



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Mestrado em Direito

RODRIGO SANTOS MEIRA

**O PARADOXO DA CRIANÇA ADAPTADA: CRÍTICA À
APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS
CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO
BRASIL**

Brasília
2018

RODRIGO SANTOS MEIRA

**O PARADOXO DA CRIANÇA ADAPTADA: CRÍTICA À
APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS
CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO
BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito para a obtenção do grau de Mestre no curso de Mestrado em Direito.

Linha de pesquisa: Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade, na Sublinha “Internacionalização: Aspectos Públicos e Privados”.

Orientadora: Prof. Dra. Inez Lopes

Brasília
2018

MM514p

MEIRA, RODRIGO S.
O PARADOXO DA CRIANÇA ADAPTADA: UMA CRÍTICA À APLICAÇÃO
DA CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO BRASIL / RODRIGO S. MEIRA;
orientador INEZ LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS. -- Brasília,
2018.
160 p.

Dissertação (Mestrado - Mestrado em Direito) --
Universidade de Brasília, 2018.

1. Subtração Internacional de Crianças no Brasil. Casos
Passivos. Retorno Imediato.. 2. Compliance do Brasil em
relação à Convenção da Haia de 1980 sobre Aspectos Civis do
Sequestro Internacional de Crianças. 3. A influência da
lentidão processual como fator de adaptação da criança no
Brasil. I. FARIAS, INEZ LOPES MATOS CARNEIRO DE, orient.
II. Título.

RODRIGO SANTOS MEIRA

O Paradoxo da Criança Adaptada: crítica à aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito para a obtenção do título de Mestre no curso de Mestrado em Direito.

Aprovação em: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientadora: _____
Prof.a. Dra. Inez Lopes
Universidade de Brasília

Examinadora: _____
Prof.a. Dr.a Nadia de Araújo
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Examinadora: _____
Prof.a. Dr.a Anabela Susana de Sousa Gonçalves
Universidade do Minho - Portugal

Examinador: _____
Prof. Dr Marcelo De Nardi
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

Brasília, 22 de fevereiro de 2018.

Para Miguel, Laura e Bobby.

AGRADECIMENTOS

Foram muitas as mãos que me ajudaram a chegar até aqui. Tentarei não ser injusto com nenhuma delas, mas como sou esquecido, fica registrado meu agradecimento a todos que de forma direta, ou indireta, contribuíram para que eu desse mais um passo tão importante em minha vida. Tentarei relacionar ao menos alguns nomes. Inicialmente gostaria de agradecer a minha segunda casa, a Universidade de Brasília, instituição que me acolhe e ensina desde 2005, quando iniciei a pós-graduação em Relações Internacionais, passando pelo Mestrado na mesma área, entre 2007 e 2009, e novamente agora, entre 2016 e 2018, com o presente Mestrado em Direito Internacional.

Agradeço imensamente à minha orientadora, Inez Lopes, pela generosidade intelectual que fez inaugurar o primeiro programa de subtração internacional de crianças na UnB. Como servidor da ACAF, apaixonado pelo Direito Internacional, frustrava-me não haver um núcleo de estudos temáticos que possibilitasse o desenvolvimento do assunto no Brasil.

Merece um agradecimento especial à Professora Dra. Sandra Baccara, pela visão com a qual transmitiu, em entrevistas, a dura realidade da alienação parental nos tribunais, mostrando que a relação entre Direito e Psicologia nos casos de subtração internacional de crianças ainda merece uma atenção mais detida dos julgadores.

Destaco também a presteza de Daniel Trecca, em nome do qual faço especial agradecimento aos membros da Autoridade Central do Uruguai, pela forma como atenderam aos meus inúmeros pedidos de esclarecimentos sobre o funcionamento da Ley 18895/2012, que reduziu drasticamente o tempo de tramitação dos processos de restituição imediata no Uruguai. Também agradeço a Yago Aucejo, em nome do qual agradeço a todos da Autoridade Central da Argentina, pela grande acolhida em Buenos Aires e pelos infindáveis debates sobre os procedimentos no Brasil e na Argentina. E, mais recentemente, agradeço a Emilia Guadalupe Portal Solis, da Autoridade Central de El Salvador, pela presteza em informar sobre os rápidos procedimentos de seu país.

Todo o carinho e gratidão à família ACAF, construída na gestão George Lima. A Antonio Carlos Parente, meu mestre e guia por desvendar as intrincadas sutilezas da prática da subtração internacional de crianças no Brasil, além de tentar me converter à causa da adoção internacional. Ao grande George Lima, pela capacidade ímpar de fazer uma gestão diferenciada na ACAF, que foi abatida em pleno voo ascendente por uma mudança política de governo. A Lilian, Guilherme, Juliana, Priscila, Pedrão, e um agradecimento especial à minha colega e amiga Eleonora, pela paciência com a qual me orientou na transição, principalmente com países complexos, como Argentina e França, na ACAF. A todos os colegas da ACAF, por terem feito parte dessa fase maravilhosa da minha vida profissional. Além deles, não posso deixar de mencionar o agradecimento à Coordenadora Substituta da ACAF, Lalis Froeder Dietrich, pela forma atenciosa como me atendeu ao longo desta pesquisa.

À minha esposa Laura e ao meu filho Miguel por terem suportado minhas ausências constantes ao longo desses dois anos de mestrado, dando-me apoio familiar incondicional. Aos meus pais, José de Castro Meira e Maria Terezinha Santos Meira, pelos exemplos que sempre foram para mim. Aos meus irmãos Marcos, André e Júnior, por me apoiarem no meu retorno súbito à área jurídica.

Torna-se sem sentido a vida de um pai ou de uma mãe que não pode estar e compartilhar a vida com seu filho. Por isso, agradeço a Deus a oportunidade de estar compartilhando a vida ao lado dos meus queridos pais, e busco, a cada dia, poder partilhar junto ao meu querido filho Miguel a alegria de ser pai. Busco espelhar-me na lógica da canção “Trem Bala”, de Ana Vilela: “Segura teu filho no colo; sorria e abrace teus pais enquanto estão aqui... Que a vida é trem-bala, parceiro, e a gente é só passageiro prestes a partir...”.

Exatamente por isso, lanço meu derradeiro agradecimento a todos que acreditam que a proteção às crianças no Brasil e no mundo deve ser uma obrigação de toda a sociedade, de todas as famílias, e não apenas dos pais ou responsáveis ou do Estado, na esperança de que uma próxima geração mais consciente consiga separar questões ligadas às dificuldades conjugais das responsabilidades parentais.

Trem - Bala

Ana Vilela

Não é sobre ter todas pessoas do mundo pra si
É sobre saber que em algum lugar alguém zela por ti
É sobre cantar e poder escutar mais do que a
própria voz
É sobre dançar na chuva de vida que cai sobre nós
É saber se sentir infinito
Num universo tão vasto e bonito é saber sonhar
Então, fazer valer a pena cada verso
Daquele poema sobre acreditar
Não é sobre chegar no topo do mundo
e saber que venceu
É sobre escalar e sentir que o caminho te fortaleceu
É sobre ser abrigo e também ter morada em outros
corações
E assim ter amigos contigo em todas as situações
A gente não pode ter tudo
Qual seria a graça do mundo se fosse assim?
Por isso, eu prefiro sorrisos
E os presentes que a vida trouxe pra perto de mim
Não é sobre tudo que o seu dinheiro é capaz de
comprar
E sim sobre cada momento sorriso a se compartilhar
Também não é sobre correr contra o tempo pra ter
sempre mais
Porque quando menos se espera a vida já ficou pra
trás
Segura teu filho no colo
Sorria e abraça teus pais enquanto estão aqui
Que a vida é trem-bala, parceiro
E a gente é só passageiro prestes a partir

RESUMO

Esta dissertação analisa criticamente a aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no Brasil. Estudam-se 30 casos para avaliar se o fenômeno do “paradoxo da criança adaptada” está presente nos julgados na Justiça Federal e quais as causas e as consequências desse fenômeno. Por fim, avalia-se o trabalho da Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, formada para propor alterações no procedimento de retorno imediato, conseguiu trazer inovações para a aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil de modo a harmonizá-la com a prática deste instrumento internacional nos demais países membros.

Palavras-chave: Convenção da Haia. Subtração Internacional de Crianças. Justiça Federal. Aplicação. Compliance. Anteprojeto de Lei. Paradoxo da Criança Adaptada.

ABSTRACT

This dissertation critically analyzes the application of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Brazil. It evaluates 30 cases to assess whether the phenomenon of the "adapted child paradox" is present in the Federal Court's judgments and causes and consequences of this phenomenon. Finally, it assesses whether the work of the Standing Committee on International Children Abduction, which was formed to propose changes in the procedure of prompt return, was able to bring innovations to the implementation of the 1980 Hague Convention in Brazil in order to harmonize it with the practice of this international instrument in other member countries.

Key-words: Hague Convention. International Child Abduction. Federal Justice. Application. Compliance. Draft Bill. Adapted Child Paradox.

LISTA DE SIGLAS

ACAF – Autoridade Central Administrativa Federal

AGU – Advocacia Geral da União

CFP – Conselho Federal de Psicologia

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CH-80 – Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

CJF – Conselho da Justiça Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DEM – Partido Democratas (Antigo PFL)

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

INCADAT – International Child Abduction Database

LBP – Left Behind Parent (Genitor Abandonado)

LEPINA – Ley de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia

MJ – Ministério da Justiça

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

SPM – Secretaria de Política para as Mulheres

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TP – Taking Parent (Genitor Detentor da Criança)

TRF – Tribunal Regional Federal

TABELA DE CASOS

Número - Iniciais da Criança – País de Residência Habitual	Nº Processo	Data da Subtração ou Retenção Ilícita	Início do Pedido de Retorno (ACAF-AGU)	Sentença de Mérito na Justiça Federal (1ª instância)	Fundamento da Decisão
1 - A.C.C.P. (Argentina)	5070059-91.2015.4.04.7100/RS	01/04/2015	09/06/2015	12/08/2016 (425 dias)	Criança com idade suficiente para escolher, preferindo ficar com a mãe no Brasil
2 - A.M. (França)	0019737-66.2010.4.01.3300/BA	20/08/2009	20/09/2009	17/08/2012 (1055 dias)	Juiz buscou a tese da adaptação da criança, ferindo prazo de ano e dia do artigo 12, solicitando laudo psicossocial, que constatou a adaptação
3 - D.O.M. (EUA)	0000642-22.2014.4.02.5001	27/10/2011	01/09/2012	22/07/2016 (1400 dias)	Mãe não podia voltar aos EUA; pai não queria conceder autorização para passaporte. Juiz acabou mantendo criança no Brasil em decorrência da adaptação, mas por falta de colaboração do pai e dos EUA.
4 - C. & L.N. (França)	17572-07.2014.4.01.3300	03/02/2011	11/04/2012 (equitable tolling)	17/08/2016 (1580 dias)	Crianças retornaram após laudo pericial indicar o retorno como saída mais eficaz.
5 - E.M.F (Inglaterra)	0043552-10.2015.4.01.3400	24/10/2014	05/03/2015	27/08/2015 (177 dias)	Concedido retorno da criança, inaudita altera pars.
6 - M.C.P.B. (EUA)	0005944-23.2014.4.02.5101 (2014.51.01.005944-9)	2012	2012	10/03/2016 (1460 dias)	Sim! Juízo invoca o artigo 12 c/c 13, I, b da CH-80
7 - I & S.D.L.M. (Suíça)	0000591-11.2014.4.02.5001 (2014.50.01.000591-8)	08/09/2013	07/10/2013	23/05/2016 (924 dias)	Sentença faz referência apenas ao grave risco do 13, I, b
8 - E.R. de O. (Itália)	20120227705-3/RJ	05/01/2010	16/05/2010	10/12/2013 (1275 dias)	Criança retornou a Itália, inclusive juiz negou pedido de produção de prova pericial para comprovar adaptação.
9 - D. & P. E. L.	0018494-36.2003.4.02.5101 (2003.51.01.018494-5).	15/01/2003	08/08/2003	09/03/2005 (570 dias)	Desconsiderou-se a legitimidade ativa da União para atuar no caso.
10 - S.R.G. (EUA)	2004.51.01.022271-9/RJ	16/06/2004	03/09/2004	05/10/2005 (393 dias)	Considerou-se que a criança já estaria adaptada ao Brasil, mesmo que o ingresso da petição ocorresse antes de um ano.
11 - S.R.G. (EUA)	2009.51.01.018422-0/RJ	22/08/2008	26/09/2008	01/06/2009 (235 dias)	Criança foi entregue ao genitor abandonado porque a genitora veio a óbito.
12 - M.N.C.A.A. (Paraguai)	00046978720084025110 200851100046973 46978720084025110	01/11/2005	01/08/2006	05/03/2007 (206 dias)	Criança deveria ser entregue ao pai, mas não foi. Ela fez 15 anos e não retornou.
13 - L.F.B. (Espanha)	25458-39.2014.4.01.3500	28/06/2013	02/12/2013	24/11/2015 (355 dias)	Adaptação da criança foi o argumento para mantê-la no Brasil, apesar de não haver um ano entre a subtração e o pedido. Juíza considerou que o prazo não

					começa na ACAF, mas com a ação no Poder Judiciário.
14 - M.R. (EUA)	0000596-17.2011.4.02.5105 (2011.51.05.000596-7)	26/02/2011	03/03/2011	24/01/2012 (261 dias)	Juiz determinou retorno da criança aos EUA.
15 - 1M.T. (Itália)	0006030-96.2013.403.6104/ 12191820104025105/ 2010510512190 537998	03/01/2012	03/07/2012	03/07/2014 (730 dias)	Como os pais vieram ao Brasil em julho de 2011, no intuito de fixar residência, caso conseguissem emprego, o Juiz considerou que a residência habitual era o Brasil e não a Itália.
16 - L.P. (Itália)	5001402-10.2014.404.7011/PR	30/03/2013	13/11/2013	15/05/2014 (182 dias)	Juiz determinou o retorno da criança à Itália.
17 - M.D. (EUA)	2008.38.13.001012-8	30/11/2005	15/02/2007	03/12/2009 (1018 dias)	Aqui é uma exceção: a criança estava devidamente adaptada, pois entre a subtração e o pedido ultrapassou-se – e muito - o prazo de 1 ano e o laudo constatou adaptação
18 - B.D.C. (Portugal)	0001891-96.2014.4.02.5101	13/01/2014	27/01/2014	16/12/2014 (311 dias)	Juiz determinou o retorno da criança para Portugal.
19 - P & M.B. (EUA)	0000464-04.2015.403.6103	30/04/2014	11/09/2014	20/03/2016 (546 dias)	O requerente foi preso nos EUA. Juiz declarou sentença com base no 13, I, b
20 - J.M.Z. (Argentina)	2003.35.00008218-7 (2003.01.00020894-0)	09/02/2002	29/05/2003	25/05/2005 (726 dias)	Juiz considerou que não houve aplicação da CH-80 porque a alteração de residência habitual foi legítima (acordo). Mesmo assim, havia mais de um ano que a criança já se encontrava no Brasil, bem adaptada.
21 - G.A. (Itália)	21086-52.2011.4.01.3500	14/09/2009	14/02/2010	14/03/2016 (2220)	Juiz decidiu o fundo de guarda, fazendo juízo de valor sobre o que seria melhor para a criança
22 - E.D.B. (França)	2008.35.00.013905-9	15/08/2006	15/12/2006	20/03/2008 (450 dias)	Juiz decidiu o fundo de guarda, fazendo juízo de valor sobre o que seria melhor para a criança, conforme laudo psicossocial
23 - G.T. (França)	0019020-02.2011.4.01.3500	28/10/2009	15/06/2010	14/09/2011 (454 dias)	Alegou-se o 12 e o 13, I, b. Mãe veio grávida para o Brasil, voltou à França, passou 6 meses, e voltou com a criança para, depois, retornar sem ela, deixando-o aos cuidados da avó materna. Houve reforma e a criança foi restituída ao pai.
24 - T.F.D. (Portugal)	0047643-44.2014.4.01.3800	30/10/2013	03/12/2013	27/10/2015 (814 dias)	Criança foi restituída ao pai, mas Juiz solicitou perícia. Mãe alegou ter havido abuso sexual sem provas. Alienação parental materna comprovada.
25 - V.B. (França)	0002402-81.2013.403.6110	02/04/2011	08/02/2012	10/07/2015 (1003 dias)	Criança foi restituída ao pai, na França. O argumento do artigo 12 foi desconsiderado pelo Juiz.
26 - M.A.S. (México)	0005777-18.2016.4.03.6100	30/07/2015	30/09/2015	10/05/2017 (830 dias)	Criança foi restituída ao pai, no México. Juiz determinou perícia psicossocial, que teve de ser repetida porque a primeira foi completamente atécnic. Lapso temporal não validou o argumento da adaptação.

27 - A.S.D. (Espanha)	0016851- 74.2013.403.6100	17/08/2011	27/09/2012	15/06/2016 (1347 dias)	Requerimento tramitou um ano após a subtração. Mãe refez vida no Brasil, já tendo outro filho de outra relação. Havia, ainda, comprovação de violência doméstica de autoridade judiciária espanhola.
28 - B.M.F. (Itália)	0800939- 47.2016.4.05.8200	01/10/2014	21/08/2015	18/11/2016 (457 dias)	Juíza determinou permanência da criança no Brasil por não considerar que o prazo de 1 ano comece com o pedido na Autoridade Central, mas apenas no Poder Judiciário.
29 - P.R.G. (Argentina)	2007.38.00.019520-7	10/02/2006	15/09/2006	09/11/2009 (1155 dias)	Família em férias se desentende. Pai retorna a Argentina; mãe decide não voltar. Juiz considera que a criança deve retornar para Argentina, local de residência habitual da criança. Sentença foi reformada pelo TRF pelo paradoxo da criança adaptada.
30 - M.S. (Itália)	0802032- 25.2014.4.05.8100S	24/03/2013	16/05/2013	27/02/2015 (646 dias)	Justiça Federal desconsiderou a adaptação por não haver um ano do artigo 12 e, ainda, considerou haver grave risco reverso.

