integrado ao novo ambiente porque existe uma hierarquia de importância a ser observada ao interno do interesse do menor<sup>48</sup>;
- o Relatório Explicativo cita que no processo de redação da Convenção foi rejeitada a proposta de especificar que o retorno da criança tivesse que ser feito ao Estado da residência habitual porque aquilo que se procura proteger é "**o direito de não ser separado de certo contexto que, em certas ocasiões, será fundamentalmente familiar**"<sup>49</sup>. Consequentemente, "*se deve interpretar que o silêncio da Convenção a este respeito permite que as autoridades do Estado de refúgio devolvam o menor diretamente ao demandante, com independência do lugar da sua residência atual*"<sup>50</sup>, ou seja, não é um fator relevante restringir a criança a se integrar a uma eventual (segunda ou até terceira) nova realidade<sup>51</sup> no caso em que o genitor abandonado tivesse, nesse meio tempo, mudado a própria residência habitual;
- se deduz que o critério de integração estabelecido no art. 12 é pouco relevante também através do fato de que as suas disposições podem ser superadas pelo art. 18 que autoriza o uso de critérios mais favoráveis ao retorno, como ensina o Relatório Explicativo<sup>52</sup>;
- se é natural considerar que uma vítima de um caso de sequestro "comum" tenha que retornar ao ambiente anterior mesmo depois de anos vivendo em cativeiro com o sequestrador, por analogia, também é natural atribuir uma maior importância ao retorno nos casos de subtração por ser de menor importância a questão de um possível risco de trauma de readaptação;
- se desconhece a existência de qualquer regime legislativo que impeça a transferência da residência habitual de crianças, até mesmo relativamente frequente, nos casos em que os genitores tomem tal decisão em comum acordo. Se fosse uma certeza automática a existência de um prejuízo relevante para as crianças envolvidas, isto seria vetado, já que no direito de família vale o princípio de que uma criança não pode ser vítima dos interesses pessoais dos seus genitores<sup>53</sup>.

O Relatório Explicativo não esclarece em modo exaustivo porque então foi decidido usar no art.12 o critério da integração ao novo ambiente, visto que é evidente a sua classificação como um fator secundário. Esta escolha foi explicada citando somente dois fatores<sup>54</sup>:

- foi a única solução encontrada para impor uma certa flexibilização a necessidade de estabelecer um prazo para a imposição do retorno imediato, mas garantindo de qualquer forma a possibilidade do retorno mesmo para um pedido feito após um ano (neste caso o texto da Convenção fala sempre de retorno, mas sem classificar ele como imediato<sup>55</sup>);
- visto que seria incoerente com os objetivos da Convenção estabelecer um critério de retorno baseado no melhor interesse do menor<sup>56</sup> (pois matéria de competência do juízo de custódia), avaliar o fator da

<sup>47</sup> Ver parágrafo n. 109 do Relatório Explicativo.

<sup>48</sup> Por exemplo, para uma criança muito pequena pode não existir qualquer interação relevante com o ambiente em que vive (seja porque fica geralmente em casa, seja porque ainda não desenvolveu um certo nível cognitivo) ou uma vontade de convivência com ambos genitores pode ser muito mais relevante em relação aos demais hábitos sociais.

<sup>49</sup> Ver parágrafo n. 110 do Relatório Explicativo.

<sup>50</sup> Ver nota *supra*.

<sup>51</sup> A Guia do art.13(1)(b) é ainda mais precisa (parágrafo n. 39): "*Embora o Preâmbulo da Convenção se refira ao retorno para o "Estado da residência habitual", não existe tal referência no Artigo 12 ou em outros Artigos da Convenção. Esta omissão é intencional e permite à autoridade competente em algumas circunstâncias de ordenar o retorno da criança para onde achar apropriado (...)*"

<sup>52</sup> Ver parágrafo n.112 do Relatório Explicativo.

<sup>53</sup> Em palavras simples: visto que nenhuma criança pede para nascer, os genitores devem garantir que a vida das mesmas não se transforme em uma tortura ou punição. Os interesses pessoais dos genitores passam em segundo plano e se deve garantir à criança a possibilidade de se adaptar da melhor forma possível à convivência social.

<sup>54</sup> Ver parágrafo n.107 e 109 do Relatório Explicativo.

<sup>55</sup> Ver nota n. 45 da Guia do art. 13(1)(b): "*Diferentemente do art. 12(1), o art. 12(2) fala apenas de "retorno", não de "retorno imediato", levando em conta que nas circunstâncias em que esta disposição se aplica, o retorno da criança ocorreria após mais de um ano da transferência ou retenção ilícita; ver o Relatório Explicativo (op. cit. nota 8), par. 109"*.

<sup>56</sup> Ver parágrafo n. 107 do Relatório Explicativo: "*(...) é certo que quando está integrado em um novo ambiente, o seu retorno só deveria acontecer sob uma análise do fundo do direito de guarda, o que nos situaria fora do objetivo convencional (...)*", ou seja, é natural a vontade de avaliar em todos os casos a integração à nova realidade, mas isto se encontra distante do âmbito da Convenção. Se a criança, com base no critério temporal do art. 12 (ver nota n. 46, *supra*), resultasse adaptada, o juiz estará livre de decidir pelo retorno ou de submeter tal decisão ao juízo da guarda (ver nota n. 133, *infra*). Exemplo: para uma criança de 3 anos pode ser irrelevante o fator adaptação assim como os demais fatores que constituem uma análise abrangente do seu interesse (âmbito do processo de guarda). Já em uma criança de 12 anos, o juízo de guarda deverá observar um número maior de fatores (incluindo a adaptação). Não existem decisões automáticas, toda decisão é vinculada ao caso concreto. Ver nota *infra*.

integração ao novo ambiente resultou ser a escolha mais equilibrada. Naturalmente, isto comporta também, em coerência com os princípios enunciados anteriormente ou com o Relatório Explicativo e Guia do art. 13(1)(b), que a avaliação deveria ser feita por especialistas capazes de estabelecer quais são os fatores em uma integração mais relevantes no contexto de uma criança de acordo, por exemplo, à sua idade, como acontece nos casos em que a atribuição da residência habitual resulta discutível<sup>57</sup>.

Se observa que o enfraquecimento da regra geral do retorno imediato da criança, para as demandas apresentadas após um ano da constatação da subtração, resulta coerente com o seguinte princípio estabelecido no Relatório Explicativo: "*o comportamento posterior do genitor despossuído mostra uma aceitação sobre a nova situação criada, o que a faz ser mais dificilmente impugnável*"<sup>58</sup>.

Portanto, a necessidade de escolher um elemento de avaliação restritivo, para evitar conflitos com o processo de guarda (que é o único procedimento que analisa o melhor interesse da criança), levou a Conferência a individualizar a integração ambiental como um fator que melhor competiria com os danos gerados pela inércia do genitor abandonado.

Como já visto, o conceito de integração a um novo contexto não depende exclusivamente do fator temporal, mas ele representa um componente extremamente relevante. Consequentemente, essa decisão contrabalança o fator temporal da integração com o fator temporal de um eventual atraso no pedido de retorno, que estaria ignorando exatamente o aspecto da necessidade de requerê-lo rapidamente para evitar eventuais prejuízos derivados da readaptação forçada<sup>59</sup>.

Esta decisão também comporta a vantagem de impedir que a Convenção possa ser ilegitimamente usada para fazer com que a criança, que se encontra aparentemente refém do genitor subtrator, passe a ser refém do genitor abandonado. Assim enuncia a Relação Explicativa: "*Esta precisão possibilitou a supressão de toda referência ao exercício da "boa fé" do direito de guarda, com o qual se evitou que a Convenção pudesse ser utilizada como instrumento de uma possível "barganha" entre as partes*"<sup>60</sup>.

Para completar este estudo das premissas e contexto da Convenção, é importante sublinhar como a Guia do art. 13(1)(b) esclarece definitivamente o valor da relevância da integração ao Estado de refúgio ao citar, como exemplo de jurisprudência internacional coerente, o fato que "*é importante notar que a criança pode enfrentar algum grau de dano se for condenada a retornar ao Estado da residência habitual, no entanto, isso geralmente é **insuficiente para satisfazer o elevado patamar do art. 13(1)(b)***"<sup>61</sup>. Assim como: "*(...) **alguns danos são inevitáveis com o retorno, assim como alguns danos são inevitáveis em uma transferência ou retenção ilícita. Será a preocupação do Estado para o qual as crianças retornarão minimizar ou eliminar este dano***"<sup>62</sup>.

Em conclusão, considerar que a Convenção deve ser corrigida (que se deve negar o direito das crianças somente porque os processos são longos) e que para a criança é melhor atrasar (mesmo de anos) a sentença de retorno com investigações e discussões sobre a sua integração (mesmo se para isso tiver que violar o art. 12) é um pensamento extremamente incoerente com o texto da Convenção (e relativas guias) ou com a consolidada definição internacional do interesse do menor (tanto no mérito quanto em relação aos danos provocados principalmente à criança por causa da lentidão da decisão final).

---

<sup>57</sup> A sentença da Corte Europeia de 02/04/2009 estabeleceu que, em relação aos princípios, o conceito de residência habitual é independente daquele do direito nacional e é ligado ao caso concreto. A sua avaliação depende de um conjunto de fatores que caracterizam cada caso porque não existem fatores determinantes para todos os casos. Em relação as regras interpretativas, a Corte forneceu uma lista não exaustiva e não obrigatória de indícios que o juiz de mérito deve levar em consideração, uma solução de equilíbrio entre a teoria quantitativa (período de tempo em um determinado lugar) e aquela qualitativa (natureza subjetiva, como a integração, a escolarização, vontade do menor, etc.): integração ao ambiente, duração da estadia, regularidade da estadia, condição da estadia, razões da estadia, razões da transferência, nacionalidade da criança, lugar e condições de escolarização da criança, conhecimento da língua da criança, relação familiar e social da criança, intenção e vontade dos genitores. Os juízes também esclareceram que, na averiguação do caso concreto, é indispensável usar o maior número de elementos possível.

<sup>58</sup> Ver parágrafo n. 28 do Relatório Explicativo. Mesmo se este parágrafo na verdade trata do art. 13, o mesmo princípio é coerente com a construção do art. 12.

<sup>59</sup> É importante evidenciar que esta conexão lógica é um dos elementos que justifica o porquê de o fator temporal poder ter consequências jurídicas somente no caso em que for o resultado de uma ação do genitor que requer o retorno. Um eventual retardo provocado pelo poder judiciário não pode ser usado para negar o direito das partes, isto seria contrário ao princípio do interesse superior da criança. No direito em geral, para tutelar o direito de defesa, é possível até mesmo a prescrição de crimes devido a lentidão do poder judiciário, mas o caso específico da Convenção é de uma situação completamente fora do âmbito ordinário. Para respeitar os seus objetivos, não é admissível ou previsto a existência de um judiciário que julga a subtração sem a requerida urgência. Ver nota n. 56, *supra*.

<sup>60</sup> Ver parágrafo n. 115 do Relatório Explicativo.

<sup>61</sup> Ver a nota n. 351 da Guia do art.13(1)(b).

<sup>62</sup> Ver a nota *supra*.

## 6) A intenção do art. 13(1)(b)

A exceção ao retorno que causa mais polêmica na aplicação da Convenção é a seguinte:

- **“Artigo 13.** *Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar: (...) b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável”.*

Em relação ao seu significado geral, é útil observar como o Relatório Explicativo resume em um único parágrafo a intenção das exceções ao retorno (consideradas como "manifestações concretas do princípio excessivamente impreciso que proclama que o interesse do menor é o critério vetor da matéria"<sup>63</sup>):

- Parágrafo n. 34: *"Para acabar com as considerações sobre os problemas abordados neste parágrafo, parece necessário sublinhar que as exceções, dos três tipos examinados, ao retorno do menor devem ser aplicadas como tais. Isto implica antes de tudo que **devem ser interpretadas de forma restritiva se se quer evitar que a Convenção se transforme em letra morta***<sup>64</sup>. Na realidade, a Convenção se baseia na sua totalidade no repúdio unânime do fenômeno das transferências ilícitas de menores e na convicção de que o melhor método para os combater, em escala internacional, consiste em não reconhecer consequências jurídicas. Colocar em prática este método exige que os Estados signatários da Convenção estejam convencidos de que pertencem, apesar das suas diferenças, a uma única comunidade jurídica no sentido que as autoridades de cada Estado reconhecem que as autoridades de um deles - da residência habitual da criança - são por princípio aquelas que estão melhor situadas para decidir, com justiça, sobre os direitos de guarda e de visita. Portanto, **uma invocação sistemática das exceções mencionadas, ao substituir a jurisdição da residência do menor pela jurídica eleita pelo sequestrador, derrubará todo o edifício convencional ao esvaziar o espírito de confiança mútua que o inspirou**".

Em relação a aplicação da exceção do art.13, o Relatório Explicativo ensina que:

- Parágrafo n. 113: *"(...) em termos gerais, é necessário insistir que as exceções previstas nos artigos em questão não são aplicáveis automaticamente no sentido que não determinam forçosamente a retenção do menor; pelo contrário, a própria natureza destas exceções é de **dar aos juizes a possibilidade - não a obrigação - de negar o direito de retorno em certas circunstâncias**";*
- Parágrafo n. 118: *"(...) **a invocação de tais princípios não deverá em nenhum caso ser mais frequente nem mais facilmente admitida do que seria para resolver situações puramente internas. O contrário seria por si mesmo discriminatório, ou seja, oposto a um dos princípios fundamentais mais geralmente reconhecidos nos direitos internos (...)**".*

Com o objetivo de realizar uma análise mais profunda, é importante evidenciar 4 aspectos que são normalmente ignorados: a avaliação da situação futura, a qualificação "grave" e "intolerável", o ônus da prova e a faculdade de ordenar o retorno.

### a) Aspecto prospectivo

O primeiro aspecto, a avaliação da situação futura, deveria ser pacífico porque o texto da letra "b" é muito claro, não se pode ignorar a expressão que especifica a avaliação dos riscos futuros:

- Art.13(b): *"que existe um risco grave de a criança, **no seu retorno**, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável"*.

Esta escolha de não dar relevância ou prioridade aos eventos passados é ditada pela necessidade de manter a coerência com outros princípios, como, por exemplo:

- se, como ensina o Relatório Explicativo, as autoridades da residência habitual *"são por princípio aquelas que estão melhor situadas para decidir, com justiça, sobre os direitos de guarda e de visita"*<sup>65</sup> (norma ainda

<sup>63</sup> Ver o parágrafo n.25 do Relatório Explicativo.

<sup>64</sup> A Guia do art.13(1)(b) explica ainda mais este ponto na nota n.53: *"Ver, por exemplo, as contribuições dos EUA durante o processo de redação declarando, por exemplo, que "as grandes exceções tenderão a se transformar virtualmente todo o processo de retorno em uma disputa do adversário sobre os méritos da questão da guarda. Nenhum advogado do sequestrador deixaria de levantar uma ou mais exceções"(...)"*.

<sup>65</sup> Ver o parágrafo n. 34 do Relatório Explicativo.

mais asseverada no art.11 da Convenção de 1996) então qualquer avaliação concentrada nos eventos do passado que ocorreram em outro Estado são a priori de discutível justiça;

- se é verdade que o retorno imediato deve ser sempre julgado o mais rápido possível (art.2 e art.11), então evitar uma investigação baseada unicamente no passado evitaria também "o temor de que possam ser usadas (...) táticas dilatórias"<sup>66</sup> para obter vantagens jurídicas;
- se é lógico que a priori uma realidade do passado não obrigatoriamente será mantida no futuro (principalmente após uma subtração que durou anos graças a lentidão do judiciário) e se é verdade que as autoridades competentes são a priori capazes de resolver um conflito entre os genitores sem ter que extraditar as crianças, então uma investigação exclusivamente vinculada ao passado, com o objetivo de negar o retorno, é discriminatória e não respeita o interesse da criança, mas aquele do genitor subtrator<sup>67</sup>;
- se, como ensina a Relatório Explicativo, "um sistema de cooperação só é eficaz se entre as Partes existe um grau de confiança mútua suficiente"<sup>68</sup>, então não se deveria duvidar a priori da qualidade do juízo do tribunal natural (da residência habitual) sobre o passado, presente e futuro da criança;
- se é lógico que, a priori, em qualquer tribunal estrangeiro um genitor que sofre uma situação familiar intolerável é em uma posição "avantajada" em uma disputa pela guarda<sup>69</sup>, de consequência, as denúncias (geralmente somente verbais) baseadas apenas no passado devem ter uma relevância limitada, já que, muito provavelmente, são construídas artificialmente para obter vantagens jurídicas junto aos tribunais do Estado de refúgio (um genitor que sabe estar em posição avantajada no Estado da residência habitual não tem motivos para praticar a subtração, prejudicando assim a própria posição), escolhidos propositalmente pelo abductor porque limitados nos instrumentos de verificação da realidade objetiva dos eventos ocorridos no exterior<sup>70</sup>.

Em conclusão, com base nestas considerações o risco de uma situação intolerável futura pode subsistir somente (ou prevalentemente) se se demonstra que as autoridades estrangeiras não são capazes de tutelar o interesse da criança.

Isto pode acontecer quando, por exemplo, os fatos foram denunciados no passado às autoridades locais, mas estas não tomaram providimentos suficientes e/ou nem oferecem medidas futuras mais adequadas. Consequentemente, segundo a jurisprudência presente na Guia do art. 13(1)(b), o genitor subtrator que invoca uma das exceções por fatos que podem ser facilmente inventados e sem os ter denunciado às autoridades locais é considerado a priori não credível<sup>71</sup>.

Mesmo o ônus da prova sendo do genitor subtrator, (também) para aumentar a confiança dos juízes em relação as autoridades estrangeiras, a Conferência da Haia criou uma rede de juízes nomeada por cada Estado

---

<sup>66</sup> Ver o parágrafo n. 93 do Relatório Explicativo.

<sup>67</sup> Ver nota n. 317 da Guia do art.13(1)(b): "Ver, por exemplo, o *Tribunal Distrital dos EUA, Distrito de Maryland em Sabogal v. Velarde*, 106 F. Supp.3d 689 (2015) em que o tribunal considerou que embora o caso envolvesse pouco ou nenhum abuso físico, a magnitude do abuso psicológico era única e suficiente para apresentar um risco grave de dano. O Tribunal concluiu então que medidas de proteção adequadas e efetivas poderiam permitir o retorno seguro da criança".

<sup>68</sup> Ver o parágrafo n.41 do Relatório Explicativo.

<sup>69</sup> Ver os parágrafos n. 16 e n. 114 do Relatório Explicativo.

<sup>70</sup> Segundo as estatísticas internacionais, ultimamente as mães são aquelas que mais sequestram os próprios filhos e isto não pode ser explicado pelo fato de estarem mais sujeitas à violência em relação ao passado porque é notório que com o passar dos anos as mulheres conseguiram obter sempre mais direitos e proteções. A explicação lógica é que não estão satisfeitas com as decisões dos tribunais nesses últimos anos de não conceder a elas com extrema facilidade a guarda exclusiva dos filhos, mas de compartilha-la de forma mais equa possível com o pai. Também no Brasil as estatísticas demonstram que a subtração acontece geralmente por motivos (ou exceções ao retorno) construídos artificialmente porque é evidente que, se nos últimos anos as autoridades brasileiras se "vangloriam" do inédito crescimento das subtrações para o exterior, a causa só pode ser ditada pela crise econômica interna que produziu um aumento vertiginoso de brasileiros que se transferem para o exterior (o que corresponde a um aumento dos casos de genitores que sentem uma forte necessidade de se transferir ao exterior mesmo se para isso tiver que ignorar a vontade do outro genitor de não expatriar com o filho em comum). Somente na Itália, se em 2013 os pedidos de cidadania italiana totalizavam 80.000, em 2017 chegaram a 138.000 (<https://www.corriere.it/dataroom-milena-gabanelli/cittadinanza-ius-sanguinis-sudamericani-brasiliani-truffa/973252ec-fd73-11e8-84b7-f9bf5ee4344-va.shtml>).

<sup>71</sup> Por exemplo, ver nota n. 369 da Guia do art. 13(1)(b): "(...) "Em alguns Estados os tribunais estão mais dispostos a levar em conta o estado de saúde mental do genitor subtrator se a condição da qual o genitor subtrator alega sofrer e que o impede de retornar ao Estado de origem, é uma condição diagnosticada antes da criança ser transferida ou retida (...)".

contratante<sup>72</sup> com o objetivo de facilitar a comunicação direta com as autoridades estrangeiras (relativa Guia publicada em 2013<sup>73</sup>).

Deste modo, as autoridades podem verificar, em breve tempo, as medidas de proteção oferecidas ou, por exemplo, estipular acordos sobre o futuro, como a possibilidade de despacho de ordens especulares ("*mirror orders*", expressão criada pela Conferência para indicar que quanto estabelecido por um juiz em uma jurisdição é estabelecido também pelo juiz de outra jurisdição)<sup>74</sup>. Nas últimas duas páginas deste texto foram anexados os diagramas que resumem os dois possíveis métodos para a aplicação desta exceção sugeridos pela Conferência<sup>75</sup>.

## **b) Risco grave e intolerável**

Em relação ao segundo aspecto, a qualificação do conceito de "grave" e "intolerável", a sua aplicação pode resultar facilmente manipulável pela autoridade interessada em manter as crianças subtraídas no próprio território porque exprime um conceito ao qual se pode atribuir uma componente muito subjetiva, que somente juízes especializados em matéria de guarda são capazes de qualificar em modo congruente<sup>76</sup>.

No caso da expressão "risco grave", se deve respeitar o seu conceito: como explica a Guia do art. 13(1)(b), "*se a autoridade competente constatar que os fatos alegados ao abrigo da exceção, ainda que provados, não são suficientemente detalhados e substanciais para constituir um risco grave, a autoridade competente se encontrará na posição de ordenar o regresso da criança*"<sup>77</sup>.

A Guia do art. 13(1)(b) ensina também que "*como destacado pela Sexta Comissão Especial, os procedimentos do Artigo 13(1)(b) tem um âmbito muito mais restritivo do que os procedimentos domésticos, e o foco deve ser aquele de manter a avaliação do risco grave para a criança*"<sup>78</sup>. Qualquer denúncia de violência deve respeitar os limites da Convenção e não a legislação interna dos Estados contratantes visto que uma investigação completa é "*mais relevante nos processos de guarda ou no direito de família*"<sup>79</sup> e visto que um direito não pode ser universal se for baseado em critérios não universais (cada Estado possui leis internas diferentes).

Provavelmente a dificuldade de interpretar corretamente o alcance deste artigo é também ligada à sua tradução. A Guia esclarece que inicialmente o termo escolhido era "risco considerável" e que foi substituído por "risco grave" já que "*o qualificativo "grave" denota um grau de gravidade superior*"<sup>80</sup>. Ao invés, para o português do Brasil (assim como para outras línguas) não é natural classificar um risco como grave<sup>81</sup>, portanto, é necessário examinar a vontade do redator para compreender realmente o seu significado. A vontade de simplificar o texto da Convenção, neste caso, deixou o seu significado enfraquecido. A versão em espanhol da Convenção, por exemplo, fala de risco grave

<sup>72</sup> Ver <https://www.hcch.net> ⇒ "*Child Abduction*" ⇒ "*Members of the International Hague Network of Judges*". "*Os juízes designados pelo próprio Estado como membros da IHNJ servem como elo de ligação entre seus colegas no nível doméstico e outros membros da Rede em nível internacional (...)*" (parágrafo n. 126 da Guia do art. 13(1)(b)).

<sup>73</sup> Ver <https://www.hcch.net> ⇒ "*Child Abduction*" ⇒ "*HCCH Publications*" ⇒ "*Brochure: "Direct Judicial Communications"*".

<sup>74</sup> Entre as medidas de proteção, como evidenciado no subcapítulo "Medidas de proteção para garantir a segurança e bem-estar da criança durante os procedimentos no Estado requerido" da Guia do art.13(1)(b), existe também a possibilidade de impor ao Estado da residência habitual as condições para poder ordenar o retorno (ver parágrafo n. 138), evidenciando também que países como a Argentina introduziram a possibilidade de aceitar as condições das autoridades estrangeiras na legislação interna. Muitas vezes existem até mesmo acordos bilaterais que facilitariam soluções deste tipo, mas devido, provavelmente, à falta de interesse do judiciário, nenhum dos mecanismos possíveis são levados minimamente em consideração.

<sup>75</sup> Ver a página n. 28, parágrafo n. 122, do Guia do art.13(1)(b).

<sup>76</sup> Ver o parágrafo n. 12 da Guia do art. 13(1)(b): "*(...) No contexto do âmbito limitado dos procedimentos de retorno em que o artigo 13(1)(b) é invocado, pode ser difícil para as autoridades competentes avaliar as circunstâncias que poderiam determinar a existência de um risco grave de dano para a criança*". Em outras palavras, se pode ser difícil qualificar um risco como grave, será ainda mais difícil fazer essa constatação respeitando o âmbito restritivo da Convenção. Este aspecto aparentemente cria uma tão ampla liberdade de escolha que pode vincular fortemente a decisão final à vontade pessoal pré-constituída da autoridade judicante.

<sup>77</sup> Ver o parágrafo n. 112 da Guia do art. 13(1)(b).

<sup>78</sup> Ver o parágrafo n. 9 do Anexo 3 da Guia do art.13(1)(b).

<sup>79</sup> Ver nota *supra*.

<sup>80</sup> Ver o parágrafo n. 57 da Guia do art.13(1)(b).

<sup>81</sup> Notoriamente, em português, a posição do adjetivo em relação ao substantivo pode mudar não somente o enfoque, mas também o significado. Para um observador agudo, "grave risco" significa classificar como grave a decisão de assumir um risco e "risco grave" significa classificar como grave o fato que está sendo colocado em risco. Em outras palavras, pode se dizer, por exemplo, que é um grave risco apostar na vitória de quem perde sempre ou que caminhar no meio de um tiroteio significa aceitar um risco grave. De qualquer forma, nos hábitos linguísticos brasileiros, a palavra "risco" é normalmente qualificada somente em relação à sua probabilidade (risco elevado ou baixo) e isto dificulta ainda mais a compreensão de uma possível qualificação de gravidade. A diferença pode parecer inutilmente sutil ou vista como um sentido figurado com a intenção de representar a classificação comum, vinculada à probabilidade. Em conclusão, no Brasil, erroneamente se tende a ler "grave risco" como se tivesse o mesmo significado de "risco grave" e se atribui, no caso do art. 13(1)(b), o conceito de uma elevada probabilidade da criança sofrer qualquer tipo de dano físico ou psicológico, até mesmo um facilmente superável.

de grave perigo psicológico ou físico<sup>82</sup>, deixando mais claro o conceito citado precedentemente<sup>83</sup>. Não se trata do risco de qualquer tipo de violência, mas de uma violência grave<sup>84</sup>, um conceito de violência incontestável universalmente.

No caso ao invés da última hipótese de risco, situação "intolerável", como ensina a Guia do art. 13(1)(b), é relevante especificar que literalmente "*indica que a exceção requer que o potencial dano (...) ou a situação potencial (...) seja de tal magnitude que a criança não possa razoavelmente ter a expectativa de tolerá-lo*"<sup>85</sup>. Isto significa que, por exemplo, um genitor que não vê o filho há anos devido a subtração e envia mensagens irônicas à ex esposa não pode ser considerado como intolerável em relação a criança<sup>86</sup>.

