

2

A Convenção da Haia sobre sequestro de menores

2.1

Histórico

2.2

O ethos feminino e a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Crianças

Dentre os motivos desencadeadores da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Crianças, já no início dos anos 70, estavam: (i) o drama do elevado índice de casos em que um dos pais retira o menor do país de sua residência habitual sem a permissão do outro, no contexto da separação de casais de nacionalidades diversas, cuja união se dera em razão de relacionamentos fortuitos ou desestruturados legalmente, em que a maioria dos países tendia a reter o seu nacional, ainda que a criança tivesse regressado por meio de um ato ilícito¹ e (ii) no fato de que a maioria desses casos se referia à retirada ilegal do menor pelo pai, insatisfeito com as decisões judiciais que, em grande parte, beneficiavam somente a mãe como prioritária na responsabilidade pela guarda da criança².

Tal dado, que pode ser empiricamente constatado, insere-se no âmbito das relações de gênero e envolve os caracteres respectivos do ethos masculino e feminino, com as evidentes diferenças psico-biológicas atinentes a cada sexo. Com efeito, Jacob Dolinger traz, em sua obra³, importante colaboração histórica no sentido de que, inversamente ao ordinário na atualidade, patris, non matris familiam sequitur, ou seja: no entendimento das gerações antigas, o(a) filho(a) permanecia antes com o pai do que com a mãe, pois se acreditava que da figura paterna é que advinha a vida e o culto⁴ da criança. O pátrio poder (hoje

1 ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e prática brasileira*. 4ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 519.

2 *Ibid*, p. 522.

3 DOLINGER, Jacob. *A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Capítulos III e IV, p. 167 e ss.

4 COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, página 65, citado por Jacob DOLINGER. *A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 167.

denominado poder familiar), regente da relação pais e filhos, detinha um âmbito de atuação, por assim dizer, ilimitado, porquanto o pai romano possuía direito vitae et nesce – de vida e morte – sobre seus filhos.

Etimologicamente, o termo ethos, do grego ΗΘΟΣ, significa hábito – habitus⁵ – ou “o agir que possibilita o pensar”.⁶ O ethos feminino e o ethos masculino – o agir e o pensar de cada qual – diferem-se entre si, o que permite, em linhas gerais, traçar um esboço comportamental dos diferentes gêneros, com hábitos preponderantes, a fim de que a tendência constatada jurisprudencialmente, na atualidade, seja respaldada filosófica-antropologicamente.

Roborando a tese-mote da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro de Crianças, pela referida retirada ilegal do menor pelo pai, insatisfeito com as decisões judiciais que, em grande parte, beneficiavam somente a mãe como prioritária na responsabilidade pela guarda da criança, Edith Stein, já no início do século XX, apontava como traço especificamente feminino, a inclinação para o elemento pessoal⁷. A aspiração do homem – assevera a doutora em filosofia e assistente de Edmund Husserl, grande fenomenologista –, dirige-se mais aos efeitos externos, à ação e ao desempenho objetivo do seu próprio eu, do que à inclinação ao “ser pessoal”, seja dele próprio ou do “outro” (o próximo). Isso quer dizer: toda a atenção de que uma pessoa necessita, como os cuidados elementares e básicos de higiene, alimentação, vestuário, saúde, educação – laica

5 “As raízes do habitus encontram-se na noção aristotélica de hexis, elaborada na sua doutrina sobre a virtude, significando um estado adquirido e firmemente estabelecido do carácter moral que orienta os nossos sentimentos e desejos numa situação e, como tal, a nossa conduta. No século treze, o termo foi traduzido para o latim como habitus (particípio passado do verbo habere, ter ou possuir) por Tomás de Aquino na sua Summa Theologiae, em que adquiriu o sentido acrescentado de capacidade para crescer através da actividade, ou disposição durável suspensa a meio caminho entre potência e acção propositada. Foi usado parcimoniosa e descritivamente por sociólogos da geração clássica como Émile Durkheim (no seu curso sobre *L'Évolution Pédagogique em France*, de 1904-5), pelo seu sobrinho e colaborador próximo Marcel Mauss (mais destacadamente no seu ensaio sobre “As técnicas do corpo”, de 1934), assim como por Max Weber (na sua discussão sobre o ascetismo religioso em *Wirtschaft und Gesellschaft*, de 1918) e Thorstein Veblen (que medita sobre o “habitus mental predatório” dos industriais em *The Theory of the Leisure Class*, de 1899). A noção ressurgiu na fenomenologia, de forma mais proeminente nos escritos de Edmund Husserl, que designava por habitus a conduta mental entre experiências passadas e acções vindouras”, in Esclarecer o Habitus. WACQUANT, Loïc. trad. por José Madureira Pinto e Virgílio Borges Pereira, *New School for Social Research – New York, Centre de Sociologie Européenne* – Paris, p. 1.

6 In Investigação fenomenológica e sentido originário do ethos. PROSCURCIN JR., Pedro. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2007.

7 STEIN, Edith. *A mulher – sua missão segundo a natureza e a graça*. EDUSC: São Paulo, 1999, p. 66.

e religiosa –, alojamento, supervisão, proteção e até a tomada de decisões médicas, de recusa ou concessão de viagens, de autorizações financeiras, de uma criança⁸, todo esse universo fica mais bem atendido, em termos de probabilidade, pela mulher, em razão do seu hábito ou ethos feminino, do que pelo ser masculino, mais inclinado para os efeitos do seu próprio agir e pensar. Isso sem mencionar as evidentes diferenças biológicas, por obviedade, no fenômeno da maternidade, na formação dos seres humanos ao abrigo do corpo feminino e no vínculo nutricional que a própria natureza estabelece entre mãe e filho para a sobrevivência.

Não se pretende afirmar, nesse sentido, uma espécie de desigualdade ou uma superioridade dos distintos ethos, nem tampouco uma espécie de “egoísmo inato” do ser masculino, em detrimento de uma “generosidade ínsita” ao ser feminino. Em termos legais, é cediço que inexistem quaisquer diferenciações (artigo 5º da Constituição da República, de 1988); o que se constata, antes, é uma salutar, natural e recíproca complementaridade entre homens e mulheres, fadados, cada qual, a um mais provável sucesso ou insucesso no desempenho de determinadas tarefas, de acordo com o hábito que lhes é peculiar. Na forma de pensar, exemplificando, o ser feminino tende a captar, de modo receptivo e quase-imediato, conteúdos inteligíveis nas situações concretas da vida cotidiana, o que se denomina por intuição. Já o hábito masculino, tende ao pensamento pragmático-silogístico: premissas maior e menor, conclusão e aplicabilidade prática. Não é regra: são meras tendências. Não há melhor ou pior ethos: são apenas diferentes, são somente complementares. Daí porque o âmbito familiar, formado pelas figuras paterna e materna, reciprocamente complementares, psicobiologicamente, representa o loco apropriado à educação e ao crescimento infantil.