SUMÁRIO

LISTA DE CASOS	12
INTRODUÇÃO	17
1 O ESFORÇO INTERNACIONAL PARA A HARMONIZAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980: O DESAFIO BRASILEIRO	25
1.1 O papel da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF).....	29
1.2 A interpretação judicial dos conceitos da Convenção da Haia de 1980: residência habitual, direito de guarda e grave risco no retorno.....	41
1.3 Procedimentos legais: a vedação de produção de provas fora dos termos convencionais.....	50
1.4 A lentidão processual como resultado do excesso de procedimentos administrativos e judiciais.....	59
2 O PARADOXO DA CRIANÇA ADAPTADA	62
2.1 A duração do processo como fator decisivo nos casos passivos de subtração internacional no Brasil.....	63
2.1.1 O prazo de um ano entre a subtração ou retenção ilícita e o requerimento de retorno (artigo 12 da Convenção da Haia)	69
2.1.2 A duração entre a subtração internacional ou retenção ilícita e a decisão irrecorrível no Brasil.....	76
2.2 A subjetividade na interpretação do princípio do “melhor interesse da criança” aplicado à Convenção da Haia de 1980.....	88
2.3 Os casos Lanes e Sean Goldman.....	100
2.3.1 O caso Lanes.....	100
2.3.2 O caso Sean Goldman.....	108
2.4 Como enfrentar o paradoxo da criança adaptada?	117

3 O ANTEPROJETO DE LEI: PROBLEMA OU SOLUÇÃO?	120
3.1 A legitimidade da lei que visa a regulamentar a Convenção da Haia de 1980 no Brasil.....	121
3.2 O trabalho da Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças.....	124
3.3 O esforço brasileiro de <i>compliance</i> : em busca pela celeridade processual.....	127
3.3.1 Os exemplos de Uruguai e El Salvador.....	137
3.3.2 A PEC do recurso ordinário ao STJ.....	142
3.3.3 Alienação parental nos casos de subtração internacional: diálogos da CH-80 com a Lei de Alienação Parental (Lei 12.318/2010)	143
3.3.4 Como avaliar a violência doméstica? Uma abordagem à luz das propostas recentes da Conferência da Haia.....	147
3.4 Como tornar o procedimento de retorno imediato mais célere sem ferir o contraditório e a ampla defesa?	158
CONCLUSÕES	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	168
ANEXO I: Anteprojeto de Lei	174

INTRODUÇÃO

Em meados do século XX, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a preocupação com os direitos da criança deslocada ilicitamente para outro país era pouco debatida em âmbito internacional, mas a estabilidade do período proporcionou a oportunidade para debater procedimentos de direito internacional privado mais adequados ao combate à subtração internacional de crianças. Havia, então, um consenso de que tal situação seria uma questão privada no âmbito das famílias, por isso não havia meios legais para que os Estados coibissem essa prática em âmbito internacional.

A partir da década de 1960, esse consenso começou a deteriorar-se. As primeiras movimentações ocorreram no contexto das reuniões da Convenção da Haia de 1961 sobre a Proteção de Crianças, quando a subtração internacional foi considerada um ilícito a ser combatido, momento em que o conceito fático de “residência habitual” foi construído exatamente para essa finalidade. Como poucos países aderiram – apenas oito –, os efeitos da Convenção foram limitados.

Percebia-se que poucos Estados contavam com leis aptas a reduzir, dificultar ou mesmo impedir a subtração internacional de crianças, o que incentivava os perpetradores a retornarem aos seus países de origem, onde encontrariam – como de fato encontraram – uma legislação que lhe fosse favorável em razão de sua nacionalidade. O estranhamento dos estudiosos redundou em iniciativas políticas para combater tal ilícito internacional.

A partir da década de 1970, estudos na Conferência da Haia começaram a aprofundar o conhecimento sobre subtração internacional de crianças, cunhando, em 1976, o termo “sequestro legal” (*legal kidnapping*), mas foi a partir do estudo do Primeiro Secretário Adair Dyer (Relatório Dyer), cuja análise sociológica e legal trouxe elementos mais específicos para a caracterização do fenômeno já não mais como “sequestro”, mas adotando o termo “subtração” (“abduction”).

Uma Comissão Especial se reuniu para discutir as conclusões do Relatório Dyer em 1979, elaborando uma proposta de mecanismo de retorno imediato, com restritas exceções. A partir dessa proposta, produziu-se o primeiro esboço do que viria a ser a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (doravante, Convenção da Haia ou CH-80). Nesse momento, a Professora Elisa Pérez-Vera elaborou seu famoso relatório para explicar o funcionamento da Convenção para os Estados, de forma didática. Na décima quarta sessão da Conferência da Haia, em 1980, finalmente a Convenção foi adotada.

O Brasil levou duas décadas para ingressar na Convenção da Haia para o fim de combater a subtração internacional de crianças. Diferente do Japão, que retardou a entrada na convenção porque buscou a adaptação das instituições nacionais envolvidas, com treinamento de servidores públicos e atores envolvidos, o Brasil manteve-se inerte até 1999. As razões exatas dessa negligência ainda não estão claras, mas há indícios de que não havia vontade política para participar efetivamente da Conferência da Haia.

Depois da aprovação no Congresso Nacional, em 15 de setembro de 1999, por meio do Decreto Legislativo nº 79, publicava-se o Decreto nº 3.413, em 14 de abril de 2000, confirmando a adesão do Brasil, com a ressalva do artigo 24 (tradução de documentos). No ano seguinte, estabelecia-se como Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça.

De 2000 até a presente data, é inegável que a aplicação da Convenção da Haia no Brasil passou por adaptações, evoluindo institucionalmente por erro e tentativa. A jurisprudência federal foi sendo, aos poucos, alterada, conforme o entendimento dos tribunais superiores, e não por um consenso institucional de como deveria funcionar. Os debates somente ganhavam relevo quando a mídia divulgava a agonia dos atores em participar de determinada disputa judicial.

Casos específicos colocaram o Brasil no centro dos holofotes do tema. Dois desses casos serão tratados em pormenores ao longo desta dissertação: o caso Lanes (Argentina) e o caso Sean Goldman (Estados Unidos). Afinal, esses casos são paradigmáticos da aplicação da Convenção da Haia no

Brasil, destacando o principal entrave para que o País cumprisse com suas obrigações internacionais: a lentidão processual.

Desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, a razoável duração do processo tem sido tema central no debate sobre a reforma do Poder Judiciário. Francesco Carnelutti¹ admitiu que o slogan da justiça rápida e segura contém uma contradição intrínseca, porque justiça rápida não é segura, e justiça segura não é rápida. Verifica-se que a lentidão processual torna-se um elemento essencial no desenrolar da lide, enquanto a Convenção da Haia de 1980 exige apenas 6 semanas (artigo 11) para a conclusão do pedido de retorno, culminando com o mecanismo de retorno imediato.

Em razão do exposto, pode-se afirmar que a presente pesquisa busca contribuir para que a Convenção da Haia de 1980 e todos os interessados tenham acesso aos principais problemas brasileiros, já que houve poucas pesquisas específicas para demonstrar como o Brasil operacionaliza e julga os pedidos de retorno recebidos. Como essa escassez de informações seja, talvez, um dos maiores obstáculos para a harmonização da Convenção da Haia no mundo, pretende-se contribuir para superar esse obstáculo no Brasil.

Nesse sentido, selecionaram-se 30 casos práticos para demonstrar como o Poder Judiciário tem decidido os pedidos de busca, apreensão e restituição de crianças. Como complemento dessas análises, não se pode deixar de mencionar duas pesquisas relevantes para esse objetivo, ambas lançadas em 2010: a dissertação de mestrado de Natália Camba Martins², atual Coordenadora Geral da ACAF, e a tese de doutorado de Teófilo Antonio Miguel Filho³, juiz federal no Rio de Janeiro.

Martins tratou especificamente das exceções ao mecanismo de retorno imediato, fazendo uma avaliação jurisprudencial e doutrinária sobre

¹CARNELUTTI, Francesco. **Diritto processo**. Napoles: Morano, 1958. p. 154.

²MARTINS, Natalia Camba. **Subtração Internacional de Crianças: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: interpretação judicial da adaptação da criança**. Curitiba: CRV, 2013.

³FILHO, Teófilo Antonio Miguel. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese de Doutorado em Direito (Orientadora Nádia de Araújo): PUC-Rio, 2010.

essas exceções no INCADAT e no Poder Judiciário do Brasil, de forma a cotejar essas visões. Já Miguel Filho fez um estudo mais aprofundado e mais amplo sobre as questões constitucionais e legais que envolvem as relações sociais e jurídicas nas subtrações internacionais de crianças.

As duas pesquisas serão vastamente utilizadas como revisão bibliográfica, embora o tema central desse trabalho seja transversal a ambos. Um dos objetivos da presente dissertação é avaliar se as consequências da lentidão processual influenciam a decisão final dos juízes acerca do mérito do pedido de retorno internacional de crianças. Para tanto, desenvolveu-se um conceito sobre o fenômeno reflexo dessa lentidão na vida cotidiana das crianças subtraídas: o **paradoxo da criança adaptada**.

Se e em que frequência esse fenômeno está presente nos julgados da Justiça Federal do Brasil é o problema dessa dissertação. Para tanto, além dessa Introdução, explica-se, no capítulo 1, como funciona o pedido de retorno imediato fundado na CH-80 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no Brasil, perpassando o caminho processual desse requerimento oriundo do exterior até a decisão final de mérito, quando há.

No capítulo 2, elaborase uma definição para o fenômeno estudado, qual seja, o **paradoxo da criança adaptada**. Em detalhes, elucida-se essa caracterização por meio da análise de casos concretos e como o Poder Judiciário Federal respondeu a esses pedidos. Mais detidamente, analisa-se-á como o tempo tem influenciado as decisões judiciais, passando também pela interpretação do princípio do “melhor interesse da criança” e, finalmente, pela análise dos casos Lanes e Sean Goldman, os grandes paradigmas do paradoxo da criança adaptada, diante da farta documentação pública para esses casos. Por fim, levanta-se a frequência do argumento do paradoxo da criança adaptada nos julgados disponíveis.

No capítulo 3, analisa-se criticamente a principal proposta de *compliance* do Brasil: o Anteprojeto de Lei que foi desenvolvido pelos membros da Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, que reuniu os maiores estudiosos da área no Brasil, em conjunto com a Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), a Advocacia Geral da União (AGU), o Ministério Público Federal (MPF), a Defensoria Pública da União (DPU), a Polícia

Federal e membros da Justiça Federal e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Apesar de trazer inovações interessantes para a aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil, com vistas à uniformização, a Comissão Permanente não elaborou propostas sobre temas sensíveis e atuais, como a alienação parental e a violência doméstica, este último de grande interesse da própria Conferência nos últimos meses.

A maior dificuldade dessa pesquisa foi trazer à tona a análise de sentenças judiciais protegidas sob o manto do “segredo de justiça”. Tal qual se expôs no requerimento oficial à ACAF, quando se submeteu o pedido de acesso à informação, via Lei de Acesso a Informações, o objetivo maior seria o conhecimento do direito aplicado, sem se importar com dados pessoais dos envolvidos, principalmente as crianças.

No primeiro pedido, realizado em 06/12/2016, seguindo a Lei de Acesso a Informação (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2001), foram solicitados dados dos processos a partir de pedidos de retorno imediato oriundos de 5 países (Portugal, Itália, Argentina, EUA e Espanha) para que se pudesse fazer uma ampla avaliação da cooperação jurídica internacional. Em 28/12/2016, o acesso foi negado, com o fundamento de que a abrangência do pedido seria muito ampla e vasta, não havendo condições logísticas de encaminhar uma resposta em tempo hábil.

Sendo assim, realizou-se novo pedido, agora com limitação aos documentos essenciais dos cinco últimos casos encerrados daqueles mesmos países. Procedeu-se à substituição da Espanha pela França, por não haver cinco casos encerrados da Espanha ainda. Embora estivesse concorde, parcialmente, com o pedido, a ACAF levou nada menos do que três meses para atender à demanda. Recebeu-se, em 24/03/2017, a resposta oficial de que os processos estariam prontos.

Percebe-se que não é exclusividade da ACAF a dificuldade para atender pedidos de pesquisas, como o aqui feito. Os pedidos enviados à SPM para ter acesso aos relatórios produzidos pela secretaria foram solenemente ignorados; o mesmo ocorreu no Conselho da Justiça Federal (CJF) e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Esse quadro de pobreza no acesso à informação reforça a importância dos dados aqui levantados para demonstrar, apesar da escassez de decisões judiciais, que existe uma interpretação muito própria do Brasil para com suas obrigações internacionais em relação à Convenção da Haia de 1980. Diante dessa realidade, inferências são feitas para complementar esses dados.

Tudo isso demonstra que a prática da transparência encontra-se muito distanciada dos preceitos legais estabelecidos na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), o que confirma a análise dos estudiosos da área de arquivos públicos, segundo os quais a tradição brasileira é preferencialmente restritiva⁴.

Dessa forma, justifica-se o cenário arquivístico federal, cuja posição hierárquica na estrutura governamental é baixa, em boa parte dos casos, servindo apenas para guardar documentos descartados pela Administração Pública, demonstrando não haver percepção da importância do controle da informação produzida para fins de pesquisa⁵.

No entanto, historicamente, o padrão brasileiro de gestão na Autoridade Central não prima pelo mesmo padrão de transparência dos demais membros da convenção. Basta verificar que não há, no *International Child Abduction Database* (INCADAT), um banco de dados internacional sobre subtração internacional de crianças, a presença do Brasil como colaborador frequente. Em levantamento realizado em 02/08/2017, no endereço eletrônico <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detailed&sl=2&lng=1>, na busca por “países de julgamento”, simplesmente não figurava o Brasil. Essa postura ensimesmada demonstra um traço da nossa jovem democracia: transparência está sempre presente no discurso, mas, na prática, é ainda uma questão a ser superada em relação à suposta proteção à privacidade.

Mesmo depois de obter a resposta da ACAF, para decepção da pesquisa, não havia 25 dossiês dos 5 países em questão, conforme solicitado.

⁴ RODRIGUES, Georgete Medleg. Legislação de acesso aos arquivos no Brasil: um terreno de disputas políticas pela memória e pela história. *In*: Acesso à Informação e Direitos Humanos. **Acervo**: Revista do Arquivo Nacional. Rio de Janeiro, v. 24, n. 11, 2011, p. 5.

⁵ BITTENCOURT, Paola Rodrigues. **Implementação da Lei de Acesso à Informação no Poder Executivo Federal: uma análise a partir dos serviços arquivísticos**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UFRJ, 2014, p. 16.

Havia bloqueios não só aos nomes das partes envolvidas (justificável para resguardar o sigilo e a intimidade dos envolvidos), mas também aos nomes dos juízes e das varas, inclusive de jurisprudências citadas, e também das datas das decisões judiciais e dos números dos processos.

Como não haveria tempo hábil para experimentar na própria pesquisa a lentidão da justiça federal brasileira, descartou-se o ingresso com a medida judicial. Optou-se por negociar até o último momento o acesso a outros processos, como foi o caso de determinado processo referente a uma criança de origem diversa daqueles cinco países, não contemplado no pedido inicial. Graças ao empenho da ACAF, a sentença desse processo foi recebida antes da conclusão desse trabalho.

Dessa forma, houve limites para a realização da pesquisa, em decorrência da falta de dados. A confirmação extraoficial das informações – via telefone ou averiguações nos sistemas dos TRFs - tornou possível a citação do processo no Poder Judiciário Federal, porém não foi possível trazer detalhes, às vezes faltando importantes dados, como o nome do juiz ou mesmo a data da sentença.

Apesar do atraso causado pelo pedido, a vasta produção bibliográfica no mundo foi suficiente para compensar as limitações documentais. A necessidade de escrever sobre a jurisprudência brasileira em subtração internacional de crianças ficou cada vez mais evidente na medida em que não se encontraram comentários ou análises dos julgados brasileiros nos escritos e nos debates sobre a Convenção da Haia, principalmente pelo fato de inexistir relatos no INCADAT. À exceção do caso Sean Goldman e do famoso REsp 1.239.777 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pouco ou nada se escreveu sobre os julgados brasileiros. O desafio de escrever essa pesquisa tornou-se maior quando essa resistência institucional foi detectada.

Sobre os casos Lanes e Sean Goldman, os próprios envolvidos chegaram a produzir narrativas interessantes que facilitaram o entendimento do ponto de vista dos pais abandonados (ou deixados para trás). Foi o caso da obra “A Father’s Love”, de David Goldman. Algumas boas análises críticas foram encontradas no sítio eletrônico *Bring Sean Home Foundation*, cujos depoimentos

dos pais abandonados foram considerados apenas quando o Brasil esteve envolvido.

Para preservar a identidade dos envolvidos, optou-se por usar as iniciais. Com exceção dos casos Lanes e Sean Goldman, essa linha de trabalho será buscada para evitar quebra de sigilo, uma vez que somente interessam os fatos e não a vida privada das pessoas envolvidas. O número do processo será mantido integralmente para permitir que outros pesquisadores confirmem ou contestem as informações e a proposta aqui defendida.

Como método de pesquisa, optou-se por trazer os casos concretos para o centro da análise. A partir deles, teceram-se considerações acerca da aplicação da Convenção da Haia no Brasil à luz da jurisprudência pátria. À medida que o caso concreto se desenvolve, avalia-se como o conhecido marco regulatório recebeu uma interpretação muito peculiar no Brasil. Não raro, a aplicação no Brasil não encontra respaldo na própria Convenção da Haia de 1980.