As sentenças brasileiras têm a tendência equivocada de invocar o conceito de "intolerável" baseando-se em uma avaliação do interesse (universal) da criança, como faria o juízo de guarda, sem perceber que na verdade uma contradição consigo mesmos. Não basta declarar entre as premissas dessas sentenças que não se está observando as questões relativas a guarda se nos fatos se pratica o exato contrário<sup>87</sup>.

Estas referidas avaliações não restritivas do interesse do menor, além de se concentram erroneamente e exclusivamente no passado, não observam o nível de gravidade das acusações avançadas, negando, conseqüentemente, o retorno por motivações fúteis. Por exemplo, a questão pouco relevante da integração forçada ao Estado de refúgio<sup>88</sup> resulta ser extremamente discutível pois não parece ser justo negar o direito do retorno devido à lentidão do procedimento judiciário<sup>89</sup> (mesmo nos casos em que o pedido respeitou o prazo de um ano estabelecido no art. 12, que veta este tipo de avaliação)<sup>90</sup> ou à violação da independência entre as exceções<sup>91</sup>.

Como resumo, na Guia do art. 13(1)(b), se evidencia que, desde 1997, na Terceira Reunião das Comissão Especial, a Conferência já tinha estabelecido que "*os tribunais não devem iniciar um inquérito social detalhado apenas devido as alegações de que a criança sofreria danos se retornasse, já que tal processo leva ao perigo de levar a uma decisão sobre o mérito do caso*"<sup>92</sup>.

O Relatório Explicativo expõe com muita clareza que, no procedimento de retorno, "*o debate em relação ao fundo do assunto, ou seja, decidir o direito de guarda impugnado, se se produz, deverá ser feito perante as autoridades competentes do Estado onde o menor tinha a sua residência habitual antes da transferência, tanto quanto se este ocorreu antes que fosse decretada uma resolução sobre a guarda*"<sup>93</sup>. Isto significa que, por exemplo, o Estado de refúgio não poderá ignorar uma eventual sentença estrangeira relativa à guarda, mesmo se sucessiva a prática da subtração. Não será legítimo, por exemplo, tentar desclassificar tal sentença julgando-a superficialmente como puramente punitiva em relação ao genitor que subtraiu a criança.

As exceções ao retorno podem ser vistas como situações em que existe uma elevada probabilidade de "antecipar" a decisão, do juízo de guarda da residência habitual, de autorizar a transferência da residência ou de considerar justificada a subtração praticada. Essa certeza relativa pode ser estabelecida somente com elementos substanciais como nos casos em que, por exemplo, uma criança de 16 anos exprima a vontade de se transferir no

---

<sup>82</sup> Tradução oficial da letra "b" em espanhol: "*existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*". Tradução literal para o português: "existe um risco grave de que com a restituição do menor ele seja exposto a um grave perigo físico ou psicológico ou de qualquer outra forma colocar o menor em uma situação intolerável".

<sup>83</sup> Observar a nota n. 351 da Guia do artigo 13(1)(b): "*[...] é importante notar que a criança pode enfrentar algum grau de dano se for condenada a retornar ao Estado da residência habitual, no entanto, isso geralmente é insuficiente para satisfazer o elevado patamar de aplicação do Art. 13(1)(b) [...]*".

<sup>84</sup> Ver nota n. 146, *infra*.

<sup>85</sup> Ver o parágrafo n. 61 da Guia do art.13(1)(b).

<sup>86</sup> Ver a nota n. 15, *supra*. Essas são 2 das 3 frases irônicas (por questão de brevidade), encontradas em 8 meses de chats de Skype anexados ao processo (e sucessivos a subtração), que a sentença de primeiro grau definiu como exemplo de violência psicológica e física contra a criança segundo a lei "Maria da Penha" (ver nota n. 146, *infra*): (1) "[Ré:] por favor, fique online, porque a ligação cai toda hora com [a modalidade] "away" - [Genitor abandonado:] próxima vez que eu tiver problemas com a conexão vou chamar você para resolver"; (2) "[Ré:] fralda trocada, voltamos ... vc estah ai? - [Genitor abandonado:] n, é um espirito". Mais especificamente, o Ministério Público Federal estabeleceu (pagina n. 648) que essas frases "*deixam claro a agressividade e a falta de respeito com que a ré é tratada pelo marido, o qual sempre se dirige a ela friamente de forma irônica, rude e grosseira. Inúmeras vezes deixa a ré falando a respeito do filho sozinha, ficando mudo, sem responder nenhuma pergunta ou dar qualquer satisfação*". Será que é razoável considerar que um conflito de casal desse nível possa justificar a exclusão de um genitor da vida do filho imposta pela subtração?

<sup>87</sup> Ver a nota n. 64, *supra*.

<sup>88</sup> Ver o O valor do critério da adaptação presente no art.12, *supra*.

<sup>89</sup> Ver nota n. 46, *supra*.

<sup>90</sup> Ver nota n. 12, *supra*.

<sup>91</sup> Ver o O valor do critério da adaptação presente no art.12, *supra*, sobre o valor da integração ao novo ambiente e ver o parágrafo n. 48 da Guia do art.13(1)(b) que especifica que "as exceções previstas nos artigos 12, 13 e 20 se aplicam distintamente", ou seja, estabelecer que o parâmetro da integração ao ambiente, tratado no art. 12, possa ter uma correlação com o conceito de situação intolerável expresso no art. 13 significa, ao contrário, tratar esses artigos conjuntamente.

<sup>92</sup> Ver o parágrafo n. 25 da Guia do art.13(1)(b).

<sup>93</sup> Ver o parágrafo n. 19 do Relatório Explicativo.

exterior com outro genitor; ou um genitor queira se transferir com o filho porque não tem outro modo para se defender do genitor agressor (quando as autoridades locais não ofereceram ajuda suficiente); ou o genitor abandonado decida, somente depois de anos da transferência, protestar contra o distanciamento; etc.

A Convenção não foi criada levando em conta a ideia subjetiva de que a alegação de qualquer tipo de incômodo (não grave) possa justificar uma subtração ou negar o julgamento da guarda por parte das autoridades da residência habitual. Também não se baseia na ideia de que se possa classificar a existência de Estados melhor capacitados a tutelar as crianças ou que isso possa ser um elemento justificador das subtrações. Não por acaso, como ensina o Relatório Explicativo, o art. 20, que permite “julgar” a qualidade das leis internas dos Estados, foi um dos mais polêmicos da Convenção e a solução alcançada estabelecia condições extremamente objetivas e/ou graves definidas em outras Convenções internacionais (impedindo assim o uso de avaliações puramente jurídicas e internas para negar o retorno)<sup>94</sup>.

O aparente preconceito brasileiro não declarado de julgar os outros Estados como incapazes a priori (sem nem contactá-los) de tutelar as crianças não pode ser usado como se fosse um componente oculto do interesse do menor, como um fator suficiente para legitimar a subtração (convalidando a imposição do genitor subtrator). Conseqüentemente, não é coerente negar o retorno somente baseando-se em um eventual risco de condenação no exterior pelo crime de subtração (como ao invés foi estabelecido pelo Conselho de Justiça Federal brasileiro<sup>95</sup>).

Em âmbito internacional, predomina a presunção, em relação as autoridades estrangeiras, de um correto cumprimento efetivo dos próprios deveres e funções. Por exemplo, mesmo no caso mais extremo de um genitor preso (por subtração ou por outro crime), no interesse superior da criança, as autoridades estrangeiras (diferentemente da realidade brasileira) têm o hábito de conceder o direito de contato até mesmo regulares com os filhos, em ambientes adequados e monitorados<sup>96</sup>.

Parece passar despercebido o fato de que considerar qualquer possível responsabilização penal do genitor subtrator como sendo um obstáculo ao retorno, significa, na verdade, impor o interesse da criança como inferior aquele do seu genitor, uma visão que não faz parte da Convenção ou do senso comum internacional<sup>97</sup>. Um possível

---

<sup>94</sup> Ver os parágrafos n. 31, 32, e 33 do Relatório Explicativo: “(...) De fato, até este momento o texto elaborado (...) tinha limitado as possíveis exceções ao retorno do menor a consideração das situações de direito e de conduta das partes ou a uma apreciação específica do interesse do menor. Em contrapartida, a reserva que se acabava de aceitar implicava que se admitia a possibilidade de negar o retorno da uma criança sobre a base de argumentos puramente jurídicos, extraídos do direito interno do Estado requerido (...). Portanto, tais conseqüências alteram consideravelmente um edifício convencional construído sobre a ideia de que era preciso evitar que, por vias de fato, se excluísse a competência normal das autoridades da residência habitual do menor. Nesta situação, a aprovação (...) da fórmula que figura no artigo 20 (...) [reduziu consideravelmente] o papel concedido a lei interna do Estado de refúgio (...). Por um lado, a referência dos princípios fundamentais relativos a salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais afeta uma área do direito em que existem numerosos compromissos internacionais. Por outro lado, a norma do artigo 20 vai mesmo assim além das formulas tradicionais e das cláusulas de ordem pública naquilo que se refere ao grau de incompatibilidade existente entre o direito invocado e a ação considerada; de fato, para poder negar o retorno do menor invocando o motivo que figura nesta disposição, a autoridade em questão deve comprovar não só a existência de uma contradição como também o fato de que os princípios protetores dos direitos humanos proibem o retorno solicitado”.

<sup>95</sup> Ver <https://www.cjf.jus.br> ⇒ “Centro de Estudos Judiciários” ⇒ “Publicações” ⇒ “Outras Publicações” ⇒ “Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980”. O manual brasileiro afirma (na página n. 44) que o art.20 “pode ser invocado quando não se permite ao genitor requerido disputar adequadamente a guarda da criança no país da residência habitual, seja por não ser autorizada a entrada (negativa de visto), seja por haver risco de prisão, hipótese possível nos países que criminalizam a conduta e não há arquivamento incondicional da acusação”. Ao invés, em âmbito internacional, o art. 20 não tem alguma relação com problema de visto (para participar de um processo nem é necessária a presença ou visto) ou existência do crime de subtração (o “arquivamento incondicional” representaria uma lei inútil, o contrário da intenção de qualquer legislador também um desincentivo aos crimes), mas com os direitos fundamentais internacionais: ver nota n. 94, *supra*. A subtração é um crime punido em todos os países desenvolvidos (no Brasil também seria se lei da “alienação parental” fosse corretamente interpretada e/ou se a discutível lei sobre a subtração de incapaz fosse considerada superada – ver nota n. 14, *supra*) e não justifica uma rejeição ao retorno: ver parágrafos n.128, 250/251, 291/292 e nota n.356 da Guia do art.13(1)(b). Essa tentativa de negar a Convenção com uma interpretação incoerente nasce da vontade de eliminar o conflito com a constituição brasileira que proíbe a extradição de um cidadão brasileiro acusado de cometer um crime no exterior (lei n. 394 de 1938, art. 1: “*Em nenhum caso será concedida a extradição de brasileiros requisitada por Estado estrangeiro*”). Assinar uma convenção internacional sobrepondo o direito nacional cancela o princípio de boa fé dos países signatários. Será que realmente é uma política coerente considerar o possesso da cidadania brasileira como uma licença para poder cometer qualquer tipo de crime no exterior? Será que é coerente estabelecer o Brasil como refúgio seguro para criminais sem colocar em risco a ordem social interna? Será que a sociedade brasileira gostaria de receber o mesmo tratamento dos demais países (ficar impedido de requerer a extradição de estrangeiros que cometeram crimes no país)?

<sup>96</sup> Em alguns Estados essas medidas são tão comuns ao ponto que os familiares, em certas situações, levantam contestações sobre o risco de conseqüências negativas na criança devido um contato tão próximo com um genitor considerado como um mau exemplo.

<sup>97</sup> As autoridades brasileiras que participam das reuniões de revisão da Convenção declaram a constante tentativa de requerer um tratamento diferenciado no caso de processos penais ligados à subtração, mas isto nunca foi aceito. As perplexidades deste pedido são muitas. Se um genitor subtrator, por exemplo, fosse acusado de qualquer crime no exterior, será que seria justo negar o retorno da criança deixando desta forma a criança a mercê do genitor do qual deveria ao invés ser de certa forma protegida? Será que a justiça brasileira será capaz deter acesso as provas estrangeiras que poderiam justificar cabalmente a necessidade do retorno da criança ao genitor abandonado no processo de guarda brasileiro (no caso em que um genitor não é considerado um bom genitor, ao genitor abandonado deveria ser atribuída a guarda exclusiva) e naquele do âmbito limitado da aplicação da Convenção? Será que é possível justificar a subtração do próprio filho em caso de risco de ser processado por um crime? Será que considerar a subtração como um crime é uma lei feita para proteger as crianças ou para fazer mal a elas? etc.

prejuízo indireto ao interesse da criança, gerado pela existência do crime de subtração não é automático, mas depende da existência de medidas de tutela dos direitos em questão no Estado requerente.

### c) Ônus da prova e conflito de jurisdição

O terceiro aspecto, o ônus da prova, deveria ser pacífico porque o primeiro parágrafo do artigo 13 especifica claramente que quem se opõe ao retorno deve demonstrar a existência das exceções. Essa especificação pode parecer desnecessária por ser um princípio jurídico natural, mas é fundamental para reforçar esse aspecto extremamente relevante no tratamento da relativa exceção e para garantir também a necessária rapidez na avaliação dos fatos.

Infelizmente, na realidade, quando não existem provas suficientes capazes de permitir a invocação das exceções ao retorno, a compreensível vontade dominante de negar a priori o retorno<sup>98</sup>, leva os tribunais a ordenarem em todos os casos longas e profundas investigações/perícias com o objetivo de encontrar as motivações que possam ser usadas com este fim<sup>99</sup>, impondo uma dilação processual que gera mais danos às crianças ao invés de protegê-las.

Estas investigações sofrem atrasos ainda maiores devido a desconfiança e prejulgamento (humanamente compreensíveis, mas que não podem resultar aceitáveis em um Estado de direito) em relação à autoridade estrangeira que requereu o retorno da criança. O genitor subtrator parece ser considerado a priori como uma vítima potencial do Estado estrangeiro, como se fosse um processo onde o Estado estrangeiro possuísse a presunção de culpabilidade, como se fosse considerado mais provável uma ação ilegítima por parte da autoridade estrangeira e não de um cidadão comum<sup>100</sup>.

A importância dada à natural jurisdição do tribunal da residência habitual se verifica, não somente no requisito de gravidade das questões que podem excluir a sua competência, mas também na necessidade de considerar como relevante os pareceres ou provas fornecidas pela mesma. O conceito de um julgamento de maior justiça atribuído a residência habitual é ligado não somente ao maior conhecimento da própria realidade ou costumes, mas principalmente pela maior facilidade de acesso as provas relativas aos fatos ocorridos no próprio território.

Infelizmente, nos processos brasileiros, quando tratam a exceção do art. 13(1)(b), além de se ignorar os princípios apresentados no Relatório Explicativo, citam somente o texto da letra "b". Isto leva a uma aplicação parcial da citada exceção porque não é possível ignorar o último parágrafo do mesmo artigo que impõe um importante vínculo a sua interpretação:

- Art.13(3): "*ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança*".

A consequência lógica dessa importância atribuída às informações das autoridades estrangeiras é que, em caso de conflito de opiniões<sup>101</sup>, as autoridades do Estado de refúgio não podem considerar as próprias constatações sobre o risco grave como se estivessem em um patamar superior àquelas do Estado requerente. Segundo o princípio que estabelece que as autoridades da residência habitual têm a presunção de julgar a guarda com mais justiça, as constatações do Estado requerente, ao contrário, são as únicas que podem ser consideradas em um patamar superior.

<sup>98</sup> Como declarado diversas vezes no "*Curso sobre Sequestro Internacional de Crianças*" presente no canal youtube do Tribunal Federal da 4ª Região, os juízes tendem a ser inseguros sobre qual poderá ser o futuro da criança no exterior, preferindo, portanto, mantê-lo na própria jurisdição.

<sup>99</sup> Por exemplo, na sentença de primeiro grau relativa ao processo n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3 foi ordenada uma perícia psicológica, de consistência improvável, para verificar se a criança de 3 anos tivesse sofrido alguma violência quando tinha apenas um ano de vida. Não existe o costume contrário, ou seja, de verificar o estado em que se encontra a criança no próprio território, se está sendo bem cuidada, se tem acesso a todos os serviços que necessita, etc.

<sup>100</sup> Em uma realidade como aquela exemplificada na nota n. 5, *supra*, se costuma teorizar como comum e natural que um genitor brasileiro possa "fugir" de um Estado estrangeiro por sofrer violência ou outros tipos de situações que ferem a própria sensibilidade (como, por exemplo, a sensação de ser discriminado por ser estrangeiro ou de considerar o Brasil com uma população mais acolhedora, como o melhor lugar para se viver, por fazer menos frio, etc.). Ao invés, aqueles que vivem em países com um diferente desenvolvimento social, em um sistema menos caótico, onde ameaçar invocar a ação de uma autoridade local não é um deboche, mas é algo que gera preocupação nos criminosos, aceitam e defendem a ideia de que a normalidade é buscar somente as autoridades competentes para solucionar qualquer eventual problema levantado, é inaceitável fazer justiça com as próprias mãos. Nestes contextos, resulta pouco credível que alguém possa denunciar uma posição de vítima em relação a determinados tipos de injustiça porque a ação corretiva por parte das autoridades competentes é prevalentemente eficaz e certa.

<sup>101</sup> A Convenção não previu a possibilidade de um conflito de decisões porque é inconcebível que possa existir um processo de guarda no Estado requerente com uma duração comparável ao prazo de 6 semanas estabelecido como suficiente para a conclusão do procedimento de retorno. Ao contrário, já que no Brasil o processo de retorno dura diversos anos, pode acontecer que o Estado requerente tenha tido o tempo para julgar a guarda e a subtração perpetrada. Este possível conflito de opiniões deve ser resolvido levando em conta que o Estado requerido não poderá contradizer as constatações dos fatos ocorridos no Estado requerente. Se, por exemplo, o Estado requerente constatou a inexistência de situações intoleráveis, o Estado requerido pode negar o retorno somente por outros fatores (como a falta de medidas de proteção adequadas). Ver, capítulo 6, letra "e", *infra*: Regulamento Bruxelas II bis.

No entanto, as autoridades brasileiras praticam o exato contrário: eliminam, antes de tudo, qualquer possível conflito graças ao fato de não requererem informações adicionais às autoridades estrangeiras e reverterem o ônus da prova tentando buscar elementos que possam defender a tese do genitor subtrator. Enfim, nos casos em que provas estrangeiras são apresentadas espontaneamente pelas partes nos processos, elas terminam completamente ignoradas<sup>102</sup> ou só são levadas em consideração nas partes que podem ser utilizadas com o objetivo de negar o retorno (de fato, um uso parcial das provas representa a vontade de tentar distorcer a realidade)<sup>103</sup>.

Um dos maiores exemplos dessa aversão às provas vindas do exterior são as decisões que indeferem o retorno ou concedem a guarda do menor ao genitor subtrator sobre a base de que eventuais sentenças estrangeiras só podem ter valor nos processos quando devidamente homologadas<sup>104</sup>.

Levando em conta que a homologação de uma sentença estrangeira é o processo pelo qual o judiciário brasileiro avalia a possibilidade de aplicar no próprio território uma decisão estrangeira, esse requisito de homologação (dentro de um processo de retorno) é completamente equivocado, porque:

- a apresentação de uma sentença estrangeira em um procedimento de retorno possui apenas a função de provar a veracidade dos fatos ocorridos no exterior, não de executar as suas disposições;
- um dos requisitos para o processo de homologação é a existência de uma sentença estrangeira transitada em julgado, o que seria incompatível com o objetivo de rapidez no julgamento do retorno, negando de fato a possibilidade de apresentação das provas estrangeiras<sup>105</sup>;
- um eventual pedido de homologação de uma sentença estrangeira, no decorrer de um processo de retorno, não seria provavelmente deferida porque poderia significar que a decisão do processo de retorno seria estabelecida pelo judiciário estrangeiro e não pelo juiz de mérito;
- o contexto de uma cooperação jurídica internacional não é apenas indireto (julgamento de cartas rogatórias ou atos jurisdicionais estrangeiros), mas pode ser também direto, como é o caso da Convenção que possui um caráter contratual no qual se prevê a adoção de iniciativas no âmbito do seu próprio território tendentes a efetivar obrigações assumidas com outros países<sup>106</sup>.

Outro exemplo de tentativa de desqualificação da prova estrangeira é aquele de contestar ilegitimamente da eventual ausência de tradução juramentada. Tal fato contraria (i) o princípio elementar de qualquer cooperação internacional, (ii) a própria Convenção e (iii) as leis nacionais brasileiras:

- (i) em acordos internacionais se estabelece a ausência de formalidades, como a legalização ou tradução juramentada de documentos, com o fim de reduzir os custos e atrasos procedurais, já que prevalece uma mútua confiança em relação a documentação produzida pela autoridade central do Estado estrangeiro;
- (ii) o art. 23 da Convenção estabelece que *“nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção”* e o art. 24 estabelece as possíveis línguas utilizáveis nas traduções dos documentos e comunicações. Sobre esses artigos, o Relatório Explicativo ensina que uma correta interpretação do art. 23 prevê que tal isenção não impede *“uma possível exigência de legalização[107] das*

---

<sup>102</sup> No processo n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3, por meses, a AGU teve que discutir a validade da documentação estrangeira sem a relativa tradução juramentada. No final deste processo, na sentença, nada foi declarado em relação as constatações presentes nas sentenças estrangeiras anexadas. Em particular, pouco antes da sentença brasileira, o juiz ordenou que fosse excluída do processo a única tradução juramentada presente nos autos que foi depositada autonomamente pelo genitor abandonado alguns anos antes, como evidente tentativa de superar uma possível discussão, na apelação, sobre a validade indiscutível da documentação estrangeira que foi ignorada.

<sup>103</sup> Na sentença de primeiro grau relativa ao processo n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3, não foi feita alguma citação em relação as duas sentenças estrangeiras que negavam todas as denúncias de violência que levaram à rejeição do retorno do menor. No segundo grau (processo n. 5015769-44.2018.4.03.6100), o Ministério Público Federal citou a sentença estrangeira sobre o crime de subtração de menor para indicar, como obstáculo ao retorno do genitor subtrator, a pena infringida de prisão de mais de um ano, mas omitindo o fato de que tal sentença previa a suspensão das suas disposições, ou seja, ao genitor subtrator foi garantida a total liberdade para retornar à residência habitual sem arriscar a execução de qualquer pena.

<sup>104</sup> Ver, por exemplo, processo n. 2011.02.01.008881-1 do TRF2 onde foi evidenciado que o processo original não deveria negar a medida cautelar de retorno somente devido à ausência de homologação da sentença estrangeira.

<sup>105</sup> Uma sentença deveria ser considerada a prova de maior peso que se pode apresentar em um processo e deveria ser vista como uma contribuição primordial já que, em uma realidade de mútua confiança, qualquer autoridade se sentiria mais segura de ter em mãos o resultado de uma análise detalhada do caso, que não poderia ser praticada na aplicação da Convenção devido ao excessivo e ilegítimo retardo que causaria a este juízo. Deveria ser natural essa confiança em nível internacional, já que o mesmo ocorre no âmbito interno quando se verifica a tendência que os juízes têm de confirmar avaliações do ministério público ou dos graus de juízo inferiores ou de outras Varas.

<sup>106</sup> Ver processo n. 2006.51.01.000033-1 do Tribunal Federal do Rio de Janeiro.

<sup>107</sup> A versão oficial do Relatório Explicativo em inglês/francês usa o termo autenticação como sinônimo de legalização, mas a tradução juramentada também está incluída no art.23 porque é uma *“formalidade similar”* usada para certificar a documentação.

*cópias ou documentos privados, de acordo com a lei interna das autoridades que os trate*<sup>108</sup>, assim como o art. 24, que *“se refere as comunicações entre as Autoridades Centrais”*, exclui do seu âmbito *“as demandas e os demais documentos remetidos as autoridades judiciais ou administrativas internas [que, ao invés,] deverão cumprir as normas impostas pela lei de cada Estado em matéria de tradução”*<sup>109</sup>. Mantendo, portanto, uma coerência desses artigos com o art. 26 (que estabelece o princípio de gratuidade de aplicação da Convenção), se deduz que não é possível exigir da vítima ou do Estado requerente uma tradução juramentada<sup>110</sup> para a documentação que for encaminhada. Caso o Estado requerido possua na sua lei interna a obrigação da tradução juramentada, deveria ser natural que fosse ele a arcar com as despesas do serviço de certificação da tradução recebida<sup>111</sup>, já que é ele o responsável por criar na lei interna estes desnecessários obstáculos à Convenção<sup>112</sup>;

- (iii) se no passado era possível a existência de discussões de êxito incerto sobre a validade das traduções não juramentadas encaminhadas ao judiciário brasileiro pela Autoridade Central brasileira, com a entrada em vigor do novo código do processo civil de 2015<sup>113</sup>, isto não é (ou não deveria ser) mais possível. Assim recita o art. 41: *“Considera-se autêntico o documento que instruir pedido de cooperação jurídica internacional, inclusive tradução para a língua portuguesa, quando encaminhado ao Estado brasileiro por meio de autoridade central ou por via diplomática, dispensando-se a juramentação, autenticação ou qualquer procedimento de legalização”*. Ainda mais contundente é o art. 13: *“A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”*.

Esse tema das condições de validade das traduções acaba evidenciando também que o sentimento nacionalista predominante no Brasil não impõe limites à própria vontade pré-constituída de sobrepor os aspectos internos àqueles internacionais. Nem a clara proibição incontrovertível da exceção do art. 24 foi suficiente para impedir que o Brasil usasse ilegitimamente as suas condições de forma parcial pretendendo o recebimento de traduções que fossem juramentadas e em língua portuguesa<sup>114</sup>. Em um Estado de direito, não se deveria contrariar com tanta desenvoltura lógicas elementares<sup>115</sup>.

#### **d) O poder discricionário de ordenar o retorno**

Enfim, o último aspecto, a faculdade de ordenar o retorno, é vinculada à ideia de que o retorno não deve ser obrigatoriamente negado mesmo no caso de subsistência comprovada de qualquer uma das exceções presentes na Convenção<sup>116</sup>.

A expressão *“não é obrigada a determinar o retorno”* do primeiro parágrafo do art. 13 é intencional, ela reforça a consideração de que o poder judiciário está livre de encontrar todas as soluções possíveis para superar, entre outras, as questões de risco grave levantadas na letra “b”<sup>117</sup>.

<sup>108</sup> Ver o parágrafo n. 131 do Relatório Explicativo.

<sup>109</sup> Ver o parágrafo n. 132 do Relatório Explicativo.

<sup>110</sup> Como referido no Guia de Boas Práticas – Parte I, a Autoridade Central do Estado requerente deve cobrir os custos de uma eventual tradução, sem a exigência de ser juramentada.

<sup>111</sup> A Autoridade Central brasileira se limita a repassar os documentos recebidos com tradução simples, pela autoridade estrangeira, ao tribunal competente (através da Advocacia Geral da União), permitindo que no processo se abra uma discussão sobre a legalidade da tradução. Isto atrasa inutilmente o procedimento e o genitor abandonado não é informado sobre este fato (se o fosse, provavelmente se disponibilizaria a pagar a tradução juramentada de uma sentença que poderia levar à um julgamento antecipado ou mais justo). Para evitar o custo da legalização das traduções, se prefere criar uma discussão processual, como se a Autoridade Central brasileira pudesse ter a absoluta certeza de vitória das suas razões, mesmo em frente à leis e jurisprudência não unívocas em mérito. Ver a nota n. 102, *supra*.