8 DOLINGER, Jacob. *A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 168.

2.3

Principais características. Terminologia e natureza jurídica

Conforme Elisa Pérez-Vera,⁹ a Convenção reflete, em seu conjunto, um compromisso entre duas concepções, parcialmente distintas, no concernente ao fim colimado. Denota-se um potencial conflito entre o desejo de resguardar situações fáticas alteradas por uma transferência ou retenção ilícita de uma criança, e o de garantir o respeito pelas relações legais que podem fundamentar tais situações. A esse respeito, o equilíbrio consagrado pela Convenção é muito frágil. Por um lado, é nítido, à luz do seu artigo 19, que a Convenção não está essencialmente preocupada com a questão meritória atinente ao direito de guarda, mas, por outro lado, resta claro que a caracterização da transferência ou retenção ilícita de uma criança é condicionada pela existência de um direito de guarda que fundamenta a situação modificada pelas ações que pretende prevenir.

A terminologia adotada pela Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças costuma suscitar algumas indagações.

Inicialmente, imperioso esclarecer que o termo “sequestro” adotado pela tradução para o vernáculo não tem conotação penal, haja vista que a transferência ou retenção ilícita de crianças, à luz das disposições convencionais, não é conduta tipificada criminalmente perante a ordem jurídica pátria, em que pese reputar-se crime em alguns outros países, como os Estados Unidos, verbi gratia. Todavia, o português lusitano optou pelo termo “raptó”. A versão em língua inglesa da Convenção utiliza a expressão “child abduction”; a francesa, “enlèvement d’enfants” e a espanhola, “sustracción de menores”.¹⁰

Como a República Federativa do Brasil a incorporou por intermédio do Decreto número 3.413, de 14 de abril de 2000, utilizando-se do termo “criança”, mister se faz esclarecer que esta é assim reputada até a idade de

⁹ PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, página 428. Disponível em: <<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf>>. Acesso em 2 de agosto de 2010.

¹⁰ Esclarecem Paul Beaumont e Peter McEleavy, in BEAUMONT, Paul R.; McELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford: Oxford University Press, 1999, página 1, que “o abductor raramente objetiva a obtenção de ganhos materiais com a transferência ou retenção, senão o exercício exclusivo dos direitos inerentes à guarda da criança em um novo local.”

dezesseis anos, quando, aliás, cessa a aplicação da Convenção, na forma da segunda parte do artigo quarto da mesma.¹¹

Interessante indagação diz respeito à circunstância da criança completar dezesseis anos no curso da fase judicial instaurada para o seu retorno ao local de sua residência habitual. Para Elisa Pérez-Vera,¹² o indigitado dispositivo convencional deve ser interpretado estritamente, tanto na fase administrativa como na judicial. Com efeito, a Convenção tem natureza ratione personae no concernente às crianças destinatárias de suas disposições protetivas. Uma pessoa maior de dezesseis anos, geralmente, dispõe de suficiente maturidade para a escolha de sua residência, insuscetível de ser desprezada por quaisquer de seus genitores ou autoridades administrativa ou judicial. Vale lembrar que o artigo 13 da Convenção autoriza a autoridade judicial ou administrativa a não determinar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que já atingiu idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ademais, em que pese o nobre espírito do legislador internacional em estabelecer celeridade ao estipular, perante o artigo 11, o prazo de seis semanas para que providências sejam ultimadas, dificilmente o cômputo total das fases administrativa e judicial não o extrapolará. Destarte, afigurar-se-ia desprovida de razoabilidade uma demanda ajuizada às vésperas do aniversário de um adolescente de quinze anos, indevidamente transferido ou retido fora de sua residência habitual. Enfim, conforme clássica orientação hermenêutica, onde a lei não distingue, não cabe ao interprete fazê-lo. Em outras palavras, não é dado ao aplicador do direito interpretar a lei, reduzindo ou estendendo seu alcance, sob pena de, indevidamente, emendar-lhe a mão para prever ou restringir hipóteses propositalmente não contempladas. A mens legis, in casu, é cessar a aplicação da Convenção, em que fase estiver – administrativa ou judicial –, quando a criança completar dezesseis anos. Que assim seja. Consequentemente, eventuais processos judiciais em tramitação serão extintos, independentemente de apreciação meritória, custas processuais e honorários advocatícios, em estrita

11 Artigo 4º.: “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.”

12 PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, página 450. Disponível em: <<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf>>. Acesso em 2 de agosto de 2010.

conformidade com os ditames insculpidos perante o artigo 26 da Convenção¹³, em relação ao qual, mencione-se, por oportuno, a República Federativa do Brasil não apresentou reserva.

Impõe-se uma derradeira observação no tocante à questão terminológica. É cediço que o legislador internacional, *in casu*, utilizou-se do termo “convenção”. O artigo 49, inciso I, da Constituição da República alude aos “tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Por sua vez, o artigo 84, inciso VIII, do mesmo diploma refere-se a “tratados, convenções e atos, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.” Nitidamente, não há coincidência terminológica. Como a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*), conforme clássica lição hermenêutica,¹⁴ a análise exegética e conjugada dos dispositivos constitucionais em epígrafe demonstra que não são todos os tratados, convenções e atos internacionais submetidos à apreciação do Congresso Nacional, mas apenas aqueles suscetíveis de acarretar gravames ao patrimônio nacional, a teor de uma imperiosa interpretação *a contrario sensu* do artigo 49, inciso I, da Constituição da República. Logo, um acordo entre dois Estados, que objetive majorar ou reduzir o prazo de eficácia de visto consular, não encontra-se sujeito a aprovação congressional. Não se pode olvidar que a natureza da intervenção do órgão de representação popular na incorporação da norma internacional ao plano doméstico tem natureza fiscalizatória, e não legislante.

13 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 retorno 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.”

14 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 204.

Seu escopo é a proteção do patrimônio do povo, e não a inovação da ordem jurídica positiva.

Não obstante, importante consignar lição doutrinária de Celso Mello,¹⁵ a respeito da divergência em tela. **Tratado** é a terminologia utilizada para **acordos** solenes, como um tratado de paz, verbi gratia. Logo, a distinção entre ambos é meramente formal. **Convenção** é o tratado que cria normas gerais, por exemplo, a convenção sobre mar territorial; **ato**, quando estabelece regras de direito; **declaração** é palavra utilizada para designar acordos que criam princípios jurídicos ou afirmam atitude política comum; **convênio**, para tratados que versam matéria cultural ou transporte; **compromisso**, para acordos sobre litígios a serem submetidos à arbitragem; **pactum de contrahendo**, onde assume-se compromisso a contrair, futuramente, direitos e obrigações a respeito de determinada matéria; e **pactum de negotiando**, onde o Estado se compromete a deflagrar futuras tratativas a respeito de determinado tema, objetivando posterior celebração de um tratado.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 26 de maio de 1969, estabelece, em seu artigo 1º., que “tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, **qualquer que seja sua denominação específica.**”

Vejam, agora, sua natureza jurídica.