Por não ser viável, na seara limitada desta dissertação, discutir-se a integralidade da aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil, tornou-se imprescindível excluir os casos de direito de acesso ou visitas e os casos ativos para delinear o corte gnosiológico, com a consequente limitação do estudo à caracterização do **paradoxo da criança adaptada**, bem como suas possíveis soluções. Justifica-se, assim, a opção metodológica anteriormente mencionada.

A partir da avaliação dos 30 casos concretos, partiu-se para uma análise crítica da forma como a Convenção da Haia tem sido aplicada no Brasil, ilustrando a questão da falta de celeridade como vetor para favorecimento do argumento da adaptação da criança e negação de acesso à justiça transnacional para a solução de conflitos. Como procedimento técnico, utilizou-se a análise da Convenção da Haia de 1980, seguida da análise jurisprudencial, e da doutrinária.

CAPÍTULO 1

O ESFORÇO INTERNACIONAL PARA A HARMONIZAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980: O DESAFIO BRASILEIRO

O objetivo deste capítulo é verificar, de forma sucinta, a trajetória do procedimento do pedido de retorno de uma criança subtraída ou indevidamente retida para avaliar as dificuldades de aplicação da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (CH-80) no Brasil. Faz-se cotejo da aplicação no Brasil em comparação à aplicação conforme a CH-80 e um exercício reflexivo sobre a *compliance* do País, ou seja, busca-se conhecer quão distante a prática brasileira é do espírito convencional dentro do esforço da Conferência da Haia em favor da harmonização⁶.

É importante esclarecer, antes de tudo, que a CH-80 ainda não está completamente consolidada em termos de sua aplicabilidade. Houve adaptações que, conforme o tempo, consolidaram posicionamentos jurisprudenciais em determinados países. As Conferências realizadas na Haia para debater pontos específicos e elaborar os Guias de Boas Práticas foram determinantes para essa evolução da aplicação convencional no mundo.

Segundo Schuz⁷, houve um misto de alegria e decepção no mundo em relação ao tempo de retorno das crianças deslocadas internacionalmente. A duração média de 188 dias, em 2008, para o retorno ainda era considerada muito alta, porém as disparidades na aplicação entre os países membros sempre despertaram maiores preocupações. O esforço internacional por harmonização convencional ainda existe, e essa dinâmica será abordada ao longo deste capítulo.

Em termos comparativos, pode-se perceber que a América Latina, no ano de 2015, apresentou a média de 163 dias para que o pedido de retorno

⁶ Embora Rhona Schuz e outros autores tragam o esforço de uniformização como objetivo, consideramos que a harmonização seja um passo anterior que ainda precisa ser alcançado para que haja, a posteriori, a uniformização.

⁷ SCHUZ, Rhona. **The Hague Child Abduction Convention: a Critical Analysis**. Oxford and Portland, Oregon, 2013, Foreword.

fosse processado e obtido uma resposta definitiva do Estado quanto à situação da criança⁸. Nesse mesmo ano, o Brasil apresentou a média de 627⁹ dias para que o retorno fosse processado na ACAF, chegasse, via AGU, ao Poder Judiciário Federal e houvesse uma sentença irrecorrível.

Busca-se, ao longo do trabalho, desvendar as razões pelas quais o Brasil ainda se encontra tão distante da realidade mundial, em termos de prazos para a prestação jurisdicional, avaliando como o trâmite funciona, desde a chegada do pedido à ACAF até a decisão irrecorrível no Poder Judiciário Federal, para verificar o que pode ser feito para mudar essa realidade.

Na primeira parte, coloca-se a ACAF no centro do debate, observando as funções tutelar e orientadora como aquisições importantes em favor da estabilidade institucional para o desenvolvimento da cooperação jurídica internacional.

Na segunda parte, tratar-se-á da visão jurisprudencial de três conceitos básicos para a aplicação da CH-80 no Brasil: residência habitual, direito de guarda e grave risco no retorno. O objetivo é esclarecer, a partir desses conceitos, como os julgados brasileiros vêm tratando a questão da aplicabilidade prática convencional.

Na terceira parte, o principal procedimento legal que conduz o País à inobservância da Convenção da Haia será analisado: o desrespeito à regra de vedação de produzir provas fora dos estritos limites convencionais e como essa questão tem prejudicado a aplicação da CH-80 no Brasil.

Segundo a Conferência de Haia, na pesquisa mais recente, o número de casos é crescente, em decorrência da maior mobilidade internacional no mundo. Rhona Schuz¹⁰ preconiza que o principal obstáculo para um exame mais detalhado sobre os métodos para reduzir a disparidade na aplicação da

⁸ Dados apresentados pelo Representante da Conferência da Haia para a América Latina, Ignacio Goicoechea, no Seminário sobre Subtração Internacional de Crianças, no dia 4 de dezembro de 2017, no CJF, em Brasília/DF.

⁹ Essa média foi construída a partir dos processos aos quais houve acesso, iniciados no ano de 2015.

¹⁰ SCHUZ, Rhona. Disparity and the Quest for Uniformity in Implementing the Hague Abduction Convention. **Journal of Comparative Law (JCL)**, 9:1, 2014, p. 4.

CH-80 seja, talvez, a **escassez de informações sobre a operabilidade da Convenção em diversos Estados Contratantes.**

O Brasil é um dos países que poderia contribuir de forma mais ativa nesse esforço conjunto internacional. Como não há nenhuma informação sobre os casos brasileiros no INCADAT, como já afirmamos anteriormente, existe uma grande dificuldade em saber exatamente em quais quesitos o Brasil não cumpre a CH-80. Esta parte visa a contribuir com esse objetivo.

A pesquisa levada a cabo pelo Professor Nigel Lowe¹¹ demonstrou que a *compliance* da CH-80 varia de 20% (em países como a Estônia) a 100% (em outros, como a Escócia). No capítulo 2, um esboço será realizado para conhecer qual seria a porcentagem brasileira, tomando por base apenas os 30 processos aos quais tivemos acesso, fazendo uma avaliação se houve a correta aplicação da CH-80. Essa pesquisa também demonstra que a duração média dos processos varia de 44 dias em países como a Dinamarca a 347 em outros, como a Bulgária. O Brasil está longe de atingir essa média, com aproximadamente 731 dias, conforme se verificou ao longo da pesquisa.

Pôde-se observar, em contrapartida, que as sentenças determinando a não produção de provas periciais por não ter havido decorrência de mais de um ano entre a subtração e o ingresso com o pedido de retorno na Autoridade Central ou no Poder Judiciário aumentaram significativamente ao longo dos anos, sendo que, em 2015 e 2016, houve apenas três juízes federais, em nove julgados avaliados, que deixaram de observar esse prazo para, no suposto melhor interesse da criança, determinar que a prova pericial fosse feita e, em consequência, trouxesse a questão da adaptação ao centro do pedido de retorno. Isso revela que a decisão dos autos do REsp nº 1.239.777, de relatoria do Ministro César Asfor Rocha, que exige laudo psicossocial em todos os casos de subtração internacional de crianças, está sendo considerada desconforme a Convenção da Haia de 1980 pelos magistrados mais modernos.

Além desses dados alarmantes, o que mais intrigou foi o tempo entre o pedido de retorno e a primeira sentença de mérito na Justiça Federal.

¹¹ LOWE, Nigel Vaughan; STEPHENS, Victoria Helen. Global trends in the operation of the 1980 Hague Abduction Convention. **Family Law Quarterly** 46 (1), pp. 41-85.

Em média, são 731 dias para que o Brasil processe e decida sobre o retorno de uma criança na primeira instância. Obviamente, essa média subiu devido aos casos absurdos, como o próprio caso Lannes, entre outros. A média de entrega entre a chegada ao Poder Executivo (ACAF-AGU) e a formalização da ação de busca, apreensão e retorno da criança chega a 171 dias, ou seja, quase seis meses para que o processo chegue ao Poder Judiciário, com outros quase 600 dias para que este dê uma resposta ao pedido, ou seja, quase dois anos.

Há, porém, um ponto positivo a ser destacado: o tempo médio vem caindo de 2003 até 2016. Se o prazo para o encerramento de casos na primeira instância era de 726 dias em 2002, passou a 670 em 2003, 393 em 2004. Mais recentemente, equilibrou-se entre 373 e 600 dias para a resolução da lide na primeira instância entre 2014 e 2016. Ainda assim, é muito tempo para um julgamento definitivo da lide em primeira instância. Reforça-se o apelo para que se estudem as razões para tamanha lentidão no Poder Judiciário Federal, especificamente nos casos de subtração internacional de crianças.

Segundo Schuz, deve-se tomar muita cautela ao avaliar essas estatísticas de Lowe, principalmente porque a pesquisa levou em conta dados em três anos específicos, 1999, 2003 e 2008. Frisa-se que o Brasil não era membro em 1999, estava apenas começando a tomar ciência da aplicação da CH-80 em 2003 e apenas em 2008 haveria condições de fazer esse tipo de estatística.

A avaliação dos casos não leva em conta os anos isoladamente, não sendo, assim, um parâmetro comparativo com a pesquisa de Lowe, que foi a grande inspiração para levar adiante esses dados. Haverá uma forma diferente de trabalhar essas informações que será apresentada ao longo deste trabalho a partir da amostra de 30 casos, suficientes para alcançar o objetivo deste trabalho: verificar um padrão de sentenças judiciais para casos de subtração internacional de crianças.

Esses 30 casos levantados para a pesquisa foram trazidos depois de muito esforço a partir de pedidos à ACAF (cerca de 20), além de outros 10 que estavam disponíveis na rede mundial de computadores, coletados em sítios eletrônicos como Jusbrasil e IBDFAM, além de processos eletrônicos nas Justiças Federais das unidades da Federação. Apesar de haver sentenças

abertas ao público na internet, perde-se um pouco do contexto específico dos casos quando há apenas dados no STJ ou no TRF, simplesmente porque há pressuposições de informações essenciais que estão presentes apenas nas sentenças de primeira instância.

Dessa forma, fica evidente que o uso desses dados serviram para conhecer o grau de observância (*compliance*) à Convenção da Haia, sem fazer uma análise aprofundada desses casos. Faz-se questão de enfatizar que o êxito da aplicação da Convenção da Haia de 1980 não se pode ser medido apenas pelo número de crianças que retornam ao país de residência habitual, mas principalmente pelo número de retornos e não retornos decididos conforme a estrita observância dos parâmetros convencionais.

Segundo Schuz, as disparidades ocorrem na maioria dos países-membros em três áreas: práticas administrativas (autoridades centrais), interpretação judicial e procedimentos legais (Poder Judiciário). No ponto 1.1, observaremos as práticas administrativas da ACAF, enquanto no ponto seguinte, 1.2, faremos uma incursão na interpretação judicial e, no ponto 1.3, nos procedimentos legais, com ênfase maior à questão da produção de provas fora dos limites estritos da Convenção. O ponto 1.4 busca a concatenação desses pontos para extrair conclusões.

A cada etapa do percurso do pedido de retorno, sem a existência de prazos legais, nem com sanções para o descumprimento, demora-se sempre mais um pouco para que o processo seja encaminhado. Mesmo com todas as tecnologias de informação disponíveis, ainda não se encontrou uma forma viável de reduzir a tramitação dos processos na ACAF, na AGU e na Justiça Federal.

Busca-se um caminho mais célere, seguro e direto para que os pedidos de retorno imediato sejam avaliados de forma imparcial, reunindo os dados necessários à propositura de ação de busca, apreensão e retorno imediato pela AGU.

1.1 O papel da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF)

Carol S. Bruch¹² advoga que a existência de autoridades centrais trouxe enormes benefícios para os genitores abandonados e para a consolidação da CH-80 no mundo, proporcionando uma gama de informações e apoio jurídico e logístico de forma a direcionar as energias e os recursos financeiros dos interessados durante a busca pelo retorno da criança. Narra, inclusive, a autora, a importância de um determinado pedido preventivo de informações de uma genitora abandonada em potencial à Autoridade Central Australiana, que, ao fim e ao cabo, foi o documento decisivo para que se comprovasse a não concordância dela – o principal argumento do genitor – com a mudança de seus filhos para a Austrália¹³.

No papel de requerente, a autoridade central pode contribuir com o genitor abandonado de diversas formas, desde aconselhá-lo sobre as possíveis dificuldades que poderá encontrar naquele país, até fornecer dados sobre como atuar junto às organizações internacionais que podem ajudar a localizar a criança e a produzir provas. Bruch afirma que

A Autoridade Central local também pode fornecer informações e encaminhamentos para os interessados, que irão evitar o que poderia ser um labirinto burocrático. Em resumo, a experiência adquirida da Autoridade Central economiza aos pais e advogados valioso tempo e dinheiro para aprender a usar organizações como a INTERPOL (uma organização policial internacional que pode ajudar a localizar uma criança ou seu sequestrador), o Serviço Social Internacional (que pode ser capaz de garantir estudos em casa, ajudar a garantir o bem-estar da criança ou ajudar a resolver o caso de forma amigável), entre outros (...). Também informa o que as embaixadas de assistência ou consulados no exterior podem fornecer e podem ajudar a localizar um advogado experiente¹⁴.

¹² BRUCH, Carol S. The Central Authority's Role Under the Hague Child Abduction Convention: a Friend in Deed, in **Family Law Quarterly**, Vol. 28, No. 1, Special Issue on International Family Law (Spring 1994), pp. 35-52.

¹³ Idem, p. 41.

¹⁴ Idem, p. 42. "The local Central Authority can also provide information and referrals to others that will cut through what might otherwise be a bureaucratic maze. In a word, the Central Authority's acquired expertise saves parent and attorneys valuable time and money in learning how to make use of organizations such as INTERPOL (an international police organization which may be able to assist in locating a child or its abductor), the International Social Service (which may be able to secure home studies, assist in ensuring the child's welfare, or help to resolve the case amicably), and others (...). It also knows what assistance embassies or consulates abroad can provide and may be able to assist in locating experienced counsel".

No papel de requerida, as autoridades centrais podem prestar assistência de outras formas: aceitar o pedido ou orientar como deve ser feito; localizar a criança; verificar se a criança está bem; tomar medidas preventivas para evitar prejuízos à criança; produzir documentos que comprovem a ilicitude da subtração; traduzir documentos para a língua nacional, quando necessário.

Bruch informa que uma das medidas mais importantes que as autoridades centrais têm o dever de tomar é advertir os juízes sobre as obrigações internacionais do país e a necessidade de respeitá-las. No mesmo sentido, cumpre às autoridades centrais informá-los sobre a jurisprudência estrangeira em casos similares¹⁵.

Sandra García Cano¹⁶ elucida a evolução do papel institucional das autoridades centrais para informar a relevância de suas **funções orientadoras** e **tutelares** porque atuam em favor da aplicação da Convenção da Haia. A função orientadora diz respeito à divulgação sobre os cuidados que os pais devem ter ao atravessar as fronteiras com seus filhos. Para isso, deve-se divulgar o conteúdo da CH-80. Já as funções tutelares dizem respeito a uma nova visão de autoridades centrais mais modernas, que consiste em acompanhar de perto o processo de retorno para intervir em favor da realização de valores materiais e de proteção da criança¹⁷.

Segundo Cano¹⁸, a cooperação internacional entre autoridades tem-se consolidado como o modelo com maior aceitação dos países nas últimas décadas, principalmente na área de direito de família internacional. A evolução do papel das autoridades centrais tornou-se essencial para esse desenvolvimento, porque se transformaram de intermediários dos órgãos judiciários de seus países (primeira geração), passando a órgãos de um sistema

¹⁵ Ibidem, p. 49.

¹⁶ CANO, Sandra García. Evolución de las Técnicas de Cooperación Internacional entre Autoridades en el Derecho Internacional Privado. Evolución de las Técnicas de Cooperación Internacional entre Autoridades en el Derecho Internacional Privado. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, p. 75-109.

¹⁷ Idem, p. 105.

¹⁸ CANO, Sandra García. Evolución de las Técnicas de Cooperación Internacional entre Autoridades en el Derecho Internacional Privado. Evolución de las Técnicas de Cooperación Internacional entre Autoridades en el Derecho Internacional Privado. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, p. 87.

de dupla direção, com função receptora própria, mas sem função transmissora (segunda geração), chegando até ao nível de instituições amplas, tanto receptoras quanto transmissoras, dotadas de respaldo jurídico, com interpretação própria e **função tutelar** sobre a aplicação dos tratados em seus países, o que garantiu maior segurança jurídica à sua atuação.

Além da função tutelar, as autoridades centrais têm o papel de orientar e informar as autoridades nacionais sobre o funcionamento da Convenção da Haia (**função orientadora**), dirimindo dúvidas acerca da interpretação e da aplicação da norma internacional no Brasil. Nesse sentido, cabe às autoridades centrais verificar o funcionamento das instituições no país requerente para fins de fornecer informações às autoridades judiciais acerca do ordenamento jurídico estrangeiro, tais como a tipificação penal para a subtração internacional, o funcionamento do sistema de proteção às pessoas vítimas de violência doméstica, entre outras informações essenciais.

Enquanto existe um compromisso entre as autoridades centrais de fazer frente a essas funções, na Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), essas funções são reconhecidas como relevantes, mas tendem a ficar em segundo plano, em razão das limitações orçamentárias e de pessoal não só da ACAF, mas das instituições ligadas ao retorno imediato das crianças subtraídas no Brasil em geral. Observa-se que o caminho percorrido para o retorno imediato no Brasil enfrenta processo de “complexificação” desnecessária, fazendo com que o tempo de ação estatal fique comprometido.