<sup>112</sup> O Relatório Explicativo ensina (ver parágrafo n. 132) que, em relação ao art. 24, foi estabelecido *“um sistema de facilitação mínimo, que pode ser melhorado por outras convenções”*. Requerer do outro Estado uma tradução juramentada aumenta em modo relevante os custos e tempo de forma não justificável para os fins da Convenção.

<sup>113</sup> Ver lei brasileira n. 13.105 de 16 de março de 2015.

<sup>114</sup> O art. 24 da Convenção estabelece que um Estado contratante pode negar o recebimento de traduções em francês ou inglês, mas não de ambas línguas. Já o art. 42 estabelece que nenhuma reserva é possível além daquela do art. 24 e 26 (relativa a não obrigatoriedade do pagamento dos custos legais se estes já são cobertos pelo próprio sistema jurídico). O Brasil, na sua reserva de adesão da Convenção, demonstrando extremo nacionalismo, declarou usar a exceção do art. 24 para negar ambas línguas (inglês e francês), aceitando somente documentos estrangeiros traduzidos em português. Além dessa evidente violação do art. 24, foi declarada uma reserva não prevista na Convenção (violando o art. 42), ou seja, de que as traduções deveriam ser juramentadas. Esta evidente incongruência lógica não passou despercebida por alguns países que apresentaram contestações que foram publicadas pela Conferência: ver <http://www.hcch.net> ⇒ *“Child Abduction”* ⇒ *“Status Table”* ⇒ *“Res”* (linha relativa a *“Brazil”*).

<sup>115</sup> Ver nota n. 2, *supra*.

<sup>116</sup> Ver o O retorno seguro, *infra*, que aborda o tema de forma mais detalhada.

<sup>117</sup> Assim ensina a Guia do art.13(1)(b), ponto 2.vi da Parte I.

A Guia do art. 13(1)(b) é quase exaustiva neste ponto, citando vários outros fatores que comprovam a exatidão desta linha de pensamento, como, por exemplo:

- *“A obrigação de garantir o retorno imediato da criança é reforçada no artigo 18, o qual estabelece que quanto previsto no Capítulo III da Convenção (“Retorno das crianças”, arts. 8-20) não limita o poder da autoridade judicial ou administrativa de ordenar o retorno da criança em qualquer momento. Este artigo autoriza o tribunal, no qual tramitam os procedimentos de retorno, a ordenar o retorno da criança invocando outras disposições mais favoráveis à obtenção deste fim.”*<sup>118</sup>

Com o fim de obter uma compreensão ainda melhor sobre essa necessidade, é relevante rever a reflexão geral dos objetivos e princípios da Convenção. A Guia do art. 13(1)(b) especifica que:

- *“Os termos da Convenção refletem a presunção fundamental de que a transferência ou retenção ilícita de uma criança é geralmente prejudicial ao seu bem-estar e que, na maioria dos casos, será no melhor interesse da criança retornar ao Estado da residência habitual onde quaisquer questões relativas a guarda ou as visitas, incluindo o direito de um genitor de se mudar com a criança para outro Estado, devem ser resolvidas. O retorno imediato da criança também responde ao desejo de restabelecer uma situação unilateralmente alterada pelo genitor subtrator (ou seja, para restaurar o status quo ante).”*<sup>119</sup>

Em outras palavras, o julgamento sobre o retorno não deve ser visto como um simples conflito entre genitores que, em tese, defendem interesses e motivações aparentemente de igual mérito ou, pior, onde as motivações do genitor subtrator de continuar no Estado de refúgio possuem uma valência preferencial. Ao contrário, uma interpretação coerente prevê a necessidade de levar em conta a presunção de legitimidade superior do pedido do genitor que requer que o retorno da criança seja considerado o melhor para ela.

No Brasil, as sentenças são limitadas à justificação da constatação da existência das exceções. O retorno indeferido não é motivado, mas considerado, em silêncio, uma consequência automática e incontroversa<sup>120</sup>, quase como uma questão comparável a um gosto pessoal. Este tipo de abordagem prova mais uma vez uma vontade intrínseca de buscar motivações para manter a criança no próprio Estado, o contrário do combate à subtração internacional.

#### **e) Combate internacional ao difundido uso impróprio das exceções**

Após o exame desses 4 aspectos, é relevante sublinhar que a comunidade internacional, cônica do fato de que o art. 13(1)(b), por diferentes motivos, tende a não ser respeitado em modo restritivo, produzindo assim o efeito oposto (se usa com facilidade a Convenção para legalizar a subtração), em convenções sucessivas procurou "melhorá-lo", sem prejudicar a proteção das crianças e estabelecendo com mais firmeza o ideal de presunção de honorabilidade das autoridades de qualquer Estado:

- A Organização dos Estados Americanos em 1989 criou a *Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores*<sup>121</sup> (muito parecida com a Convenção da Haia de 1980) onde o art.11(b) excluiu a expressão "situação intolerável" como exceção ao retorno<sup>122</sup>;
- A Conferência da Haia de 1996 criou uma convenção sobre a proteção dos menores (*Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Protecção das Crianças*<sup>123</sup>), aplicável aos menores até 18 anos<sup>124</sup> e na qual as exceções do art. 13(1)(b) da Convenção de 1980 desaparecem, porque se reconhece que as suas condições de tutela são completamente resolvidas através da possibilidade do juiz do Estado de refúgio de emitir ordens de proteção para a criança executáveis diretamente no Estado da residência

<sup>118</sup> Ver o parágrafo n. 41 da Guia do art. 13(1)(b).

<sup>119</sup> Ver o parágrafo n. 31 da Guia do art. 13(1)(b).

<sup>120</sup> Por exemplo, ver a sentença de primeiro grau do processo n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3, onde se declara somente a constatação da não obrigatoriedade do retorno (*“Está configurada a hipótese do art. 13, letra “b”, da Convenção da Haia. Não há, pois, a obrigação de se determinar o retorno da criança”*) e, sucessivamente, se declara diretamente que o pedido de retorno deve ser negado (*“Diante do exposto e de tudo mais que dos autos consta, julgo improcedente o pedido constante da inicial”*).

<sup>121</sup> <http://www.oas.org> ⇒ “Topics” ⇒ “Children” ⇒ “Inter-American Convention on the International Return of Children”.

<sup>122</sup> Exemplo de uso impróprio: no Brasil, se usa a adaptação da criança ao novo meio como parte do conceito de situação intolerável.

<sup>123</sup> <https://www.hcch.net> ⇒ “Child Protections”.

<sup>124</sup> A Convenção de 1980, ao limitar a idade para 16 anos não leva em conta, por exemplo, o combate à possibilidade do menor de ter uma opinião construída artificialmente pelo genitor subtrator. Se até mesmo muitos adultos se deixam influenciar (são muitos os casos de pessoas que, por exemplo, perdem todo o patrimônio por crenças religiosas), as crianças são ainda mais facilmente manipuláveis (algumas vezes basta prometer dar de presente algum brinquedo). Quem melhor do tribunal da residência habitual pode averiguar este fato?

habitual, até quando as autoridades locais não tomarem em gestão o caso, estabelecendo medidas diferentes<sup>125</sup>;

- O Regulamento Europeu Bruxelas II-bis de 2003 estabelece que ( art.11(4) ) "*uma autoridade jurisdicional não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea b) do artigo 13.o da Convenção da Haia de 1980, se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua protecção após o regresso*" e que, de qualquer forma, se a autoridade da residência habitual ordenasse o retorno do menor, mesmo que sucessivamente a uma decisão que tenha negado o retorno com base na Convenção, esta ordem será considerada aquela predominante e executável diretamente no Estado de refúgio (art.11(6)-(8)).

Como referido na Guia do art. 13(1)(b), também nas precedentes reuniões da Comissão Especial sempre se repetiu a necessidade de aplicar o referido artigo de forma restritiva<sup>126</sup> para evitar um mal uso das disposições convencionais. Em particular, em relação ao aumento das denúncias de violência<sup>127</sup>, na penúltima reunião da Comissão Especial foi "*concluído que "[...] as alegações de violência doméstica e os possíveis riscos para a criança deveriam ser examinados de forma adequada e imediata na medida exigida pelos objetivos da exceção de risco grave*"<sup>128</sup>, ou seja, não se deveria fazer uma avaliação ampla com as mesmas condições estabelecidas na legislação interna.

## 7) O retorno seguro

Simplemente observando o texto da Convenção é possível chegar à conclusão de que a abordagem predominante e considerada mais correta, no plano internacional, é aquela de buscar soluções para garantir o retorno seguro das crianças subtraídas. Consequentemente, a visão predominante no Brasil, de focalizar a aplicação da Convenção na busca das exceções que podem ser usadas para negar o retorno, não é coerente com os princípios que fundamentam a necessidade de combater as subtrações.

Por exemplo, neste sentido, alguns artigos importantes podem ser resumidos da seguinte forma:

- o art. 12 estabelece as condições onde existe a obrigação do retorno imediato e do retorno qualificado como não imediato<sup>129</sup>;
- o art. 13 estabelece as condições onde não existe a obrigação do retorno;
- o art. 18 estabelece que a criança pode ser restituída independentemente de qualquer uma das condições elencadas no capítulo relativo as disposições do seu retorno (entre eles, art. 12 e 13);
- o art. 34 incentiva o uso de qualquer "*outro instrumento internacional (...) para obter o retorno (...) ou para organizar o direito de visita*".

Se verifica que, intencionalmente, o texto da Convenção trata as condições que permitem indeferir o retorno como exceções à obrigação do retorno. Para um leitor agudo isto comporta em duas interpretações fundamentais. Na primeira, se observa o significado intrínseco de uma exceção que é aquele de se referir a situações restritivas, avaliadas como raridade<sup>130</sup>. Na segunda, se estabelece uma presunção de legitimidade superior à concessão do retorno, visto que, se a intenção fosse contrária, as exceções anteriormente citadas estabeleceriam o dever de negar o retorno (não ser obrigado a declarar o retorno não significa ser obrigatório, ou automático, negá-lo).

É justo e natural considerar que a defesa do interesse da criança resulte ser prioritariamente impedir que a mesma possa ser prejudicada, mas este objetivo pode ser alcançado de diversas formas, cada uma com um nível de coerência diferente. No caso de comprovação das exceções do art. 13(1)(b) da Convenção, este objetivo pode ser

---

<sup>125</sup> Em um país com fortes ideologias nacionalistas (ver, por exemplo, nota n. 1 e 114, *supra*), a Convenção de 1996, que realmente garante o retorno das crianças subtraídas e permite executar automaticamente disposições de uma autoridade estrangeira, parece possuir princípios impossíveis de serem considerados aceitáveis ou aplicáveis na realidade brasileira.

<sup>126</sup> Ver os parágrafos n. 25-28 da Guia do art. 13(1)(b).

<sup>127</sup> Ver a nota n. 70, *supra*.

<sup>128</sup> Ver o parágrafo n. 27 da Guia do art. 13(1)(b).

<sup>129</sup> Ver a nota n. 55, *supra*. Em recurso especial do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) n. 900262 2006.02.21292-3, foi teorizado que "*quando for provado (...) que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa não deve ordenar o retorno da criança (art. 12)*". Ao invés, quando o texto da Convenção retrata a exceção do dever do retorno, isto não significa, literalmente, a existência de um dever de negar o retorno.

<sup>130</sup> Ver o parágrafo n. 34 do Relatório Explicativo: "*(...) uma invocação sistemática das exceções mencionadas, ao substituir a jurisdição da residência do menor pela jurídica eleita pelo sequestrador, derrubará todo o edifício convencional ao esvaziar o espírito de confiança mútua que o inspirou (...)*". Ver também o parágrafo n. 40 do Relatório Explicativo.

alcançado de duas formas: negando o retorno da criança ou verificando e/ou estabelecendo medidas de proteção para garantir o seu retorno seguro.

A primeira opção transformaria a Convenção em letra morta porque estabeleceria relevantes incongruências com os seus princípios mais elementares, como o princípio de mútua confiança entre os Estados, do juízo natural, do melhor interesse da criança, etc. Em um âmbito ainda mais geral, se observa que negar o retorno da criança é conflitante até mesmo com o processo de guarda interno. Por exemplo, o Relatório Explicativo ensina que “*quando [o menor] está integrado em um novo ambiente, o seu retorno só deveria acontecer sob uma análise do fundo do direito de guarda, o que nos situaria fora do objetivo convencional*”<sup>131</sup>. Portanto, diferentemente da realidade brasileira, o julgamento nos termos da Convenção nunca deveria negar o retorno da criança, mas, ao máximo, se limitar, nos casos em que as relativas exceções resultassem constatadas, a estabelecer que será o juízo interno, competente para julgar a ação de guarda, que decidirá definitivamente sobre o retorno<sup>132</sup>. Desta forma, se excluiria inclusive a possibilidade de se levantar discussões inúteis sobre um eventual conflito com a Justiça Federal no caso em que a Justiça Estadual (que examina a guarda), avaliando o interesse do menor em um âmbito mais amplo possível, considerasse o retorno como a melhor escolha para a criança<sup>133</sup>.

Diversamente, a segunda opção, o retorno seguro, seria coerente com os princípios fundantes da Convenção (e, conseqüentemente, com o combate das subtrações), como, por exemplo: o princípio do julgamento da guarda com maior justiça pelas autoridades da residência habitual, o princípio da invocação limitada das exceções, o princípio jurídico ainda mais elementar e universal da restauração do *status quo ante*, etc.

Resumindo, se demonstra com grande facilidade que o paradigma da resolução final dos procedimentos de retorno baseados na Convenção, não deve ser aquele de buscar justificações para evitar a o retorno, mas, ao contrário, encontrar ou estabelecer as motivações que garantam o retorno seguro das crianças subtraídas.

A jurisprudência internacional, como citada na Guia do art. 13(1)(b), expõe o mesmo conceito em outras palavras:

- “*Ver, por exemplo, o Supremo Tribunal de Israel em T.v.M., de 15 de abril de 1992 [Referência INCADAT: HC/R/IL 214, transcrição, tradução não oficial], par. 9: “[o] tribunal não está considerando a questão da guarda permanente da criança, nem mesmo o seu bem-estar no sentido pleno da palavra. O contexto da audiência não se destina, não permite, uma discussão tão abrangente. O papel do tribunal [...] é simplesmente “apagar um incêndio” ou “primeiros socorros” para restaurar a situação anterior - devolver a criança tirada ilegalmente da custódia do outro genitor ou da custódia conjunta determinada por uma autoridade competente ou em um acordo entre os pais [...]. A questão da guarda, quando é disputada, é normalmente resolvida diante a autoridade competente e o bem-estar da criança é completo e completamente examinado neste contexto*”<sup>134</sup>.

Além disso, são também diversos os exemplos de sucesso citados na Guia do art. 13(1)(b) de casos em que prevalece o interesse incondicional das autoridades locais de favorecer o retorno das crianças subtraídas:

- “*Em “Re M. and J. (Abduction: International Judicial Collaboration) [2000] 1 FLR 803”, o genitor subtrator (a mãe) alegou que não poderia retornar com as crianças para o Estado da residência habitual onde ela estava enfrentando um mandato de prisão pois o retorno das crianças provavelmente causaria danos a elas. O juiz competente na ação de retorno entrou em contato com o juiz competente em matéria penal do Estado da residência habitual para providenciar a revogação do mandato de prisão contra o genitor subtrator até que fosse tomada uma decisão sobre o mérito da guarda. Em um caso que consta no “Practical Mechanisms for Facilitating Direct International Judicial Communications in the Context of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Preliminary Report”, (...) o genitor subtrator (a mãe) levantou preocupações sobre o que aconteceria se ela voltasse ao Estado da residência habitual junto com as crianças. O juiz competente na ação de retorno recebeu garantias do juiz*

<sup>131</sup> Ver o parágrafo n. 107 do Relatório Explicativo.

<sup>132</sup> Esta exatidão pode parecer superficial, mas a Conferência demonstra no texto da Convenção a vontade de considerar importante garantir a ausência de possíveis conflitos jurídicos. Por exemplo, como ensina a Guia do art. 13(1)(b) no parágrafo n.40, a Convenção estabelece o retorno da criança sem especificar, intencionalmente, uma devolução aos cuidados do genitor abandonado porque tal decisão deve ser tomada pelo procedimento de guarda competente.

<sup>133</sup> Os possíveis conflitos que podem ser levantados na lei brasileira são muitos. Ver, por exemplo, nota n. 1488, *infra*. Ver também a sentença de primeiro grau do processo n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3, onde foi escrito que “*A decisão, que haverá sobre a guarda, na forma mencionada, é independente desta, que se toma nestes autos, que se refere apenas e tão somente à questão da subtração interacional*”. Na realidade, o processo de guarda julgará também a subtração e as suas conseqüências já que no direito de família isto é considerado uma violência contra os interesses da criança, uma prova de má conduta de um dos genitores.

<sup>134</sup> Ver a nota n. 101 do Guia do art. 13(1)(b).

*do Estado da residência habitual de que a mãe não seria objeto de qualquer sanção civil desde que as crianças retornassem respeitando a ordem de retorno. O juiz também compartilhou a opinião de que era improvável que genitor subtrator pudesse ser processado sem uma denúncia do genitor abandonado (o pai)<sup>135</sup>".*

## 8) Regulamentação do regime de visitas provisório

### a) A visitação é principalmente um direito das crianças

Em relação as visitas, como ensina a Guia do art. 13(1)(b), a Convenção de 1980 respeita e implementa artigos da Convenção da ONU sobre os direitos das crianças (promulgada no Brasil com o decreto n. 99710 de 1990) mesmo esta última tendo sido escrita sucessivamente (em 1989).

Como o direito de contato<sup>136</sup> ou de visitação normalmente é considerado erroneamente como um direito exclusivo dos genitores<sup>137</sup> (a disputa da guarda é vista, principalmente pela justiça federal brasileira, como um conflito ligado prevalentemente ao interesse pessoal do genitores, como se o filho fosse um objeto de propriedade deles), para evitar que as autoridades continuem a negar com extrema facilidade a sua concessão<sup>138</sup>, é importante citar alguns dos direitos das crianças presentes na Convenção da ONU (que também deve ser respeitada na aplicação da Convenção<sup>139</sup>):

- Art. 3.1: "*Todas as ações relativas às crianças, (...) devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança*";
- Art. 7.1: "*A criança (...) terá direito, (...) a conhecer seus pais e a **ser cuidada por eles***";
- Art. 8.2: "*Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão **prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade***";
- Art. 9.1: "*Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos (...)*";
- Art. 9.3: "*Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de **manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos** (...)*";
- Art. 10.2: "*A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos (...)*".

Além disso, o Relatório Explicativo é muito claro ao ilustrar qual foi a vontade e escolha da Convenção em querer tutelar o contato entre filhos e genitores vítimas de subtração:

- Parágrafo n. 17: "*(...) embora o objetivo reconhecido na alínea b, "vigiar para que os direitos de guarda e visita vigentes em um dos Estados Contratantes se respeitem nos demais Estados contratantes" apresenta um caráter autônomo, a sua relação teleológica com o objetivo do "retorno do menor" não é por isso menos evidente. Na realidade, se poderia estimar que **se trata de um único objetivo considerado em dois momentos distintos**: enquanto o retorno imediato do menor responde ao desejo de restabelecer uma situação que o sequestrador modificou de forma unilateral mediante uma via de fato, **o respeito efetivo dos direitos de guarda e visita se encontram em um plano preventivo** na medida em que este respeito deve fazer desaparecer uma das causas mais frequentes das subtrações de menores (...)*";
- Parágrafo n. 18: "*(...) mesmo quando, em teoria, **os dois objetivos antes mencionados devem ser colocados no mesmo plano**, na prática o desejo de garantir o restabelecimento da situação alterada pela ação do sequestrador é o que prevalece na Convenção*";

<sup>135</sup> Ver a nota n. 356 do Guia do art. 13(1)(b).

<sup>136</sup> A Conferência usa o termo contato para abranger seja o direito de visita seja as comunicações ou encontros entre genitor e filhos.

<sup>137</sup> Na sentença de segundo grau do TRF3 de 13/12/2017, relativa ao procedimento n. 0000430-61.2013.4.03.6115, onde se nega o retorno com base na adaptação forçada ao Brasil, o juiz expressou a seguinte premissa: "*a permanência das crianças para além da data aprazada, por vontade e decisão unilateral da mãe, constitui abuso contra direitos do pai*". Em outras palavras, a subtração não é considerada prevalentemente como uma violação do direito da criança de conviver com ambos genitores.

<sup>138</sup> No procedimento de apelação n. 5015769-44.2018.4.03.6100 junto ao TRF3, o pedido do pai de ter contato com o filho, no período de mais de um mês de estadia no Brasil, foi recusado sem que a autoridade fornecesse alguma solução para as contestações levantadas.

<sup>139</sup> Ver a nota n. 40 do Anexo 3 da Guia do art.13(1)(b): "*Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, feita em Viena, em 23 de maio de 1969, Art. 13(3)(c). Os tratados devem ser interpretados levando em conta "quaisquer regras relevantes do direito internacional aplicável nas relações entre as partes"*".

- Parágrafo n. 26: "**Além disso, a regulamentação do direito de visita obedece assim mesmo a preocupação de proporcionar as crianças uma relação familiar mais completa possível, com o fim de favorecer um desenvolvimento equilibrado da sua personalidade. Sem embargo, as opiniões tampouco são unânimes sobre este ponto, o que leva mais uma vez a manifestar o caráter ambíguo do princípio do interesse do menor. De fato, contra o critério admitido pela Convenção, certas escolas de pensamento defendem que é preferível para a criança não ter contatos com os pais quando o casal está separado judicialmente ou de fato. Sobre este ponto, a Conferência foi consciente do fato que esta solução pode resultar as vezes a mais aconselhável. Sem embargo, salvaguardando em todo caso a margem de apreciação das circunstâncias inerentes a função judicial, a Conferência preferiu sem embargo a outra opção e a Convenção fez **prevaler claramente a ideia de que o direito de visita é a contrapartida natural do direito de guarda; uma contrapartida que, por consequência, deve por princípio ser reconhecida ao progenitor que não tem a guarda do menor**".**

Portanto, se o Brasil visa ser coerente com o conceito internacional do melhor interesse da criança, que compreende considerar as visitas como um direito prevalentemente da criança, não deve manter o costume de buscar desculpas para não regulamentar as necessárias visitas cautelares nos procedimentos de retorno<sup>140</sup>. Ao contrário, a abordagem correta deve ser aquela de estabelecer as condições capazes de superar todas as dificuldades que se apresentarem no caso concreto.

#### **b) O judiciário deveria reconhecer os próprios limites e superá-los**

O Relatório Explicativo ensina que as medidas provisórias de proteção do art. 7(2)(b) foram pensadas principalmente para evitar uma nova fuga do menor<sup>141</sup>, mas é claro e evidente que esta exposição limitada do dispositivo é vinculada ao respeito do prazo de 6 semanas para a conclusão do procedimento de retorno (art. 11). Se na prática, ao invés, são necessários diversos anos, o direito de visita é o único modo possível de evitar que a criança sofra duas vezes, ou seja, que perca o vínculo afetivo que tinha com o genitor abandonado que, em caso de retorno, resultará de qualquer forma mais fraco ou de intensidade irrecuperável em relação àquele de crianças que não foram subtraídas ou não sofreram situações de separações forçadas no tempo<sup>142</sup>.

Na Guia do art. 13(1)(b), no subcapítulo "*identificação e gestão antecipada de outros aspectos do caso*" se evidencia exatamente "*a emissão de ordens provisórias de assistência e proteção da criança, incluindo a possibilidade de contato com o genitor abandonado (com ou sem supervisão)*"<sup>143</sup>.

Em coerência com uma justa regulamentação das visitas e demais disposições da Convenção, o Relatório Explicativo é muito claro em relação à autoridade que deveria decidir a sua aplicação:

- Parágrafo n. 44: "**(...) são as autoridades encarregadas dentro de cada Estado de resolver sobre a guarda e a proteção dos menores aquelas que a Convenção confia a responsabilidade de resolver os problemas levantados, seja que se trate do retorno de um menor transferido ou retido de forma ilícita ou da organização do exercício do direito de visita(...). De fato, mesmo que as resoluções sobre o retorno dos menores não prejudiquem o fundo do direito de guarda (ver artigo 19), vão ter uma influência notável na vida dos menores interessados; daí que a adoção de tais decisões, a **assunção de semelhante responsabilidade, devem corresponder necessariamente às autoridades habitualmente competentes segundo o direito interno****";
- Parágrafo n. 139: "**(...) A Convenção não trata de estabelecer um sistema exclusivo entre os Estados contratantes para lograr o retorno dos menores. Pelo contrário, se apresenta como um instrumento complementário com a finalidade de ajudar as pessoas cujo direito de guarda ou de visita foi violado. Por consequência, estas pessoas podem optar entre recorrer as Autoridades centrais - ou seja, utilizar os mecanismos próprios da Convenção - ou eleger a via de **ação direta perante as autoridades competentes em matéria de guarda e de visita do Estado em que se encontra o menor (...)****".

<sup>140</sup> Segundo os dados estatísticos apresentados no ADI n. 4245 (ver nota n. 14, *supra*), entre os anos de 2003 e 2009, dos 210 pedidos de retorno ou de regulamentação de visitas que foram encaminhados à Autoridade Central brasileira, apenas em 23 casos a ação judicial foi favorável ao requerente.

<sup>141</sup> Ver o parágrafo n. 91 do Relatório Explicativo.

<sup>142</sup> É notório que, por exemplo, as famílias adotivas preferem crianças muito pequenas porque a probabilidade de construir um forte vínculo afetivo é superior.

<sup>143</sup> Ver parágrafo n. 106 da Guia do art.13(1)(b).

No Brasil, ao contrário, a Convenção é julgada pelos Tribunais Federais, com a participação do Ministério Público Federal, que, segundo o direito interno, não são autoridades competentes/especializadas em matéria de direito familiar.

A Convenção, por ser uma lei que deve ser aplicada em nível nacional, é de competência da justiça federal, mas conceder maior prioridade ao âmbito puramente territorial fere a necessidade de usar todos os instrumentos possíveis para garantir julgamentos tecnicamente mais corretos. Outros países, ao contrário, preferem flexibilizar essa rígida separação técnica entre a justiça estadual e federal criando sistemas mistos capazes de garantir a possibilidade de dar prioridade à qualidade científica das decisões<sup>144</sup>.

Infelizmente, nem mesmo a criação de Varas especializadas (como sugerido pela Conferência da Haia) na justiça federal conseguirá construir um elevado nível de especialização visto o número extremamente reduzido de processos de retorno internacional<sup>145</sup>.