Em que pese a observação de Celso Mello¹⁶ a respeito da iniquidade da classificação, do ponto de vista material, em tratado–lei e tratado–contrato, haja vista ambos serem fonte de direito internacional, por estabelecerem norma de conduta, a Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças é, indubitavelmente, um tratado – contrato, por impor aos Estados signatários uma obrigação de fazer (facere), consubstanciada na restituição da criança indevidamente retida ou subtraída ao local de sua residência habitual. Isso a distingue, verbi gratia, em relação à Convenção da Haia que estabelece normas para a adoção internacional, que se afigura, nitidamente, como um tratado–lei. Essa distinção repercutirá, inexoravelmente, perante a competência para o

15 MELLO, Celso Duviuier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 213.

16 *Ibid*, p. 219.

processamento e julgamento de demandas oriundas da aplicação doméstica das respectivas convenções.

A Constituição da República de 1988 fixa, no seu Título I, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Inserido nesse título, está o artigo 4º, que declina os princípios norteadores da atuação da República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, entre os quais a prevalência dos direitos humanos.

É nesse sentido que se deve entender a grande maioria das convenções celebradas perante a Haia, que espelham não somente o desejo, mas também o esforço da comunidade jurídica internacional em tutelar, de forma adequada, os direitos humanos e, em especial, os direitos da criança e do adolescente – posto que seres humanos ainda em formação e, portanto, destinatários de específica proteção jurídica. Muito embora os dispositivos da Convenção da Haia de 1980 reflitam, de forma irrefutável, essa preocupação – uma tendência dos ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos, manifestada desde o século passado – é necessário frisar que a proteção aos direitos do menor ali engendrada se dá sob o aspecto procedimental. Significa dizer que as normas consagradas no mencionado tratado internacional sobre direitos humanos têm natureza processual, e não material.

Essa constatação não retira da Convenção sua relevância e utilidade, na medida em que é por meio das soluções ali propostas, de caráter processual, que se pretende proteger os interesses da criança.

A razão de ser da Convenção da Haia de 1980 é dada pelo seu próprio preâmbulo, no qual os Estados signatários afirmam o desejo de proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou retenção ilícitas, estabelecendo, para tanto, procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurem a proteção do direito de visitação. Portanto, é ali que se encontra a resposta para a indagação acerca da natureza desse diploma: ao preconizar que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda, a Convenção nada mais faz que estabelecer mecanismos processuais para assegurar que a decisão sobre quaisquer questões afetas à guarda da criança seja submetida ao crivo do Juízo competente para tanto.

Assim é que no seu artigo 1º, a Convenção declina como seus objetivos: “assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente” e “fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante”.

Portanto, o escopo da Convenção, instrumento de cooperação jurídica internacional, é a proteção ao princípio do juiz natural – posto que o competente para quaisquer decisões envolvendo a situação jurídica de menores ilicitamente retirados do local de residência habitual ou indevidamente mantidos em local diverso, ao alvedrio de um determinado agente: um de seus genitores, um familiar ou qualquer outra pessoa.

2.4

A ilicitude da retenção ou da remoção da criança

Na forma do disposto na Convenção, a ilicitude na transferência ou retenção da criança, de acordo com o artigo 3º, fica configurada sempre que:

a) tenha havido violação a direito de guarda – resultante ou do pleno exercício de direito, ou de decisão judicial ou administrativa ou de acordo vigente segundo o ordenamento do Estado de origem – atribuído a pessoa ou instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes da transferência ou retenção; e

b) esse direito estivesse sendo efetivamente exercido no momento da transferência ou retenção ou, ao menos, seu efetivo exercício tivesse sido obstado por tais acontecimentos.

Nesse ponto, há divergência pretoriana quanto ao significado do termo direito de guarda, na forma como empregado pela Convenção da Haia de 1980, entendendo alguns julgados ser irrelevante, para a finalidade a que se propõe a Convenção, que o familiar responsável pelo deslocamento indevido da criança ocupe ou não a função de *primary carer*. Isso porque a Convenção, ao se referir ao *right of custody* determinado pelo ordenamento do Estado requerente, estaria tratando do direito de ambos os genitores a determinar o lugar de residência do menor – direito esse violado sempre que um deles, sem a anuência ou mesmo sem

o conhecimento do outro, e valendo-se de sua maior proximidade física com a criança, tomar para si a atribuição de decidir essa questão, simplesmente levando o menor de um país para outro.¹⁷

Conforme Jacob Dolinger,¹⁸

“a Convenção se refere constantemente a ‘*rights of custody*’/‘*droit de garde*’, e tem sido entendido que esta expressão não coincide com o seu significado nos sistemas jurídicos nacionais, eis que seu sentido decorre das definições, estrutura e objetivo da própria convenção, ou seja, a qualificação do instituto é própria da Convenção. Vide Relatório da 2ª Reunião da Comissão Especial para Revisão da Convenção da Haia sobre Sequestro, International Legal Materials XXXIII.229 (1994). Veja-se, por exemplo, o disposto no artigo 5º da Convenção, de que ‘*rights of custody*’ incluem direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança e, em especial, o direito de determinar o lugar da residência da criança. Mesmo que a posse e guarda tenham sido atribuídas a um dos pais, mas se ao outro foi concedido o direito de vetar a saída permanente da criança do país, a remoção da criança para o exterior sem a autorização deste genitor se enquadra nas hipóteses previstas pela Convenção”.

Para Paul Beaumont e Peter McEleavy,¹⁹ o direito de guarda representa um vínculo jurídico identificável entre alguém e uma criança. Se este direito for violado, o responsável legal prejudicado poderá deduzir pretensão judicial para restabelecer o status quo ante, no melhor interesse da criança, para que possa retornar ao seu ambiente doméstico e ser voltar a conviver com o seu responsável primário. Quando a Convenção foi elaborada, acreditava-se que isso ocorreria na maioria esmagadora de casos. Portanto, havia absoluta unidade de propósito em resguardar violação a direito de guarda e a criança transferida ou retida ilícitamente. Com o incremento da guarda compartilhada, essa situação foi alterada. O direito violado pode ser de menor relevância, considerando que o seu titular tenha limitada relação com a criança. Ao configurar-se essa situação e a violação ocorrer em relação ao direito de determinar o local de residência da criança, a ligação com seu ambiente anterior pode ser mais tênue e o sentimento

¹⁷ Confira-se a redação do dispositivo previsto no artigo 5º da Convenção:

“Artigo 5º. Nos termos da presente Convenção:

- a) o ‘direito de guarda’ compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar de 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.”

¹⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 248 e 249, nota 37.