O pedido de retorno internacional de uma criança subtraída ou retida no Brasil¹⁹ envolve uma série de atores: desde as Autoridades Centrais dos países de residência habitual e de refúgio (ACAF) até as instituições jurídicas, como a Advocacia-Geral da União (AGU), a Defensoria Pública da União (DPU), passando pela Justiça Federal e pelo Ministério Público da União (MPF). Cabe à ACAF o papel de envolver essas instituições, deixando-as completamente cientes e preocupadas com os prazos convencionais, além da

¹⁹ Esses casos em que o Brasil é o país de refúgio para crianças de outra residência habitual são chamados de passivos. Os casos ativos dizem respeito a crianças cuja residência habitual seja o Brasil e estejam retidas ou tenham sido subtraídas para outro país de refúgio.

relevância dos princípios envolvidos. Deve-se buscar a coordenação entre as instituições.

O princípio do melhor interesse da criança e o princípio da celeridade processual são o norte da atuação de todas as instituições, sem se descuidar dos princípios centrais da atuação da administração pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência²⁰. Nesse sentido, a ACAF deve demonstrar essa preocupação em todos os processos, provocando uma das instituições caso haja demora para responder à sua função, de forma a conscientizar todos os atores envolvidos sobre a importância de atender, com celeridade, ao pedido de retorno imediato.

Há uma evidente tensão entre os princípios do melhor interesse da criança e o princípio da celeridade na aplicação da CH-80. Esse tema será tratado mais detidamente no capítulo 2, quando elucidaremos as causas e consequências dessas tensões no desdobramento do paradoxo da criança adaptada. Nesse contexto, o papel das autoridades centrais é, precipuamente, conscientizar as instituições nacionais sobre a importância de fazer cumprir as obrigações internacionais assumidas.

Perquire-se se a atuação da ACAF tem respeitado os princípios administrativos e a delimitação da Convenção da Haia de 1980, avaliando se as funções principais estão resguardadas na prática. Cabe à ACAF, no Brasil, a primeira análise do requerimento de retorno imediato da criança à luz da CH-80, sempre em sintonia com a Constituição Federal e o melhor interesse da criança.

Atualmente, o trâmite do pedido de retorno funciona da seguinte forma: o genitor abandonado ingressa com o pedido de retorno; a ACAF diligencia para que o genitor detentor da criança seja localizado e notificado para apresentar, em 10 dias, as razões pelas quais tomou aquela atitude, considerada, em tese, ilícita.

Quando essa versão dos fatos é apresentada, perquire-se também se estaria disposto a celebrar um acordo para promover o retorno seguro da criança. Quase sempre, a resposta é positiva para o acordo, que não

²⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 37, caput. In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04/03/2018.

necessariamente envolve o retorno da criança ao país de residência habitual. Todo esse processo leva, em média, de três a seis meses.

Segundo o artigo 7^o²¹ da CH-80, o papel das Autoridades Centrais é vasto, variando da localização e prevenção de danos à criança, até a troca de informações sobre seu bem-estar ou sobre a legislação aplicável no Brasil sobre os direitos da criança. Há alguns pontos nevrálgicos em análise para avaliar essa atuação: a autoridade central deve atuar como uma coordenadora dos trabalhos de busca e apreensão para retorno imediato da criança. Nesse contexto, a colaboração da Polícia Federal, dos Conselhos Tutelares e da AGU torna-se essencial para que a criança seja localizada, analisada socialmente em relação ao seu bem-estar e tenha uma atuação célere em favor da proteção jurídica da aplicação convencional, favorecendo o acesso a ambos os genitores da criança.

A colaboração da Polícia Federal com a ACAF, na maioria das vezes, é fundamental para a localização da criança. A imensidão geográfica do País e a falta de capilaridade da maioria das instituições permitiriam, em tese, que uma criança passasse despercebida pelas autoridades nacionais ao longo de anos. Em dois casos emblemáticos, a demora na resposta do Brasil decorreu diretamente da dificuldade de localização das crianças, propositadamente escondidas por cada uma das genitoras.

No primeiro caso²², duas crianças foram levadas por sua genitora para o Brasil e mudou de endereço por 6 vezes num período de 3 anos para

²¹ Artigo 7º - 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 ilegalmente; 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 retorno 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.

²² PARENTE, Antonio Carlos. Entrevista ao autor, realizada em 03/09/2017, sobre o processo BRASIL. Seção Judiciária da Justiça Federal na Bahia. Juíza: DUARTE, Arali Maciel. Processo nº 17572-07.2014.4.01.3300 – Ação Ordinária. 17/08/2016.

esquivar-se das notificações judiciais. Foi encontrada por um registro de contêiner de uma encomenda dela, encontrando um endereço na cidade de Salvador/BA, conforme relato do Coordenador Geral Substituto da ACAF, à época, Antonio Carlos Parente.

No segundo caso²³, conforme trabalhado pelo próprio autor, enquanto Supervisor da ACAF, a genitora manteve os filhos no Rio de Janeiro, afastados do pai, oriundo da Argentina, esquivando-se das autoridades brasileiras, por cerca de 3 anos, sempre com a justificativa de que o pai havia abusado da filha, fato nunca comprovado e completamente descartado pela análise psiquiátrica e psicológica realizada em juízo. Chegou-se ao absurdo de um Oficial de Justiça ter a intimação rasgada diante dele, sob o pretexto de considerar que tudo era uma “armação” do genitor das crianças.

Em outros casos, os Conselhos Tutelares buscam informações do estado de saúde da criança e se ela está regularmente frequentando a escola, por exemplo. O problema dessa relação ACAF-Conselhos Tutelares está na falta de informações precisas aos conselheiros tutelares de como funciona o processo de pedido de retorno. Como são eleitos, os conselheiros têm, em geral, muita boa vontade, mas, em regra, pouca ou nenhuma preparação técnica para atuar em casos tão delicados, envolvendo obrigações internacionais do Brasil de proteger a criança subtraída. Em regra, o Conselho Tutelar informa à ACAF com demasiado atraso e, não raro, com informações imprecisas, desnecessárias ou enviesadas.

A AGU, por sua vez, é a grande parceira da ACAF nos casos de pedido de retorno. Afinal, como garante judicial do cumprimento da CH-80, a AGU faz enormes esforços para que a criança seja devolvida na maioria dos casos, deixando ao julgamento do magistrado verificar se houve alguma das exceções, interpretadas de forma restritiva, alegadas pelo genitor em poder da criança. Em regra, a atuação da AGU é digna de elogios, principalmente pelo baixo número de servidores atuando no Departamento Internacional (DPI).

²³ BRASIL. Ministério da Justiça. Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF). Processo Administrativo nº 00005.209277/2015-41.

Uma questão merecedora de menção se refere ao grau de discricionariedade das autoridades centrais. No Brasil, houve momentos em que a ACAF negou-se a cooperar perante um pedido de outro estado-membro por entender que aquela situação não se enquadraria nos termos da CH-80.

A decisão administrativa de aceitar ou não a cooperação internacional a partir do recebimento do pedido, por motivos os mais diversos possíveis, como falta de documentação, insuficiência de provas sobre o exercício efetivo da guarda, entre outros, mostra-se além da interpretação das leis no ordenamento jurídico brasileiro. Observando-se o artigo 7º da Convenção da Haia (Decreto nº 3413/2001), não se vislumbra nenhuma possibilidade de rejeição imediata de um pedido em decorrência da insuficiência de dados ou da não comprovação de efetiva guarda por parte do requerente. Esta é a regra geral.

Como o limite de todo servidor público é a lei – e, nesse caso, a lei não concede a prerrogativa de rejeição imediata -, não há condições de a ACAF negar pedido de cooperação, havendo, excepcionalmente, a prerrogativa de negar cooperação somente quando os documentos encaminhados forem insuficientes para formular uma petição inicial no Poder Judiciário brasileiro. Mesmo assim, o entendimento da AGU é diferente: deve-se ingressar com a ação judicial e deixar que o juízo federal rejeite o pedido de retorno pela insuficiência de documentação comprobatória²⁴, o que parece ser o mais acertado.

Em outras oportunidades, a ACAF convocou a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) para elaborar parecer técnico quando houvesse indícios de violência contra a mulher, conforme Termo de Conciliação ACAF-CGU-AGU-PBB/THP-013/2009. Resta avaliar se essa participação da SPM está conforme a lei e os princípios regentes da administração pública.

Em entrevista concedida pela Advogada militante na área de subtração internacional de crianças, Dra. Luciana Silva²⁵, em determinado caso

²⁴ GAZIRE, Henrique. Entrevista ao autor em 06/08/2016.

²⁵ SILVA, Luciana. Entrevista ao autor em 20/07/2017 sobre o tema deste trabalho. O referido processo corre em segredo de justiça sob o nº 1007935-35.2016.4.01.3400 (Mandado de Segurança).

de sua atuação, houve por bem a causídica questionar o vício de competência que poderia induzir ao erro outras instituições brasileiras, principalmente porque, diante da nulidade apresentada, a espera pela confecção do documento poderia atrasar o processo judicial e induzir o julgador.

A segurança concedida no processo da Dra. Luciana Silva demonstra como o cuidado no tratamento da legalidade não foi observado pela ACAF nas últimas gestões no que se refere a este tópico. Desde que se elaborou o Termo de Conciliação ACAF-CGU-AGU-PBB/THP-013/2009, com a SPM, insuficiente para obrigar a ACAF por desrespeito ao princípio da legalidade²⁶, cabe aos analistas da ACAF informar a esta Secretaria sobre a existência de caso de subtração internacional de crianças em que houve a mera alegação de violência doméstica. Tudo isso é feito na ACAF sem nenhum respaldo legal.

Mesmo sabendo que não há condições de comprovar aquelas alegações de violência doméstica, submete-se um processo sigiloso ao parecer de uma instituição cuja razão única de existir é defender as mulheres contra toda forma de opressão, sem previsão legal. Não por acaso, já houve casos em que o relatório da SPM afirmou categoricamente ter havido violência doméstica, sem nenhuma forma de prova ou abertura daquelas afirmações ao contraditório, mesmo em se tratando de processo administrativo ou judicial.

Diante das contestações, a SPM²⁷ passou a invocar outro viés, afirmando que haveria indícios de cometimento de violência por parte do genitor ora abandonado. Ainda assim, não se respeitou o contraditório, a ampla defesa, a legalidade do processo administrativo, formando a instituição um ato sabidamente nulo para o fim de interferir indevidamente no processo de retorno da criança. Esse comportamento institucional fortalece o viés de manutenção da criança no Brasil, em evidente desrespeito à Convenção da Haia de 1980.

Essa participação da SPM no processo de solicitação de retorno imediato no contexto de subtração internacional de crianças coloca um ponto de

²⁶ Contrário a esse entendimento, verificar o posicionamento de MORE, Rodrigo F. A violência doméstica e familiar contra a mulher e o sequestro internacional de crianças: estudos de casos e medidas urgentes. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, A. 14 n.20, p. 01-348, 2010.

²⁷ Foi enviado e-mail para a SPM, no dia 06/08/2017, com o fim de obter acesso aos relatórios sobre subtração internacional de crianças por meio da Lei de Acesso a Informações, porém não houve resposta para inserir no texto deste trabalho até a conclusão.

interrogação na parceria realizada entre a SPM e a ACAF-AGU e entre a SPM e a DPU para que a SPM pudesse oferecer apoio às mulheres vítimas de violência. Autores como Mazzuoli e Mattos²⁸ elogiam a iniciativa de elaboração de relatórios contendo indícios de violência doméstica ou familiar com a utilidade de “garantir ampla defesa dessas mulheres e a possível exceção da aplicação da Convenção da Haia”²⁹.

Foram tentados contatos com os autores Mazzuoli e Mattos³⁰ para discutir pontos ainda obscuros desse artigo, principalmente da falta de correspondência dessa ampla defesa sem observar os termos da Convenção da Haia de 1980. O objetivo da entrevista seria questionar sobre a tensão existente entre as defesas das mulheres e do *ethos* feminino³¹ e a CH-80. Na verdade, a unilateralidade desse relatório tem sido objeto de questionamentos jurídicos, como já demonstrado, e reforça a tese de que o procedimento administrativo na ACAF poderia ser mais simples, mais rápido, mais técnico e menos burocrático.

De fato, não há nenhuma razão para impedir ou dificultar o papel da SPM no sentido de oferecer à mulher que alega ser vítima de violência doméstica a rede de proteção institucional, sem interferir no processo de pedido de retorno da criança, como bem afirmam Antonio Carlos Parente e George Lima³². Na verdade, é muito positivo que a atuação da ACAF e da SPM, nesse sentido, seja feita de forma conjunta e concertada. O grande problema apresentado é a elaboração de relatórios contendo “indícios de violência doméstica ou familiar”, sem avaliação mais detida das provas, que foram produzidas no exterior. Além de não haver registro de nenhum relatório da SPM que efetivamente ouviu o suposto agressor, raras são as vezes que a SPM ouve a suposta agredida, gerando apenas um relatório baseado nos relatos da vítima,

²⁸ MAZZUOLI, Valério; MATTOS, Elsa de. Sequestro Internacional da Criança fundado em violência doméstica perpetrado no país de residência: a importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança. In **Revista dos Tribunais**, vol. 954 (2015), p. 239-254.

²⁹ Idem.

³⁰ Foi enviado e-mail para os endereços disponíveis no próprio artigo, mazzuoli@ufmt.br e e.mattos2@gmail.com, no dia 26/02/2017, sem resposta até o encerramento do trabalho.

³¹ MIGUEL FILHO, Teófilo Antonio. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese de Doutorado em Direito (Orientadora Nádia de Araújo): PUC-Rio, 2010, p. 44.

³² LIMA, George. Entrevista ao autor, em 15/07/2017.

com pretensões probatórias no processo judicial. Eis a consequência da ilegalidade!

O relatório da SPM reveste-se de manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade. É ilegal porque não está previsto em lei esse procedimento de abrir um processo sigiloso à opinião da SPM. É inconstitucional, porque todo documento apresentado em juízo deve respeitar os princípios do direito (processual) brasileiro. Entre eles, há dois em particular que são frontalmente desrespeitados com a elaboração desse relatório pela SPM: o princípio do contraditório e o princípio da confiança. O princípio do contraditório é a estrutura procedimental do processo. No art. 7º do Código de Processo Civil (CPC)³³, há mandamento para que o juiz zele pelo efetivo contraditório.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, **competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório** (grifo nosso).

Além disso, o art. 139, I, do mesmo CPC confirma o entendimento desse papel: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Já o princípio da confiança diz respeito à credibilidade das instituições e das partes, no sentido de que não haverá “surpresas”, como um relatório fora dos parâmetros legais. A uma, não há nenhuma atribuição da SPM no sentido de “produzir relatórios sobre suposta violência doméstica sofrida no exterior”, segundo o próprio art. 1º do Decreto 8.030/2013³⁴, que criou a SPM. A duas, não há condições de contestação do relatório por parte do genitor abandonado, a não ser afirmar que o relatório contém inverdades e não tem como provar as alegadas ocorrências de violência doméstica.

Diante de um relatório elaborado com forte viés protecionista de uma das partes, indaga-se qual a validade dele, porquanto não se respeita a legalidade, por não ser previsto em lei tal atribuição, nem o contraditório, uma

³³ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/2015. In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01/03/2017.

³⁴ BRASIL. Decreto 8.030, de 20 de junho de 2013. **Palácio do Planalto**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/d8030.htm. Acesso em 05/11/2016.

vez que não houve oitiva do agressor, muitas vezes sequer ouvindo a própria vítima? Com base nos dados do processo e nas alegações das vítimas de violência, elabora-se um documento nocivo à verdade dos fatos e afrontador do direito processual, afirmando categoricamente haver “indícios de violência doméstica”.

Para piorar a situação, o relatório da SPM é elaborado sobre fatos ocorridos em outro país, sobre o qual o direito brasileiro não tem jurisdição. Mesmo se assim não fosse, e a agressão ocorresse em território brasileiro, não encontraria o relatório respaldo legal, ou seja, se os atos administrativos devem pautar-se pela legalidade estrita, a elaboração de relatório unilateral afirmando haver indícios de violência doméstica, fundamentado única e exclusivamente pelo depoimento da mulher, sem a necessidade de apresentação de provas, nada mais é do que um documento que serve para iludir o órgão judicial, incutindo dúvidas sobre a idoneidade da outra parte, fazendo mau uso da oficialidade e da presunção de legitimidade, além de não se pautar na estrita legalidade e ainda ferir o contraditório, a ampla defesa e a confiança processuais.

Nesse contexto, percebe-se que a ACAF vem perdendo seu papel de zelador da normalidade do processo de retorno, deixando, por razões meramente políticas, de informar ao juízo sobre a situação fática do relatório da SPM, que é ilegal, além de extrapolar seu papel de autoridade central nos termos estritamente legais. Perde-se muito tempo com um ato natimorto e desnecessário.

Em outras palavras, embora tenha preservado a função tutelar, a ACAF vem-se descuidando, nos últimos anos, da função orientadora, ao dar legitimidade a um documento inconstitucional, enviesado, ilegal, ilegítimo e desproporcional como prova perante os tribunais do País. Existe, porém, a possibilidade de mudar de posicionamento institucional depois da concessão da liminar em Mandado de Segurança em um determinado caso de pedido de retorno de uma criança ao Equador.

Com o apoio da ACAF, a AGU propõe uma ação de busca, apreensão e retorno imediato da criança ao país de residência habitual, que será avaliado pelo juízo federal competente, ouvido o Ministério Público Federal. Em regra, a sentença de primeira instância é determinante para o êxito do retorno

imediatamente, porque, segundo a CH-80, é vedada a produção de provas fora dos termos convencionais.

1.2 Interpretação judicial dos conceitos da Convenção da Haia de 1980: residência habitual, direito de guarda e grave risco no retorno

Questiona-se se três conceitos essenciais da CH-80, quais sejam, residência habitual, direito de guarda e grave risco no retorno, vêm sendo interpretados de forma correta no Brasil em cotejo direto com a doutrina e a jurisprudência internacionais.