Esta falta de uma verdadeira especialização gera diversos empecilhos à correta aplicação da Convenção como, por exemplo:

- o uso da imaginação pessoal no exame do art. 13(1)(b), principalmente em relação as acusações de violência psicológica que acabam parametrizadas incondicionalmente (como se todas as pessoas fossem iguais ou como se a psicologia fosse uma ciência exata) a uma pessoa com uma sensibilidade extrema, não pesadas em relação a personalidade e/ou contexto de ambos genitores, como ocorre normalmente nas varas especializadas em violência familiar<sup>146</sup>;
- a formação de uma jurisprudência extremamente heterogênea que, conseqüentemente, cria uma resistência a sua natural capacidade de evoluir. Somente uma jurisprudência relativamente homogênea possui os requisitos necessários para manter uma natural linha de aprendizagem;
- a desenvoltura com a qual se aplica parcialmente a Convenção: constantemente se justifica uma correção dos dispositivos da Convenção com base em um conceito meramente pessoal do melhor interesse da criança (coincidentemente, sempre voltado ao indeferimento do retorno!). Parece emergir um grande

---

<sup>144</sup> Nos EUA, por exemplo, muitas leis podem ser julgadas tanto pela justiça federal quanto pela justiça estadual. Ver nota n. 183, *infra*. Na Austrália, em 2018, o governo começou a avaliar a possibilidade de unificar o tribunal de direito de família com o tribunal federal para tentar resolver a questão da lentidão das decisões familiares que necessitam de soluções rápidas para impedir danos as partes interessadas.

<sup>145</sup> No ano de 2015 foram 49 casos. Provavelmente os juízes competentes na aplicação da Convenção que se encontram em grandes centros urbanos, lidam com não mais de 4 casos por ano, enquanto os juízes estaduais tratam diariamente as questões familiares dos mais diferentes tipos e obtêm um retorno contínuo sobre a eficácia e alcance das próprias determinações. Estatísticas: <https://www.hcch.net> ⇒ "Child Abduction" ⇒ "Special Commission meetings" ⇒ "Seventh Special Commission meeting (October 2017)" ⇒ "Prel. Doc. No 11 A of September 2017 - Part I".

<sup>146</sup> A própria Guia do art. 13(1)(b) cita algumas sentenças onde o estabelecimento da violência psicológica foi vinculado ao nível de sensibilidade da vítima, ou seja, não existe violência psicológica sem a demonstração de conseqüências negativas. A psicologia não é uma ciência exata, mas se baseia em teorias que mudam no tempo, portanto, não é coerente, seja considerar as pessoas iguais, seja possuir uma certeza a priori de tudo aquilo que pode ser psicologicamente violento. Quando uma pessoa é tratada com dureza, é necessário investigar, por exemplo, se isto não é na verdade a conseqüência de atitudes praticadas pela própria parte acusadora, ou seja, uma legítima defesa a agressões recebidas, como uma espécie de adaptação a um estilo de convivência rude. Além disso, o estilo de convivência pode ser ligado até mesmo aos costumes de cada povo, aquilo que pode ser uma ofensa em um país pode não ser em outro, não por acaso a Convenção trata questões de violência grave porque deveriam ser universais. Quem é extremamente sensível deve receber tratamento psicológico e ser tutelado da violência psicológica. Quem é extremamente insensível também deve receber tratamento psicológico, mas dificilmente poderá ser considerado vítima de violência psicológica. Em outras palavras, existe violência psicológica somente quando quem a pratica o faz com consciência do sofrimento que gera, quando busca obter certos "resultados" ilegítimos e ilegitimamente. Estas são premissas naturais em ambientes especializados que não são alcançáveis através de intuições pessoais. A lei brasileira n. 11340/06, conhecida popularmente como lei Maria da Penha (em homenagem a uma vítima de um dramático caso de violência doméstica que venceu um processo contra o Brasil diante da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da OEA devido ao tratamento inadequado da questão por parte das autoridades brasileiras que comportou a criação da referida lei) estabelece discutíveis critérios de caracterização da violência doméstica (como o fato de ser válido somente para as mulheres). O art. 7(1)(II), atualizado em 2018, estabelece que: "*a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação*". Resulta evidente que essas condições, por serem genéricas, concedem ao julgador uma liberdade interpretativa ilimitada, podendo resultar distante do ideal de certeza do direito. Para alcançar uma aplicação legítima dos objetivos propostos, é fundamental a existência de uma consolidada jurisprudência que seja coerente e equilibrada. O Brasil, que possui um difundido e notório histórico de incorreta interpretação do conceito de violência grave (ou situação intolerável) como estabelecido no art.13(1)(b) da Convenção (por exemplo, a adaptação a um novo ambiente é considerado algo intolerável), parece ter pouca probabilidade de construir em um tempo razoável uma jurisprudência coerente em relação à violência não grave. Neste contexto, o que pode impedir a um juiz brasileiro de considerar frases irônicas como humilhação? O que impede de considerar a expressão de opinião contrária como uma conduta que diminui a autoestima? Será que é coerente a decisão da última instância brasileira de estabelecer, por exemplo, que na aplicação da referida lei não é necessário provar a vulnerabilidade psicológica da vítima (REsp 1.416.580) ou que ela não deve ser aplicada no caso de ex-namorados (CC 91.980)? Porque, segundo os dados estatísticos do "mapa da violência 2015" ([www.mapadaviolencia.org.br](http://www.mapadaviolencia.org.br)), o constante crescimento dos homicídios contra as mulheres teve uma ínfima redução nos anos sucessivos a criação da lei?

paradoxo: quanto menor o conhecimento na matéria familiar, maior é a intervenção correcedora. A normalidade, ao invés, deveria ser aquela de um maior rigor na aplicação das regras que foram estabelecidas e concordadas por especialistas internacionais. Se uma regra de patamar superior aparenta ser incoerente, a solução racional é aquela de procurar aprofundar o tema e não de sentenciar a sua invalidade ou inferioridade.

Diversos casos de subtração internacional levam à ruína muitas famílias ou genitores que inutilmente acabam destruídos economicamente e psicologicamente<sup>147</sup>. Não se deveria tratar o argumento com tanta superficialidade e nem o judiciário deveria se substituir ao legislador, pois o contrário significaria impedir a construção de um Estado de direito.

Se, por um lado, o Tribunal Federal se considera suficientemente especializado em matéria de família para corrigir a Convenção, por outro lado, quando são feitos pedidos de medida cautelar de proteção (como as visitas), esses são negados baseando-se na convicção de que somente a Justiça Estadual, competente em matéria de guarda/visitação, pode decidir em mérito<sup>148</sup>.

Em conclusão, se observa um caos técnico onde o Tribunal Federal ignora os aspectos científicos das relações familiares, aplicando em modo extremamente discutível a Convenção, e o Tribunal Estadual, que ignorando a Convenção<sup>149</sup>, concede com facilidade a guarda ao genitor abductor, criando obstáculos e comprometendo ainda mais a validade da Convenção.

Esta incongruência do sistema jurídico brasileiro, que desperdiça o conhecimento acumulado pelos juízes especializados em direito de família, prejudicando a qualidade das decisões sobre o retorno<sup>150</sup>, não pode justificar a consolidada e tolerada timidez<sup>151</sup> em querer regulamentar as necessárias visitas cautelares.

A Guia do art. 13(1)(b), no capítulo em que faz o elenco dos possíveis casos de subtração e o consequente comportamento aconselhado as autoridades competentes<sup>152</sup>, no item "salvaguardas adequadas", cita próprio a possibilidade de emitir ordens de visitação temporária/cautelar para garantir o contato entre a criança e o genitor abandonado durante o procedimento de retorno.

O próprio Brasil declara oficialmente a possibilidade de estabelecer visitas cautelares no decorrer dos procedimentos de retorno<sup>153</sup>, mas, na prática, o genitor que faz o pedido à Autoridade Central brasileira não consegue obtê-la porque, sendo injustamente considerado ilegítimo pela mesma, não é nem encaminhado para o tribunal

---

<sup>147</sup> Existem diversos casos no mundo todo de genitores abandonados que vendem os próprios imóveis, desfazem as próprias empresas ou ficam gravemente endividados para conseguir custear as longas ações judiciais que devem enfrentar principalmente em países com sistemas ineficientes que acabam involuntariamente incentivando as subtrações.

<sup>148</sup> Por exemplo, no procedimento de apelação n. 5015769-44.2018.4.03.6100, junto ao TRF3, ao documento com id n. 7513409, página n. 12, o MPF concluiu que "*quaisquer questões que extrapolem tal aspecto, a exemplo da guarda, visitas e outros, deverão ser dirimidos em ação própria*". Na verdade, a questão é ainda mais ampla e caótica, como relatado no livro "Sequestro Internacional de Crianças", Carmen Tiburcio e Guilherme Calmon, 2014, por exemplo, nas páginas 336-345, onde são comentadas sentenças do Superior Tribunal de Justiça sobre o conflito entre o processo de guarda e aquele da Convenção que estabelecem que ambos procedimentos devem ser unificados, no Tribunal Federal (não competente em matéria de guarda), para impedir decisões conflitantes com a justiça estadual. Isto contrariaria outras correntes de pensamento que consideram a suspensão do processo de guarda como solução mais coerente em relação às leis internas (que resultam ser não suficientemente claras e incompatíveis com a Convenção). Ver também nota n. 154, *infra*.

<sup>149</sup> Existem raros casos onde a Justiça Estadual, mesmo não tendo competência para julgar o cumprimento da Convenção, ordenou o retorno das crianças subtraídas por reconhecer que o princípio que levou a criação da Convenção é justo e universal, devendo, portanto, ser aplicado no tratamento do direito de família. Ver <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/11/justica-de-sp-obriga-pai-brasileiro-devolver-filhas-mae-angolana.html> - a justiça estadual de Campinas-SP ordenou o retorno das filhas sequestradas pelo pai mesmo a Angola não sendo um país signatário da Convenção.

<sup>150</sup> Por exemplo, no processo de primeiro grau n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3, as autoridades competentes demonstraram se afastar do melhor interesse da criança declarando que "*a permanência da criança no Brasil, não implica na separação do seu genitor, já que é plenamente possível manter o contato por meio eletrônico*" (Ministério Público Federal, folha n. 653). O mesmo afastamento é também visível nos fatos já citados nas notas n. 7, 9, 12, 15, 31, 95 e 99, *supra*. Além disso, esse contraditório sistema de separação temática gera prejuízo também em relação à decisão do procedimento de guarda sobre um eventual retorno. A justiça estadual, competente nesta matéria, se considerasse o retorno da criança como a melhor escolha a ser tomada, poderia deixar de praticá-lo devido à falta de acesso natural a todos aqueles instrumentos criados pela Convenção para estabelecer uma comunicação direta com o judiciário estrangeiro com o fim de obter medidas adequadas para assegurar o retorno seguro da criança.

<sup>151</sup> As visitas não são regulamentadas ou ao máximo são estabelecidos, a pedido do genitor abandonado, em cada viagem voluntária que realiza e com a concessão de pouquíssimas horas de contato com o filho subtraído.

<sup>152</sup> Ver a Parte IV da Guia do art.13(1)(b).

<sup>153</sup> Ver <https://www.hcch.net> ⇒ "*Child Abduction*" ⇒ "*Country Profiles*" ⇒ "*Brazil Country Profile*", pergunta n. 10.6.

brasileiro<sup>154</sup>. Na prática, a autoridade administrativa acredita poder prever com certeza a decisão do juiz do procedimento de retorno, atribuindo a si mesma um ilegítimo poder jurídico que vai além das próprias funções puramente administrativas<sup>155</sup>.

Portanto, se o texto tão sintético da Convenção pode deixar alguma dúvida interpretativa em pessoas não especializadas em direito de família, a documentação produzida como suporte à Convenção e o verdadeiro conhecimento do interesse superior da criança não deixam dúvidas sobre a exigência de regulamentar as visitas cautelares mesmo quando o processo de retorno resultasse ainda pendente.

### c) Condições de visitas mais amplas possíveis

O art. 5(1)(b) da Convenção estabelece que o direito de visita "*compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside*" e o Relatório Explicativo esclarece que não se pode deduzir do seu enunciado que se quer "*por exemplo excluir todas as demais modalidades de direito de visita; simplesmente, se quis sublinhar que este conceito se estende também ao direito denominado de alojamento, uma modalidade de direito de visita que a pessoa que possui a guarda do menor teme em modo especial*"<sup>156</sup>, concluindo que "*o direito de visita, de acordo com a Convenção, inclui também o direito de visita extra fronteiriço*".

Portanto, as autoridades brasileiras deveriam superar o preconceito de querer favorecer diretamente e/ou indiretamente o genitor que se transferiu ao Brasil<sup>157</sup>, para não acabar condenando a criança, nos 8 anos médios de duração do procedimento de retorno, a se submeter à vontade do genitor abductor de obstaculizar os contatos com o outro genitor. Se é verdade que o interesse do menor é superior ao interesse dos seus genitores e se os países contratantes assinaram uma convenção baseada na confiança mútua entre os signatários, por coerência, não deveriam existir empecilhos insuperáveis para garantir as visitas também transnacionais<sup>158</sup>.

Se o manual do Conselho de Justiça Federal (CJF) declara que não é admissível nenhuma medida cautelar destinada a evitar que o genitor subtrator possa fugir da própria jurisdição com a criança<sup>159</sup>, então, porque os tribunais costumam negar o direito de visita até mesmo quando é requerido em relação a cidades diferentes daquelas da própria jurisdição (mas dentro do país) como se existisse um risco de perder a jurisdição do caso? Em particular, em relação a esta proibição estabelecida pelo CJF, o Relatório Explicativo declara exatamente o contrário: "*as medidas provisórias que foram consideradas giram especialmente entorno a ideia de evitar uma nova deslocação do menor*"<sup>160</sup>.

Com o fim de facilitar a regulamentação das importantes visitas transnacionais (visto que é evidente o fato de que as crianças têm mais facilidade para poder viajar em relação aos genitores que podem ter compromissos de trabalho ou dificuldades em afrontar os custos de uma viagem e estadia em um Estado estrangeiro), em 2008, a Conferência publicou a Guia "*Contato Transnacional Relativo as Crianças - Princípios Gerais e Guia de Boas Práticas*"<sup>161</sup> para incentivar esta modalidade de visita e dar confiança ao judiciário do país de refúgio no momento de estabelecer essa extradição temporária das crianças.

<sup>154</sup> A responsável da Autoridade Central Brasileira, advogada da AGU, autora de um livro que procura explicar a Convenção às autoridades brasileiras, convidada em vários seminários/cursos destinados a um público de juízes e advogados brasileiros (por exemplo, <https://www.youtube.com/watch?v=m-tDXx3wSco>) e que resulta também entre os colaboradores da Guia do art.13(1)(b) (ver nota n. 24 da Guia), em um e-mail de 17/10/2018 declarava que as visitas podiam ser pedidas em um novo processo e somente após a conclusão do procedimento de retorno (demonstrando, além da incoerência, como a vontade cultural cria obstáculos insuperáveis até mesmo em quem tem a oportunidade de ter um acesso completo à informação internacional). Todos os esforços para explicar a imprecisão dessa imposição foram inúteis e depois de 5 anos de processo (n. 5015769-44.2018.4.03.6100 TRF3), nunca foi pedido por nenhuma autoridade brasileira o estabelecimento de um regime de visitas cautelares.

<sup>155</sup> Infelizmente, diferentemente de outros países, a AC brasileira não tem como responsável um juiz competente em direito de família, mas jovens advogados ou estudantes de jurisprudência sem experiência específica em direito familiar.

<sup>156</sup> Ver o parágrafo n. 85 do Relatório Explicativo.

<sup>157</sup> Ver a nota n. 1, *supra*.

<sup>158</sup> Existem casos internacionais de maior indisposição a estadia temporânea em outro Estado estrangeiro onde, porém, se conseguiu alcançar um acordo. Por exemplo, no caso recente de conflito jurisdicional entre a Itália e Índia, caso "Enrica Lexie", relativo à acusação de assassinato por parte da justiça indiana contra dois militares italianos da nave mercantil italiana Enrica Lexie, foi possível alcançar um acordo para permitir que ambos passassem duas semanas com os próprios familiares no período de natal. No final deste período concordado, os militares retornaram regularmente à Índia e a Itália obteve o reembolso dos cerca 800.000 euro concedidos como garantia econômica (uma das muitas condições estabelecidas pela justiça indiana). Se até mesmo no caso de militares presos é possível um acordo de "visitação", porque para as autoridades brasileiras parece ser impossível estabelecer condições capazes de garantir uma consistente confiança em relação ao contato cautelar entre uma criança e o seu genitor residente no exterior?

<sup>159</sup> Ver a nota n. 7, *supra*.

<sup>160</sup> Ver o parágrafo n. 91 do Relatório Explicativo.

<sup>161</sup> <https://www.hcch.net> ⇒ "Child Abduction" ⇒ "HCCH Publications" ⇒ "Transfrontier Contact Concerning Children – General Principles and Guide to Good Practice".

A Guia do art. 13(1)(b), quando faz o elenco dos provimentos que as autoridades competentes devem tomar nos casos de denúncias de violências<sup>162</sup>, é muito clara ao estabelecer que faz parte das medidas de salvaguardas garantir o contato entre genitor abandonado e o menor já que normalmente basta uma eventual supervisão para garantir a segurança e bem-estar da criança.

Outro aspecto relevante é o fato que as visitas contribuem também à redução de um constante aumento do sofrimento ditado da separação e conseqüente aumento da revolta da parte das vítimas (que o tribunal brasileiro acaba julgando como violência, exceção ao retorno, e não como uma legítima defesa<sup>163</sup>). A Guia do art. 13(1)(b) ensina que:

- "(...) o exercício do contato pode gerar uma redução do efeito de escalada nos procedimentos e ajudar a promover um acordo amigável entre os genitores. Portanto, os tribunais devem facilitar o contato entre a criança e o genitor despossuído estendendo-o o máximo possível (independentemente de uma ordem de contato já estar em vigor) (...)"<sup>164</sup>.

Infelizmente, o hábito discriminatório das autoridades brasileiras de conceder total confiança ao genitor que cometeu uma violência contra o próprio filho (praticando a subtração), somente porque cidadão brasileiro<sup>165</sup>, leva à inversão da posição das partes: quem é a vítima acaba recebendo o tratamento de um presunto criminoso. Se alimenta o preconceito de considerar uma certeza o risco do genitor abandonado de querer agir com a mesma violência recebida, ignorando o fato de que quem sabe ter razão tendencialmente não sente a necessidade de fazer justiça com as próprias mãos ou que quem sempre respeitou os tramites legais por anos, dificilmente procurará violar as leis. Parece reinar a ideia de que são impraticáveis ou inexistentes medidas de proteção adequadas.

Portanto, neste contexto, a justiça brasileira se limita a criar obstáculos à regulamentação das visitas<sup>166</sup> ou, simplesmente, a negá-las, ignorando a obrigação de defender o interesse superior da criança e penalizando ainda mais o genitor abandonado que já é injustamente obrigado a enfrentar muitas dificuldades pelo fato de viver em um país estrangeiro. Alguns juízes tendem até a considerar como um comportamento de arrogância ou atrevimento o fato que estas vítimas decidam ir ao Brasil quando economicamente e profissionalmente possível a elas<sup>167</sup> ou, ainda, considerando todas as dificuldades do caso intransponíveis<sup>168</sup>, como se não tivessem o poder de superá-las com medidas de proteção ou acordos internacionais.

Em coerência com o princípio de restabelecer o equilíbrio à ação abusiva unilateral do sequestrador, citado várias vezes no Relatório Explicativo (ou na Guia do art. 13(1)(b) que ensina "*que não deve existir uma sobrecarga adicional para o genitor despossuído*"<sup>169</sup>), as autoridades brasileiras, deveriam considerar justo tomar decisões que reequilibram as dificuldades do genitor abandonado que se encontra no exterior, com as comodidades impostas pelo subtrator para si mesmo, no interesse superior do menor de poder manter contatos com ambos.

Porque comumente se considera natural e não reprovável, por exemplo, uma criança (de qualquer idade) que falta a escola por diversos dias devido, simplesmente, uma viagem por motivos familiares, mas, paradoxalmente, se considera inadmissível que a mesma criança possa faltar poucos dias de escola para ter um maior contato com o genitor que não vê há anos e que não se sabe quando o poderá rever futuramente? Porque até mesmo uma criança de, por exemplo, 5 anos de idade, que em quase todos os países considerados desenvolvidos não são obrigadas a frequentar a escola e que segundo a base curricular do Ministério da Educação e Cultura brasileiro (MEC) devem aprender a conviver, brincar, participar, explorar, expressar e conhecer-se, não pode faltar nem um dia de aula para estar com o genitor abandonado sendo que por lei basta uma frequência mínima de 60%? Uma coisa é fazer de tudo para evitar as faltas escolares, outra coisa é negar a priori as visitas com base na desculpa incondicional da frequência

<sup>162</sup> Ver a Parte IV da Guia do art.13(1)(b).

<sup>163</sup> Ver nota n. 15, *supra*.

<sup>164</sup> Ver o parágrafo n. 200 da Guia do art.13(1)(b).

<sup>165</sup> Ver o caso descrito na nota n. 8, *supra*, e o Manual do Conselho de Justiça Federal que proíbe o uso de medidas de proteção nos pedidos de retorno (nota n. 7, *supra*).

<sup>166</sup> Como, por exemplo, pretender que o genitor abandonado, que as vezes não conhece a língua ou tem dificuldade de se locomover em uma cidade estrangeira, perca a possibilidade de ver o filho nos poucos dias a disposição devido a obrigação de ter que entregar/retirar o próprio passaporte junto ao Tribunal Federal no seu horário de funcionamento, ignorando inclusive o fato de que tal medida é inútil porque qualquer consulado estrangeiro pode emitir um novo passaporte de emergência.

<sup>167</sup> No procedimento de apelação n. 5015769-44.2018.4.03.6100 junto ao TRF3, entre as motivações usadas para negar o pedido de contato/visitas, foi estabelecido (id página n. 5055872) que "*a visitação requerida não haverá de ser calculada nas datas que o postulante escolher ao seu bel prazer*".

<sup>168</sup> No procedimento de apelação n. 5015769-44.2018.4.03.6100, junto ao TRF3, as dificuldades e relevantes despesas econômicas que o genitor abandonado teve que superar para ir ao Brasil ver o próprio filho foram completamente em vão porque o tribunal negou o pedido de visita (requerido devido aos obstáculos que a mãe impõe aos contatos entre pai e filho), considerando como intransponíveis fatores como a falta de um parecer da mãe sobre o pedido ou os poucos dias de pré-aviso (ignorando o fato de que o pedido tinha sido encaminhado a Autoridade Central brasileira, inutilmente, muitos meses antes).

<sup>169</sup> Ver o parágrafo n. 220 da Guia do art.13(1)(b).

escolar<sup>170</sup>. O resultado é uma falta de avaliação técnica da realidade e do interesse da criança ou um puro preconceito nacionalista/chauvinista<sup>171</sup> com o objetivo de punir o genitor abandonado por viver em outro país?

Infelizmente, essas e outras questões parecem distantes de poder receber uma adequada resposta por parte das autoridades brasileiras competentes nos procedimentos de retorno.

## 9) A importância das audiências

No direito de família, as audiências são um instrumento primário para alcançar a melhor solução possível aos complexos conflitos familiares, seja para permitir ao tribunal de verificar melhor a realidade<sup>172</sup> seja para promover a mediação e/ou conciliação.

A Convenção da ONU sobre os direitos da criança estabelece, no interesse da criança, não somente a necessidade de ouvir o menor (art. 12), mas também de ouvir os seus genitores:

- *Artigo 9*
  1. **Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.**
  2. **Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.**

Infelizmente, no Brasil, quando um genitor procura o Tribunal Federal para testemunhar pessoalmente a própria realidade, o juiz nega o pedido afirmando que o genitor não tem capacidade de compreender as leis<sup>173</sup>, parecendo existir somente um temor de receber contestações (como se tivesse a consciência de estar na posição de quem está aumentando o sofrimento familiar), sem qualquer interesse de obter novos elementos para julgar melhor o caso. Quando então este genitor procura enviar alternativamente uma documentação por escrito (já que a Autoridade Central brasileira nega qualquer tipo de assistência ou pedido<sup>174</sup>), pode acontecer até do juiz ordenar a retirada da documentação dos autos porque, segundo a legislação nacional, somente um advogado pode fazê-lo<sup>175</sup>. Nos procedimentos de retorno, em contradição com os processos internos (de guarda ou relativos a violência familiar), não são previstas oitivas e o eventual pedido nem é um direito garantido porque o autor do processo de retorno, a Advocacia da União (AGU), trabalha em total autonomia. Em contrapartida a esta falta de direito de defesa do genitor

---

<sup>170</sup> No procedimento de apelação n. 5015769-44.2018.4.03.6100, junto ao TRF3, o juiz substituto, entre as motivações usadas para negar as visitas, sem buscar qualquer solução, escreveu (id página n. 5055872): "(...) (05 anos) - o qual se encontra regularmente em atividade escolar - torna-se inviável sua ausência da instituição de ensino e do convívio da mãe por este longo período postulado (24 dias) (...) evitando traumas e rupturas a regular condição educacional do menor (...)". Paradoxalmente, o genitor abandonado que há 4 anos não pode conviver com o filho não é considerado como uma ruptura e nem algo que precisa ser rapidamente reparado. Se para uma criança faltar alguns dias é uma ruptura traumática dos seus hábitos, por coerência, não deveriam existir períodos de férias ou aulas de recuperação, deveria existir aula de sábado e de domingo, etc.

<sup>171</sup> Ver a nota n. 1, *supra*.

<sup>172</sup> Julgar um genitor como violento sem nunca ter feito nem uma oitiva, como seria normal em um processo interno penal, é discriminatório e extremamente superficial, o contrário do conceito de justiça.

<sup>173</sup> No processo n. 0009297-20.2015.403.6100, junto ao TRF3, o genitor abandonado, depois de 3 anos sem poder ver o filho, compareceu no Tribunal Federal para tentar falar com o juiz, mas verbalmente foi comunicado que o juiz recusou o pedido por considerar a parte incapaz de compreender as leis.

<sup>174</sup> No processo n. 0009297-20.2015.403.6100, junto ao TRF3, por diversos meses o genitor abandonado pediu à Autoridade Central brasileira que fossem juntadas as sentenças estrangeiras enviadas com a relativa tradução (o complexo processo de separação/guarda aberto no exterior foi concluído cerca um ano antes do processo de retorno que deveria ser urgente), mas isto nunca ocorreu. No passado, quando o genitor procurou diretamente a AGU (que é a autoridade que participa no processo) para entregar as documentações requeridas inicialmente (pela própria AC brasileira!), explicando as dificuldades de usar o canal de comunicação da autoridade central, o responsável da AC brasileira enviou uma comunicação ameaçando fechar o caso e procurando (inutilmente) a solidariedade da AC estrangeira para combater a crítica recebida (SEI n. 0162768, CRC: 4C3DBCC6).

<sup>175</sup> No processo n. 0009297-20.2015.403.6100, junto ao TRF3, o genitor abandonado tentou anexar ao processo (que tinha acumulado cerca 1500 folhas) mais de 100 páginas com documentações e declarações próprias porque todas as tentativas de participar no processo não tiveram algum sucesso. As constantes tentativas através da Autoridade Central brasileira sempre faliram, a tentativa de participar no processo com a Defensoria Pública da União faliu (negaram a produzir qualquer documentação alegando que o trabalho da AGU era suficiente) e a tentativa de constituir o próprio advogado também foi um falimento (o juiz já tinha requerido as petições finais sem intimar o advogado a preparar as próprias). Sucessivamente e graças a esta tentativa desesperada, o juiz, mesmo ordenando a retirada da documentação dos autos, intimou finalmente o advogado a produzir os próprios escritos, limitando-os, porém, à uma petição final (intimando novamente as outras partes a refazer os próprios escritos finais na ordem pré-estabelecida).

abandonado, o genitor abductor goza de todas as vantagens derivadas da sua proximidade para superar todos aqueles obstáculos que o genitor abandonado não consegue superar (por exemplo, audiência com os juízes e/ou procuradores) devido os poucos dias de estadia no Estado de refúgio<sup>176</sup>.