¹⁹ BEAUMONT, Paul R.; McELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 86 e 87.

de perda mais limitado. Não obstante, a autoridade competente deve ordenar o retorno. Se um direito de guarda for violado, ainda que se perceba tratar-se de um direito limitado, a criança deve ser restituída ao seu ambiente doméstico anterior para que seu futuro seja lá decidido em consonância com critérios objetivos. Trata-se da única maneira de assegurar equidade para todas as pessoas envolvidas. Ademais, defende o direito da criança de não ser indevidamente transferida ou retida no estrangeiro e fornece-lhe base apropriada para que disponha de significativa convivência com ambos os genitores.

Adiante, o artigo 14 da Convenção dispõe que *“para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do artigo 3º, 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 (...)”*.

Desse modo, a caracterização da ilicitude da transferência pode demandar uma certa dilação probatória. Ressalta-se que o magistrado irá se utilizar da lei vigente no Estado da residência habitual da criança para configurar a ilegalidade ou não de sua remoção ou permanência em Estado diverso.

Um grande entrave à rápida solução dos litígios envolvendo a aplicação da Convenção da Haia de 1980 é o aumento do número de países-membros, o que compromete a celeridade na atuação da Advocacia-Geral da União, representante judicial da União – já que, embora muitas vezes o texto legal estrangeiro seja conhecido, minúcias interpretativas e divergências jurisprudenciais dificultam a exata compreensão do Direito estrangeiro no momento de configurar a ilegalidade da retirada da criança.

2.5

O local de residência habitual da criança

O artigo 4º da Convenção prevê sua aplicação a *“qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita”*, cessando quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.

Afirmam Paul Beaumont e Peter McEleavy²⁰ que a força terminológica da expressão “residência habitual” no âmbito do direito de família deriva da flexibilidade inerente aos anseios do intenso tráfego social contemporâneo, insuscetível de ser provida pelos critérios do domicílio e da nacionalidade.

Nota-se que o escopo da Convenção é o da proteção à criança e ao adolescente, tendo o seu texto eleito como limitação temporal a idade de dezesseis anos, na qual, supõe-se, tenha atingido um grau de maturidade tal que a proteção que lhe é dispensada se torne desnecessária. Ressalte-se que essa limitação temporal não necessariamente coincide com a maioridade civil prevista nos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes.

A Convenção, contudo, não define residência habitual. Caberá ao magistrado, após a apreciação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, decidir qual o local da residência habitual do menor. Muito embora a lei brasileira distinga tecnicamente residência de domicílio, há que se ler os termos utilizados na Convenção – cuja tradução não necessariamente levou em conta aspectos técnico-jurídicos – a partir de sua corriqueira acepção.

A definição do local de residência habitual da criança, em verdade, tem por escopo fixar o juízo competente para qualquer decisão envolvendo a guarda dessa criança. Portanto, trata-se de questão de cunho processual e não de natureza material. Levando-se em conta que o conceito de domicílio também engloba o de residência, pode-se aplicar ao menor o mesmo domicílio dos pais antes da remoção ou retenção ilícita, já que tanto o domicílio quanto a residência habitual da criança dependem do domicílio do responsável.

Sugerem Beaumont e McEleavy²¹ que o interregno semestral deveria ser um parâmetro temporal inicial para a determinação da residência habitual, a critério da discricionariedade judicial, pois há situações em que o primordial interesse da criança impõe a observância de prazos mais exíguos quando restar inequivocamente comprovada a intenção de fixar-se em um novo lugar, bem como estiver inserida e adaptada perante o mesmo, mormente quando for o detentor principal da guarda quem tiver seus direitos violados.

²⁰ BEAUMONT, Paul R.; McELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 89.

²¹ *Ibid*, pp 90 e 112.

Indagam, ainda, se o elemento volitivo (intenção), por si só, afigura-se suficiente para definir a residência habitual. Apontam como vantagem a circunstância da existência de um estatuto pessoal com base na lei da residência habitual; e como desvantagem, o fato de desatarem-se os laços com suas origens. Onde não existir **uma** residência habitual definida, não haverá aplicação da Convenção, embora essa afirmação não deva ser imediatamente reputada como uma indesejável lacuna. Se uma criança tiver ténues laços sociais, culturais e linguísticos com um país, pouco benefício haverá em determinar seu retorno para lá.

2.6

Exceções substanciais ao retorno da criança

Ao introduzirem o tema pertinente a este capítulo, Paul Beaumont e Peter McEleavy demonstram preocupação com a circunstância, segundo a qual, se por um lado a Convenção foi elaborada sobre a premissa de que transferências e retenções ilícitas de crianças são danosas, por outro, o restabelecimento do status quo ante pode colocá-las em perigo. O desafio enfrentado pelos redatores do texto foi o de incorporar um eficaz mecanismo de segurança, que não comprometesse o procedimento de retorno sumário.²²

A questão afigura-se tormentosa quando a decisão é contrária ao retorno da criança ao Estado de residência habitual. A correta aplicação dos óbices previstos no artigo 13 da Convenção – especialmente o previsto na alínea “b” – é o tema que mais gera dúvida, perplexidade e celeuma no campo dos estudos sobre a Convenção.

Além da possibilidade de alegação de integração da criança ao novo meio, se decorrido o prazo de um ano previsto no artigo 12 da Convenção, o dispositivo seguinte enumera diversas hipóteses que podem fundamentar a recusa da autoridade do Estado requerido a ordenar o retorno da criança ao Estado requerente:

²² BEAUMONT, Paul R.; McELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 135.

- a) se 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 retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com a remoção da criança;
- b) se houver risco grave de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física e/ou psíquica ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável;
- c) se a autoridade verificar que a própria criança se opõe ao retorno, desde que atingidos idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração suas opiniões sobre o assunto.

O citado artigo dispõe ainda que a autoridade administrativa ou judicial deve tomar em consideração informações referentes à situação social da criança, fornecidas pela autoridade central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.²³

Dentro do contexto da cooperação jurídica internacional, entende-se que, via de regra, qualquer ponderação acerca do interesse da criança – melhor atendido, a princípio, sempre que ao menor seja facultada tanto a convivência com ambos os genitores e suas respectivas famílias, quanto a manutenção de suas referências pessoais, sociais e culturais – deverá ser feita pelo Juiz natural, cuja competência foi prejudicada pela atuação do agente abductor.

Portanto, é necessário frisar que, sob qualquer enfoque que se confira às exceções do artigo 13, as alegações do interessado dependem de prova.

Uma corrente, criada a partir de várias decisões judiciais nesse sentido, defende a ideia segundo a qual caberá à autoridade do Estado requerido formar um juízo de valor, a partir do suporte probatório constante dos autos, quanto à conveniência e adequação aos interesses do menor da determinação de seu retorno ao país de origem, numa interpretação a mais ampla possível da expressão “*perigos de ordem física ou psíquica*” e “*situação intolerável*”.