Residência habitual, segundo Schuz³⁵, Beaumont & McElevy³⁶, Miguel Filho³⁷ e Pérez-Vera³⁸, é um conceito-chave da CH-80 porque é a partir da correta interpretação deste que se configura a subtração internacional de crianças, por ser um “conceito fático” (Pérez-Vera), cabendo ao intérprete, autoridade administrativa ou judicial, apreciar as circunstâncias do caso concreto para a sua definição. Requer-se muito bom senso para, na prática, determinar qual seria a residência habitual, porque este não configura um conceito fechado, formando um tipo, mas um conceito aberto à interpretação conforme a prática.

Miguel Filho demonstra que a Convenção da Haia não definiu residência habitual de propósito, por ser uma questão processual e não material.

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

³⁵ Schuz, Rhona. **The Hague Child Abduction Convention: a Critical Analysis**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013, p. 45.

³⁶ BEAUMONT, Paul R.; McELEVY, Peter E. **The Hague Convention on International Child Abduction**. London: Oxford University Press, 2004, p. 91.

³⁷ MIGUEL FILHO, Teófilo Antonio. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese de Doutorado em Direito (Orientadora Nádia de Araújo): PUC-Rio, 2010, p. 44.

³⁸ PÉREZ-VERA, Elisa. **Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, 1982. Acessível no site da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (<http://www.hcch.net>). Acessado em 07/07/2016.

ilícita, já que tanto o domicílio quanto a residência habitual da criança dependem do domicílio do responsável³⁹.

Nos 30 casos analisados, não houve nenhuma ocorrência de equívoco interpretativo do conceito de residência habitual. Inclusive, um desses julgados⁴⁰ lançou um grande desafio ao Poder Judiciário brasileiro, que houve por bem avaliar o caso concreto para, a partir daí, vislumbrar o conceito. Uma brasileira e um italiano casaram-se e tiveram um filho. Com a crise europeia, o pai da criança perdeu seu emprego. Decidiram, então, viajar para o Brasil para verificar a possibilidade de encontrar um emprego para manter a subsistência da família e, caso não o encontrassem no período de seis meses, retornariam à Itália.

Passado o período combinado, a mãe da criança decidiu não mais retornar para a Itália. Iniciava-se a disputa judicial. Na Justiça Federal, a juíza responsável pelo caso fez uma análise minuciosa no caso concreto do que seria o conceito de residência habitual para o caso aplicado. De acordo com o julgamento,

Neste tema, é ponto essencial estabelecer qual a residência habitual do menor, uma vez que isto determinará ou não a aplicação da Convenção da Haia de 1980. A residência habitual tem força de princípio e é de grande relevância para o deslinde dos casos relacionados à matéria. Todavia, o conceito de residência habitual não foi fixado pela Convenção da Haia, o que gera controvérsias e talvez seja este um de seus pontos mais polêmicos, ainda mais nos casos de retenção. Justamente pela ausência de definição e pelo afastamento da inclusão de domicílio como elemento de conexão, é que se percebe que o intuito maior, pautando-se nas necessidades da criança, foi o de estabelecer um conceito objetivo, menos técnico e que detivesse a simplicidade necessária para propiciar a resolução rápida dos casos submetidos, o que poderia não ocorrer com a adoção do domicílio⁴¹.

A decisão foi além da interpretação fática para elencar princípios de definição do que seria o conceito, a partir da jurisprudência estrangeira, usando o INCADAT como fonte.

³⁹ MIGUEL FILHO, Teófilo Antonio. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese de Doutorado em Direito (Orientadora Nádia de Araújo): PUC-Rio, 2010, p. 55.

⁴⁰ BRASIL. Seção Judiciária da Justiça Federal de São Paulo, 2ª Vara Federal de Santos/SP, processo nº 0006030-96.2013.403.6104. **Sentença**. Julgamento: dia desconhecido. Juiz não identificado.

⁴¹ Idem, p. 15.

No precedente *Friedrich vs. Friedrich*, alguns princípios sobre residência habitual foram elencados. São eles: 1) Para a busca da residência habitual, não se deve focar nas regras legais governamentais sobre residência ou domicílio, mas ater-se aos fatos e circunstâncias de cada caso; 2) como a convenção se refere à residência habitual da criança, a corte deve se pautar apenas nas experiências desta para fixar a residência habitual; 3) o foco deve ser na experiência passada, não importando futuros planos invocados pelos pais; 4) só se pode ter uma residência habitual; 5) a residência habitual não é definida pela nacionalidade de seus cuidadores. Somente uma mudança na geografia e o passar do tempo em conjunto importam na aquisição da residência habitual⁴².

Por fim, a magistrada cita outros casos da jurisprudência estrangeira comparada, como as decisões da Austrália e da Áustria, para observar que o período de seis meses de vivência no Brasil foram suficientes para caracterizar o país como sua residência habitual, tendo em preponderância o ponto de vista da criança e não dos pais, em razão do princípio do melhor interesse da criança, conforme analisado na jurisprudência estrangeira.

No conceito de residência habitual, há considerações sobre a idade da criança que devem ser ponderadas: quanto mais nova a criança, maior a tendência de que a residência habitual dela se aproxime da residência habitual dos pais. Porém, há quem entenda que o cuidador primário (*primary carer*) seria o determinante para a residência habitual da criança.

Verifica-se que a jurisprudência brasileira anda conforme a jurisprudência estrangeira, quando o conceito de residência habitual torna-se duvidoso ou obscuro em termos de definição do caso concreto.

O conceito de direito de guarda, segundo o artigo 3º da Convenção da Haia de 1980, estaria ligada à ilicitude da transferência ou retenção da criança, ficando 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

⁴² Idem, p. 17.

- 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.

Beaumont e McEleavy⁴³ alertam que a violação do direito de guarda depende da situação anterior à subtração internacional, conforme a legislação e a realidade fática em que cada país de residência habitual da criança, não sendo o caso de perquirição no país de refúgio pelo tempo que levaria a uma conclusão, incompatível com o mecanismo de retorno imediato. Dessa forma, o grau de convivência dos pais com a criança e o grau de senso de perda com a subtração são dados muito relevantes para essa decisão a partir da lei do país de residência habitual.

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira tem apresentado poucas divergências em relação à jurisprudência estrangeira, e apenas em casos limítrofes. Assim como no conceito de residência habitual, o conceito de direito de guarda se refere ao *status quo* antes da remoção ou retenção da criança, necessariamente dependente da residência habitual.

O artigo 5º, “a”, da Convenção da Haia de 1980 estabelece que “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”, por isso esse conceito não é irrelevante. Conforme Miguel Filho⁴⁴:

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

⁴³ BEAUMONT, Paul R.; McELEAVY, Peter E. **The Hague Convention on International Child Abduction**. London: Oxford University Press, 2004, p. 45.

⁴⁴ MIGUEL FILHO, Teófilo Antonio. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese de Doutorado em Direito (Orientadora Nádia de Araújo): PUC-Rio, 2010, p. 52/53.

proximidade física com a criança, tomar para si a atribuição de decidir essa questão, simplesmente levando o menor de um país para outro.

O direito de guarda tem importância nos casos de subtração internacional porque uma de suas prerrogativas é definir a residência habitual da criança. Segundo a jurisprudência estrangeira, no INCADAT, um ponto de divergência em relação à jurisprudência brasileira se refere à possibilidade de exercício efetivo de guarda de pais que moram em outra cidade que os filhos. Para a jurisprudência estrangeira, tudo depende da distância e da frequência das visitas, ou seja, da efetiva participação dos pais no cotidiano da criança. Já na jurisprudência pátria, essa guarda efetiva ainda é vista com ressalvas⁴⁵.

Em determinado caso de pedido de retorno à Espanha⁴⁶, um casal de brasileiros vivia em Barcelona, mas resolveu se separar quando a mãe recebeu uma proposta de emprego vantajosa em outra cidade, distante 200 km. Assim que o pai perdeu o emprego, decidiu, unilateralmente, voltar para o Brasil, levando a criança consigo. No pedido de retorno, a mãe da criança afirmou que visitava com frequência o filho, mas a comprovação de que as visitas ocorriam de dois em dois meses consolidaram a opinião do juiz de que ela não exercia efetivamente a guarda da criança. Sem contar que, no Brasil, a família materna estaria presente (avôs, tios, etc.), enquanto o retorno da criança para a Espanha não atenderia seu melhor interesse.

Dessa forma, pode-se afirmar que, em regra, a jurisprudência brasileira segue a jurisprudência estrangeira quanto ao conceito de direito de guarda, que tem correlação com o conceito de residência habitual. Na análise dos casos, não houve a percepção de que os julgados destoavam da análise dos casos do INCADAT.

Por fim, o conceito de grave risco no retorno (artigo 13, I, “b”) que possa expor a criança a prejuízos físicos ou psíquicos ou colocá-la numa situação intolerável é o que revela haver maior disparidade entre a jurisprudência

⁴⁵ Aqui no Brasil, a título de curiosidade, o STJ decidiu, recentemente, no REsp nº 1.605.477 – RS (2016/0061190-9), que, no caso concreto, seria inviável o exercício da guarda compartilhada quando os genitores vivem em cidades distintas, porque a dificuldade geográfica não permite o atendimento do princípio do melhor interesse da criança.

⁴⁶ O autor não obteve acesso a este processo, em decorrência do sigilo, mas trabalhou um ano no caso.

estrangeira e a brasileira. O conceito é bem restrito em âmbito internacional, conforme o Relatório Pérez-Vera e todos os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, inclusive após o famoso caso Neulinger, que será visto mais adiante, no capítulo 2, quando tratarmos do princípio do melhor interesse da criança.

Miguel Filho frisa que o ônus da prova cabe a quem alega nesses casos, cabendo ao *taking parent* apresentar essas provas, havendo uma corrente contrária à Convenção para interpretar essa questão.

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”. 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 idade⁴⁷.

Porém, o Brasil não está sozinho quando se trata da interpretação ampliada do conceito de grave risco no retorno. Enquanto países de tradição de *common law*, como EUA e Inglaterra, entendem que esse grave risco não pode ser interpretado como uma “autorização para que as Cortes do Estado de refúgio verifiquem onde a criança será mais feliz”⁴⁸, por haver questões muito subjetivas no julgamento, países de tradição românica, como Brasil e França, entendem como grave risco psicológico o retorno da criança que havia permanecido muitos anos em companhia da mãe que havia perpetrado a subtração.

No Brasil, a abrangência ampliada da interpretação de grave risco no retorno engloba, na maior parte dos julgados, inclusive, a possibilidade de frustração ou insegurança da criança como grave risco no retorno, quando o

⁴⁷ MIGUEL FILHO, Teófilo Antonio. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese de Doutorado em Direito (Orientadora Nádia de Araújo): PUC-Rio, 2010, p. 57/58.

⁴⁸ TIBÚRCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. **Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980**. Editora Atlas: São Paulo, 2014, p. 274.

conceito estabelecido na Haia é bem diferente disso. Pérez-Vera detalhou que a abrangência dessa exceção é extremamente limitada e restrita a casos fáticos graves⁴⁹. Para Schuz⁵⁰, a aplicação dessa exceção somente pode ser considerada em casos de situações extremas ocorridas com o genitor abandonado (doenças graves ou impeditivas de cuidar da criança) ou numa mudança radical das condições de vida no país de residência habitual, como uma guerra civil (como a Síria), um tsunami ou uma crise generalizada (crise venezuelana).

Segundo aponta Miguel Filho⁵¹, uma segunda corrente busca restringir ainda mais a abrangência da exceção, defendendo, inclusive que o retorno imediato não poderia ser recusado em caso de a criança ter sido submetida a abuso físico ou psicológico, porque “essa circunstância não retira do Juízo natural sua competência para decidir a questão afeta à guarda do menor”⁵². Apesar desse exagero teórico, a realidade fática não acompanha essa corrente na jurisprudência brasileira, havendo apenas um caso comprovado de abuso físico (sexual), entre os 30 casos de apoio a essa dissertação, em que o juiz determinou o não retorno com fundamento na exceção do artigo 13, I, “b”. Senão vejamos:

A presente decisão, portanto, reafirma a competência da justiça suíça para decidir, de modo definitivo, acerca da guarda das crianças. Todavia, considerando que a prova produzida no Brasil demonstra, com segurança, a ocorrência de abuso sexual doméstico, importa antes que tais questões sejam apreciadas por aquela justiça, averiguando se é o caso ou não de reversão da guarda para a genitora ou, ao menos, se é possível garantir, com medidas de cautela e vigilância, o retorno seguro das meninas, afastando-as do convívio dos agressores e/ou do ambiente de agressão.

No momento, contudo, o retorno implicará, pelas razões acima expostas, em risco grave e imediato de as crianças ficarem sujeitas a perigos de ordem física e psíquica, ou seja, uma situação intolerável e contrária aos seus melhores interesses⁵³.

⁴⁹PÉREZ-VERA, Elisa. **Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, 1982. Acessível no site da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (<http://www.hcch.net>). Acessado em 07/07/2016.

⁵⁰ Schuz, Rhona. **The Hague Child Abduction Convention: a Critical Analysis**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013, Chapter 11 (Grave Risk), part A.

⁵¹ FILHO, Teófilo Antonio Miguel. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese de Doutorado em Direito (Orientadora Nádia de Araújo): PUC-Rio, 2010, p. 59.

⁵² Ibidem.

⁵³ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado do Espírito Santos. Juiz Federal BOTELHO, Rodrigo Reiff. **Sentença**. Processo nº 0000591-11.2014.4.02.5001 (2014.50.01.000591-8), fls. 414-432, p. 431.

Somente uma realidade fática, presente e de conhecimento de todos pode ser considerado como situação de grave risco para a CH-80. Seria aplicável ao caso Leia Morin⁵⁴, em que a criança cuja mãe foi deportada dos EUA para o México, ficou com a guarda da criança, que também retornou. Por acordo, o pai mexicano que permanecera nos EUA receberia a visita da criança duas vezes ao ano. Ao inocentemente comentar com o pai a situação do tráfico de drogas em Monterrey, o pai decidiu reter a menina por considerar que ela estaria em uma situação de grave risco diariamente.

Nesse caso extremo, a corte americana decidiu que a criança deveria voltar ao México, por ser sua residência habitual, mas o grau de subjetividade na decisão deixou claro que, se a criança permanecesse nos EUA, a decisão tampouco estaria errada. Afinal, a interpretação do melhor interesse da criança faz parte do arcabouço jurídico da CH-80 e não pode ser diferente. Se esse caso foi um extremo, no Brasil temos o outro extremo: qualquer separação da criança de sua genitora (geralmente, a cuidadora primária) passa a ser considerado grave risco no retorno, com base em laudos psicológicos realizados sem haver respaldo da CH-80 nem uma avaliação da situação da criança antes de ser subtraída para o Brasil, muito menos ouvir o genitor abandonado.

Os argumentos dos juízes do primeiro grau da Justiça Federal levam a crer que, na maioria dos casos, ocorre uma ampliação na interpretação do que são as exceções de grave risco no retorno que beiram a escatologia. Na sentença do caso L.F.B., a juíza responsável pelo caso chegou a afirmar que seria um grave risco a separação do filho da mãe, porém não se vislumbra um grave risco quando a separação ocorre do filho com o pai.

De fato, consta nos autos que a mãe não tinha boas condições de vida e de trabalho na Espanha, havendo relato nos autos de suas dificuldades financeiras, pois estava desempregada há longo tempo. A pensão alimentícia paga pelo pai não era suficiente para as despesas

⁵⁴ LOO, Hannah (2016). In the Child's Best Interests: Examining International Child Abduction, Adoption, and Asylum. In **Chicago Journal of International Law**, Volume 17, Number 2, Article 7, disponível no <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss2/7>, p. 611.

do filho, o que indica que **o retorno à Espanha pode representar maiores dificuldades para a criança**⁵⁵. (grifo nosso)

Verifica-se que o alargamento do conceito de grave risco passou de uma questão excepcional, como uma revolução, uma guerra civil e de um abalo sísmico ou um tsunami para questões do cotidiano, como desemprego, falta de dinheiro, ou, ainda, que a criança não pode estar longe da mãe.

Interessante observar que, quando os papéis sociais se invertem, e o pai é o responsável pela subtração, essa interpretação quase nunca é encontrada nos autos, havendo, inclusive, uma constatação: há uma tendência observada de as crianças ficarem com as mães. Foi o que se observou no retorno da criança E.M.F.⁵⁶ para a Inglaterra.

O mesmo raciocínio contrário à CH-80 ocorreu na negativa de retorno da criança M.C.P.B.⁵⁷ aos EUA, quando a Justiça Federal também considerou que havia grave risco no retorno a partir de uma situação futura de ordem psíquica, convicção formada a partir de uma avaliação psicológica realizada quando a criança já estava afastada por quase um ano do pai, com fortes tons de invasão do profissional de psicologia no mérito da questão, quando afirmou categoricamente que “mudanças radicais poderiam causar sérios transtornos no desenvolvimento emocional da criança”.

Tal situação (grave risco de ordem psíquica), a meu ver, justifica a aplicação das exceções contidas no art. 12, parte final, e art. 13, b, da Convenção da Haia, uma vez que a criança já se encontra adaptada ao novo ambiente e o retorno imediato da menor poderá acarretar problemas para o seu desenvolvimento emocional, tal como relatado pela psicóloga⁵⁸.

Dessa forma, pode-se concluir que a interpretação dos juízes no Brasil, em questões de ordem fática, encontram integral respaldo na Convenção

⁵⁵ BRASIL. Seção Judiciária da Justiça Federal de Goiás. Processo nº 25458-39.2014.4.01.3500/GO. **Sentença**. Juíza Federal: TAYER, Maria Maura Martins Moraes. Julgamento: 24 de novembro de 2015.