Ao contrário, como ensina a Guia sobre a Mediação<sup>177</sup>, "as soluções de mútuo acordo são mais duradouras porque existe uma maior propensão das partes a respeitá-las. Paralelamente, estabelecem um quadro menos conflitual para o exercício dos direitos de custódia e de contacto e, como tal, são no melhor interesse da criança. Além disso, é considerado que as soluções de mútuo acordo são mais satisfatórias para as partes que, desta forma, podem influenciar o resultado e participar na procura de uma solução considerada «justa» para ambas as partes. A resolução de litígios por acordo evita a percepção de que uma das partes «ganha» e a outra «perde». Contrariamente, os processos judiciais relativos a assuntos de custódia e contacto podem degradar a relação entre os progenitores e, como consequência, provavelmente afetar psicologicamente as crianças"<sup>178</sup>.

No procedimento de retorno, como explicado na Guia do art. 13(1)(b), as audiências são o melhor instrumento para acelerar todos os procedimentos, da mediação e/ou conhecimento dos fatos até as visitas ou condições para o retorno seguro da criança:

- Parágrafo n. 193: "Pode ser útil usar a mediação para preparar as partes para os resultados desde o início dos procedimentos de retorno, a fim de minimizar a incerteza e o conflito parental para a criança. Em algumas jurisdições, isto foi feito exigindo que o genitor abductor estabeleça detalhadamente as condições para o retorno que ele almeja caso o retorno seja ordenado e exigindo que o genitor abandonado responda. Ao mesmo tempo, o genitor abandonado é convidado a detalhar as condições do acordo parental que ele almejava se a criança não retornasse assim como o acordo parental que buscava implementar se a criança retornasse (...)";
- Parágrafo n. 211: "(...) As autoridades competentes podem também querer considerar nessas circunstâncias se, por exemplo, um genitor abandonado pode não ter tido a oportunidade de ser ouvido sobre a questão das condições do retorno ou não ter sido suficientemente envolvido na ação por meio da mediação ou representação direta (...)";
- Nota n. 238: "(...) o Art.11(5) do Regulamento Bruxelas II-bis estabelece que **"os órgãos jurisdicionais não podem recusar o retorno de uma criança se a pessoa que solicitou o retorno da criança não teve a oportunidade de ser ouvida"**;
- Nota n. 243: "(...) algumas jurisdições consideram muito útil que a parte requerente (por exemplo, o genitor abandonado), mesmo se representado por um advogado, participe na ação pessoalmente. Se pode incluir como benefícios uma melhor apuração dos fatos do caso, contato com a criança e uma maior possibilidade de mediação e acordo voluntário entre as partes. Se o genitor abandonado estiver disposto a viajar para o Estado requerido, alguns tribunais procurarão meios para apoiar esta Parte: por exemplo, concordando as datas do julgamento, uma oferta de apoio financeiro ou assistência no caso de problemas para entrar no Estado requerido devido vistos ou problemas de imigração".

Para os especialistas da Conferência da Haia, as vantagens em relação a rapidez que se obtém com as audiências podem (e devem) ser potenciadas ainda mais. A Guia do art. 13(1)(b) ensina que "assim como em outros aspectos dos casos 13(1)(b), a mediação não deve atrasar indevidamente a continuação e conclusão tempestiva sobre os procedimentos de retorno"<sup>179</sup>. Em outras palavras e em um plano mais geral, "as medidas empregadas para ajudar a assegurar o retorno voluntário da criança ou para trazer uma solução amigável as questões não devem resultar em qualquer atraso indevido nos procedimentos de retorno"<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> Este é outro relevante obstáculo geral à correta aplicação da Convenção no Brasil. A Convenção estabelece a gratuidade do seu procedimento (art. 26) para evitar custos exagerados à vítima que, por uma imposição unilateral do genitor subtrator, seria obrigada a sustentar elevados custos legais em um país estrangeiro. Isto comportaria consequências negativas para a criança, pois um genitor abandonado sem a possibilidade de arcar com as despesas legais não poderia defender os direitos do menor, fato inaceitável para a comunidade internacional. O sistema escolhido pelo Brasil para implementar a gratuidade dos procedimentos de retorno derruba toda a coerência de aplicação da Convenção porque concede a vítima um direito de defesa extremamente reduzido, contrariando a lógica necessidade de igualdade entre as partes que foi inclusive expressamente declarada no art. 25 da Convenção.

<sup>177</sup> <https://www.hcch.net> ⇒ "Child Abduction" ⇒ "HCCH Publications" ⇒ "Guide to Good Practice Child Abduction Convention - Mediation".

<sup>178</sup> Ver o parágrafo n.33 da Guia sobre a Mediação.

<sup>179</sup> Ver o parágrafo n. 197 da Guia do art. 13(1)(b).

<sup>180</sup> Ver a nota n. 228 da Guia do art. 13(1)(b).

Na prática, no Brasil, muito pouco daquilo que estabelece as Guias de boas práticas da Conferência para alcançar um acordo<sup>181</sup> é aplicado. Os Tribunais Federais (não especializados em direito de família) prosseguem com a construção das próprias convicções baseando-se somente nos documentos escritos pelas partes<sup>182</sup>; nas instâncias de juízo superiores, as audiências (mesmo de conciliação) não são previstas e/ou são facilmente recusadas quando requeridas pelas partes, contrariando também as recentes leis internas que têm por objetivo promover (e não reprimir) uma resolução amigável.

## 10) Conclusões

Portanto, tendo constatado o problema, a solução é inverter essa realidade repleta de padrões de descumprimento da Convenção. Toda a documentação disponibilizada pela Conferência facilita a busca dos princípios e métodos capazes de garantir a absoluta coerência da aplicação da Convenção com o conceito do melhor interesse dos menores.

O que parece faltar é a ação do legislador ou de alguma autoridade brasileira que tenha a sensibilidade de reconhecer as falhas do sistema nacional e a vontade de fazer algo para assegurar uma tutela real em favor de todas as crianças subtraídas por aqueles genitores que colocam em primeiro lugar o interesse pessoal, se aproveitando covardemente da impossibilidade das crianças pequenas de exprimir a própria vontade e dos genitores abandonados de defender o interesse dos filhos em um país estrangeiro.

Baseando-se neste texto se pode chegar à conclusão de que as leis internas precisam de profundas reformas. Por exemplo:

- deveria ser concedido ao tribunal especializado em direito de família o julgamento da Convenção<sup>183</sup>;
- o procedimento de retorno deveria ser um procedimento especial, tratado com premissas e condições similares aquelas de uma medida cautelar<sup>184</sup>;
- os tribunais competentes deveriam ser obrigados a usar a rede internacional da Haia de comunicação entre os juízes estrangeiros antes de emitir a sentença sobre o retorno<sup>185</sup>;
- os juízes deveriam ser passíveis de serem processados civilmente por qualquer cidadão pelos danos causados por erros graves nas suas constatações técnicas e lógicas<sup>186</sup>;
- o genitor subtrator deveria ser representado diretamente e gratuitamente no processo (não através da defensoria pública ou após uma reforma da defensoria pública porque atualmente é difícil o acompanhamento processual estando no exterior e os defensores possuem uma autonomia de ação que dá menos direitos de defesa em relação à contratação de um advogado particular)<sup>187</sup>;
- o crime de subtração de incapaz deveria ser atualizado, principalmente levando em conta a existência da guarda compartilhada e do direito de veto da transferência da residência<sup>188</sup>;

---

<sup>181</sup> Por exemplo: Guia sobre as Medidas de Implementação, Guia sobre a Mediação, Guia sobre o Contato Transnacional, Guia do art.13(1)(b). No início do procedimento, a Autoridade Central brasileira, além de não promover a mediação como estabelecido na definição internacional (por exemplo, no processo n. 0009297-20.2015.403.6100 a AC brasileira, pediu a ambos genitores somente uma única defesa escrita antes de promover a ação legal, depois de cerca um ano do pedido inicial), é a primeira a negar o pedido do genitor abandonado de encaminhar ao tribunal brasileiro a vontade de participar a uma audiência.

<sup>182</sup> Em certos casos, nesses processos que duram cerca 3 anos na primeira instância, se promove somente uma única audiência e somente de conciliação, nenhum processo de mediação é instituído. Neste contexto, a limitada audiência de conciliação se transforma em uma pura ação dilatória porque visar somente o estabelecimento de um acordo entre partes, que provadamente nunca concordaram em estipular condições diferentes sobre o retorno pretendido, com elevada certeza, será falimentar. O retardo do judiciário brasileiro acaba aumentando o sentido de injustiça e, conseqüentemente, também aumentará o conflito entre os genitores. Se antes da subtração os mesmos não chegaram a um acordo, com a sucessiva tentativa de uma conciliação, após meses da subtração, a posição de ambos será ainda mais indisponível.

<sup>183</sup> Nos EUA, por exemplo, a lei que promulgou a Convenção estabeleceu que ela poderia ser julgada tanto pelo tribunal federal quanto pelo tribunal estadual, quem faz a escolha é o genitor abandonado. Ver "*The International Child Abduction Remedies Act (ICARA) federal law. H.R. 3971 29 April 1988*".

<sup>184</sup> A Guia do Art. 13(1)(b) cita a lei n. 18.895 de 2012 do Uruguai como um bom exemplo de lei que garante rapidez na decisão sobre o retorno. Ver nota n. 32, *supra*.

<sup>185</sup> Ver o Apêndice I - Abordagem de aplicação do artigo 13(1)(b), *infra*.

<sup>186</sup> Ver nota n. 2, *supra*.

<sup>187</sup> Em diversos países o processo é aberto por advogados patrocinados pelo Estado que representam o genitor abandonado. Ver nota n. 38 e n. 1766, *supra*. O Brasil, por não ter promulgado a Convenção escolhendo a reserva do art. 24 (ver nota n. 114, *supra*), concordou em pagar as eventuais custas de advogados particulares, mesmo possuindo um sistema gratuito de aplicação. Infelizmente, se desconhece um caso onde isto tenha ocorrido ou um advogado que tenha aceitado trabalhar sem a antecipação dos próprios custos.

<sup>188</sup> Ver nota n. 2, *supra*.

- o crime de alienação parental deveria prever penas mais graves para genitores que levam os filhos ao exterior, mas estabelecendo uma redução da pena em caso de devolução espontânea em um breve período de tempo;
- a autoridade central brasileira deveria respeitar o conceito de cooperação previsto na Convenção, que não é uma cooperação internacional ordinária, mas uma cooperação direta, que pode ocorrer através de pedidos dos cidadãos estrangeiros e não somente de outra autoridade central<sup>189</sup>;
- deveria ser instituído um registro centralizado e público onde cada cidadão declara a própria residência e esta residência deveria ser única<sup>190</sup>;
- etc.

Uma reforma profunda também deveria ser aplicada nos textos e manuais sobre a Convenção escritos no Brasil, principalmente naqueles que impõem vínculos aos juízes, como o manual escrito pelo Conselho de Justiça Federal<sup>191</sup>. Atualmente, todas essas publicações possuem fortes diferenças com as guias da Convenção.

Enquanto nenhuma mudança relevante de rota ocorrer neste sentido, o Brasil só poderá continuar a ser considerado como um Estado Sequestrador que não tutela as crianças subtraídas no próprio território e que injustamente destrói a vida daqueles que decidem respeitar a premissa de uma sociedade civilizada, o Estado de direito.

Não são poucos os casos de estrangeiros que se aproveitam com sucesso dos pontos fracos da segurança pública brasileira para fazer justiça com as próprias mãos. Procurar uma solução perante as autoridades competentes deveria ser um prêmio e não uma punição.

\*\*\*

---

<sup>189</sup> O Brasil, buscando aplicar a Convenção através de uma conversão com a legislação interna (o que é um grande equívoco, ver nota n. 26, *supra*), por não conseguir um enquadramento interno à cooperação internacional direta estabelecida na Convenção (só é regulamentada a cooperação internacional de tipo indireto), simplesmente ignora as disposições convencionais criando mais danos às vítimas (ver nota n. 37, *supra*). Por exemplo: o art. 8 da Convenção estabelece que qualquer pessoa pode denunciar uma subtração a qualquer autoridade central (o que não exclui aquela do Estado de refúgio); os artigos 9, 11, 27 e 30 descrevem a possibilidade de comunicação direta de qualquer autoridade central com o genitor abandonado. Se a Convenção foi feita para dar uma resposta urgente à subtração, é completamente contraditório querer considerar a imposição de um canal de comunicação estritamente burocrático (o fato da vítima ser obrigada a enviar o próprio pedido à própria autoridade central para ser então encaminhado à Autoridade Central brasileira só gera tempos mortos). No próprio formulário da Conferência, relativo ao perfil de aplicação da Convenção, existe uma pergunta que verifica se o Estado contratante cumpre esse requisito. O Brasil, para não admitir esse descumprimento, procurou amenizar a resposta negativa (e oficializar o desrespeito) declarando a possibilidade de responder somente alguns quesitos do genitor abandonado. Ver: <https://www.hcch.net> ⇒ "Child Abduction" ⇒ "Country Profiles" ⇒ "Brazil Country Profile" ⇒ Pergunta 6.2g : "Com quem a Autoridade Central prefere se comunicar nos pedidos de retorno recebidos"? Resposta da AC brasileira: "Se informa que o nosso escritório não comunicará com o genitor abandonado se não for estritamente necessário". Como se pode perceber, a Convenção usa o verbo "preferir" porque é subentendido o dever da AC brasileira de responder ao contato direto do genitor abandonado. Provavelmente, essa insistência em descumprir algo tão óbvio é o resultado da necessidade de evitar contatos com as vítimas, já que os mesmos tenderiam a formalizar um número excessivo de reclamações perante as quais a AC brasileira não forneceria a justa resposta/solução. Infelizmente, enquanto a vítima busca uma solução à sensação de vida destruída, parece que os funcionários da Autoridade Central brasileira preferem atrasar o procedimento de retorno para não sentirem o orgulho ferido (ver nota n. 174, *supra*). Não se observa qualquer assunção de responsabilidade ou vontade de superar as falhas denunciadas pelo bem das crianças inocentes subtraídas. No Brasil em geral, existe a percepção de que os funcionários públicos são intocáveis e costumam se sentir superiores por terem superado o relativo concurso público disputado por milhões de pessoas (os salários médios costumam ser 10 vezes mais o salário mínimo, principalmente na capital do país). Oferecer um bom serviço à população não parece ser uma obrigação da própria função, mas uma escolha de cunho pessoal, ou seja, conseguir obter os direitos mais certos e elementares parece questão de sorte. Ver nota n. 2 e 5, *supra*.

<sup>190</sup> Com a lei n. 13.812 de 2019 foi criado o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas, mas seria muito mais eficiente impedir que alguém possa permanecer "escondido". A existência de um registro nacional de residência de todo cidadão com rigorosos procedimentos de verificação principalmente em um país com uma grande dimensão geográfica, onde resulta fácil se esconder ou declarar um endereço falso. Por exemplo, na Europa, a residência só é confirmada depois que um funcionário da prefeitura vai até o endereço indicado e verifica, entre outras coisas, até a existência da própria cama com o relativo armário com as próprias roupas, sem deixar de levar em conta eventualmente a presença dos outros componentes do núcleo familiar que já se encontram legalmente residentes. Ver nota n. 25, *supra*.

<sup>191</sup> Ver nota n. 7, *supra*.

## Apêndice I - Abordagem de aplicação do artigo 13(1)(b)

### a) Método 1

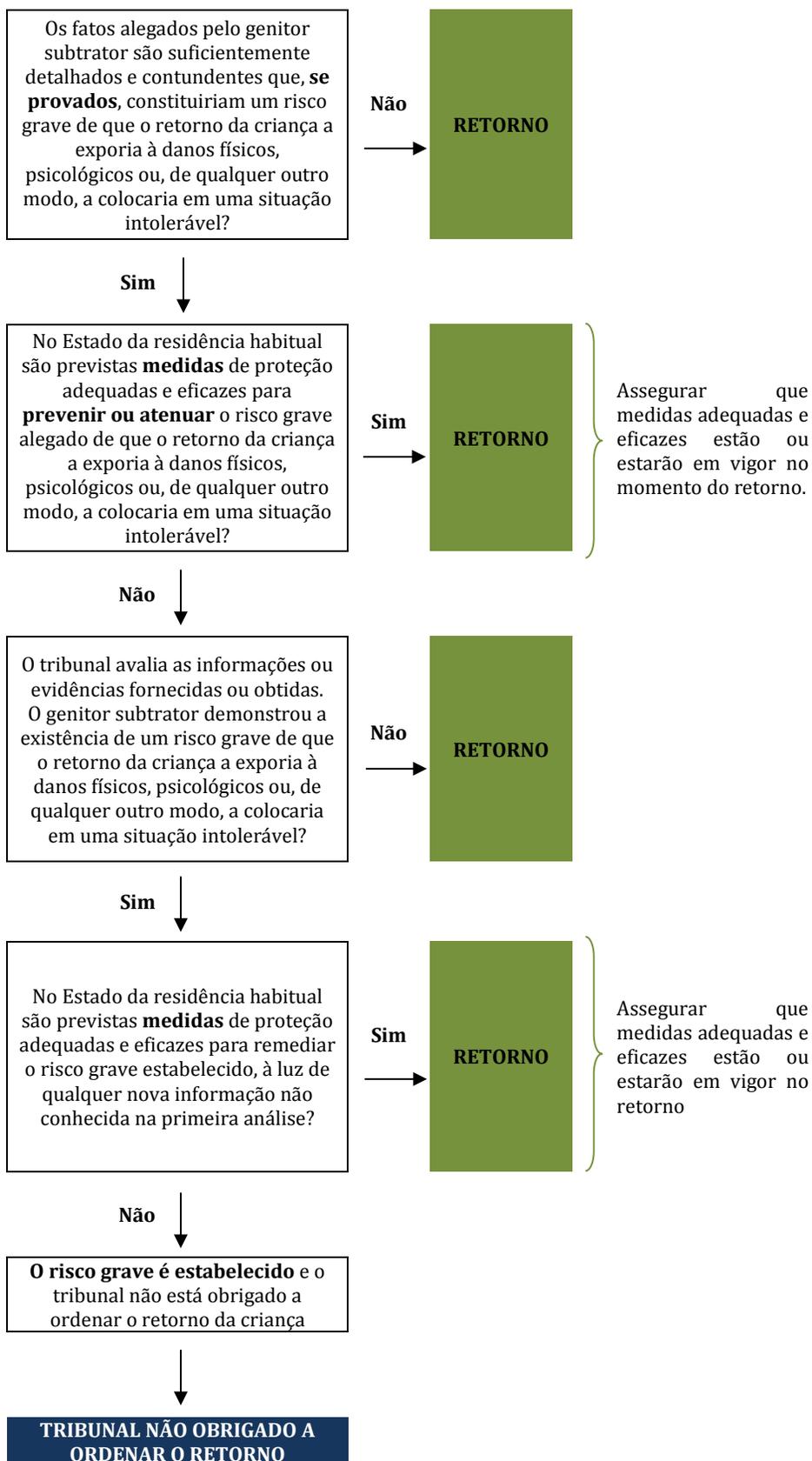
O tribunal considera as seguintes questões para a análise da exceção do artigo 13(1)(b):

#### Nota:

Os tribunais devem agir **com urgência** nos procedimentos para lograr o retorno imediato da criança (Preâmbulo e Art. 11(1)).

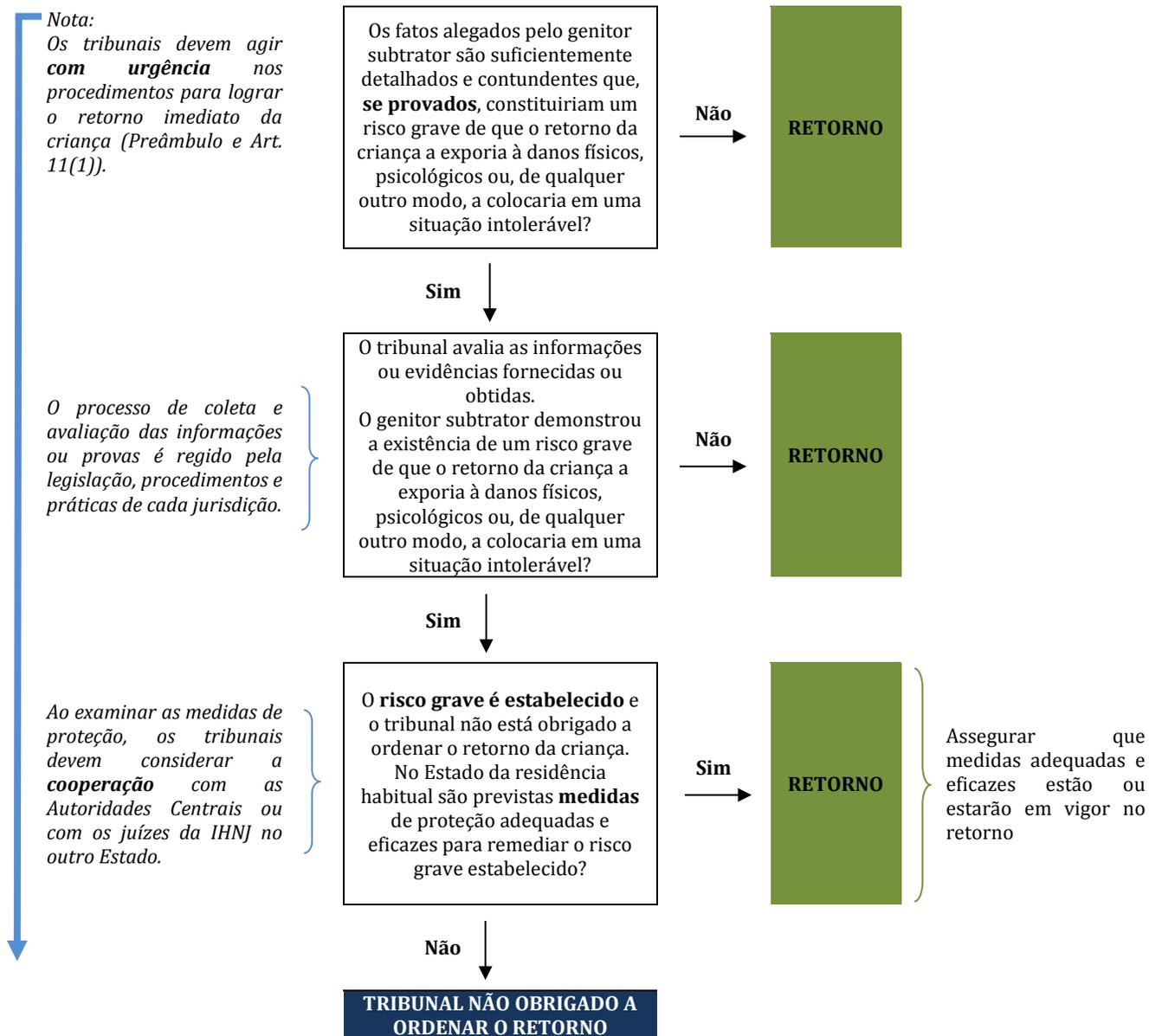
Ao examinar as medidas de proteção, os tribunais devem considerar a **cooperação** com as Autoridades Centrais ou com os juízes da IHNJ no outro Estado.

O processo de coleta e avaliação das informações ou provas é regido pela legislação, procedimentos e práticas de cada jurisdição.



## b) Método 2

O tribunal considera as seguintes questões para a análise da exceção do artigo 13(1)(b):



## Apêndice II – Convenção da Haia de 1980

### Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

Os Estados signatários da presente Convenção,  
Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda;

Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita;

Decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições:

#### Capítulo 1 Âmbito da Convenção

##### Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

- a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

##### Artigo 2

Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.

##### Artigo 3

A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

- a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
- b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

##### Artigo 4

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 dezesseis anos.

##### Artigo 5

Nos termos da presente Convenção:

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

## Capítulo II Autoridades Centrais

### Artigo 6

Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção.

Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

### Artigo 7

As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção. Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

- a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;
- b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;
- e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
- g) acordar ou facilitar, conforme às circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
- h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
- i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

## Capítulo III Retorno da Criança

### Artigo 8

Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança.

O pedido deve conter:

- a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribuí a transferência ou a retenção da criança;
- b) caso possível, a data de nascimento da criança;
- c) os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retomo da criança;
- d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança.
- e) O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:
- f) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;
- g) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;
- h) qualquer outro documento considerado relevante.

### Artigo 9

Quando a Autoridade Central que recebeu o pedido mencionado no Artigo 8 tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Contratante, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora, à Autoridade Central desse Estado Contratante e disso informará a Autoridade Central requerente ou, se for caso, o próprio requerente.

### Artigo 10

A Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma.

## Artigo 11

As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retomo da criança.

Se a respectiva autoridade judicial ou administrativa não tiver tomado uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data em que o pedido lhe foi apresentado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora. Se for a Autoridade Central do Estado requerido a receber a resposta, esta autoridade deverá transmiti-la à Autoridade Central do Estado requerente ou, se for o caso, ao próprio requerente.

## Artigo 12

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de uma ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retomo da criança.

## Artigo 13

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

## Artigo 14

Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

## Artigo 15

As autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do Artigo 3º da Convenção, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidas no referido Estado. As autoridades centrais dos Estados Contratantes deverão, na medida do possível, auxiliar os requerentes a obter tal decisão ou atestado.

## Artigo 16

Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.

## Artigo 17

O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.

## Artigo 18

As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento.

## Artigo 19

Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente Convenção, não afetam os fundamentos do direito de guarda.

## Artigo 20

O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

## Capítulo IV Direito de Visita

### Artigo 21

O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retomo da criança.

Às Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades contrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.

As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito.

## Capítulo V Disposições Gerais

### Artigo 22

Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja a sua denominação, podará ser imposta para garantir o pagamento de custos e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos previstos na presente Convenção.

### Artigo 23

Nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção.

### Artigo 24

Os pedidos, comunicações e outros documentos serão enviados na língua original à Autoridade Central do Estado requerido e acompanhados de uma tradução na língua oficial, ou numa das línguas oficiais, desse Estado, ou, quando tal tradução for dificilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês.

No entanto, um Estado Contratante poderá, fazendo a reserva prevista no Artigo 42, opor-se á utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos, em todo pedido, comunicação ou outro documento enviado à respectiva Autoridade Central.

### Artigo 25

Os nacionais de um Estado Contratante e as pessoas que habitualmente residam nesse Estado terão direito, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da presente Convenção, à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam.

## Artigo 26

Cada Autoridade Central deverá arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção.

A Autoridade Central e os outros serviços públicos dos Estados Contratantes não deverão exigir o pagamento de custas pela apresentação de pedidos feitos nos termos da presente Convenção. Não poderão, em especial, exigir do requerente o pagamento de custos e despesas relacionadas ao processo ou, eventualmente, decorrentes da participação de advogado ou de consultor jurídico. No entanto, poderão exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança.