²³ Ao comentar as disposições constantes nos artigos 13 e 20 da Convenção, enfatiza Elisa Pérez-Vera que “as exceções substanciais ao retorno da criança não se aplicam automaticamente, na medida em que elas não resultam, invariavelmente, na retenção da criança. Contudo, a própria natureza dessas exceções confere à autoridade judicial discricionariedade para recusar o retorno da criança em determinadas circunstâncias.” In PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, p. 460. Disponível em: <<http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128.pdf>>. Acesso em 2 de agosto de 2010.

Invoca-se, como supedâneo dessa tese, o princípio insculpido no artigo 227 da Constituição da República, já que, em se tratando de criança e de adolescente, além da proteção genérica conferida pelo ordenamento a sua dignidade se acrescenta a especial tutela jurídica do Estado, porque se trata de seres humanos em formação, particularmente frágeis física e psicologicamente, cujo entendimento e capacidade de auto-determinação, auto-preservação e defesa são prejudicados pelas limitações próprias da idade.

Ao mesmo tempo, diversos outros julgados expressam a inadequação da formação de tal juízo de valor, posto que pautado em critérios reputados subjetivos e em desacordo com o propósito da Convenção, que é o de submeter à jurisdição do Estado requerente a decisão sobre a guarda da criança. Alguns orientam-se pelo mesmo critério proposto por Jacob Dolinger,²⁴ quando consigna que o rol de exceções a que se refere o artigo 13 da Convenção “*deve ser entendido como uma medida de caráter humanitário, visando a evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão*”. Somente em casos tais, quando demonstrado, de forma inequívoca, que o traslado da criança a poria em sério risco, físico ou psíquico, é que se autorizaria sua permanência no Estado requerido.

Assim é que irrelevante o inconformismo da parte ré com a pretensão veiculada na demanda, fundado na crença de que a criança estaria melhor aqui do que lá, ou melhor na sua companhia que na do outro genitor, ou mais adaptada à realidade brasileira do que à do Estado requerente. Afastada, pois, a princípio, qualquer incompatibilidade entre a decisão que determinasse a devolução da criança ao Estado requerente e os princípios fundamentais do Estado requerido com relação a direitos humanos e liberdades fundamentais, tal como ressalvado no artigo 20 da Convenção, o simples fato de a criança já estar adaptada em nosso território, ou as demais afirmações da parte ré quanto à inconveniência do traslado não seriam suficientes para justificar a permanência da criança no Estado requerido.

24 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 251, nota 43.

Para um setor dos defensores dessa segunda tese, porém, numa interpretação ainda mais restritiva que a anterior, somente quando o Estado da residência habitual não tiver condições de garantir a incolumidade física e psicológica da criança é que haverá óbice ao retorno da criança. Considera-se esse risco sempre que for detectada qualquer crise institucional, estado de guerra ou estado de emergência. Um Estado mergulhado em conflito interno ou externo, ou assolado por calamidade pública, naturalmente não será capaz de garantir a integridade de suas próprias instituições. Assim, ainda que a criança tenha sido submetida a abuso físico ou psicológico no Estado de origem, essa circunstância não retira do Juízo natural sua competência para decidir a questão afeta à guarda do menor – até porque tais dados seriam, em tese, considerados na avaliação da autoridade, a teor do disposto no artigo 19 da Convenção.

Somente se o Estado requerente não puder oferecer garantias de que esse abuso efetivamente não ocorrerá novamente, somente na impossibilidade comprovada da ineficiência ou falência da máquina do Estado de residência habitual da criança, é que se poderia aplicar os óbices ao retorno. Essa interpretação mais restritiva também é alicerçada no dispositivo previsto no artigo 20 da Convenção. Entende-se que a situação ali descrita, que não deverá ser aplicada senão em casos extremos, afirma que o Juiz natural não teria efetiva condição de garantir a segurança e bem-estar da criança, já que o Estado ao qual pertence não seria dotado de um sistema eficiente para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Os defensores da primeira corrente, contudo, ponderam que “*o compromisso da República Federativa do Brasil no plano internacional não é motivo para se deixar de aplicar a Constituição*”, afirmando que “*o dever internacionalmente assumido pelos países signatários da Convenção é, antes de tudo, o de assegurar os direitos fundamentais das crianças, para o que a devolução forçada poderá ser apenas um dentre os meios adequados, mas jamais um fim em si mesmo*”. Aduzem que a aplicação das exceções a que se refere a Convenção “*será evidente nos casos em que (...) o Estado Requerente passe por uma calamidade pública (fome, guerras etc.) ou em que o genitor que propõe a medida maltrate o menor ou dele abuse sexualmente. Não apenas nesses casos, contudo, deverá prevalecer a recusa do retorno do menor. Sob o influxo da doutrina do melhor interesse, também em outras situações, embora não extremas,*

deverá a autoridade judiciária recusar a devolução da criança, desde que as peculiaridades do caso concreto apontem nesse sentido. Interpretação diversa, repita-se, esvaziaria o artigo 227 da CF.”(trechos da petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245).²⁵

Há que se examinar com muita cautela esse ponto, já que estamos falando não só de um ser humano – e não de uma coisa – porém, mais uma vez, de um ser humano **em formação**, merecedor de especial proteção, não somente sob a égide do direito pátrio, mas também à luz das normas de direito internacional.

Se, por um lado, é fato que à criança deve ser dada a oportunidade de conviver com ambos os genitores, e de ter contato com ambas as vertentes de suas raízes – já que a decisão, quer da mãe, quer do pai, de retirar a criança do convívio familiar, não só carece de legitimidade, posto que arbitrária e em violação ao ordenamento, como não necessariamente reflete o melhor interesse da criança –, por outro é fato que, quando evidenciado, do conjunto probatório carreado aos autos, que a guarda deveria ser concedida à parte ré, supondo-se que esta seria a decisão a ser proferida no **Estado requerente**, não parece lógico submeter a criança a provações desnecessárias em função de uma norma de competência.

Até mesmo em função da autorização do artigo 17, parte final:

“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 dessa Convenção, **mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção**”.

Nesse particular, interessante a proposição do Juiz de Direito Breno Beutler Junior, em palestra proferida durante o *I Seminário sobre Sequestro Internacional de Crianças*, em Brasília, promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, em painel intitulado “*Ação de Restituição e Ação de Guarda: As Competências da Justiça Federal e da Justiça Comum*”, sobre a necessidade de se renovar a hermenêutica tradicional, para impedir que o menor, nesse tipo de demanda, seja visto e tratado como objeto de Direito – e não como o sujeito de Direito que é, merecedor, inclusive, de especial

²⁵ Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 2 de agosto de 2010.

tutela do Estado, reconhecida como essencial e necessária tanto na ordem jurídica internacional, como no plano do Direito interno.