⁵⁶ BRASIL. Seção Judiciária da Justiça Federal do Distrito Federal. Processo nº 0043552-10.2015.4.01.3400/DF. **Sentença**. Juíza Federal: VASCONCELOS, Solange Salgado da Silva Ramos de. Julgamento em 27/08/2015.

⁵⁷ BRASIL. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária a Justiça Federal do Rio de Janeiro. Sentença, dia 10/03/2016. Autor: União. Réu: F.P.B. Juiz: DANTAS, Eduardo Sousa. Processo nº 0005944-23.2014.4.02.5101 (2014.51.01.005944-9). Fonte: **ACAF**. Sentença, p. 5.

⁵⁸ Idem.

da Haia de 1980. Todavia, quando as questões de mérito sobre a possibilidade de retorno da criança à sua residência habitual são discutidas, principalmente sobre o conceito de grave risco no retorno, o comportamento dos juízes muda por completo, na maioria das vezes, para reformular esse conceito, ampliando seu sentido, de forma a distorcer o sentido e o espírito da CH-80, para favorecer um suposto “melhor interesse da criança”, que, ao fim e ao cabo, estimula a subtração internacional de crianças. Tudo isso fica respaldado sob o argumento de que o risco eminente para a criança existe, pela mera possibilidade futura de causar distúrbios psíquicos à criança.

Veremos, no próximo capítulo, que a maioria desses raciocínios são formados a partir de um elemento muito comum no Poder Judiciário brasileiro: o tempo transcorrido entre o pedido de retorno e a decisão de mérito. Por ser este tempo muito longo para os parâmetros convencionais, não parece ser, aos olhos do julgador, equivocado deixar a criança com sua cuidadora primária, o que diverge da aplicação da CH-80 da maioria dos países no mundo. Percebe-se que, enquanto o fator tempo decorrido estiver influenciando o mérito dos julgados, o desrespeito à CH-80 tende a ser a regra no Poder Judiciário brasileiro.

1.3 Procedimentos legais: vedação de produção de provas fora dos termos convencionais

Nesta parte do trabalho, será analisado o procedimento legal mais distorcido em relação à aplicação da CH-80 nos outros Estados membros. A produção de provas fora dos limites convencionais, principalmente no que se refere à produção de laudos psicossociais, representa grave distorção. Apesar de não haver nenhum indício de grave risco no retorno ou tempo suficiente para adaptação da criança, a exceção do grave risco no retorno tem representado uma saída para a permanência da criança no Brasil, ao arrepio da CH-80.

Segundo a estrita interpretação da Convenção da Haia de 1980, conforme Relatório Perez-Vera⁵⁹, a produção de provas é prerrogativa exclusiva do juízo natural competente para a decisão de guarda, ou seja, apenas o juízo da residência habitual da criança está autorizada a produzir provas para a decisão sobre o fundo de guarda. Ao juízo do país de refúgio, somente é autorizado produzir provas quando se trata de uma exceção à CH-80, obedecendo-se aos seus estritos termos.

É permitido constituir provas no país de refúgio somente em dois casos: se o pedido de retorno for recebido na Autoridade Central ou na Justiça Federal depois do transcurso de um ano da subtração ou retenção ilícitas no Brasil, para fins de verificação de sua adaptação ao Brasil, ou se a criança já tiver maturidade suficiente para se pronunciar sob sua preferência como residência habitual. Qualquer constituição de prova fora desses parâmetros desrespeita a Convenção da Haia de 1980.

No Brasil, não é exatamente isso o que vem acontecendo. Em decorrência da suposta necessidade de proteção à criança, os juízes federais têm invocado o princípio do melhor interesse da criança para, em regra, solicitar a produção de perícia psicológica. Eis um dos motivos pelos quais o Brasil não consegue cumprir os prazos da CH-80.

Essa ampliação interpretativa do princípio do interesse superior da criança é o ponto central de todas as distorções da aplicação da CH-80 no Brasil, como veremos em maior detalhe no próximo capítulo. Há um grande perigo nessa liberdade excessiva de interpretação, decorrente desse “ativismo judiciário”, principalmente porque se cede à visão de que “o filho deve permanecer com a mãe” (argumento do cuidador primário), independentemente de respeito à participação do pai na criação da criança.

Nesse contexto, o REsp 1.239.777, de relatoria do Ministro do STJ César Asfor Rocha, trouxe interpretação exemplar, que foi inúmeras vezes citada, por seu viés protetivo, porém completamente em desacordo com a Convenção da Haia:

⁵⁹ PÉREZ-VERA, Elisa. **Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, 1982. Acessível no site da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (<http://www.hcch.net>). Acessado em 07/07/2016.

A Convenção da Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, **fazendo-se necessária a prova pericial psicológica**" (2T, REsp 1239777/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012)

Dessa forma, esse arcabouço jurisprudencial construído desde o caso Sean Goldman até a presente data somente pode ser desconstruído por meio de um mecanismo legal que retome a validade da vedação de determinar-se perícia psicossocial, salvo nos casos previstos da Convenção da Haia. Da forma como se apresenta, o laudo psicossocial tem servido de “escudo” para a decisão judicial, mesmo sabendo que as avaliações psicossociais nem sempre atendem aos ditames das normas de psicologia, emanadas pelo Conselho Nacional de Psicologia (CNP), como se analisará a seguir.

Mesmo que haja necessidade de perícia, a elaboração do laudo psicossocial deve ser muito criterioso para avaliar o contexto social da criança, as percepções sobre sua forma de agir e pensar, além de suas interações sociais, tanto em âmbito familiar, principalmente na presença do pai e da mãe, quanto em âmbito social (escola, clube, amigos).

Nesse sentido, preza-se pelo papel do perito, que é, segundo Araújo, “um profissional que por sua experiência e conhecimento científico e técnico fornece informações ao juízo colaborando para que este possa formar uma convicção mais clara sobre o problema a ele apresentado”⁶⁰.

Tanto a adaptação no Brasil quanto a existência de grave risco no retorno devem ser indicadas por perícia técnica de apurada precisão e sempre em observância aos preceitos das ciências auxiliares ao Direito, como a psicologia, a assistência social e a psiquiatria.

Uma criança subtraída de um país e levado a outro sem a anuência de um dos genitores tende a sentir-se deslocada inicialmente, passando por uma rápida adaptação, e, gradualmente, perdendo os laços com a família do país de

⁶⁰ ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. O Psicólogo como Perito e como Assistente Técnico. In **Alienação Parental – Interlocuções entre o direito e a psicologia**. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014, p. 59.

origem. Inegavelmente, toda subtração internacional ilícita representa um ato de alienação parental, conforme rol exemplificativo do artigo 6º da Lei 12.318/2010 e confirmado por especialistas da área⁶¹.

Invariavelmente, o laudo psicossocial não tem obedecido aos critérios delimitados pelo juiz no despacho que determina a realização da perícia, nem aos critérios obrigatórios das Resoluções do Conselho Federal de Psicologia (CFP). Parece que o desconhecimento das resoluções do CFP é o principal fator para que esses laudos, mesmo os mais atécnicos, sejam considerados pelos juízes.

Em regra, a presença de um perito e de um assistente técnico são recomendáveis (Resoluções CFP nº 007/2003 e nº 008/2010), mas é muito raro a presença de ambos nas avaliações. De sete laudos analisados, apenas um trouxe a presença de mais de um profissional como avaliadores (um perito e um assistente técnico)⁶².

Nos 30 casos analisados, houve apenas uma arguição de que o laudo não respeitou os parâmetros estipulados pela Resolução nº 007/2003, levando o Juiz a determinar nova perícia técnica por outro profissional, o que atrasou enormemente o curso normal do processo. Pode-se concluir que os operadores jurídicos pouco ou nada conhecem da importância das resoluções do CFP para a validade e legitimidade da produção dos laudos psicológicos, tão importantes nos casos de subtração internacional de crianças.

Diversos laudos são considerados pelos juízes sem respeito aos mínimos requisitos de validade ou obediências às normas técnicas do CFP. Isso resulta numa série de sentenças fundamentadas em laudos insuficientes, equivocados, tendenciosos ou mesmo precipitados. Não raro, há peritos que invadem a esfera jurídica para afirmar que o juízo deve atuar da forma prescrita pelo psicólogo, o que subverte completamente o papel de auxiliar do juízo, em desobediência aberta ao artigo 7º, da Resolução CFP nº 008/2010, que prescreve que,

⁶¹ ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; VIDAL, Gisela Vieira Dalfeor. Parental Alienation within the Context of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: the Brazilian Perspective. In **Panorama of Brazilian Law (PBL)**. Year 2, Number 2, 2014, p. 180.

⁶² BRASIL. Justiça Federal. Processo nº 91.2015.4.04.7100.

Em seu relatório, o psicólogo perito apresentará indicativos pertinentes à sua investigação que possam diretamente subsidiar o Juiz na solicitação realizada, reconhecendo os limites legais de sua atuação profissional, **sem adentrar nas decisões, que são exclusivas às atribuições dos magistrados**⁶³. (grifo nosso)

No laudo solicitado pelo juízo da 1ª Vara Federal de São Paulo, no processo nº 0026300-85.2015.4.03.6100, houve tamanha parcialidade que a perita designada sequer se deu ao trabalho de ouvir o *left behind parent*, prática comum nos laudos presentes nos casos de subtração internacional. Das atividades para o estudo de caso, previam-se atividades lúdicas com a criança, entrevistas com a mãe da criança e com a bisavó materna. Não houve nenhuma menção a consultar ou entrevistar o genitor abandonado nem ninguém de sua família.

A conclusão do trabalho é um verdadeiro libelo pela permanência da criança no Brasil, informando categoricamente que “não há possibilidade de ocorrência de alienação parental”, sem apontar como se chegou a tal conclusão. Não precisa nem mencionar que a subtração internacional, por si só, representa um ato de alienação parental, conforme art. 6º da Lei 12.318/2010. Isso já demonstra a conclusão precipitada do profissional de psicologia – ou mesmo seu desconhecimento sobre a lei de alienação parental -, sobre a alienação parental e, principalmente, sobre seu papel no processo, em evidente desrespeito ao artigo 7º da Resolução 008/2010, já mencionada.

Tendo em vista a união dos laudos psicológicos em evidente desrespeito às normas do CFP e dos juízes que seguem essas orientações, consolidou-se no Brasil uma jurisprudência que tem gerado grande distância entre a aplicação da Convenção da Haia no Brasil em relação aos demais países. Cai por terra todo o esforço de uniformização, que Schuz⁶⁴ tanto discute. Em relação às provas, a jurisprudência brasileira tem desvios da letra da lei convencional que, ao fim e ao cabo, findam por desconfigurar princípios e objetivos do que foi convencionado na Haia.

⁶³ BRASIL. Resolução CFP nº 008/2010. Disponível em https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_008.pdf. Acesso em 11/12/2016.

⁶⁴ SCHUZ, Rhona. Disparity and the Quest for Uniformity in Implementing the Hague Abduction Convention. **Journal of Comparative Law**, 9:1 (2014), p. 4.

Entre os desvios mais conhecidos, a jurisprudência mais forte se refere a um ponto específico: a exigência do laudo pericial para verificar a adaptação da criança, apesar de não haver transcorrido o prazo de um ano entre a subtração internacional e a solicitação do *left behind parent*, sob o manto do “melhor interesse da criança”, o que se considera a prévia para o que convencionamos intitular de **paradoxo da criança adaptada**, tema do próximo capítulo.

Nesse contexto, entende-se porque o Anteprojeto de Lei (analisado no capítulo 3) trouxe limitações a essa produção infundável de provas, sem critérios previstos em lei. Busca-se, com os dispositivos legais do Anteprojeto, evitar interpretações jurídicas destoantes em relação à Convenção da Haia, principalmente os desvios interpretativos para que um juízo de valor, anterior às prescrições da Convenção da Haia, prevaleça sobre o caso em questão.

Foi o que aconteceu em determinado julgado⁶⁵, quando o juízo considerou ter havido transcurso do período de um ano, mesmo que o processo administrativo tenha tido início 7 meses após a transferência indevida de domicílio da criança da Espanha para o Brasil. Segundo o julgador, só se deve considerar o pedido quando do ingresso da ação judicial e não do pedido administrativo, distorcendo por completo os termos da Convenção da Haia.

Ainda que o referido dispositivo (artigo 12 da Convenção da Haia) se refira ao prazo de início do processo também perante a autoridade *administrativa*, o certo é que, no caso do sistema brasileiro, somente deve ser considerada a data do ajuizamento da ação judicial para a contagem do prazo. E isto porque a finalidade da norma é garantir que situações já consolidadas não sejam alteradas em prejuízo do menor, que já se encontra integrado ao seu novo meio. Como no sistema brasileiro somente a autoridade judiciária pode determinar o retorno imediato do menor, o processo judicial deve ser ajuizado antes do escoamento do prazo de um ano, de molde a possibilitar que a decisão seja proferida antes que ocorra a consolidação da nova situação do menor, nos termos da Convenção.

O prazo de um ano vem sendo considerado peremptório e arbitrário por juízes brasileiros, que, por isso, tendem a não diferenciar se o pedido foi feito

⁶⁵ BRASIL, Seção Judiciária do Estado de Goiás. 1ª Vara Federal. Ação Ordinária/Outras. União (Autora), L.B.S. (Réu). Processo nº 25458-39.2014.4.01.3500/GO, Classe 1900. **Sentença** (fls. 591-605). Juíza Federal: TAYER, Maria Maura Martins Moraes. Julgamento: 24 de novembro de 2015, p. 600/601.

antes ou depois do prazo de um ano. Segundo a melhor doutrina⁶⁶, a introdução de um limite temporal foi arbitrário, porque não havia como medir a adaptação de uma criança.

Houve determinado julgamento⁶⁷ em que um Desembargador Federal do TRF-1 considerou que a genitora abandonada demorou demais para ingressar com o pedido de cooperação por levar, entre a subtração internacional e o pedido na ACAF, o prazo de 4 meses.

Simplemente não é razoável se imaginar que uma mãe vá demorar tanto tempo (cerca de quatro meses) para, sentindo falta do filho, denunciar a abdução à autoridade central. Mormente quando a norma na qual se baseou o seu próprio pedido – Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – assegura (artigo 8) a qualquer pessoa a legitimidade para adoção de tal medida, tão logo se tome conhecimento da transferência ilícita (alínea “b” do artigo 3).

Percebe-se que o tempo é uma medida relativa nos julgados da Convenção da Haia de 1980. Enquanto que um ano parece ser pouco tempo, 4 meses parece ser tempo demais. No caso desta decisão supramencionada, o julgador ignorou completamente que a Autoridade Central fica em Caracas, cidade muito distante de onde vivia a genitora abandonada, sem contar que a reunião de documentos por uma pessoa humilde, com poucos recursos, num país como a Venezuela, não é tarefa das mais simples, em decorrência da sua vasta burocracia. Além disso, não há como pedir o retorno imediato por e-mail, obrigando o genitor abandonado a ir a Caracas para fazer, pessoalmente, o pedido por escrito.

Voltando-se à análise, verifica-se subsistir, ainda, grande dúvida em relação ao tema, principalmente porque a cultura do formalismo no Brasil exige a presença de uma lei que afirme categoricamente os prazos para início e fim da contagem. Não por acaso, o Anteprojeto de Lei, a ser discutido no capítulo 3, define os prazos de início e fim da contagem, conforme seu artigo 27, §3º.

⁶⁶ BEAUMONT, Paul R.; McELEVY, Peter E. **The Hague Convention on International Child Abduction**. London: Oxford University Press, 2004, p. 203.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0008055-21.2013.4.01.3200/AM. Desembargador Federal MARQUES, Kássio Nunes (Relator). **Acórdão provido à unanimidade**. Julgamento: dia 23/03/2015.

Visivelmente, o intuito foi acabar com a dúvida surgida na jurisprudência pátria, pela má interpretação da Convenção da Haia de 1980.

Tal dúvida não deveria persistir nos debates, tendo em vista que o texto convencional é bastante claro quando afirma “entre a data da transferência ou da retenção indevidas” (termo inicial) e “a data de início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar” (termo final). Havendo menos de um ano entre esses períodos, deve-se acionar o mecanismo de retorno imediato ou aplicar uma das exceções para manter a criança no Brasil.

Mesmo que a demonstração de interesse do genitor abandonado tenha sido registrada pouco mais de seis meses da subtração (dentro do prazo de um ano), no caso em tela, o juízo entendeu que o prazo que vale é o prazo de ingresso com a demanda judicial e não o prazo de ingresso com o pedido de cooperação. Verifica-se a intenção do juízo de legislar, extrapolando sua função de julgar conforme as normas vigentes no País, mais conhecido como “ativismo judiciário”.

Essa ampliação interpretativa do princípio do interesse superior da criança é o ponto central de todas as distorções da aplicação da CH-80 no Brasil. Há um grande perigo nessa liberdade excessiva de interpretação, decorrente desse “ativismo judiciário”, principalmente porque se cede à visão majoritária na sociedade de que “o filho deve permanecer com a mãe”, independente de respeito à participação do pai na criação da criança.

Dessa forma, esse arcabouço jurisprudencial construído desde o caso Sean Goldman até a presente data, vide decisão no REsp 1.239.777, de relatoria do Ministro César Asfor Rocha, tende a ser desconstruído por meio de um mecanismo legal que retome a validade da vedação de determinar-se perícia psicossocial, salvo nos casos previstos da CH-80. Da forma como se apresenta, o laudo psicossocial tem servido mais como um obstáculo do que uma ajuda para o cumprimento da Convenção da Haia de 1980, mesmo sabendo que as avaliações psicossociais nem sempre atendem aos ditames das normas de psicologia, emanadas pelo Conselho Nacional de Psicologia (CNP), como já analisamos.

Tanto a adaptação quanto a existência de grave risco devem ser indicadas por perícia técnica de apurada precisão e sempre em observância aos preceitos das ciências auxiliares ao Direito, como a psicologia, a assistência social e a psiquiatria.