Todavia, qualquer Estado Contratante poderá, ao fazer a reserva prevista no Artigo 42, declarar que não se obriga ao pagamento dos encargos previstos no parágrafo anterior, referentes à participação de advogado ou de consultor jurídico ou ao pagamento dos custos judiciais, exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica.

Ao ordenar o retomo da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança.

## Artigo 27

Quando for constatado que as condições exigidas pela presente Convenção não se encontram preenchidas ou que o pedido não tem fundamento, a Autoridade Central não será obrigada a recebê-lo. Nesse caso, a Autoridade Central informará de imediato o requerente ou, se for o caso, a Autoridade Central que haja remetido o pedido das suas razões.

## Artigo 28

A Autoridade Central poderá exigir que o pedido seja acompanhado de uma autorização escrita dando-lhe poderes para agir em nome do requerente ou para nomear um representante habilitado a agir em seu nome.

## Artigo 29

A Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, nos termos dos Artigos 3 ou 21, de dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes, ao abrigo ou não das disposições da presente Convenção.

## Artigo 30

Todo o pedido apresentado às autoridades centrais ou diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante nos termos da presente Convenção, bem como qualquer documento ou informação a ele anexado ou fornecido por uma Autoridade Central, deverá ser admissível para os tribunais ou para as autoridades administrativas dos Estados Contratantes.

## Artigo 31

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou mais sistemas de direito aplicáveis em diferentes unidades territoriais:

- a) qualquer referência à residência habitual nesse Estado significa residência habitual numa unidade territorial desse Estado;
- b) qualquer referência à lei do Estado de residência habitual corresponde à lei da unidade territorial onde a criança tenha a sua residência habitual.

## Artigo 32

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou vários sistemas de direito aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, qualquer referência à lei desse Estado corresponderá a referência ao sistema legal definido pelo direito deste Estado.

## Artigo 33

Um Estado no qual diferentes unidades territoriais tenham as suas próprias regras de direito em matéria de guarda de crianças não será obrigado a aplicar a presente Convenção nos casos em que outro Estado com um sistema de direito unificado não esteja obrigado a aplicá-la.

## Artigo 34

Nas matérias às quais se aplique a presente Convenção, esta prevalecerá sobre a Convenção de 5 de outubro de 1961 Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de menores, no caso dos Estados Partes a ambas Convenções. Por outro lado, a presente Convenção não impedirá que outro instrumento internacional em vigor entre o Estado de origem e o Estado requerido ou que o direito não convencional do Estado requerido sejam invocados para obter o retorno de uma criança que tenha sido ilicitamente transferida ou retida, ou para organizar o direito de visita.

## Artigo 35

Nos Estados Contratantes, a presente Convenção aplica-se apenas às transferências ou às retenções ilícitas ocorridas após sua entrada em vigor nesses Estados.

Caso tenham sido feitas as declarações previstas nos Artigos 39 ou 40, a referência a um Estado Contratante feita no parágrafo anterior corresponderá a referência á unidade ou às unidades territoriais às quais a Convenção se aplica.

## Artigo 36

Nenhuma disposição da presente Convenção impedirá que dois ou mais Estados Contratantes, com o objetivo de reduzir as restrições a que poderia estar sujeito o retomo da criança, estabeleçam entre si um acordo para derrogar as disposições que possam implicar tais restrições.

## Capítulo VI Cláusulas Finais

## Artigo 37

A Convenção é aberta a assinatura dos Estados que eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado quando de sua 14ª sessão.

A Convenção será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

## Artigo 38

Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção.

O instrumento de adesão será depositado junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

A Convenção entrará em vigor, para o Estado aderente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito de seu instrumento de adesão.

A adesão apenas produzirá efeito nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que tenham declarado aceitar essa adesão. Esta declaração deverá ser igualmente feita por qualquer Estado membro que ratifique, aceite ou aprove a Convenção após tal adesão. Esta declaração será depositada junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, que, por via diplomática, enviará uma cópia autenticada a cada um dos Estados Contratantes.

A Convenção entrará em vigor entre o Estado aderente e o Estado que tenha declarado aceitar essa adesão no primeiro dia do terceiro mês após o depósito da declaração de aceitação.

## Artigo 39

Qualquer Estado poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, declarar que a Convenção será aplicável ao conjunto dos territórios que internacionalmente representa ou apenas a um ou mais deles. Essa declaração produzirá efeito no momento em que a Convenção entrar em vigor para esse Estado.

Tal declaração, bem como qualquer extensão posterior, será notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

## Artigo 40

O Estado Contratante que compreenda duas ou mais unidades territoriais nas quais sejam aplicáveis diferentes sistemas de direito em relação às matérias reguladas pela presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, que a presente Convenção deverá aplicar-se a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas, e poderá, a qualquer momento, modificar essa declaração apresentando outra em substituição.

Tais declarações serão notificadas ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, e mencionando expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção será aplicável.

## Artigo 41

Quando o Estado Contratante possua um sistema de Governo em virtude do qual os poderes executivo, judiciário e legislativo sejam partilhados entre autoridades centrais e outras autoridades desse Estado, a assinatura, ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou adesão a esta, ou a declaração feita nos termos do Artigo 40, não trarão qualquer consequência quanto à partilha interna de poderes nesse Estado.

#### Artigo 42

Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quando de uma declaração feita nos termos dos Artigos 39 ou 40, fazer uma ou ambas reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo. Nenhuma outra reserva será admitida.

Qualquer Estado poderá, a qualquer momento, retirar uma reserva que haja feito. A retirada deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação mencionada no parágrafo anterior.

#### Artigo 43

A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão previsto nos Artigos 37º e 38º.

Em seguida, a Convenção entrará em vigor:

- 1) para cada Estado que a ratifique, aceite, aprove ou a ela adira posteriormente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do respectivo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.
- 2) Para os territórios ou unidades territoriais onde a Convenção tenha sido tornada extensiva nos termos dos Artigos 39º ou 40º, no primeiro dia do terceiro mês após a notificação prevista nesses Artigos.

#### Artigo 44

A Convenção terá uma duração de cinco anos a partir da data da sua entrada em vigor, em conformidade com o primeiro parágrafo do Artigo 43, mesmo para os Estados que a tenham ratificado, aceite, aprovado ou a ela aderido posteriormente.

A Convenção será tacitamente renovada de cinco em cinco anos, salvo denúncia.

A denúncia deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos pelo menos 6 meses antes de expirar-se o período de cinco anos. A denúncia poderá limitar-se a certos territórios ou unidades territoriais onde a Convenção vigore.

A denúncia só produzirá efeito em relação ao Estado que a tenha notificado. A Convenção permanecerá em vigor para os outros Estados Contratantes.

#### Artigo 45

O Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos notificará os membros da Conferência, bem como os Estados que a ela tenham aderido em conformidade com as disposições contidas no Artigo 38º:

- 1) das assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações referidas no Artigo 37;
- 2) das adesões referidas no Artigo 38;
- 3) da data em que a Convenção entrará em vigor, de acordo com o Artigo 43;
- 4) das extensões referidas no Artigo 39;
- 5) das declarações mencionadas nos Artigos 38 e 40;
- 6) das reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo, e das retiradas de reservas previstas no Artigo 42;
- 7) das denúncias referidas no Artigo 44.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados, assinaram a presente Convenção.

Feita na Haia, em 25 de outubro de 1980, em francês e em inglês, sendo ambos os textos igualmente originais, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos e do qual será remetida, por via diplomática, uma cópia certificada conforme a cada um dos Estados Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado à data da sua 14ª Sessão.

**Apêndice III - Projeto de Guia de Boas Práticas do Artigo 13(1)(b) da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – INTRODUÇÃO E PARTE I**

*Antecipação parcial da futura publicação da tradução do Projeto de Guia de Boas Práticas do Artigo 13(1)(b) relativa aos capítulos “Introdução” e “Parte I”, com a reprodução integral do seu índice.*

**HCCH**  
**Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado**

**Sétima Reunião da Comissão Especial sobre o Funcionamento Prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Sequestro de Criança e da Convenção da Haia de 1996 sobre a Proteção da Criança, Outubro de 2017**

<b>Documento</b>	Documento Preliminar <input checked="" type="checkbox"/> Documento Procedural <input type="checkbox"/> Documento Informativo <input type="checkbox"/>	Doc. Prel. nº 3 de junho de 2017
<b>Título</b>	Projeto de Guia de Boas Práticas do Artigo 13(1)(b) da <i>Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças</i>	
<b>Autor</b>	Secretaria Permanente	
<b>Item da Agenda</b>	Nº 19	
<b>Mandato(s)</b>	Conclusões e Recomendações nº 80 e 81, Parte II, da Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o Funcionamento Prático das Convenções de 1980 e 1996 (25-31 de janeiro de 2012) Conclusões e Recomendações nº 5 e 6 do Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência de 2012	
<b>Objetivo</b>	Para comentar / discutir	
<b>Ação requerida</b>	Aprovação <input type="checkbox"/> Decisão <input checked="" type="checkbox"/> A título informativo <input type="checkbox"/>	
<b>Anexos</b>	Juntados	
<b>Documentos relacionados</b>	Não aplicável	

**[PROJETO DE] GUIA DE BOAS PRÁTICAS SOBRE O ARTIGO 13(1)(B) DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 25 DE OUTUBRO DE 1980 SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS**

**Parte V – artigo 13(1)(b)**

Índice

Introdução.....	1
1. O contexto histórico da Guia de Boas Práticas sobre o artigo 13(1)(b).....	1
2. Objetivos e alcance desta Guia.....	3
i. Promover a coerência .....	3
ii. Caráter não específico e não vinculante das boas práticas.....	3
iii. Destinatários da Guia: autoridades judiciais e outras autoridades competentes, Autoridades Centrais e outros atores do sistema .....	4
iv. Aspecto complementar das Convenções de 1980 e 1996.....	4
v. Reconhecimento .....	4
3. Como utilizar esta Guia .....	5
4. Discussão sobre o artigo 13(1)(b) na Reunião da Comissão Especial para examinar a Convenção de 1980 .....	6
PARTE I: Contexto interpretativo.....	8
1. O artigo 13(1)(b) no âmbito do sistema normativo da Convenção de 1980 .....	8
i. Objetivos e princípios que regem a Convenção de 1980 e a UNCRC.....	8
ii. Obrigação de garantir o retorno imediato da criança: artigo 12 .....	8
iii. Exceções à obrigação de garantir o retorno imediato da criança .....	10
iv. Relação entre o artigo 13(1)(b), as outras exceções ao retorno e os outros elementos do caso .....	11
2. Âmbito de aplicação do artigo 13(1)(b).....	11
i. A criança como foco do artigo 13(1)(b).....	12
ii. O aspecto "prospectivo" do artigo 13(1)(b).....	12
iii. "Risco Grave" .....	12
iv. Exposição à danos físicos ou psicológicos, ou colocação em uma situação intolerável.....	12
v. Ônus da prova.....	13
vi. Poder discricionário de ordenar ou negar o retorno .....	13
3. Aplicação do artigo 13(1)(b) em relação aos instrumentos regionais .....	13
i. Artigo 11 do Regulamento de Bruxelas II <i>bis</i> .....	14
ii. Artigo 11(b) da Convenção Interamericana sobre o Retorno das Crianças.....	14

## Introdução

### 1. O contexto histórico da Guia de Boas Práticas sobre o artigo 13(1)(b)

1. Esta Guia de Boas Práticas aborda o **artigo 13(1)(b)** da *Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças* (doravante, a "Convenção de 1980" ou simplesmente "Convenção"), também conhecido como "exceção de risco grave"<sup>1</sup>.
2. Nos pedidos de retorno de uma criança subtraída ilicitamente ou retida no exterior, o artigo 13(1)(b), além de ser uma das exceções mais comumente invocadas, é a exceção que as autoridades competentes invocam com maior frequência para negar o retorno da criança em base a Convenção - em alguns casos, em combinação com outras exceções de retorno<sup>2</sup>. Contrariamente às afirmações de que esta exceção é usada frequentemente como uma defesa contra o retorno, na realidade, as decisões judiciais que negam o retorno da criança em base ao artigo 13(1)(b) são relativamente raras<sup>3</sup>, o que enfatiza o caráter excepcional desta defesa.
3. Assim recita o artigo 13(1)(b), na íntegra:
 

"[1] Sem prejuízo às disposições contidas no artigo anterior [12], a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:

[...]

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, em qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável."
4. Os procedimentos de retorno baseados na Convenção de 1980 são caracterizados pelo âmbito internacional e importância do fator tempo aliados à natureza delicada dos vários temas que podem ser suscitados como exceção de risco grave. Esta particularidade, em certas situações, pode dificultar a aplicação das disposições do artigo 13(1)(b)<sup>4</sup> por parte das autoridades competentes (ou seja, os tribunais) do Estado requerido que devem tratar os procedimentos de retorno da criança<sup>5</sup>.
5. A jurisprudência dos diversos países<sup>6</sup> mostra que esta disposição pode ser aplicada de maneira diferente entre essas jurisdições nacionais e também entre as autoridades competentes de uma mesma jurisdição. Contudo, devido ao caráter internacional da Convenção de 1980, é necessário, na medida do possível, promover a uniformidade da aplicação de um instrumento de nível global<sup>7</sup>. Este é um dos principais objetivos desta Guia.

<sup>1</sup> Salvo especificação contrária, a menção "risco grave" desta Guia é uma referência ao "risco grave de que no seu retorno, a criança possa ficar exposta a danos físicos ou psicológicos ou, em todo caso, que a criança seja colocada em uma situação intolerável". A exceção geral do retorno nos termos do art.13(1)(b) também é referida como a "exceção de risco grave" nesta Guia.

<sup>2</sup> Segundo as estatísticas de 2008 sobre o funcionamento da Convenção de 1980, coletadas na ocasião da Sexta Comissão Especial para examinar o funcionamento prático da Convenção. Ver Doc. Prel. N. 8A (atualização de novembro de 2011), "A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part I - Global Report" elaborado por N. Lowe, p. 6, disponível em <www.hcch.net> em "Child Abduction Section", "Special Commissions meetings", "Previous Special Commission meetings" e "Sixth Special Commission meeting". [As informações estatísticas apresentadas neste projeto de guia serão atualizadas com dados mais recentes obtidos dos casos de 2015, quando serão disponíveis para o atual estudo do professor Nigel Lowe].

<sup>3</sup> 15% de todos os casos registrados em 2008 resultaram em uma decisão que negou o retorno, com somente 27% dessas decisões baseadas no art.13(1)(b) (algumas vezes combinadas com outras exceções), ou seja, cerca 4% dos casos registrados em 2008. No mesmo estudo, se observou que "17% [dos casos de retorno indeferido] foram negados seguindo as objeções da criança, 15% porque a criança não foi considerada como residente habitual do Estado Requerente e 13% devido ao art.12" (*ibid.*).

<sup>4</sup> Salvo especificação contrária, uma referência a um artigo no texto ou na nota de rodapé desta Guia é uma referência a um artigo da Convenção de 1980.

<sup>5</sup> Salvo especificação contrária, uma referência a "autoridade competente" nesta Guia é uma referência ao tribunal ou outro órgão que trata os procedimentos de retorno da criança em base a Convenção de 1980. As autoridades competentes, conforme a Convenção, podem ser de natureza judicial ou administrativa (ver art.12). A "autoridade competente" não deve ser confundida com a Autoridade Central nos termos da Convenção de 1980 (ver Parte III deste Guia para uma discussão sobre este tema).

<sup>6</sup> A jurisprudência sobre o art. 13(1)(b) se encontra na Base de Dados do Sequestro Internacional de Crianças (INCADAT), disponível em <www.incadat.com>, com o objetivo de promover a aplicação e interpretação uniforme da Convenção de 1980 em um nível global. Ver também "Case law analysis Section", em "Exceptions to Return", "Grave Risk of Harm". A análise da jurisprudência foi preparada por P.E. McElevy, Universidade de Dundee, Reino Unido.

<sup>7</sup> Ver, por exemplo, A Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado, *Guia de Boas Práticas da Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*, Parte II - *Medidas de Implementação*, Bristol, Direito de Família (Jordan Publishing Ltd.), 2011 (doravante, "Guia de Boas Práticas sobre as Medidas de Implementação"). Em particular, ver seção 1.4 "Coerência na Implementação e interpretação da Convenção: As disposições da Convenção devem ser implementadas tendo em mente a meta de coerência internacional na aplicação da Convenção e na sua interpretação" e seção 3.4 "Um processo contínuo de implementação: O bom funcionamento da Convenção da Haia de 1980 requer que a Convenção seja aplicada de forma coerente por todos os Estados membros".

6. Também foram levantadas preocupações especialmente pela passada Comissão Especial (ver Seção 4, abaixo) para examinar o funcionamento prático da Convenção de 1980 já que a exceção de risco grave nem sempre é aplicada de forma restritiva pelas autoridades competentes nos casos de retorno, como é exigido pela Convenção.<sup>8</sup>

7. Além disso, certas práticas na aplicação do artigo 13(1)(b) podem causar um atraso indevido na resolução do caso, contrariando a imposição da Convenção de utilizar procedimentos urgentes<sup>9</sup>. Tais fatores reduzem a eficácia geral da Convenção e geram uma maior incerteza jurídica para as crianças e famílias.

8. A exceção de risco grave pode ser invocada em uma grande variedade de situações, por exemplo, um genitor subtrator nos termos do Art. 13(1)(b) pode alegar um risco grave de dano para a criança resultante de uma possível separação dos irmãos ou do genitor com a guarda efetiva no caso de retorno, uma situação de violência doméstica, sexual ou outro abuso contra a criança, ou uma combinação desses fatores. Uma variedade de cenários de casos comuns é apresentada na Parte IV desta Guia.

9. As estatísticas mais recentes indicam que atualmente a maioria dos casos de subtrações internacionais de criança são praticados por um dos pais e o subtrator é o genitor com a guarda exclusiva ou com a guarda principal<sup>10</sup>. Nestes casos, a exceção de risco grave pode ser levantada, por exemplo, se o genitor subtrator não tem a possibilidade de retornar com a criança ao Estado da residência habitual; ele poderia alegar que a consequente separação geraria um risco grave para a criança, principalmente no caso em que essa criança fosse muito pequena.

10. Ademais, desde a elaboração da Convenção, a legislação interna de muitas jurisdições implementou significativas evoluções, passando do modelo de guarda exclusiva ou principal para o modelo de responsabilidade parental compartilhada. No passado, era comum que as mães obtivessem uma ordem de guarda principal ou responsabilidade parental exclusiva e que a partida dela com o filho para fora de uma determinada jurisdição não levantasse qualquer conflito com a Convenção de 1980. Hoje, com a maior difusão dos modelos internos de responsabilidade parental compartilhada, é comum que ambos genitores possuam restrições sobre a capacidade de se mover livremente através das fronteiras internacionais com seus filhos.

11. Pode acontecer que as autoridades competentes tenham também que lidar com alegações de risco grave envolvendo violência doméstica em relação a um dos genitores, a uma criança ou a um genitor e uma criança<sup>11</sup>. A violência doméstica pode incluir várias formas e graus de abuso físico, psíquico, sexual, emocional, e, em alguns casos, financeiro. As alegações podem envolver a criança na posição de "vítima direta" ou "vítima indireta", no caso em que a criança seja exposta ou submetida aos efeitos da violência doméstica praticada contra o outro genitor ("abuso conjugal", "violência conjugal" ou "violência do parceiro íntimo").

12. Através das pesquisas e experiências contemporâneas, se conhece mais sobre os efeitos para uma criança do abuso direto ou da exposição a violência praticada pelo parceiro íntimo. Constatou-se, por exemplo, que o dano psicológico à criança derivado da exposição à violência praticada contra um parceiro íntimo pode, em alguns casos, ser tão significativo quanto o abuso direto (embora os impactos na criança devam ser avaliados caso a caso). Paralelamente, cada vez mais Estados reconhecem e afrontam os impactos potenciais da violência doméstica oferecendo programas e serviços para apoiar as vítimas (ver Anexo 3 para mais informações sobre a violência doméstica). No contexto do âmbito limitado dos procedimentos de retorno em que o artigo 13(1)(b) é invocado, pode ser difícil para as autoridades competentes avaliarem as circunstâncias que poderiam determinar a existência de um risco grave de dano para a criança.

13. Além disso, desde a adoção da Convenção, ocorreram mudanças no quadro jurídico internacional. Por exemplo, em nível global, a adoção da *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças* de 1989 (doravante, a "UNCRC") teve repercussão sobre questões como a participação das crianças nos procedimentos de retorno em base a Convenção de 1980 (ver Anexo 4: *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (UNCRC)*, Observação Geral n. 12 (2009)), incluindo a parte onde a exceção do artigo 13(1)(b) é levantada<sup>12</sup>. Em nível regional, a adoção do

<sup>8</sup> Ver E. Pérez-Vera, "Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980 sobre o Sequestro Internacional de Crianças", em *Proceedings of the Fourteenth Session (1980)*, Parte III, "Child Abduction", Haia, Imprimerie Nationale, 1982 (doravante, "Relatório Explicativo"), par. 34. Em relação à aplicação restritiva do art.13(1)(b), ver *infra*, par. 42 *et seq.*

<sup>9</sup> Ver, em particular, os artigos 2 e 11 da Convenção; ver também *infra*, par. 91 *et seq.*

<sup>10</sup> N. Lowe (op. cit. nota 2), par. 42 e 46-48.

<sup>11</sup> Alguns funcionários de Autoridades Centrais e assistentes sociais que lidam com questões de subtração internacional de crianças, informalmente, apontam que as alegações de violência doméstica podem estar aumentando por serem vistas, pelos genitores subtratores, como uma técnica de contencioso ou tática dilatória por causa do número limitado de exceções disponíveis na Convenção. Cabe à autoridade competente que julgará o caso avaliar o fundamento, veracidade e gravidade de quaisquer alegações na medida exigida pelo âmbito limitado dos procedimentos baseados no art. 13(1)(b).

<sup>12</sup> Ver, por ex., o art.12 da UNCRC. Ver também a Parte II, Seção 6, desta Guia.

Regulamento de Bruxelas II *bis*<sup>13</sup>, no âmbito da União Europeia (UE), prescreveu o modo como as ações de retorno deverão ser realizadas nos Estados Membros da UE<sup>14</sup> onde o regulamento é aplicável<sup>15</sup>. Também, em certa medida, a interpretação do artigo 8 (o "direito ao respeito da vida privada e familiar") da *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950* (doravante, "CEDH") dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos também influenciou a tramitação dos procedimentos de retorno segundo a Convenção de 1980<sup>16</sup>.

14. Enfim, as ferramentas e práticas de cooperação internacional se desenvolveram muito nos últimos anos. As Comissões Especiais para examinar o funcionamento da Convenção de 1980 estabeleceram princípios e sugeriram boas práticas em relação ao "retorno seguro" da criança, assim como do genitor acompanhante, se pertinente (ver Anexo 2). Do mesmo modo, as Autoridades Centrais designadas em virtude da Convenção (ver Partes II.6 e III, abaixo), e os juízes encarregados dos procedimentos da Haia, através do uso de comunicações judiciais direta (ver Parte II.5 e Anexo 5) e outras técnicas (ver Parte II), desenvolveram uma série de práticas uteis. Um objetivo corolário da Guia é encorajar uma cooperação internacional mais estreita para alcançar o funcionamento ideal da Convenção, no interesse das crianças e das famílias.

## 2. Objetivos e alcance desta Guia

### i. Promover a coerência

15. Tendo em mente o contexto acima exposto, o objetivo desta Guia é promover uma maior coerência na aplicação e interpretação do artigo 13(1)(b), em conformidade com os termos e objetivos da Convenção de 1980, levando em conta os reconhecidos instrumentos interpretativos, como as Conclusões e Recomendações da Comissão Especial, o Relatório Explicativo da Convenção e as Guias de Boas Práticas existentes sobre a Convenção de 1980<sup>17</sup>. Para alcançar este objetivo, a Guia oferece informações e orientações sobre este artigo, em particular, apresentando boas práticas de diversas jurisdições, muitas das quais foram compartilhadas por membros do Grupo de Trabalho encarregado do desenvolvimento desta Guia<sup>18</sup>.

### ii. Caráter não específico e não vinculante das boas práticas

16. Apesar de abordar questões interpretativas em uma perspectiva geral, a Guia **não pretende** dirigir a interpretação do artigo 13(1)(b) para todos os casos individuais. Cabe "exclusivamente à autoridade competente decidir sobre o retorno"<sup>19</sup>, com a devida consideração sobre os fatos específicos de cada caso concreto. O papel preponderante dos fatos nos casos baseados na Convenção de 1980 é bem conhecido, e as autoridades competentes e outros atores são encorajados a manter isto em mente ao consultar esta Guia.

17. Também é importante enfatizar que nada nesta Guia deve ser interpretado como vinculante para os Estados Contratantes à Convenção de 1980 ou outras Convenções da Haia e suas autoridades judiciais ou outros. As boas práticas descritas nesta Guia são puramente de caráter consultivo e estão sujeitas as leis e procedimentos nacionais, incluindo diferenças derivadas da tradição jurídica. Além disso, a Guia não pretende descrever a posição jurídica de

<sup>13</sup> Regulamento (CE) n. 2201/2003 de 27 de novembro de 2003, relativo a competência, ao reconhecimento e a execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n. 1347/2000. Ver em particular o art.11 do Regulamento.

<sup>14</sup> O Regulamento Bruxelas II *bis* é diretamente aplicável em todos os Estados-Membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca, que não está vinculada pelo regulamento nem sujeita a sua aplicação; ver Considerando n. 31 e art. 2(3) do Regulamento de Bruxelas II *bis*.

<sup>15</sup> Ver *infra*, par. 68 *et seq.*

<sup>16</sup> Para uma breve análise, ver, por exemplo, P. Beaumont e L. Walker, "Post *Neulinger Case* Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention, A Commitment to Private International Law Essays in honour of Hans van Loon", Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2013; e P. Beaumont et al., "Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court Of Human Rights, International and Comparative Law", Vol. 64, N. 1, 2015.

<sup>17</sup> Ver, por exemplo, Guia de Boas Práticas sobre as Medidas de Implementação (op. cit. nota 7), seção 8. Ver também as outras três Guias de Boas Práticas existentes, todas disponíveis em <www.hcch.net> em "Publicações": O Guia de Boas Práticas nos termos da Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, Parte I - Prática da Autoridade Central (Jordan Publishing, 2003) (doravante, "Guia de Boas Práticas sobre as Práticas da Autoridade Central"); o Guia de Boas Práticas nos termos da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional, Parte III - Medidas Preventivas (Jordan Publishing, 2005) (doravante, "Guia de Boas Práticas sobre as Medidas Preventivas"); e o Guia de Boas Práticas nos termos da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, Parte IV - Execução (Jordan Publishing, 2010) (doravante, "Guia de Boas Práticas sobre a Execução").

<sup>18</sup> Ver *infra*, nota n. 24.

<sup>19</sup> "Relatório da Parte II da Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Sequestro Internacional de Crianças e da Convenção de Haia de 1996 sobre a Proteção da Criança (25-31 de janeiro de 2012)" (doravante, "Relatório da Parte II da Sexta Comissão Especial").

todos os Estados Contratantes e a referência à jurisprudência e ao direito comparado são em grande parte limitadas às notas de rodapé<sup>20</sup>.

18. Todos os Estados contratantes são convidados a examinarem as suas próprias práticas na aplicação do artigo 13(1)(b) e, quando considerar oportuno, a melhorá-las na medida do possível.