2.7

Casos concretos perante o direito comparado

Caso Abbott versus Abbott²⁶

Hipótese Fática

Timothy Mark Cameron Abbott e **Jacquelyn Vaye Abbott** casaram-se na Inglaterra em 1992. Ele, cidadão inglês; ela, norte-americana. Em razão de sua profissão (astrônomo), Sr. Abbott e família mudaram-se para o Hawaí, onde nasceu, em 1995, o filho “A. J. A.”. Sete anos após, em 2002, mudaram-se para a cidade de La Serena, no Chile. Em razão de uma discórdia conjugal, separaram-se em março de 2003. A justiça chilena conferiu à mãe, Sra. Abbott, **os direitos de guarda sobre a criança** – englobando o cuidado diário e o controle do filho, restando ao pai os **direitos à visitação** – incluindo finais de semana alternados e o mês inteiro de fevereiro por ano. A este também foi dado o que é comumente denominado de **direitos ne exeat**, a saber: o direito ao consentimento prévio a que a criança possa deixar o país em companhia da mãe. Tal consta da lei chilena: garantia de **direitos ne exeat** a qualquer pai que tenha os direitos à visitação. Assim que o Sr. Abbott obteve o passaporte britânico do filho, a mãe conjecturou a possibilidade de que o pai estivesse planejando levar consigo a criança para a Inglaterra e obteve uma ordem de **ne exeat** junto à vara de família chilena. Ocorre, porém, que ela própria deixou o Chile, em agosto de 2005, com o filho, sem a autorização paterna. Descobriu-se, por intermédio de um investigador particular, que a criança e a mãe estavam no Texas. Em fevereiro de 2006, a Sra. Abbott ajuizou uma petição de divórcio na Corte Estatal do Texas, requerendo, ainda, mitigação dos direitos paternos e plenos poderes sobre a determinação do

26 Documento eletrônico disponível no sítio <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>, acessado em 04/06/2010.

domicílio da criança, lide esta que permanece pendente. Em contrapartida, o Sr. Abbott ajuizou igualmente uma ação para que a criança retornasse ao Chile. Em fevereiro de 2006, o pedido foi denegado, embora fossem concedidos ao pai “livres períodos de posse” sobre o filho. Em maio de 2006, o pai ajuizou novamente uma ação na Corte Distrital dos EUA no Texas requerendo o retorno da criança ao Chile, com fundamento na Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores e no *International Child Abduction Remedies Act – ICARA* (lei que regulamentou o tratado nos EUA). Em julho de 2007, a Corte Distrital denegou o pedido, ao fundamento de que o direito paterno ao *ne exeat* não constitui um direito de guarda sob a Convenção, o que acarreta a inaplicabilidade do direito ao retorno da criança previsto no referido diploma. A Corte de Apelações dos EUA do Quinto Circuito confirmou o decidido pela Corte Distrital. Citaram o precedente da Corte de Apelações do Segundo Circuito, o caso **Croll v. Croll**²⁷. Com base na definição de “guarda” do dicionário americano *Websters*, entenderam que os direitos *ne exeat* não podem ser realmente exercidos no contexto da Convenção, o que ficou definido em **Croll**, no sentido de que o *ne exeat* não constituem direitos de guarda. Neste julgamento, a então Juíza Sotomayor – hoje Ministra da Suprema Corte – discordou da maioria, defendendo o entendimento de que os *ne exeat* são direitos de guarda, por prover ao pai o poder de realocar internacionalmente a criança. Quarto e Nono Circuitos adotam o entendimento majoritário de **Croll**. O Décimo Primeiro Circuito segue o entendimento minoritário.

Admitida a apelação à Suprema Corte (*writ of certiorari*).

Em julgamento por maioria (6 a 3), a decisão da Corte Distrital do Quinto Circuito foi revista, entendendo-se pelo direito do pai ao retorno da

27 Em **Croll v. Croll** [229 F.3d 133 (2d Cir.2000)], ambos cidadãos norte-americanos residentes em Hong Kong, a Sra. Croll, que tinha a guarda da filha do casal, levou-a para Nova York, sem que o pai autorizasse a saída da criança do país. Embora a mãe alegasse que a menina iria somente estudar nos EUA, e passaria regularmente suas férias no Japão, o pai moveu uma ação com requerimento do regresso da filha, invocando a Convenção de Haia e o ICARA, por violação ao seu direito de visita e ao *ne exeat*. A Corte Distrital do Segundo Circuito entendeu que o direito do pai ao *ne exeat* não era um direito de determinar o domicílio da filha, mas apenas uma limitação ao direito da mãe; que não poderia ser exercido uma vez que a criança já partira do país e que a Convenção de Haia não enquadrava o *ne exeat* no direito de guarda. Divergiu do entendimento a então juíza, à época, Sonia Sotomayor (documento eletrônico disponível no sítio <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=2nd&navby=case&no=999341&exact=1>, acessado em 05/06/2010).

criança ao Chile, se, e somente se, inaplicáveis as exceções previstas na Convenção de Haia.

Relator da Maioria: *Justice Kennedy*, acompanharam: Roberts (*CJ*), Scalia, Ginsburg, Alito e Sotomayor. Relator da Divergência: *Justice Stevens*, acompanharam: Thomas e Breyer.

Aspectos Jurídicos

A questão relevante presente no caso **Abbott versus Abbott** é acerca da natureza jurídica dos “direitos ne exeat” como direitos de guarda (*rights of custody*), ou não, nos termos da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Menores.

Não se prendendo a inúmeros precedentes das Cortes de Apelação norte-americanas, a Suprema Corte decidiu, primeiramente, **pela possibilidade do uso da lei estrangeira na interpretação de tratados internacionais de que os EUA são parte** (ignorando a controvérsia existente sobre o tema), e, secundariamente, **pela definição dos “direitos ne exeat” como “direitos de guarda”, nos termos da Convenção de Haia.**

A saber: o fato da lei chilena conferir ao pai, que só possui os direitos de visitação da criança, automaticamente, direitos ao ne exeat do filho, significa, nos termos da Convenção da Haia, que este pai possui, na prática e sob os termos da Convenção, direitos de guarda, fazendo jus, portanto, ao retorno da criança a seu domicílio, porquanto deste retirado de forma ilegal. Aplicável, pois, o tratado, porque, in casu, A. J. A. tem menos de dezesseis anos, seu domicílio é no Chile, e ambos, EUA e Chile, são signatários da Convenção. Na verdade, a lei chilena, ao conferir a guarda para a mãe e os direitos de visitação ao pai, com os “direitos ne exeat”, o que em verdade fez, na ótica da Convenção da Haia, foi conferir a ambos a **guarda partilhada** do filho, razão pela qual existente um direito de retorno da criança retirada ilegalmente de seu domicílio.

A **maioria**, encabeçada por *Justice Kennedy*, esposou o entendimento de que, se a Convenção prevê o direito ao retorno ao país de domicílio quando os direitos de guarda são violados, uma vez compreendidos os “ne exeat” como tais, o regresso é devido.