Falta um diálogo mais profundo, no Brasil, sobre os aspectos inerentes à aplicação da Convenção da Haia de 1980. A produção indevida de provas transfere ao perito de psicologia o papel de julgador, sem o devido respeito às normas convencionais e às normas do CFP. Desconhecedores dessa gama de normas para a produção de um laudo psicológico, os magistrados respaldam suas decisões supostamente em favor do melhor interesse da criança num laudo em que o genitor abandonado quase nunca é ouvido.

Eis um ponto a ser seriamente repensado na aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil. No fim das contas, a recomendação para um laudo pericial bem feito requer 90 dias de observações, tal qual estabelecido para os casos de alienação parental, conforme a Lei 12.318/2010. Inobstante essa observação, nenhum dos laudos analisados informou quantos dias de observação e análise foram suficientes para produzir um laudo pericial, impossibilitando a contestação do laudo por omitir essa informação. Não seria nenhuma surpresa se o laudo pericial fosse feito em apenas um encontro, tendo em vista a falta de cuidado dos operadores do direito com essa prova tão importante.

Em decorrência do atraso processual, causado por provas indevidas, o atraso da prestação jurisdicional tende a causar a adaptação da criança ao meio em que se encontra. Com isso, o genitor causador da subtração mantém-se em situação confortável, aguardando o desfecho final do processo, sabendo que, a cada dia, a criança encontra-se mais e mais adaptada. Além disso, a proximidade do genitor com a criança tem reflexos evidentes no laudo psicológico, que tende a favorecê-lo porque não houve a defesa do contraditório por meio da oitiva do genitor abandonado.

Outra questão que passa longe dos laudos periciais é a existência de alienação parental, questão que será tratada com maior detalhe no capítulo 3, porém merecedora de uma observação sobre os laudos periciais. Com

exceção do caso Sean Goldman, em que se evidenciou a ocorrência de Síndrome de Alienação Parental (SAP), apenas outro laudo constatou ter havido alienação parental, no universo de 30 processos. Fica evidente que falta equilíbrio nas entrevistas: o genitor abandonado quase nunca é ouvido ou sequer mencionado. A constatação de alienação parental torna-se improvável nesses casos, tendo em vista que a quase integralidade dos procedimentos não levam em consideração a opinião dos genitores abandonados.

Dessa forma, a produção de provas fora dos estritos termos da Convenção da Haia de 1980 tende a beneficiar em demasia o causador da subtração internacional de crianças em detrimento do genitor abandonado, por isso deve ser regulamentado por lei para evitar o prolongamento do processo e, conseqüentemente, da resposta do Brasil ao pedido de cooperação jurídica internacional.

1.4 A lentidão processual como resultado do excesso de procedimentos administrativos e judiciais

O presente capítulo discutiu como se constrói o atraso no tempo de tramitação de um pedido de retorno de uma criança no Brasil, oriundo de um dos países membros da Convenção da Haia. Essa avaliação partiu de uma análise do papel da ACAF, em parceria com a AGU, e da Justiça Federal. As questões administrativas na ACAF e na AGU, além das judiciais na Justiça Federal, são os principais fatores para a lentidão na resposta do Brasil.

Viu-se que a ACAF busca localizar a criança, com o fito de notificar o genitor causador da subtração internacional, oferecendo prazo de 10 dias para manifestação, além de verificar a possibilidade de acordo. Mesmo respeitando-se todos os prazos, fato que raramente acontece, esse procedimento torna-se fator de atraso, porque a AGU condiciona a elaboração da petição da ação de busca, apreensão e retorno à apresentação da versão do genitor detentor da criança, que tem interesse nesse atraso.

Verifica-se a incompatibilidade do processo administrativo brasileiro aos prazos da Convenção da Haia de 1980, o que merece nova reflexão por parte das instituições responsáveis pelo cumprimento da

Convenção. Afinal, o respeito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo não representa regra absoluta, simplesmente porque não há decisão administrativa diferente do encaminhamento da questão de mérito para apreciação do Poder Judiciário.

Se não há decisão de mérito administrativo relevante, não há razão para protelar o levantamento de dados necessário à propositura da ação sob a alegação de respeito ao contraditório. Dessa forma, sugere-se que a AGU proponha a ação sem a necessidade de ouvir a versão do genitor responsável pela subtração internacional. Economiza-se valioso tempo para que, em juízo, se proceda dessa forma, caso a autoridade judicial julgue necessário.

Criticou-se também a questão dos procedimentos administrativos completamente desnecessários, reflexo do processo de “complexificação” de um processo simples, como o encaminhamento dos dados do processo para a SPM, em caso de alegação de violência doméstica. Embora tenha preservado a função tutelar, a ACAF vem-se descuidando da função orientadora, ao dar legitimidade ao relatório da SPM, um documento inconveniente, ilegal e desnecessário ao pedido de retorno, que não deveria estar presente no processo, tomando valioso tempo.

Em relação à interpretação judicial, a Justiça Federal do Brasil aprendeu com seus erros, o que se verifica na redução de interpretações fora do espírito convencional de 2003 até o presente. Em relação ao conceito de residência habitual, todas as interpretações analisadas foram incorretas, mesmo em situações limítrofes. Já em relação ao conceito de direito de guarda, as divergências detectadas foram pouquíssimas e há ocorrências apenas em casos limítrofes, fato completamente compreensível. A divergência maior ficou constatada em relação ao conceito de grave risco no retorno.

A interpretação extensiva dessa exceção tem sido o principal problema dos julgados analisados neste capítulo. Embora as exceções sejam interpretadas de forma restrita, o Poder Judiciário brasileiro tem procedido de forma diferente. Verificou-se haver defesa indireta da tese de que “o filho deve ser criado pela mãe”, diminuindo-se a figura paterna quando não há condições de manter a criança com ambos os genitores. Ao invés de cumprir a regra geral da Convenção da Haia, qual seja, determinando-se o retorno imediato da criança ao local de residência habitual, para que a decisão do fundo de guarda seja

tomada pelo juízo natural competente, prefere-se a manutenção dela com a genitora, sob o manto de haver grave risco no retorno, qualquer que seja a situação fática.

A prática judiciária brasileira de produzir provas em território nacional não encontra respaldo na Convenção da Haia nem na prática convencional na maioria dos países-membros. Afinal, a produção de provas é prerrogativa exclusiva do foro competente para decidir sobre a guarda da criança; nesse caso, o país de residência habitual. A principal prova elaborada nos processos judiciais do Brasil é o laudo psicossocial, documento elaborado por um perito, que leva muito tempo para ser elaborado e, em regra, não leva em consideração a situação anterior à subtração internacional, nem a opinião dos genitores abandonados.

Esse aparente cuidado com a situação da criança mostra-se incompatível com a CH-80, porém os juízes federais alegam atender ao princípio do melhor interesse da criança para requerer a produção de provas no Brasil. Essa é outra distorção: o princípio do melhor interesse da criança não pode ser ampliado aleatoriamente pelo juízo do país de refúgio, mesmo porque a Convenção da Haia de 1980 está em plena consonância com esse princípio ao solicitar o retorno imediato dela para o país de residência habitual, conforme se viu das observações dos autores mencionados, como Schuz e Beaumont.

Essa ampliação interpretativa do princípio do interesse superior da criança é o ponto central de todas as distorções da aplicação da CH-80 no Brasil, como veremos em maior detalhe no próximo capítulo. Há um grande perigo nessa liberdade excessiva de interpretação. Afinal, nos 30 processos analisados, observou-se não ter havido alegação do princípio do melhor interesse da criança para que um pai permanecesse com a criança. Esse argumento só foi apresentado quando a mãe era a responsável pela subtração.

CAPÍTULO 2

O PARADOXO DA CRIANÇA ADAPTADA

O presente capítulo tem o objetivo de demonstrar, por meio da análise de casos concretos, que o transcurso do tempo do processo tem influenciado o mérito dos julgamentos, fazendo com que o tempo decorrido seja fator que acarreta a permanência da criança subtraída no Brasil. Como se levou muito tempo para proceder ao retorno, e não se fez, a criança já estaria adaptada ao novo meio. Em decorrência de um suposto “melhor interesse da criança”, desconexo da Convenção da Haia de 1980, ela deveria permanecer no Brasil. Fica, assim, constatada a inclinação da Justiça Federal brasileira para defender o *taking parent*, geralmente a genitora, independentemente de análise do caso concreto, conforme criticam Waide⁶⁸ e Weinstein⁶⁹.

Nesse contexto, é necessário discutir se os julgados brasileiros sofrem influência do papel social da mulher – ou do *ethos* feminino, na visão de Miguel Filho⁷⁰ -, sob o argumento de ser a mãe a cuidadora primária (*primary carer*). Enquanto a atualidade da era da globalização promove a igualdade de gêneros, com divisão de tarefas mais ou menos equitativas, no Brasil, mesmo que não haja essa igualdade na divisão das tarefas, a cultura jurídica absorve o “*matris, non patris, familiam sequitur*”, uma inversão do brocardo trazido por Dolinger⁷¹ de que a figura paterna era primordial à criança, sendo hoje a figura materna a ocupar esse papel.

Desde a consolidação da guarda compartilhada no Brasil, existe a aceitação de uma natural complementaridade entre homens e mulheres na

⁶⁸ WAIDE, Amanda Michelle. To Comply or Not to Comply? Brazil's relationship with the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, **GA. J. Int'l & Comp. L.**, p. 292/293.

⁶⁹ WEINSTEIN, Timothy. The Hague Convention: 'Brazilian Style', **Bring Sean Home Foundation**, <http://bringseanhome.org/wordpress>.

⁷⁰ MIGUEL FILHO, Teófilo Antonio. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese de Doutorado em Direito (Orientadora Nádia de Araújo): PUC-Rio, 2010, p. 44/46.

⁷¹ DOLINGER, Jacob. **A criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, capítulo III, p. 167.

criação dos filhos, porque os *ethos* masculino e feminino são diferentes, complementares, e nunca melhor ou pior que o outro⁷². Falta, ainda, que essa percepção seja consolidada nos tribunais. A análise dos julgados na Justiça Federal pode informar se esse pensamento está ainda presente nas decisões judiciais.

2.1 A duração do processo como fator decisivo nos casos de subtração internacional no Brasil

O pedido de retorno internacional de uma criança subtraída no Brasil⁷³ envolve uma série de atores: desde as unidades administrativas responsáveis por processar a cooperação jurídica internacional (autoridades centrais) dos países de residência habitual e de refúgio (no Brasil, ACAF) até as instituições jurídicas, como a Advocacia-Geral da União (AGU), a Defensoria Pública da União (DPU), passando pela Justiça Federal e pelo Ministério Público da União (MPF). O princípio do “melhor interesse da criança”, a ser tratado especificamente no ponto 2.2, e o princípio da razoável duração do processo são o norte da atuação de todas as instituições.

Segundo Frederico Kohler⁷⁴, há um aparente conflito entre duração razoável do processo e segurança jurídica, porque será o equilíbrio entre eles que garantirá uma boa decisão. Deve-se evitar tanto a celeridade excessiva, sob pena de gerar uma decisão injusta, quanto a indefinição prolongada do mérito, que causa descrédito na prestação da justiça.

O princípio da duração razoável do processo surgiu de forma textual na Reforma do Judiciário, conforme Emenda Constitucional nº 45, de 1994. Para efeitos da Convenção da Haia de 1980, nosso foco, a duração razoável do processo se manifesta, basicamente, como **o direito da criança de**

⁷² Idem, p. 46.

⁷³ Esses casos em que o Brasil é o país de refúgio para crianças de outra residência habitual são chamados de passivos. Os casos ativos dizem respeito a crianças cuja residência habitual seja o Brasil e estejam retidas ou tenham sido subtraídas para outro país de refúgio.

⁷⁴ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O Princípio da Razoável Duração do Processo: proposta para sua concretização nas demandas cíveis** (Dissertação). Recife: UFPE, 2008, p. 18.

ser retornada imediatamente ao local de residência habitual, evitando-se prejuízos ao seu desenvolvimento como indivíduo, por estar longe de seu ambiente de convivência social, afetiva e familiar, de forma indevida.

Caberá ao Estado de refúgio fazer valer o mecanismo de retorno imediato utilizando das medidas mais céleres para atingir esse objetivo, devendo recorrer a “procedimentos de urgência” (artigo 2º, parte final, da Convenção da Haia de 1980). Porém, é exatamente o equilíbrio entre a duração razoável do processo e a segurança jurídica o que buscam os juízes federais. Afinal, acostumou-se no Brasil a demorar-se tanto a prestar a justiça, que o prazo convencional de seis semanas parece ser uma utopia.

Mas não é. Cabe ao juiz federal decidir apenas se as questões essenciais vinculadas ao interesse processual estão presentes (local de residência habitual, exercício efetivo da guarda pelo requerente, não decurso do prazo de um ano e ilicitude da subtração) e se não há alguma exceção provada pela parte ré (adaptação da criança nos casos em que o pedido foi feito a mais de um ano da chegada da criança ao Brasil, grave risco ou situação intolerável no retorno ou, caso a criança tenha maturidade suficiente, esta se recuse a regressar ao país de residência habitual por considerar o país de refúgio como tal). Além disso, deve-se observar o prazo do artigo 11 como um norte e não como uma camisa de força.

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. (grifo nosso)

Não há espaço para verificar outro prisma da duração razoável do processo, entendendo-a como o princípio jurídico que prioriza os processos que envolvam crianças, principalmente em situações complexas e carregadas de

emoções. Ainda faltam mecanismos processuais que coloquem a subtração internacional de crianças como prioritária no Poder Judiciário brasileiro.

Embora o sistema judiciário brasileiro tenha reais dificuldades para respeitar esse prazo de seis semanas, previsto no artigo 11 da Convenção da Haia de 1980, existe ainda condições para que haja uma redução no prazo atual, que, na média, chega a cerca de 793 dias na prática, ou seja, mais de dois anos para que haja sentença de mérito definitiva na Justiça Federal.

Há um conjunto de instituições brasileiras a atuar nos casos de subtração internacional de crianças, todas elas sujeitas a atrasos. Já se questionou o lugar da Convenção da Haia de 1980 no ordenamento jurídico brasileiro, levando essa discussão ao atraso de muitos processos. Tendo em vista que a CH-80 tem caráter supranacional⁷⁵ (STF, interpretação da EC 45/2004), situa-se acima de todos os instrumentos legais ordinários, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e o Código de Processo Civil, estando abaixo apenas da Constituição da República.

Em consequência da busca pela duração razoável do processo, a ACAF não tem condições de buscar a conciliação na maioria das situações. Por isso, vê-se obrigada a encaminhar o processo administrativo à AGU para promover a ação de busca, apreensão e restituição da criança. Embora a redução do prazo de publicação de sentença pudesse ser reduzido com os meios alternativos de solução de controvérsias, como a mediação e a arbitragem, essas soluções não encontram respaldo na prática cotidiana da ACAF, por se tratar de interesse de criança, sujeito à fiscalização do Ministério Público Federal, e envolver fortes questões emocionais.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240, Relator Ministro Luiz Fux, **Tribunal Pleno**, julgamento em 20/08/2015, publicado no DJe de 01/02/2016. "Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira - porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual 'é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito'. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação."

Segundo os dados levantados na pesquisa, conclui-se que a ACAF não está em condições de servir de mediador para a resolução alternativa dos conflitos envolvendo a Convenção da Haia de 1980. Afinal, o corpo de servidores alterna-se com frequência e o investimento em capacitação é praticamente nulo. Atualmente, apenas uma servidora tem treinamento para tal propósito. Dessa forma, torna-se mais conveniente que o pedido de restituição seja incontinenti entregue à AGU para a promoção da ação de busca, apreensão e restituição sem delongas.

Na confecção da ação de busca, apreensão e restituição (retorno imediato), um pedido de natureza satisfativa, em regra, com pedido de liminar *inaudita altera pars*, a AGU busca convencer o juízo da viabilidade da demanda, a partir da aplicação tanto do direito estrangeiro (quanto ao direito de guarda, à responsabilidade parental e a questões relacionadas ao divórcio ou violência doméstica, quando for o caso), quanto do direito brasileiro (Decreto nº 3.413/2000), ou seja, o cumprimento das obrigações internacionais ínsitas à Convenção da Haia de 1980. Deve-se buscar o retorno imediato da criança em respeito ao artigo 227 da Constituição da República, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado garantir a absoluta prioridade à proteção da criança.

O papel da AGU é tão importante quanto o da ACAF, porque é a AGU o legítimo representante da União no intuito de ver prestar a cooperação jurídica internacional conforme a Convenção da Haia. Ainda que se explique exaustivamente que a AGU não representa diretamente os interesses do requerente – que pode fazer-se representar por meio de um Advogado Assistente ou mesmo de forma direta -, não raro se confundem esses papéis. Inclusive, o folheto da Justiça Federal faz essa confusão, ao afirmar que “a União atuará no interesse da pessoa ou instituição que pretende a restituição da criança ao local de sua residência habitual”⁷⁶.

O papel da União, por meio da AGU, não exclui a possibilidade de ingresso de ação judicial para fins de busca, apreensão e retorno por parte de um interessado pelas vias privadas. Sabe-se, porém, que os custos para a

⁷⁶ SIFUENTES & CALMON (Coordenadores). **Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 22.

contratação de um advogado privado no Brasil, e a qualificação técnica dos Advogados da União tornam a empreitada privada deveras custosa. A preferência dos requerentes é a via pública, por meio da AGU. Interessante observar que não são todos os países que oferecem essa facilidade aos requerentes, frustrando parte importante do compromisso internacional da CH-80⁷⁷.