### iii. Destinatários da Guia: autoridades judiciais e outras autoridades competentes, Autoridades Centrais e outros atores do sistema

19. As informações contidas nesta Guia destinam-se a auxiliar os juízes ou outras autoridades competentes demandadas nos procedimentos de retorno, em relação a função de avaliação da exceção de risco grave quando a mesma é levantada perante eles, na qualidade de autoridade competente na aplicação do retorno e para decidir sobre o mérito do caso<sup>21</sup>.

20. A Guia também contém informações sobre o papel das Autoridades Centrais designadas em virtude da Convenção<sup>22</sup>. As boas práticas apresentadas devem auxiliar os funcionários da Autoridade Central a lidar com os casos recebidos e enviados em que a exceção do artigo 13(1)(b) é invocada e em que é considerada pertinente para as autoridades competentes, contribuindo assim à eficiência e rapidez dos processos.

21. Por fim, a Guia pode servir como uma fonte de informação para outras autoridades e pessoas envolvidas em casos de subtração de crianças como, por exemplo, funcionários encarregados do bem-estar infantil, psicólogos infantis e outros especialistas, assim como profissionais particulares. Entre outras coisas, a Guia pode permitir uma melhor compreensão sobre como o artigo 13(1)(b) é tratado pelo poder judiciário e outras autoridades competentes.

### iv. Aspecto complementar das Convenções de 1980 e 1996

22. Embora esta Guia seja centrada no artigo 13(1)(b), outras disposições da Convenção de 1980 e outros instrumentos internacionais são analisados para alcançar o efeito que os mesmos podem desempenhar na aplicação deste artigo. Em particular, se a *Convenção de 19 de outubro de 1996 relativa a Competência, a Lei Aplicável, ao Reconhecimento, a Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção das Crianças* (doravante, "Convenção de 1996") estiver em vigor entre os Estados, isto pode facilitar o retorno seguro da criança quando a exceção de risco grave for levantada.<sup>23</sup>

### v. Reconhecimento

23. A Secretaria Permanente deseja expressar o seu agradecimento aos vários especialistas cujo conhecimento e experiência contribuíram à realização desta Guia. Em especial, se agradece aos membros do Grupo de Trabalho que elaboraram esta Guia, composto por juízes, funcionários do governo (em particular, funcionários de Autoridades Centrais), especialistas acadêmicos/interdisciplinares e profissionais particulares de várias jurisdições.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Tais informações são fornecidas a título ilustrativo e as autoridades competentes e outros atores são encaminhadas à sua jurisprudência nacional e INCADAT (ver Parte II.2, *infra*) para obter mais informações e atualizações sobre como as autoridades competentes lidam com as várias questões relacionadas ao art. 13(1)(b).

<sup>21</sup> A Convenção prevê que os procedimentos relacionados ao retorno da criança sejam conduzidos pelo Estado para o qual a criança foi removida ou em que a criança está sendo retida (o "Estado requerido"). Na grande maioria dos Estados Contratantes da Convenção de 1980, a tramitação dos casos de retorno da Haia é de competência do poder judicial; apenas em muitos poucos Estados, estes casos são atribuídos à uma autoridade administrativa (por exemplo, na Armênia, antiga República Iugoslávia da Macedônia). Nos perfis dos países se encontram informações úteis sobre os procedimentos que foram preenchidas pelos próprios Estados Contratantes individualmente e que estão disponíveis em <www.hcch.net> em "*Child Abduction Section*", "*Country Profiles*" e "*Responses*". Ver também a Parte II do Relatório da Sexta Comissão Especial (op. cit. nota 19), par. 49.

<sup>22</sup> Ver art. 6 da Convenção de 1980.

<sup>23</sup> Ver *infra*, par. 147 *et seq.* sobre medidas de proteção nos termos do art. 11 da Convenção de 1996.

<sup>24</sup> **Juízes:** A Honorável Diana Bryant (Austrália), Presidente, Dra. Maria Lilián Bendahan Silvera (Uruguay), Mag. Oscar Gregorio Cervera Rivero (México), O Honorável Jacques Chamberland (Canadá), O Honorável Bebe Pui Ying Chu (China, Hong Kong), A Honorável Martina Erb-Klünemann (Alemanha), Juiz Yetkin Ergün (Turquia), O Honorável Juiz Francisco Javier Forcada Miranda (Espanha), A Honorável Ramona A. Gonzalez (Estados Unidos), A Honorável Senhora Hale (Reino Unido), o Juiz Torunn E. Kvisberg (Noruega), Sra. Annette C. Olland (Holanda), Juiz Belinda Van Heerden (aposentado) (África do Sul), Sr. Hironori Wanami (Japão); **Funcionários do governo:** Sra. Aline Albuquerque (Brasil), Sra. Hatice Seval Arslan (Turquia), Dra. Frauke Bachler (Alemanha), Sra. Gonca Güfem Bozdag (Turquia), Sra. Natália Camba Martins (Brasil), Sra. Marie-Alice Esterhazy (França), Sra. Victoria Granillo Ocampo (Argentina), Sr. Christian Höhn (Alemanha), Sra. Leslie Kaufman (Israel), Sr. Francisco George Lima Beserra (Brasil), Sra. Jocelyne Palenne (França), Sra. Marie Riendeau (Canadá), Sr. Andrea Schulz (Alemanha), Sra. Petunia Itumeleng Seabi-Mathope (África do Sul), Sr. Agris Skudra (Letônia), Sr. Daniel Trecca (Uruguay), Sra. Kumiko Tsukada (Japão), Sr. Yuta Yamasaki (Japão), Sr. Juan Francisco Zarricueta Baeza (Chile); **Especialistas acadêmicos/interdisciplinares e profissionais particulares:** Prof. Nicholas Bala (Canadá), Stephen J. Cullen (EUA), Sra. Mikiko Otani (Japão), Dra. Heidi Simoni (Suíça), Sra. Zenobia Du Toit (África do Sul).

### 3. Como utilizar esta Guia

A presente Guia, em geral, não foi concebida para ser lida uma única vez, de ponta a ponta. Algumas partes foram destinadas a autoridades específicas, e certas questões que podem ser relevantes para um caso particular, mas não para outros, estão contidas nas várias seções da Guia e relativos subtítulos. A visão geral abaixo serve para ajudar os usuários da Guia a navegar entre os vários recursos contidos nela.

- 1) A **introdução** define o contexto histórico da Guia, incluindo os seus **objetivos e âmbito**, além de uma **advertência legal** importante.
- 2) Se você é uma **Autoridade Judicial ou Administrativa** (uma "**Autoridade Competente**") demandada em um procedimento de retorno:

#### Parte I: Base interpretativa

- a) Define o artigo 13(1)(b) no âmbito da Convenção de 1980 (Seção 1)
- b) Estabelece os principais princípios interpretativos do artigo 13(1)(b) (Seção 2)
- c) Menciona dois instrumentos regionais similares da Europa e América Latina (Seção 3)

#### Parte II: A parte central da Guia para as Autoridades Competentes expõe questões práticas e abordagem pertinentes ao procedimento 13(1)(b).

- a) A Seção 1 apresenta uma visão geral das boas práticas na aplicação do artigo 13(1)(b)
- b) A Seção 2 descreve o banco de dados da jurisprudência global, o INCADAT
- c) A Seção 3 expõe os princípios gerais que devem ser aplicados aos procedimentos 13(1)(b), incluindo o âmbito limitado do processo e a necessidade de rapidez e otimização da gestão dos casos judiciais
- d) A Seção 4 identifica duas abordagens comuns à análise da exceção de risco grave
- e) A Seção 5 e 6 tratam sobre as comunicações judiciais diretas e a assistência da Autoridade Central
- f) A Seção 7 abrange o "retorno seguro" e as medidas de proteção
- g) A Seção 8 se refere à prova e à informação, incluindo, se pertinente, a opinião de especialistas
- h) A Seção 9 contempla o envolvimento da criança nas ações de retorno
- i) A Seção 10 trata sobre a mediação
- j) A Seção 11 abrange outros assuntos práticos relativos aos procedimentos de retorno

#### Parte VI: Tipos de Casos / Fatos Típicos

Identifica os padrões dos fatos comuns derivantes dos casos 13(1)(b) e possíveis abordagens para lidar efetivamente com as questões levantadas

- 3) Os **Anexos** da Guia contêm informações adicionais importantes, incluindo: o **retorno seguro** da criança e de um dos genitores acompanhantes, se pertinente (Anexo 2); **violência doméstica** (Anexo 3); informações sobre o direito da criança de ser ouvida nos termos da **UNCRC** (Anexo 4); e **Princípios sobre Comunicações Judiciais Diretas** (Anexo 5)
- 4) Se você é um funcionário de uma **Autoridade Central**, a **Parte III** compartilha as formas de assistência que as Autoridades Centrais podem oferecer nos casos 13(1)(b)
- 5) A **Parte V** da Guia dá sugestões sobre **recursos adicionais e treinamento** em relação ao funcionamento da Convenção de 1980 e dos casos 13(1)(b).

**Mais informações, ajudas interpretativas e o texto completo da Convenção de 1980 estão disponíveis em:**  
[www.hcch.net](http://www.hcch.net), "Child Abduction"

**Para a jurisprudência internacional sobre a aplicação da Convenção de 1980, consultar INCADAT:**  
[www.incadat.com](http://www.incadat.com)

#### 4. Discussão sobre o artigo 13(1)(b) na Reunião da Comissão Especial para examinar a Convenção de 1980

24. O artigo 13(1)(b) tem sido tema de discussão nas Reuniões da Comissão Especial convocada para examinar o funcionamento prático da Convenção de 1980.

25. Em 1997, especialistas da Terceira Reunião da Comissão Especial que examina o funcionamento da Convenção de 1980, observaram na discussão que o artigo 13(1)(b) "constituía uma parte delicada da Convenção". Eles enfatizaram a necessidade de interpretar o artigo 13(1)(b) de forma restritiva visto que "se mal utilizado, poderia destruir a eficácia da Convenção" e ressaltaram que "os tribunais da residência habitual da criança [são] aqueles com melhores condições para julgar a guarda e questões relacionadas". Alguns especialistas argumentaram, no entanto, que "os tribunais deveriam mostrar maior sensibilidade aos perigos que uma criança pode afrontar com o retorno". Contudo, se enfatizou que "os tribunais não devem iniciar um inquérito social detalhado apenas devido as alegações de que a criança sofreria danos se retornasse, já que tal processo comporta o perigo de levar à uma decisão sobre o mérito do caso".<sup>25</sup>

26. Em 2001, os especialistas da Quarta Reunião da Comissão Especial observaram que a exceção do artigo 13(1)(b) "era geralmente interpretada de forma restritiva pelos tribunais dos Estados Contratantes", dado que as estatísticas mostravam um número relativamente reduzido de pedidos de retornos recusados em base a esta exceção. A reunião concluiu que isto resultava "de acordo com os objetivos da Convenção, como confirmado no Relatório Explicativo [...], de interpretar essa defesa de maneira restritiva"<sup>26</sup>. Esta conclusão foi reafirmada na Quinta Reunião da Comissão Especial em 2006<sup>27</sup>.

27. Em 2011, na Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial, a discussão concernente a exceção de risco grave se concentrou em parte nas denúncias de violência doméstica e nos procedimentos de retorno, já que alguns observaram ser mais comum que o genitor subtrator atualmente fosse mais frequentemente a mãe<sup>28</sup>. Também foi evidenciado que "um grande número de jurisdições [estava] tratando as questões de violência doméstica e violência familiar como assuntos prioritários inclusive através de processos de conscientização e capacitação". Foi concluído que "[...] as alegações de violência doméstica e os possíveis riscos para a criança deveriam ser examinados de forma adequada e imediata na medida exigida pelos objetivos da exceção de risco grave"<sup>29</sup>.

28. A discussão sobre a questão da violência doméstica nos procedimentos de retorno continuou na Parte II da Sexta Reunião da Comissão Especial em 2012, onde se concluiu que "a avaliação da evidência e determinação da exceção de risco grave de dano (artigo 13(1)(b) ), incluindo alegações de violência doméstica, [era] uma questão exclusiva da autoridade competente para decidir sobre o retorno, levando devidamente em conta o objetivo da Convenção de 1980 de garantir o retorno rápido e seguro da criança"<sup>30</sup>. Os especialistas sugeriram que se realizassem mais atividades para promover uma interpretação coerente do artigo 13(1)(b), e alguns observaram que uma aplicação coerente desta exceção era importante para garantir a segurança da criança<sup>31</sup>.

29. A maioria dos especialistas considerou que qualquer trabalho futuro não deverá se limitar às alegações de violência doméstica e familiar no contexto do artigo 13(1)(b), mas deverá incluir o conjunto de situações em que o "risco grave de dano" pode ser alegado. Vários especialistas explicaram que restringir o exame do artigo 13(1)(b) à violência doméstica poderia levar à um padrão de aplicação diferente nos casos onde a violência doméstica fosse

<sup>25</sup> Ver o "Report on 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)", disponível em <www.hcch.net> em "Child Abduction Section", "Special Commission meetings" e "Previous Special Commission meetings", Pergunta 27, par. 58.

<sup>26</sup> "Conclusions and Recommendations of the Fourth 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 (22-28 March 2001)" (doravante, "Conclusões e Recomendações da Quarta Comissão Especial"), par. 4.3, disponível em <www.hcch.net> (percurso indicado *ibid.*).

<sup>27</sup> "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 Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (30 October - 9 November 2006)" (doravante, "Conclusões e Recomendações da Quarta Comissão Especial"), par. 4.3, disponível em <www.hcch.net> (percurso indicado na nota 25).

<sup>28</sup> Ver o "Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011)" (doravante, "Relatório da Parte I da Sexta Comissão Especial"), par. 92 e segs. Ver também "Domestic and family violence and the Article 13 'grave risk exception' in the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: a reflection paper", elaborado pela Secretaria Permanente, Doc. Prel. n. 9 de maio de 2011. Ambos documentos estão disponíveis em <www.hcch.net> (percurso indicado na nota 25).

<sup>29</sup> Ver "Conclusions and Recommendations of the Sixth Meeting of the Special Commission on the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention" (doravante, "Conclusões das Recomendações da Sexta Comissão Especial"), disponível em <www.hcch.net> (percurso indicado na nota 25), par. 35 e 36.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 80.

<sup>31</sup> Ver o Relatório da Parte II da Sexta Comissão Especial (op. cit. nota 19), par. 43 *et seq.*

alegada.<sup>32</sup> Portanto, se deveria ressaltar desde o princípio que, embora a Guia possa conter uma discussão mais extensa sobre as denúncias relacionadas à violência doméstica do que de outros fatores responsáveis pelo risco grave de dano (devido as razões acima expostas), as alegações relativas à violência doméstica devem ser consideradas com o mesmo critério de qualquer outra alegação baseada no artigo 13(1)(b), devem ser regidas pelo mesmo ônus e padrão de prova.

30. Como resultado dessa discussão, os especialistas recomendaram que os "novos trabalhos sejam realizados para promover a coerência na interpretação e aplicação do artigo 13(1)(b), incluindo, mas não exclusivamente, as alegações de violência doméstica e familiar" e que "o Conselho dos Assuntos Gerais e Políticos autorize a criação de um grupo de trabalho composto por juízes, autoridades centrais e peritos interdisciplinares para elaborar um Guia de Boas Práticas sobre a interpretação e aplicação do artigo 13(1)(b) com o objetivo de fornecer orientações especificamente dirigidas as autoridades judiciais, levando em conta as Conclusões e Recomendações das reuniões anteriores da Comissão especial e Guias de Boas Práticas".<sup>33</sup>

31. Em resposta a estas recomendações, o Conselho dos Assuntos Gerais e Políticos de 2012 da Conferência da Haia decidiu "estabelecer um Grupo de Trabalho, composto por um amplo número de especialistas, incluindo, juízes, especialistas das Autoridades Centrais e interdisciplinares, para redigir uma Guia de Boas Práticas sobre a interpretação e aplicação do artigo 13(1)(b) da Convenção de 1980 sobre o Sequestro de Crianças, com uma parte especificamente destinada a oferecer orientação as autoridades judiciais".<sup>34</sup> Esta decisão constitui o mandato para a elaboração desta Guia.

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, par. 50.

<sup>33</sup> Ver as Conclusões e Recomendações da Sexta Comissão Especial (*op. cit.* nota 29), par. 81-82.

<sup>34</sup> Ver par. 6 das Conclusões e Recomendações do Conselho dos Assuntos Gerais e Políticos de 2012, disponível em <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)> em "Governance", "Council on General Affairs and Policy".

## PARTE I: Contexto interpretativo

### 1. O artigo 13(1)(b) no âmbito do sistema normativo da Convenção de 1980

#### i. Objetivos e princípios que regem a Convenção de 1980 e a UNCRC

32. A Convenção de 1980 se baseia no princípio de que os interesses das crianças são de fundamental importância nas questões relativas a sua guarda, como indicado no Preâmbulo da Convenção. A partir desta convicção, a Convenção foi elaborada para proteger a criança internacionalmente dos efeitos prejudiciais da sua transferência ou retenção ilícitas em um Estado estrangeiro e para estabelecer procedimentos que assegurem o seu retorno imediato ao Estado de sua residência habitual, assim como garantir a proteção dos direitos de visita.<sup>35</sup>

33. Os dois principais objetivos articulados na Convenção são:

- assegurar o retorno imediato da criança ilicitamente removida, ou retida, em qualquer Estado Contratante;
- e
- garantir que os direitos de guarda e de visita segundo a lei de um dos Estados Contratantes sejam efetivamente respeitados nos outros Estados Contratantes.<sup>36</sup>

34. Para implementar estes objetivos, a Convenção instaura um sistema de estreita cooperação entre as autoridades judiciais e administrativas dos Estados Contratantes<sup>37</sup> e exige que os Estados Contratantes recorram aos procedimentos mais rápidos disponíveis no seu direito interno para os fins dos procedimentos baseados na Convenção.<sup>38</sup>

35. Os termos da Convenção refletem a presunção fundamental de que a transferência ou retenção ilícita de uma criança é geralmente prejudicial ao seu bem-estar<sup>39</sup> e que, na maioria dos casos, será no melhor interesse da criança retornar ao Estado da residência habitual onde quaisquer questões relativas a guarda ou as visitas, incluindo o direito de um genitor de se mudar com a criança para outro Estado, devem ser resolvidas<sup>40</sup>. O retorno imediato da criança também responde ao desejo de restabelecer uma situação unilateralmente alterada pelo genitor subtrator (ou seja, para restaurar o *status quo ante*).<sup>41</sup>

36. A Convenção de 1980 promove importantes disposições da UNCRC relativas aos direitos das crianças, incluindo os artigos 9(3) e 10(2) que estabelecem o direito da criança de manter relações pessoais e contatos diretos com ambos genitores e o artigo 11 que busca combater a transferência ilícita ou retenção das crianças no exterior. A Convenção de 1980 também dá efeito ao artigo 35 da UNCRC, que visa, entre outros, a prevenção da subtração de crianças.

#### ii. Obrigação de garantir o retorno imediato da criança: artigo 12

37. O artigo 12 estabelece a obrigação de garantir o retorno imediato da criança. Dispõe que a autoridade competente do Estado Contratante, onde a criança foi indevidamente afastada ou em que está sendo indevidamente retida, é obrigada a ordenar o seu retorno imediato sempre que, da data do início do processo perante a autoridade competente, decorreu um período inferior a um ano da data da transferência ou retenção ilícita<sup>42</sup>. A autoridade competente também tem a obrigação de ordenar o retorno, mesmo que o processo tenha sido iniciado após a expiração do período de um ano, a menos que seja demonstrado que a criança se encontra adaptada ao novo ambiente.<sup>43</sup>

<sup>35</sup> Ver o Preâmbulo da Convenção de 1980

<sup>36</sup> Ver o art. 1.

<sup>37</sup> Ver o Relatório Explicativo (*op. cit.* nota 8), par. 35 *et seq.*

<sup>38</sup> Ver o art. 2. Para mais informações sobre os procedimentos rápidos, ver, *infra*, par. 91 *et seq.*

<sup>39</sup> O fato de que a subtração internacional de crianças tem efeitos prejudiciais sobre o bem-estar da criança foi confirmado por vários estudos, por exemplo, por M. Freeman, *International Child Abduction: the Effects, Reunite International Child Abduction Centre, 2006 and Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, 2014; G.L. Greif, *The long-term aftermath of child abduction: Two case studies and implications for family therapy*, American Journal of Family Therapy, vol. 37, 2009, pp. 273–286.

<sup>40</sup> Ver o Relatório Explicativo (*op. cit.* nota 8), par. 20-26. Em par. 24, se afirma que a filosofia da Convenção poderia ser definida da seguinte maneira: "A luta contra a multiplicação das subtrações internacionais de menores deve se basear sempre no desejo de protegê-las, interpretando o seu verdadeiro interesse. Portanto, entre as manifestações mais objetivas que constituem os interesses do menor está o direito de não ser transferido ou retido em nome do direito mais ou menos discutível sobre a sua pessoa."

<sup>41</sup> Ver o Relatório Explicativo (*ibid.*), par. 17.

<sup>42</sup> Ver o art. 12(1). Para mais informações sobre o art. 12, ver o Relatório Explicativo (*ibid.*), par. 106 *et seq.*

<sup>43</sup> Ver o art. 12(2). Enquanto o primeiro parágrafo do art. 12 estabelece as situações em que as autoridades do Estado requerido estão obrigadas a ordenar o retorno da criança, o segundo parágrafo prevê uma exceção à obrigação do retorno. Se reconhece que, em certos casos em que um longo período de tempo tenha passado e a criança tenha se estabelecido no Estado requerido, o retorno da mesma ao Estado da residência habitual poderia não respeitar o objetivo de proteger os melhores interesses da criança através do restauo do *status quo*, mas, ao invés, provocaria mais sofrimento para a criança. Ver, para mais informações, por exemplo, R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention - A critical analysis*, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 225 *et seq.*

38. Em concordância com o objetivo da Convenção de garantir o retorno *imediato* das crianças<sup>44</sup>, o artigo 12(1) obriga a autoridade competente do Estado requerido a ordenar "*imediatamente*" o retorno.<sup>45</sup> Esta obrigação é reforçada pelo artigo 11 que exige que as autoridades judiciais e administrativas devam agir rapidamente nos procedimentos de retorno das crianças e que, se uma decisão não for tomada em 6 semanas do início do processo, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido (por iniciativa própria ou se solicitado pela Autoridade Central do Estado requerente) tem o direito de solicitar uma declaração sobre as razões da demora.<sup>46</sup>

39. Embora o Preâmbulo da Convenção se refira ao retorno para o "Estado da residência habitual", não existe tal referência no artigo 12 ou em outros artigos da Convenção. Esta omissão é intencional e permite à autoridade competente, em algumas circunstâncias, ordenar o retorno da criança para onde achar apropriado, para um local diferente do Estado de sua residência habitual antes da transferência ou retenção ilícitas, por exemplo, no caso de um requerente que já não reside mais neste Estado.<sup>47</sup>

40. A Convenção também não especifica a *quem* a criança deve ser restituída. Em particular, não prevê o retorno da criança aos cuidados do *genitor abandonado*. Esta flexibilidade reflete a premissa implícita de que a questão de quem cuidará da criança será determinada pela autoridade competente do Estado da residência habitual, de acordo com a lei que rege os direitos de guarda, incluindo qualquer ordem que possa ser aplicada entre os genitores ou outras pessoas interessadas.

41. A obrigação de garantir o retorno imediato da criança é reforçada no artigo 18, o qual estabelece que quanto previsto no Capítulo III da Convenção ("Retorno das crianças", Arts. 8-20) não limita o poder da autoridade judicial ou administrativa de ordenar o retorno da criança em qualquer momento. Este artigo autoriza o tribunal, no qual tramitam os procedimentos de retorno, a ordenar o retorno da criança invocando outras disposições mais favoráveis à obtenção deste fim.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Ver o Preâmbulo e o art. 1(a). A importância de garantir um retorno "imediato" é também mencionada no art. 7 (1).

<sup>45</sup> Diferentemente do art. 12(1), o art. 12(2) fala apenas de "retorno", não de "retorno imediato", levando em conta que nas circunstâncias em que esta disposição se aplica, o retorno da criança ocorreria após mais de um ano da transferência ou retenção ilícita; ver o Relatório Explicativo (op. cit. nota 8), par. 109.

<sup>46</sup> Ver neste contexto, *infra*, par. 96.

<sup>47</sup> Ver o Relatório Explicativo (op. cit. nota 8), par. 110.

<sup>48</sup> Ver *ibid.*, par. 106 e 112.

### iii. Exceções à obrigação de garantir o retorno imediato da criança

42. Nos artigos 12 (ver acima), 13 e 20, a Convenção prevê limitadas exceções ou "defesas" de oposição ao retorno que, quando levantadas e argumentadas satisfatoriamente em relação ao padrão de prova apropriado, a autoridade competente do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança.<sup>49</sup>

#### ***Outras exceções ao retorno***

##### **1) Artigo 12**

- Se passaram 12 meses até o início dos procedimentos de retorno e se for provado que a criança se adaptou ao seu novo ambiente, o tribunal pode recusar a devolução do menor.

##### **2) Artigo 13(1)(a)**

- Se for estabelecido que o genitor abandonado não estava efetivamente exercendo os seus direitos de guarda no momento da transferência ou retenção, o tribunal não está obrigado a ordenar o retorno da criança.
- Da mesma forma, se for estabelecido que o genitor abandonado consentiu ou sucessivamente aceitou a transferência ou retenção, o tribunal não está obrigado a ordenar o retorno da criança.

##### **3) Artigo 13(2)**

- O tribunal pode se recusar a ordenar o retorno da criança se constatar que a criança se opõe ao retorno e atingiu uma idade e grau de maturidade suficientes para exprimir o próprio ponto de vista.

##### **4) Artigo 20**

- O retorno da criança pode ser recusado se a determinação do retorno violar os princípios fundamentais do Estado requerido em relação a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais

43. Através das exceções enumeradas, a Convenção reconhece que a transferência ou retenção ilícitas de uma criança pode algumas vezes ser justificada por razões objetivas que têm a ver com a pessoa da criança ou com o ambiente no qual a criança está mais intimamente conectada e/ou com quem solicitou que ela retornasse.<sup>50</sup> A premissa geral de que o retorno imediato representa o melhor interesse da criança pode, portanto, ser rejeitada segundo as circunstâncias do caso concreto.

44. O Relatório Explicativo estabelece que as exceções "devem ser aplicadas como tais", ou seja, "de forma restritiva se se quer evitar que a Convenção se transforme em letra morta".<sup>51</sup> Além disso, adverte que "uma invocação sistemática das exceções [...], ao substituir a jurisdição da residência do menor pela jurídica eleita pelo sequestrador, derrubar todo o edifício convencional ao esvaziar o espírito de confiança mútua que o inspirou".<sup>52</sup>

45. Em relação à exceção do artigo 13(1)(b), outro possível perigo é que um tribunal possa aplicar a exceção para transformar os procedimentos de retorno da criança em um procedimento de contraditórios sobre os méritos da

<sup>49</sup> Ver, *supra*, nota 10 (citando o Doc. Prel. N. 8 A, par. 17 e par. 100 *et seq.*), que descrevem as últimas estatísticas globais disponíveis que analisam as razões invocadas pelo judiciário em relação as várias exceções. Quanto a relação entre as exceções, ver, *infra*, par. 48 *et seq.*

<sup>50</sup> Ver o Relatório Explicativo (op. cit. nota 8), par. 25.