A Convenção define os “direitos de guarda” como “direitos relacionados ao cuidado da criança e, em particular, à determinação de seu domicílio”. A Convenção reconhece os direitos de visitação, mas só confere o direito a que a criança retorne ao país domiciliar quando qualquer dos pais possui o direito de guarda. A Suprema Corte consultou a lei chilena para determinar o conteúdo do direito que o Sr. Abbott tem no presente caso. Um direito ne exeat não é propriamente de guarda física da criança, mas o poder que lhe foi conferido de decidir o domicílio, ao não permitir a saída do filho do país, está no contexto de “direitos de guarda” contido na Convenção, razão pela qual a natureza jurídica dos ne exeat são de guarda.

O Departamento de Estado dos EUA foi informado sobre a adoção deste entendimento pela Suprema Corte e sobre quais as consequências diplomáticas que isso pode acarretar. Pesquisadores publicistas convergem neste sentido.

Como a Convenção possui exceções ao retorno da criança (quando há um grave risco de dano físico ou psicológico, bem como na hipótese de a criança ter atingido um determinado grau de maturidade, com possibilidade de definir se quer retornar ou não ao seu domicílio), o caso deve ser remetido à instância inferior para a adoção dos procedimentos, a fim de se verificar se as referidas exceções estão presentes na hipótese.

Em contrapartida, a divergência, inaugurada por *Justice Stevens*, alegou que, com tal resultado, a Suprema Corte deixou de cumprir a voluntas legislatoris, constante da Convenção de Haia, em favor da proteção de direitos do pai desprovido da guarda do filho. Tal, certamente, por descumprir a Convenção, gerará instabilidades no bem-estar da criança, além de abandonar uma série de precedentes anteriores.

A lei chilena prevê ao pai com direitos de visitação uma **mera restrição a viagens internacionais**. E é a esta “restrição a viagens internacionais” que a Suprema Corte está conferindo o status de “direitos de guarda”, no contexto da Convenção da Haia. Isso é contrário aos propósitos do referido diploma. Ora, quando a Convenção prevê um direito de retorno da criança ao seu domicílio, fá-lo com base na guarda pré-estabelecida pela justiça local, e entende ser este o melhor remédio ao caso. A Convenção não foi feita para discutir a guarda ou

intervir neste ponto. Ao reconhecer a um dos pais sem direitos de guarda o direito ao retorno do filho ao seu domicílio, o tratado se encontra violado.

Outros tópicos rebatidos foram: a) a definição dos termos “relacionados a”, na frase “direitos relacionados ao cuidado da criança”, com o recurso linguístico do Dicionário *Webster*, afirmando que o termo se limita aos cuidados psíquicos e físicos da criança; o mero direito de vetar viagens internacionais não alcança determinar qual escola o filho irá frequentar, quais esportes irá praticar, em qual religião será criado, e etc. Dizer que o veto que o pai possui em relação a viagens é um direito relacionado ao cuidado da criança, seria minorar a importância das decisões diárias no atendimento cotidiano às necessidades do menor; b) o direito de determinar o domicílio da criança: a Corte concluiu que o poder de veto do pai se enquadra na definição de direitos de guarda da Convenção, o que, na verdade, não procede, porquanto tal direito, na redação da Convenção, encontra-se apartado da cláusula “*related to the care of the child*”; c) o entendimento acerca dos efeitos da restrição a viagens: o poder de um dos pais de impedir que a criança embarque numa viagem internacional não se confunde com o direito de determinar o domicílio da criança ou de fixar conclusivamente sua residência física. Este direito se enquadra perfeitamente nos denominados “direitos de visitação”; d) o fato de o Departamento de Estado consentir com o entendimento esposado pela maioria na Suprema Corte: esta matéria não parece merecer a deferência do Executivo, a quem interessa a política externa, a fim de evitar conflitos internacionais; ademais, o entendimento do Poder Executivo é volúvel, o que, por si só, não amaina a responsabilidade da Suprema Corte no entendimento da questão; e) por fim, o uso do entendimento das cortes estrangeiras dos países signatários na interpretação da Convenção: embora o Congresso tenha definido que a interpretação internacional dos países signatários do tratado deve ser tida como um esboço, uma exposição de motivos, entende-se que a jurisprudência internacional não pode prevalecer sobre os precedentes locais.

Conclusão

A opinião pública acompanha o entendimento minoritário no caso *Abbott versus Abbott*, na linha do majoritário de *Croll versus Croll*. O interessante

a ressaltar é que se trata de um precedente mais relacionado à interpretação de tratados e de utilização de lei estrangeira para tanto, do que propriamente de sequestro internacional de menores; acaba com o paradigma de divisões na Suprema Corte: esquerda v. direita, homens v. mulheres, pragmáticos, internacionalistas, idealistas... e traz à tona um novo problema relacionado ao sequestro internacional de menores²⁸.

Caso M. J. Carrascosa²⁹

M. J. Carrascosa e seu ex-marido, P. Innes, conheceram-se num bar, em Nova Jersey, em 1999. No mesmo ano, casaram-se na Espanha e retornaram aos Estados Unidos, onde ambos trabalhavam. A filha do casal nasceu em Abril de 2000. Em 2004, o casal se separou. Ambos celebraram um acordo, no qual constava que a criança viveria com a mãe, resguardo ao pai o direito à visitação regular. Eles também acordaram em que a criança não fosse retirada dos EUA, sem o consentimento por escrito do outro genitor. Em janeiro de 2005, M. J. viajou para a Espanha com sua filha e se estabeleceram em Valencia, sem a permissão do pai. Este conseguiu uma carta de divórcio nos EUA e a guarda da criança, ao passo que a Corte espanhola conferiu o mesmo direito em favor de M. J. Carrascosa (!). Innes reclamou da corte espanhola a aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, vigente tanto nos EUA quanto na Espanha. A justiça espanhola assegurou que o acordo conjugal era uma mera declaração de intenções, sem poderes de limitar o garantido pela Constituição Espanhola; que a guarda da menina pertencia à mãe; a mudança da menor não havia sido ilegal e que, portanto, a Convenção não era aplicável à espécie. A Corte norte-americana entendeu diversamente: aparentemente, o problema reside na falta de uniformidade no conceito de

28 Opiniões e pareceres disponíveis nos sítios eletrônicos acessados em 05/06/2010: http://conflictoflaws.net/2010/abbott-v-abbott-argument-round-up/?utm_source=feedburner&utm_medium=email, <http://jurist.org/paperchase/2010/05/supreme-court-rules-on-parental-rights-in-international-child-custody-case.php>, http://opiniojuris.org/2010/05/17/the-supreme-court-takes-treaty-interpretation-seriously-abbott-v-abbott/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+opiniojurisfeed+%28Opinio+Juris%29.

29 Documento eletrônico acessado em 07/06/2010, disponível no sítio: <http://conflictoflaws.net/2009/failure-of-the-hague-abduction-convention-m-j-carrascosas-fate/>.

“direitos de guarda”. Carrascosa foi para os EUA em 2006 para dar suporte ao julgamento, juntando as sentenças espanholas. Ela foi presa e, posteriormente, declarada culpada pelo júri de Nova Jersey pelo crime de obstar a justiça e por outras oito faltas em não cumprir o decidido pela Corte norte-americana sobre a guarda da criança. A filha passou a viver em Valencia com os avós.

Caso Duran versus Beaumont³⁰

Hipótese Fática

Hugo Alejandro Villegas Duran e Johana Ivette Arribada Beaumont, ambos cidadãos chilenos, envolveram-se num romance, mas nunca se casaram, tendo sido fruto da relação Valentina Almendra Villegas Arribada, nascida aos 22 de abril de 2001. O casal se separou em 2004. Enquanto viviam no Chile, a criança morava com a mãe, tendo o pai direito à visitação. Sob a lei chilena, a mãe, ora apelada, não podia remover a criança do Chile sem a permissão do apelante, o pai, o qual se recusou a dar seu consentimento. Dessa forma, a mãe peticionou à Oitava Corte de Menores de Santiago e obteve uma ordem judicial autorizando-a a viajar para os EUA com a criança por 3 (três) meses. A mãe, porém, permaneceu nos EUA por mais tempo que o autorizado pela corte chilena. De acordo com uma certidão da Oitava Corte de Menores de Santiago, datada de 28 de agosto de 2006, não havia ainda uma definição acerca do titular da guarda da criança. Em 25 de julho de 2006, o pai, ora apelante, ajuizou uma petição de retorno da criança ao Chile na Corte do Distrito Sul de Nova York, que decidiu pela ausência de direitos do pai a reclamar o retorno da criança, porquanto não possuía os direitos de guarda sob a lei chilena.

O pai, então, recorreu à Corte de Apelações do Segundo Circuito.

A matéria em debate se restringe em saber se o apelante possui os direitos de guarda, ou meros direitos à visitação, pois se existente um direito de guarda, a Corte possuiria jurisdição, sob a Convenção de Haia e o ICARA, para determinar o retorno da criança ao Chile; caso contrário, não.

30 Documento eletrônico disponível no [sítio http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/065614p.pdf](http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/065614p.pdf), acessado em 10/06/2010.

A Autoridade Central do Chile emitiu uma declaração no sentido de que ele, pai, possui a guarda da criança, porquanto, sob a lei chilena, a menor não poderia ter deixado o país sem o seu consentimento.

Aspectos Jurídicos

Tanto a Corte Distrital quanto a do Segundo Circuito não atribuíram grande relevância à declaração emitida pela Autoridade Central do Chile. Com efeito, à interpretação dada por um estrangeiro, à sua própria lei, confere-se uma certa deferência pelas Cortes norte-americanas, o que não significa uma vinculação absoluta. Quando há um precedente sobre uma determinada hipótese, este costuma nortear os futuros. In casu, o Segundo Circuito já determinou que o direito ne exeat não consiste em um direito de guarda, sob os ditames da Convenção da Haia, mas, antes, em um “direito de acesso ou visitação à criança”.

O entendimento **majoritário** foi no sentido de que, na elaboração de um tratado, primeiro busca-se determinar o significado dos termos adotados (in EUA versus Alvarez-Machain) e, após, procura-se olhar, além das palavras escritas, outros fatores, tais quais: a história do tratado, as negociações, a prática de elaboração adotada pelos membros, ou seja, elementos a nortear o trabalho interpretativo. A Convenção de Haia adota o princípio de que o país de origem da criança é o melhor lugar para decidir as questões de guarda e de direitos de visitação (cfr. **Croll**). Tanto o Chile quanto os EUA são partes do tratado. Esta Corte já reconheceu que os direitos de guarda advêm ou por determinação legal do país de origem ou por razão de uma decisão judicial ou administrativa (cfr. **Gitter**). A Convenção de Haia distingue entre direitos de guarda e de visitação (direito este de levar a criança por um tempo limitado a outro local que não o de sua residência habitual). Pelo código civil chileno, quando os pais vivem separados, a responsabilidade pelo cuidado pessoal da criança fica com a mãe. Entretanto, o pai mantém um direito ne exeat, qual seja: o de determinar se a criança pode deixar o país. In casu, a violação do período de permanência previamente autorizado da criança em outro país afronta o direito ne exeat paterno, mas isso não constitui uma violação a direitos de guarda, sob a Convenção de Haia. Reduzir o direito de guarda (que envolve o poder de decisão

sobre um amplo rol de questões relativas à criança) a um ne exeat é um extremo a que não se pode chegar.

A **divergência** entendeu que a interpretação dada pelo país de origem da sua própria lei deve ser levada em consideração e deve ser determinante, na presente hipótese. Ora, a Declaração da Corporação Judicial de Assistência Chilena da Região Metropolitana – chamada Autoridade Central – foi no sentido de que um direito ne exeat consiste, sim, em termos de natureza jurídica, em direito de guarda. Dessarte, **a divergência se fundamentou em duas razões**: a) não está claro, na decisão da corte distrital, se foi levada em conta a interpretação da Autoridade Central sobre a própria lei chilena. De fato, a corte distrital não mencionou a declaração como embasamento do decisum, no sentido da inexistência de direitos de guarda pelo pai. Tal fato vai de encontro não apenas ao precedente desta Corte, assegurando considerável deferência na interpretação pelos governos estrangeiros de suas próprias leis (*Karaha Bodas CO. L.L.C. versus Perusahaan Pertamina Minyak Dan Gas Bumi Negara*), mas também de cortes de outros circuitos, que conferiram uma deferência particular em favor do contexto do país estrangeiro dos direitos de guarda, para aplicação da Convenção de Haia (cfr. *Navani versus Shahani*); b) não ficou igualmente claro, outrossim, pela linguagem da Autoridade Central Chilena, se a determinação da guarda está embasada somente no art. 49 da Lei de Menores: tal informação seria necessária para que a corte distrital desconsiderasse a declaração. Aliás, esta distinguiu entre direito a autorizar o menor a sair do país e elementos do direito de guarda. Ademais, na linguagem da declaração, afirma-se que existem decisões de maior importância, que são compartilhadas por pai e mãe. E que o ne exeat seria uma dessas.

Conclusão

Este caso é interessante não apenas pelo modo como foi operada a Convenção, mas para fins ilustrativos da necessidade e da dificuldade em se desenvolver mecanismos uniformes pelas cortes nacionais para determinação do conteúdo da lei estrangeira. In casu, mesmo com um tratado internacional determinando à Autoridade Central de um país-membro a emitir uma opinião acerca da sua própria lei, a corte permanece ignorando esse particular. “Uma nova

convenção internacional sobre a prova da lei estrangeira poderia solucionar este problema?”, é a questão que resta à opinião pública norte-americana.