<sup>51</sup> Ver neste contexto o par. 4.3 das Conclusões e Recomendações da Quarta Comissão Especial (op. cit. nota 26) que foi reiterada novamente nas Conclusões e Recomendações da Quinta Reunião da Comissão Especial (op. cit. nota 27), disponível em <www.hcch.net> (percurso indicado na nota n. 25).

<sup>52</sup> Ver, *ibid.*, par. 34. Durante o processo de redação, um número significativo de delegados reconheceu que, se as exceções fossem muito amplas ou fossem interpretadas de forma demasiadamente ampla, poderiam efetivamente enfraquecer toda a Convenção. Por exemplo, a delegação alemã declarou: "Quanto mais ampla e mais vaga a disposição for redigida, maior será a margem para o sequestrador resistir com êxito ao retorno da criança. No interesse de um 'funcionamento' efetivo [...], as exceções devem ser restringidas o máximo possível e apenas as situações realmente dignas de uma exceção devem ser previstas." Ver Atas da décima quarta Sessão, Volume III, Sequestro de Crianças (op. cit. nota 8), p. 216.

questão da guarda.<sup>53</sup> O tribunal deve evitar de atribuir pra si uma competência que permita tratar as questões que devem ser decididas pelo Estado da residência habitual.<sup>54</sup>

46. Embora, como referido no Relatório Explicativo, uma aplicação demasiadamente ampla das exceções minaria a Convenção, uma aplicação *excessivamente* restritiva alcançaria o mesmo resultado. A Convenção reconhece nos artigos 13 e 20 que podem existir circunstâncias em que um retorno é tão prejudicial para os interesses de uma criança que seria contrário aos objetivos da Convenção ordenar o seu retorno. Uma aplicação restritiva desses artigos não deve, portanto, significar que eles nunca deverão ser aplicados.<sup>55</sup> É inevitável que, em alguns casos, a resolução apropriada possa ser recusar o retorno da criança.

47. Também é importante destacar que, embora os procedimentos de retorno tenham que ser rápidos, o mecanismo de retorno da Convenção de 1980 não se aplica de forma automática. Se o risco grave tiver sido estabelecido conforme o artigo 13(1)(b) e não existir a disponibilidade de medidas adequadas de proteção, um juiz pode decidir recusar o retorno da criança. Esta disposição é o resultado de um dos delicados compromissos alcançados pelos redatores da Convenção.

#### iv. Relação entre o artigo 13(1)(b), as outras exceções ao retorno e os outros elementos do caso

48. As exceções previstas nos artigos 12, 13 e 20 se aplicam distintamente e, portanto, serão examinadas separadamente pelo tribunal no caso em que o genitor subtrator ou outro órgão que se opõe ao retorno levantar mais de uma exceção.<sup>56</sup>

49. Em contrapartida, podem existir casos onde a exceção prevista no artigo 13(2), relativa a oposição do retorno de uma criança, tenha levado à consideração da exceção de risco grave. Por exemplo, um irmão mais velho pode se opor a devolução nos termos do artigo 13(2) e o tribunal considerar o exercício do seu poder discricionário de recusar a ordem de retorno desse filho, concluindo que ele ou ela atingiu uma idade e grau de maturidade suficientes que permite levar em conta a própria opinião. Pode-se afirmar que, se o irmão mais velho não retornar, o irmão mais novo (que não se opõe ou que não tenha atingido uma idade ou grau de maturidade suficientes para se levar em conta a sua opinião), se retornar, pode ser colocado em uma "situação intolerável" segundo o artigo 13(1)(b) devido a separação do irmão mais velho.<sup>57</sup>

50. Além disso, algumas pesquisas e decisões judiciais concluíram que a dinâmica da violência doméstica/familiar pode ser relevante para a questão da residência habitual (nos artigos 3 e 4) onde, por exemplo, membros da família são forçados ou induzidos a se transferir.<sup>58</sup>

## 2. Âmbito de aplicação do artigo 13(1)(b)

51. Conforme o artigo 13(1)(b), a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não está obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou outro organismo que se opõe ao retorno da criança comprovar que "existe um risco grave de que no seu retorno a criança seja exposta a danos físicos ou psicológicos ou colocada em situação intolerável". A exceção de risco grave deriva da avaliação dos interesses de cada criança, levando em conta "o

<sup>53</sup> Ver, por exemplo, as contribuições dos EUA durante o processo de redação declarando, i.a., que "as exceções amplas tenderão a transformar virtualmente todo o processo de retorno em um procedimento de contraditórios sobre os méritos da questão da guarda. Nenhum advogado do sequestrador deixaria de levantar uma ou mais exceções"; ver as Atas da Décima quarta Sessão, Volume III, Sequestro de Crianças (*ibid.*), pp.242 e 301.

<sup>54</sup> Declaração da delegação irlandesa durante o processo de redação, ver *ibid.*, p.302.

<sup>55</sup> Ver, a este respeito, por exemplo, a decisão da Câmara dos Lordes, Reino Unido, sobre Re D. (uma criança) (*Abduction: Rights of Custody*) [2006] UKHL 51 [INCADAT: HC/E/UKe 800], par. 51.

<sup>56</sup> Para informações sobre o art. 20, ver, por exemplo, o Relatório Explicativo (op. Cit. nota 8), par. 31-33 e par. 118. Ver também P.R. Beaumont and P.E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, pp. 172 *et seq.* Em Re K. (*Abduction: Psychological harm*) [1995] 2 FLR 550 [INCADAT: HC/E/Uke 96], o Tribunal de Apelação da Inglaterra e Gales (UK) observou que existe oposição em relação a adoção de uma interpretação do art.20 que teria o efeito de ignorar, ou alterar materialmente, o âmbito de qualquer um dos outros artigos e, em particular, do art. 13(1)(b).

<sup>57</sup> Ver, *infra*, par. 279 *et seq.* em relação a separação da criança do irmão/irmã em caso de retorno.

<sup>58</sup> Ver, por exemplo, o estudo de Lindhorst & Edleson no qual, em 40% dos casos, o genitor subtrator afirmou que a mudança para o Estado para o qual eles partiram foi realizada coercitivamente através de ameaças ou dissimulações, T. Lindhorst e J.L. Edleson, *Battered Women, Their Children, and International Law*, Boston, Northeastern University Press, 2012, pp. 58-63. Ver também a seguinte jurisprudência em que tribunais determinaram que a residência habitual das crianças não foi estabelecida devido à natureza coercitiva da transferência, Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Oriental de Washington em *Tsarbipoulos v. Tsarbopoulos*, 176 F. Supp. 2d 1045 (ED Wash. 2001) [INCADAT: HC/E/USf 482]; o Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito de Utah, Divisão Central em *In re Ponath*, 829 F. Supp. 363 (D. Utah, 1993) [Referência INCADAT: HC/E/USf 144]; e o Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Sul de Ohio, Divisão Oeste em *Ostevoll v. Ostevoll*, 2000 WL 1611123 (S.D. Ohio 2000) [Referência INCADAT: HC/E/USf 1145].

interesse primário de qualquer pessoa de não ser exposta a perigo físico ou psicológico ou colocada em situação intolerável".<sup>59</sup>

#### i. A criança como foco do artigo 13(1)(b)

52. A redação do artigo 13(1)(b) ("que no seu retorno a criança seja exposta") deixa claro que a questão é determinar se o retorno da criança exporia a criança a um risco grave, e não se o retorno colocaria em risco a segurança de outra parte. Consequentemente, é a situação da criança que deveria ser o foco principal da investigação.

53. No entanto, o artigo 13(1)(b) se refere a situação, por exemplo, do genitor subtrator, no caso em que a sua situação se estendesse à criança devido ao impacto causado na mesma. Em um cenário onde existe a evidência de sérios riscos de danos para o genitor subtrator, caso ele retorne com a criança para o Estado da residência habitual sem ser adequadamente tutelado pelas medidas de proteção daquele Estado, e onde, se isto acontecesse, exporia a criança a risco grave em concordância com o artigo 13(1)(b), a exceção de risco grave pode ser estabelecida.<sup>60</sup>

#### ii. O aspecto "prospectivo" do artigo 13(1)(b)

54. As palavras usadas no artigo 13(1)(b) ("risco grave no seu retorno") indicam também que a exceção é de caráter "prospectivo", já que se focaliza na situação da criança após o retorno e na possibilidade de que essas circunstâncias exponham a criança a um risco grave.

55. Portanto, o exame da exceção de risco grave não pode ser limitado ou principalmente centrado em uma análise das circunstâncias que existiam antes ou no momento da transferência ou retenção ilícita. Pelo contrário, requer uma observação do futuro, ou seja, para as circunstâncias que a criança encontraria se retornasse imediatamente. Este exame compreenderia também, se considerado necessário, uma avaliação da disponibilidade de medidas adequadas e eficazes de proteção que seriam ou que poderiam ser colocadas em prática no Estado da residência habitual para garantir o retorno seguro da criança, acompanhado por um genitor, se fosse o caso, para este Estado.<sup>61</sup>

56. Em relação ao exame da disponibilidade de medidas de proteção adequadas e eficazes, pode-se mencionar duas abordagens diferentes.<sup>62</sup> Alguns tribunais avaliam a existência de medidas de proteção adequadas e eficazes antes ou ao mesmo tempo em que examina se o genitor subtrator comprovou a existência de um risco grave de que o seu retorno exponha a criança a danos físicos, psicológicos ou que seja colocada, de qualquer outra forma, em uma situação intolerável.<sup>63</sup> Outros tribunais examinam as medidas de proteção no exercício da sua faculdade discricionária conforme o artigo 13(1)(b), em uma fase sucessiva àquela em que o tribunal constata a existência de um risco grave.<sup>64</sup> Se o tribunal aplicar uma ou outra abordagem em um caso específico, isto não levará a um resultado diferente em relação a decisão do retorno, porém, poderá gerar efeitos procedurais, principalmente em relação a sua rapidez.

#### iii. "Risco Grave"

57. O termo "risco grave" reflete a intenção dos redatores de uma aplicação da exceção de forma restritiva.<sup>65</sup> De fato, durante o processo de redação, as exigências de uma abordagem restritiva levaram a uma redação mais restritiva do artigo 13(1)(b) do que inicialmente sugerido. O termo inicial usado na exceção foi "risco considerável", que foi substituído por "risco grave", já que o qualificativo "grave" denota um grau de gravidade superior.<sup>66</sup>

58. Os fatos do caso específico determinam se o risco alegado pode ou não ser considerado "grave". De um modo geral, a jurisprudência mostra que a maioria dos tribunais de diferentes jurisdições confirmaram que o nível de risco necessário para desencadear a exceção do artigo 13(1)(b) é elevado e que a exceção tem sido aplicada de forma restritiva, conforme as recomendações das Comissões Especiais anteriores.<sup>67</sup>

#### iv. Exposição à danos físicos ou psicológicos, ou colocação em uma situação intolerável

59. O artigo 13(1)(b) contém as seguintes três diferentes categorias de risco:

<sup>59</sup> Ver o Relatório Explicativo (op. cit. nota 8), par. 29. Ver também *supra*, par. 43.

<sup>60</sup> Ver Parte II, Seção 7, desta Guia. Ver também os cenários apresentados na Parte IV desta Guia, assim como o Anexo 3.

<sup>61</sup> Ver, *infra*, par. 137 *et seq.* sobre as medidas de proteção dos casos do artigo 13(1)(b).

<sup>62</sup> Ver neste contexto o "Diagrama de Processamento", *infra*, par. 107 *et seq.*

<sup>63</sup> Em particular, os tribunais que aplicam o Regulamento Bruxelas II *bis* consideram a disponibilidade de medidas de proteção adequadas e eficazes como parte do exame do risco grave a ser estabelecido segundo o art. 11(4) do Regulamento; ver *infra*, par. 68 *et seq.*

<sup>64</sup> Ver, *infra*, par. 66.

<sup>65</sup> Ver, *supra*, par. 44-46.

<sup>66</sup> Ver *Proceedings of the Fourteenth Session*, Volume III, *Child Abduction* (op. cit. nota 8), p. 362.

<sup>67</sup> Ver os debates da Comissão Especial apresentados na Seção 4 da Introdução, acima, e por exemplo, a seção de análise da jurisprudência e jurisprudência correspondente no INCADAT (op. Cit. nota 6). Ver também, por exemplo, R. Schuz (op. Cit. nota 43), p.273.

- um risco grave de que o retorno exponha a criança à danos físicos;
- um risco grave de que o retorno exponha a criança à danos psicológicos; ou
- um risco grave de que o retorno coloque a criança, em qualquer outro modo, em uma situação intolerável.

60. Embora as três categorias constituam exceções distintas, elas estão interligadas, uma vez que o termo "de qualquer outro modo" indica que dano físico ou psicológico é um nível de dano que também constitui uma situação intolerável.<sup>68</sup>

61. O qualificativo "intolerável" indica que a exceção requer que o potencial dano físico ou psicológico a criança ou a situação potencial na qual a criança seria colocada no retorno, seja de tal magnitude que a criança não possa razoavelmente ter a expectativa de tolerá-lo.<sup>69</sup>

62. Cada categoria pode ser levantada autonomamente para justificar a exceção do dever de garantir o retorno imediato da criança e, portanto, com base nos fatos do caso específico, as três categorias têm sido invocadas nos procedimentos, cada uma de forma independente.<sup>70</sup> Contudo, embora bem distintas, estas categorias são frequentemente utilizadas em conjunto e os tribunais nem sempre as distinguem claramente entre si nos seus julgamentos.<sup>71</sup>

#### v. Ônus da prova

63. A parte introdutória do artigo 13(1) dispõe que o ônus de estabelecer a existência de um risco grave de expor a criança, no seu retorno, a um dano físico ou psicológico ou, de qualquer outro modo, ser colocada em uma situação intolerável, depende da pessoa, instituição ou outro órgão que se opõe ao retorno da criança.<sup>72</sup> Assim, na prática, na maioria dos casos, o ônus da prova incumbe ao genitor subtrator.

64. Com o objetivo, entre outros, de compensar o ônus da prova imposto ao genitor subtrator ou a outro indivíduo ou órgão que se opõe ao retorno, o artigo 13(3) estabelece que o tribunal perante o qual tramitam os procedimentos de retorno deve levar em conta as informações relativas a realidade social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou outra autoridade competente da residência habitual da criança, que deveria ser aquela que se encontra na melhor posição para fornecer tal informação.<sup>73</sup>

#### vi. Poder discricionário de ordenar ou negar o retorno

65. As palavras "não é obrigado a ordenar o retorno", da parte introdutória do artigo 13(1), indicam claramente que, quando uma exceção é estabelecida, a autoridade judicial ou administrativa tem a faculdade discricionária de ordenar ou negar o retorno da criança. Portanto, as exceções contidas no artigo 13, quando constatadas, não se aplicam automaticamente, na medida em que não resultariam invariavelmente em uma negação do retorno da criança,<sup>74</sup> como quando, por exemplo, existem suficientes e concretas salvaguardas disponíveis no Estado da residência habitual que efetivamente atenuam um risco grave.

66. No contexto dos procedimentos do artigo 13(1)(b), como mencionado acima<sup>75</sup>, alguns tribunais consideram o exame da disponibilidade de medidas de proteção adequadas e eficazes como parte do exercício do poder discricionário e, conseqüentemente, como um passo que é feito após o tribunal reconhecer que foi constatado um risco grave.

### 3. Aplicação do artigo 13(1)(b) em relação aos instrumentos regionais

<sup>68</sup> Ver, i.a., o Supremo Tribunal do Canadá em *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 [Referência INCADAT: HC/E/CA 11] e a Corte Suprema do Reino Unido em *Re R. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144 [Referência INCADAT: HC/E/UK 1068], par. 34.

<sup>69</sup> Ver, por exemplo, a Câmara dos Lordes do Reino Unido em *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51 [Referência INCADAT: HC/E/UK 880], par. 52 e Supremo Tribunal do Reino Unido em *Re T. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (*ibid.*); ver também OLG Karlsruhe, Alemanha, decisão de 16 de dezembro de 2014 - 2 UF 266/14 [ainda não consta no INCADAT].

<sup>70</sup> Para informações sobre como as categorias têm sido aplicadas pelos tribunais, ver, por exemplo, P.R. Beaumont and P.E. McElevay (op. cit. nota 56), pp. 138 *et seq.* e R. Schuz (op. cit. nota 43), pp. 274 *et seq.*

<sup>71</sup> Ver, por exemplo, M.H. WeinerL, *Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases*, *American University Law Review*, Vol. 58, 2008.

<sup>72</sup> Ver Relatório Explicativo (op. cit. nota 8), par. 114 que estabelece, i.a., que "ao adotar esta óptica, a Convenção pretendeu equilibrar a posição da pessoa despossuída em relação ao sequestrador que, por princípio, pôde escolher a jurisdição que o convenia".

<sup>73</sup> Ver o Relatório Explicativo (*ibid.*), par. 117. Ver o art. 13(3), *infra*, par. 163 *et seq.*

<sup>74</sup> Ver, *ibid.*, par. 113.

<sup>75</sup> Ver *supra*, par. 56 e o "Diagrama de Processamento", *infra*, par. 107 *et seq.*

67. Em relação à aplicação do artigo 13(1)(b), cabe mencionar dois importantes instrumentos regionais, o Regulamento Bruxelas II *bis*<sup>76</sup> e a *Convenção Interamericana sobre o Retorno Internacional de Crianças* (doravante, "Convenção Interamericana").<sup>77</sup>

### i. Artigo 11 do Regulamento de Bruxelas II *bis*

68. Para os casos de subtração internacional de criança entre Estados membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca<sup>78</sup>, se aplica a Convenção de 1980 complementada por determinadas disposições do Regulamento Bruxelas II *bis*<sup>79</sup>. Em particular, resultam relevantes o artigo 11 do Regulamento Bruxelas II *bis* e a relativa jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.<sup>80</sup>

69. O Regulamento Bruxelas II *bis* reforça o princípio segundo o qual o tribunal tem a obrigação de ordenar o retorno imediato da criança e procurar limitar ao máximo a aplicação das exceções do artigo 13(1)(b) da Convenção de 1980. Conforme o Regulamento Bruxelas II *bis*, a criança deverá retornar sempre que puder ser protegida no Estado da residência habitual.<sup>81</sup> Consequentemente, o artigo 11(4) do Regulamento Bruxelas II *bis* prevê que "[o] tribunal não pode recusar o retorno da criança nos termos do artigo 13, letra b, da Convenção da Haia de 1980, se for estabelecido que foram tomadas medidas adequadas para garantir a proteção da criança após o seu retorno".<sup>82</sup>

70. Cabe mencionar também que, ao contrário da Convenção de 1980, o Regulamento Bruxelas II *bis*, no seu artigo 11(2), obriga expressamente os tribunais a garantir que a criança tenha a possibilidade de ser ouvida na aplicação do artigo 12 e 13 da Convenção de 1980 (incluindo, portanto, os casos previstos no artigo 13(1)(b)), a menos que isto pareça inadequado levando em conta a sua idade ou o grau de maturidade.<sup>83</sup>

71. No caso em que um tribunal decidisse negar o retorno de uma criança em base ao artigo 13 da Convenção, o artigo 11(6) e 11(7) do Regulamento Bruxelas II *bis* estabelecem um procedimento especial, o chamado "mecanismo predominante". O procedimento prevê a possibilidade do tribunal, do Estado-Membro em que a criança residia habitualmente imediatamente antes de ser transferido ou retido ilicitamente, de ter a jurisdição, nos termos do Regulamento Bruxelas II *bis*, para examinar a questão da guarda da criança. Segundo o art. 11(8) do Regulamento Bruxelas II *bis*, se este tribunal emitir uma resolução posterior que exija o retorno da criança, esta decisão será diretamente reconhecida e executável no Estado-Membro requerido, sem necessidade de *exequatur*.<sup>84</sup>

72. É importante destacar que os objetivos e princípios que regem a Convenção de 1980, assim como as considerações em relação ao âmbito do artigo 13(1)(b) e o seu papel dentro do sistema normativo da Convenção<sup>85</sup>, permanecem válidos para os Estados Contratantes nos casos em que tanto a Convenção quanto o Regulamento Bruxelas II *bis* são aplicáveis, em virtude da natureza complementar das disposições pertinentes deste último Regulamento.

### ii. Artigo 11(b) da Convenção Interamericana sobre o Retorno das Crianças

<sup>76</sup> O Regulamento do Conselho (CE) n. 2201/2003 de 27 de novembro de 2003 relativo a competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, que revoca o Regulamento (CE) n. 1347/2000. Em 2016, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis* (COM(2016)411). O Regulamento e a Proposta estão disponíveis em <<http://eur-lex.europa.eu>>. Todas as outras referências contidas nesta Guia relativas ao Regulamento de Bruxelas II *bis* estão sujeitas a alterações no processo de revisão em curso desse instrumento e nas discussões do mesmo.

<sup>77</sup> A Convenção Interamericana sobre o Retorno Internacional de Crianças está disponível no site da Organização dos Estados Americanos em <[www.oas.org](http://www.oas.org)>, em "Documents", "Treaties and Agreements". Para mais informações, ver também a "Latin American Section" em <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>, "Child Abduction Section".

<sup>78</sup> O Regulamento Bruxelas II *bis* é aplicável diretamente em todos os Estados membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca, que não está vinculada pelo regulamento nem sujeita à sua aplicação; ver considerando n. 31 e artigo 2(3) do Regulamento Bruxelas II *bis*.

<sup>79</sup> Ver Considerando n. 17 e art. 60(e) do Regulamento Bruxelas II *bis*.

<sup>80</sup> Os julgamentos relevantes do Tribunal de Justiça da União Europeia estão disponíveis, por exemplo, no site do Tribunal de Justiça da União Europeia em <[curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)> e no INCADAT (op. cit. nota 6).

<sup>81</sup> Ver a Guia Prática de Aplicação do Regulamento Bruxelas II *bis*, publicado pela Comissão Europeia, disponível em <<http://ec.europa.eu/justice/civil>>, em "Related Documents", par. 4.4.3.

<sup>82</sup> Esta disposição foi mantida na Proposta de reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis* (op. cit. nota 76), com dois acréscimos. O art. 25(1) da Proposta estabelece: "Um tribunal não pode recusar a devolução de uma criança com base no [ art.13(1)(b) ] se for constatado que foram tomadas medidas adequadas para garantir a proteção da criança após o seu retorno. Para este fim, o tribunal deve: (a) cooperar com as autoridades competentes do Estado-Membro em que a criança residia habitualmente imediatamente antes da sua transferência ou retenção ilícitas, tanto diretamente ou com a assistência das Autoridades Centrais, quanto através da Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial, e (b) adotar medidas provisórias, inclusive de proteção, de acordo com o artigo 12 do presente regulamento, onde for apropriado.

<sup>83</sup> A Proposta de reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis* (ibid.) mantém este requisito com modificações, ver, i.a., o Considerando n. 23 e os arts. 20 e 24 da Proposta.

<sup>84</sup> Para mais informações sobre o art. 11(6)-(8) do Regulamento Bruxelas II *bis*, ver a Guia Prática (op. cit. nota 81), pars. 4.1 e 4.4. O "mecanismo predominante" foi mantido, com alterações, no art. 26 da Proposta de reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis* (ibid.).

<sup>85</sup> Ver, *supra*, par. 32 *et seq.* e par. 51 *et seq.*

73. A Convenção Interamericana está em vigor entre os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) que são Parte desta Convenção e, na prática, funciona frequentemente em paralelo com a Convenção de 1980 entre os Estados pertinentes à região da América Latina.<sup>86</sup>

74. O artigo 11(b) da Convenção Interamericana, que é o artigo correspondente ao artigo 13(1)(b) da Convenção de 1980, estabelece que "[a] autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a parte que levanta objeções ao retorno estabelecer que: ... [ existe um risco grave de que o retorno da criança exponha a criança a um perigo físico ou psicológico".

75. A principal diferença no texto do artigo 11(b) da Convenção Interamericana e o texto do artigo 13(1)(b) da Convenção de 1980 é que o artigo 11(b) da Convenção Interamericana omite a terceira categoria de "colocar a criança em uma situação intolerável".<sup>87</sup>

76. Entretanto, a jurisprudência dos Estados que são Parte na Convenção Interamericana e na Convenção de 1980 indica que os tribunais aplicam os mesmos critérios em relação ao texto do artigo 11(b) da Convenção Interamericana e do artigo 13(1)(b) da Convenção de 1980<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Por exemplo, os julgamentos podem fazer referência a ambas Convenções; ver, por exemplo, Supremo Tribunal Argentino em F. 441. XLVI. F.R., F.C. c/ L.S., Y.U. s/ retorno de filho [ainda não no INCADAT]; Tribunal de Apelo de Buenos Aires em M. c. M., Sr. A. retorno de filho de 24 de outubro de 2013 [ainda não consta no INCADAT]; Tribunal de Apelo de Montevideú, Uruguai, em CED-0010-000669 / 2016, de 6 de junho de 2016 [ainda não consta no INCADAT].

<sup>87</sup> Ver, *supra*, par. 59 *et seq.*

<sup>88</sup> Ver, por exemplo, o Supremo Tribunal Argentino em S.A.G. s/*restitución internacional solicita restitución de la menor* [Referência INCADAT: HC/E/AR1332] e em F.441. XLVI. F.R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/*reintegro de hijo* [ainda não no INCADAT]. Ver também, por exemplo, E. Tellechea Bergman, "Análisis de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* n.4, FCU, 1989, pp. 131-142 e a Convenção Interamericana de Montevideo de 1989 sobre a Restituição Internacional de Menores. Considerações sobre a solução do seu funcionamento em A.L. Calbo Caravaca / E. Castellanos Ruiz, "El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales", Madrid, Colex, 2004, pp. 797-804; M.S. Najurieta, "Interpretación Uniforme de las excepciones al reintegro del niño o niña previstas en los convenios de restitución internacional", "Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Libro Homenaje a R. Ruiz Díaz Labrano", CEDEP, 2013, pp. 419-441; N. Rubaja, "Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino", Abeledo Perrot, 2012, p. 506.

A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi criada para impedir que as crianças fossem subtraídas de um Estado para outro sem qualquer instrumento jurídico capaz de tutelar o direito delas de não serem submetidas às consequências negativas dessa ação ilegítima praticada, normalmente e paradoxalmente, por um dos seus genitores.

Portanto, o objetivo deste texto é levantar, sinteticamente (na medida do possível), questões importantes sobre a correta aplicação desta Convenção em relação à ação das autoridades brasileiras no combate desses casos que são extremamente delicados (geralmente representam uma ruptura irreparável da relação entre um genitor e os seus filhos) e podem gerar nas vítimas consequências tão graves quanto aquelas de outros tipos de crimes mais comumente considerados pela mídia ou população em geral como graves ou brutais.

Em outras palavras, o que pode ser mais grave para um genitor do que a perda de contato com o filho que muitas vezes representa o (novo) significado que atribuiu à própria existência? O que pode ser pior para uma criança do que a perda do contato com o outro genitor que muitas vezes representa um componente relevante da própria estabilidade emotiva que tanto precisa e procura? O que pode ser pior de uma autoridade que não aplica a lei ou que, em geral, não busca restabelecer um certo grau de justiça à convivência social?

ISBN 9781095940099



9 781095 940099