No Brasil, os *taking parents* podem contar com o apoio da Defensoria Pública da União (DPU), caso eles se enquadrem no perfil estabelecido pela instituição. Entre os critérios da DPU, segundo a Resolução nº 85/2014, que modificou a Resolução nº 13/2006, está a necessidade de comprovação da hipossuficiência, que é presumida quando a pessoa integra “núcleo familiar cuja renda mensal bruta não ultrapasse o valor total de 3 (três) salários mínimos ou em havendo 6 (seis) ou mais integrantes no grupo familiar, 4 (quatro) salários mínimos”. Todavia, já houve situações em que o genitor abandonado foi acolhido pela DPU, mesmo não sendo residente no Brasil⁷⁸.

Com a proposição da ação judicial por parte da AGU ou do próprio particular (*left behind parent*), representado por Advogado, na Justiça Federal, dá-se início à fase judicial do pedido de restituição internacional de crianças no Brasil. Recentemente, houve forte trabalho da ACAF e da AGU para que as varas federais fossem especializadas para que somente aquela vara – geralmente a 1ª Vara Federal Cível – avaliasse os casos de subtração internacional, facilitando a especialização dos juízes.

Os resultados são, em regra, positivos. Cada Tribunal Regional Federal (TRF) adotou a especialização de varas conforme sua necessidade, tendo os TRFs da 1ª Região e da 2ª Região se adiantado e, posteriormente, seguidos pela 4ª Região e, mais recentemente, pela 3ª Região para adotar tais providências. A Resolução/Presi/CENAG 13, de 14/06/2012 do TRF-1 dispôs sobre a concentração de competência das 1ª Varas Federais; a Resolução T2-

⁷⁷ Países como os EUA e a Rússia fizeram reserva ao artigo 26, parágrafo terceiro, da Convenção da Haia, nesse sentido.

⁷⁸ BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal (Primeira Vara). Processo nº 0043552-10.2015.4.01.3400. **Sentença**. Juíza VASCONCELOS, Simone Salgado da Silva Ramos de. Busca e Apreensão. Julgamento: 27/08/2015.

RSP-2012/00063 do TRF-2 foi publicada em 10/08/2012, entrando em vigor dia 10/10/2012; em 1º de setembro de 2014, o TRF-4 publicou a Resolução nº 101/2014 nesse mesmo sentido. Mais recentemente, o TRF-3 aderiu à concentração de competência por meio do Provimento 434, de 05/05/2015, publicado em 13/05/2015. O TRF-5 já se decidiu por normatizar a concentração de varas, tendo publicado, recentemente, a Resolução nº 6 (TRF5), de 29 de março de 2017.

Percebe-se, por um lado, que a especialização transforma o juízo em órgão julgador mais experimentado a partir da segunda vez que é chamado a se pronunciar sobre caso relativo ao tema. Há maior conhecimento prático e maior envolvimento da vara, tanto para realização de videoconferências, de contato com a ACAF, com o Departamento Internacional da AGU (DPI), quanto ao aprofundamento das pesquisas sobre a aplicação da convenção no Brasil e no mundo.

Há, por outro lado, o risco de cristalização de entendimentos equivocados ou a constatação de atrasos excessivos mesmo quando há concentração. Se o juiz daquela vara concentrada fizer interpretação mais ampla dos mecanismos da CH-80, como sói acontecer, há sérios prejuízos para a aplicação do mecanismo de retorno imediato.

São notórios os casos das Justiças Federais da Bahia e de Goiás, conforme jurisprudência levantada, para avaliar a importância da concentração de varas federais. Em quase todos os casos analisados nestes dois estados, o resultado foi basicamente o mesmo: a afirmação da existência de uma exceção ao artigo 13, I, “b”, conduz a uma diligência probatória indevida, demorada, profunda, que não raro leva muito tempo para ser apurada. Ainda que não seja comprovada a alegação, aplica-se, subsidiariamente, o argumento de que a criança já estaria adaptada ao novo meio, inviabilizando seu retorno, segundo a interpretação do melhor interesse da criança, combinado com o artigo 12 da Convenção da Haia de 1980 (adaptação da criança). É a concretização do fenômeno processual denominado **paradoxo da criança adaptada**.

Em outras palavras, o paradoxo da criança adaptada ocorre porque a dilação probatória é, em regra, indevida e contrária à Convenção da Haia, em razão de que o pedido do genitor abandonado não levou mais de um ano para

chegar à autoridade administrativa ou judiciária do Brasil. Verifica-se, então, que os Advogados das *taking parents* colocam em prática estratégias de retardamento do processo para, ao final, alegar a questão da adaptação da criança ao novo meio, sob a égide da defesa da ampla defesa e do contraditório. Torna-se muito conveniente essa alegação, diante do conhecimento da jurisprudência do STJ, para formular estratégias de defesa do réu.

O paradoxo da criança adaptada apresenta duas divergências interpretativas com a Convenção da Haia de 1980, ambas relativas aos prazos: a primeira se refere ao prazo de um ano entre a subtração ou retenção ilícita e o requerimento de retorno imediato, conforme artigo 12 da Convenção da Haia; e a segunda se refere à duração entre a subtração internacional ou retenção ilícitas e a decisão irrecorrível no Brasil.

2.1.1 O prazo de um ano entre a subtração ou retenção ilícita e o requerimento de retorno imediato (artigo 12 da Convenção da Haia)

O primeiro grande debate em torno da aplicação da Convenção da Haia no Brasil se refere ao prazo de um ano entre a subtração ou retenção ilícita e o requerimento de retorno por parte do genitor abandonado (em inglês, *left behind parent*), conforme artigo 12, parte I, da Convenção da Haia:

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 um 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.

O prazo de um ano vem sendo considerado peremptório e arbitrário por alguns juízes brasileiros, que, por isso, tendem a não diferenciar se o pedido

foi feito antes ou depois do prazo de um ano. Segundo a melhor doutrina⁷⁹, a introdução de um limite temporal foi arbitrário, porque não havia como medir a adaptação de uma criança. Como já mencionado no capítulo anterior, já houve julgamentos que, decidindo-se sobre a ótica da Convenção da Haia de 1980, considerou 4 meses tempo demais para o ingresso com o pedido de retorno.

Voltando-se à análise, verifica-se subsistir, ainda, grande dúvida em relação ao tema, principalmente porque a cultura positivista no Brasil exige a presença de uma lei que afirme categoricamente os prazos para início e fim da contagem, apesar de a redação da Convenção da Haia ser cristalina. Não por acaso, o Anteprojeto de Lei apresentado pela Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, criada a partir da Portaria nº 38, de 28 de janeiro de 2014, define os prazos de início e fim da contagem, conforme o artigo 27, §3º. Visivelmente, o intuito foi acabar com a dúvida surgida na jurisprudência pátria, pela má interpretação do artigo 12 da Convenção da Haia de 1980.

§3º Para os efeitos da contagem do prazo de um ano previsto nos artigos 12 da Convenção da Haia de 1980 e 14 da Convenção Interamericana considera-se:

I - termo inicial - a data da subtração ou retenção ilícita da criança;

II - termo final - a data do recebimento do pedido de restituição perante a Autoridade Central Brasileira⁸⁰.

Tal dúvida não deveria persistir nos debates, tendo em vista que o texto convencional é bastante claro quando afirma “entre a data da transferência ou da retenção indevidas” (termo inicial) e “a data de início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar” (termo final). Havendo menos de um ano entre esses períodos, deve-se acionar o mecanismo de retorno imediato de forma obrigatória.

O debate surge quando entidades do Estado brasileiro decidem fazer uma interpretação própria do artigo 12 da CH-80, entendendo, com

⁷⁹ BEAUMONT, Paul R.; McELEVAY, Peter E. **The Hague Convention on International Child Abduction**. London: Oxford University Press, 2004, p. 203.

⁸⁰ BRASIL. **Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças**. Anteprojeto de Lei. Disponível em <http://www.participa.br/subtracao-internacional-de-criancas/minuta-de-anteprojeto-de-lei-sobre-a-implementacao-da-convencao-da-haia-de-1980>. Acesso em 16/07/2016.

fundamento no princípio do interesse superior da criança, entre outras coisas, que o prazo de um ano, por si só, não afasta o exame a respeito da situação de integração da criança. Nesse contexto, esse trecho de um parecer do Ministério Público Federal (MPF) é exemplar:

Isso porque, apesar de se ter ciência que, no presente feito, o período entre a transferência indevida de N.S.B. para o Brasil e o início do processo para o seu retorno, foi inferior a um ano, em observância ao supracitado princípio (princípio constitucional e internacional de proteção aos interesses superiores do menor), **tal circunstância, por si só, não teria o condão de afastar o exame a respeito da situação de integração do infante ao meio onde passou a viver e nem a consideração de que o retorno da criança configuraria alternativa mais gravosa para ela, conforme restou demonstrado nos parágrafos anteriores** (grifo nosso) ⁸¹.

Verifica-se que “o princípio constitucional e internacional de proteção aos interesses superiores da criança” tem sido usado como subterfúgio interpretativo para perpetrar a maior parte dos desrespeitos à CH-80 no Brasil. Afinal, os Estados que assinaram e internalizaram a Convenção da Haia de 1980, assim como o Brasil, comprometeram-se a cumprir o texto da convenção exatamente porque entendiam que o mecanismo de retorno imediato representa a síntese do princípio do interesse superior da criança, nos casos de subtração internacional, como se vê no Relatório Explicativo (*Explanatory Report*) de Elisa Perez-Vera, em tradução livre:

A solução finalmente adotada claramente estendeu o âmbito da Convenção, mantendo indefinidamente uma obrigação real para devolver a criança. Em todo o caso, não se pode negar que essa obrigação desaparece sempre que puder ser demonstrado que “a criança já se encontra integrada no seu novo meio”. O dispositivo não indica como este fato deve ser provado, mas parece lógico considerar tal tarefa como responsabilidade do genitor agente da abdução ou à pessoa que se opõe ao regresso da criança, ao mesmo tempo em que se preserva o poder discricionário das autoridades nacionais a este respeito. Em qualquer caso, a prova ou a verificação de adaptação de uma criança em um novo ambiente abre a possibilidade de procedimentos mais longos do que aqueles previstos no primeiro parágrafo. Finalmente, e tanto por essas razões assim como pelo fato de que o retorno sempre ocorrerá bem depois de um ano da subtração, a Convenção não fala, nesse contexto, de retorno imediato, mas apenas de retorno⁸².

⁸¹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer**. Processo nº 35038-48.2013.4.01.3300, da 1ª Vara Federal da Bahia. Data do Parecer: 10/05/2014.

⁸² PEREZ-VERA, Elisa. **Relatório Explicativo**, ponto 109, tradução livre, fonte: <https://assets.hcch.net/upload/exp128.pdf>, acesso em 07/07/2016. “The solution finally adopted plainly extends the Convention's scope by maintaining indefinitely a real obligation to return the

Percebe-se que o princípio do superior interesse da criança foi transformado numa verdadeira licença interpretativa da Convenção da Haia de 1980 nos julgamentos de casos de subtração internacional, distorcendo-se sua natureza para inutilizar o mecanismo do artigo 12, em grave desrespeito ao que foi assumido internacionalmente pelo Brasil. A celeridade exigida para que a convenção faça sentido esvai-se pela tradição de dilação probatória – ou pelo receio de prolatar decisão sem debater profundamente o mérito, o que é compreensível.

Fazendo uma interpretação teleológica da Convenção da Haia de 1980, conclui-se que o princípio do melhor interesse da criança é obedecido exatamente quando se respeita o direito da criança – e não do genitor abandonado – de não ser subtraído ou retido contra, ou de forma alheia, a sua vontade. Esse é o espírito da CH-80 que sói ser desrespeitado nos tribunais brasileiros.

Outro trecho de uma sentença pode ilustrar com maior força outra distorção das normas convencionais, modificando-as ao talante do magistrado. Desta vez, considera-se o termo final entre a subtração e o início do processo **apenas** o referente ao processo judicial, desprezando-se o processo administrativo, o que demonstra verdadeira deslealdade com o genitor abandonado, senão vejamos:

No caso, o menor foi retirado do local de sua residência no dia 28/06/2013, tendo a ação sido ajuizada pela União em 08/08/2014, quando já extrapolado o prazo de um ano previsto na Convenção.

O processo administrativo se instaurou em 24/01/2014, perante a autoridade administrativa brasileira, tendo tramitado por quase sete meses em vista da necessidade de investigação a respeito da informação prestada pela Ré sobre a ocorrência da violência doméstica.

(...)

child. In any event, it cannot be denied that such an obligation disappears whenever it can be shown that 'the child is now settled in its new environment'. The provision does not state how this fact is to be proved, but it would seem logical to regard such a task as falling upon the abductor or upon the person who opposes the return of the child, whilst at the same time preserving the contingent discretionary power of internal authorities in this regard. In any case, the proof or verification of a child's establishment in a new environment opens up the possibility of longer proceedings than those envisaged in the first paragraph. Finally, and as much for these reasons as for the fact that the return will, in the very nature of things, always occur much later than one year after the abduction, the Convention does not speak in this context of return 'forthwith' but merely of return".

Ainda que o referido dispositivo (artigo 12) se refira ao prazo de início do processo também perante a autoridade *administrativa*, o certo é que, no caso do sistema brasileiro, somente deve ser considerada a data do ajuizamento da ação judicial para a contagem do prazo. E isto porque a finalidade da norma é garantir que situações já consolidadas não sejam alteradas em prejuízo do menor, que já se encontra integrado ao seu novo meio. **Como no sistema brasileiro somente a autoridade judiciária pode determinar o retorno imediato do menor, o processo judicial deve ser ajuizado antes do escoamento do prazo de um ano, de molde a possibilitar que a decisão seja proferida antes que ocorra a consolidação da nova situação do menor, nos termos da Convenção** (grifo nosso) ⁸³.

Essa última parte parece ter sido a mais elucidativa. Embora a interpretação de que “somente a autoridade judiciária pode determinar o retorno imediato do menor” valide a interpretação conforme a CH-80, deveria haver um aviso prévio às autoridades centrais de como se aplica a CH-80 no Brasil, deixando essa parte bem clara. De fato, nem a ACAF, nem a AGU, nem o MPF, foram avisados oficialmente de que a interpretação da Convenção da Haia de 1980 seria feita dessa forma.

Enquanto a CH-80 usa o conectivo “ou”, no sentido de “o que acontecer primeiro”, resolveu-se a questão por uma saída honrosa. Optou-se por prejudicar a boa-fé do genitor abandonado, que ingressou com pedido dentro do prazo, porque, na visão do magistrado, deve-se interpretar livremente que onde se lê “autoridade judicial ou administrativa”, deve-se ler apenas “autoridade judicial”, sob a justificativa de que o Poder Judiciário é o único com poderes para autorizar o retorno imediato.

Mesmo que a demonstração de interesse do genitor abandonado tenha sido registrada pouco mais de seis meses da subtração (dentro do prazo de um ano), no caso em tela, o juízo reconheceu que alegações de violência doméstica (provadas infundadas) atrasaram o procedimento no Poder Judiciário e, mesmo assim, entendeu-se que o prazo que vale é o prazo de ingresso com a demanda judicial e não o prazo de ingresso com o pedido de cooperação. Verifica-se a desconstrução do espírito da Convenção da Haia de 1980.

⁸³ BRASIL. Seção Judiciária da Justiça Federal de Goiás. Processo nº 25458-39.2014.4.01.3500/GO. **Sentença** (fls. 590-605). Juíza Federal: TAYER, Maria Maura Martins Moraes. Julgamento: 24 de novembro de 2015, fls. 600.

Ora, a lógica interpretativa demonstra que, entre as opções, a que ocorrer primeiro deverá ser o termo inicial. Caso assim não seja, que se avise aos demais membros da Convenção da Haia de 1980 para demonstrar-se lealdade. Afinal, há duas opções de ingresso na Justiça Federal: ou privadamente, na Justiça Federal, caminho mais caro para um estrangeiro que não tem como escolher um Advogado desconhecido, sem ter informações sobre sua expertise, ou mediante a cooperação jurídica internacional (AGU).

A exclusão da validade da contagem de prazo conforme a evidente inteligência da convenção, a partir de uma interpretação que, por fim, favorece genitores perpetradores da subtração, enquadra-se perfeitamente na interpretação tendente a negar a eficácia da Convenção da Haia de 1980. Em outras palavras, vislumbra-se uma interpretação equivocada com o fim de fugir à questão – nada agradável, convenhamos – de, na visão popular, “entregar” uma criança a um Estado estrangeiro ou “tirar a criança da mãe”.

O Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia de 1980, instituído em agosto de 2006 pela então Presidente da Suprema Corte Brasileira, Ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET, comenta o mencionado art. 12 da Convenção, *verbis*:

Um ponto que chama a atenção na leitura desse art. 12 refere-se à fixação do prazo ou tempo-limite de 1 (um) ano, adotado pela Convenção como marco delimitatório que o juiz ou autoridade deverá observar para determinação das providências atinentes ao retorno da criança. Esse termo-limite deverá ser obrigatoriamente analisado pelo juiz ou autoridade, antes mesmo de qualquer outro juízo de valor sobre o cabimento do pedido de retorno. Isso porque a constatação de que o pedido se deu antes ou depois do prazo de um ano, contado a partir da subtração, implicará consequências de diversa natureza.

Deverá o juiz ou autoridade, primeiramente, portanto, avaliar se já decorreu ou não o período de 1 (um) ano entre a data da transferência ou retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar.

Assim, a importância da disposição está na fixação do termo-limite que deverá ser obrigatoriamente analisado pelo juiz ou autoridade, antes de qualquer outro juízo de valor: se a remoção ou retenção indevida é velha ou nova, em relação ao prazo fixado – um ano. Se a remoção ou retenção se deu no período de um ano anterior ao pedido de retorno, o ato é novo e deve ser analisado dentro da própria lógica do Direito Civil, que é a do desforço imediato. Portanto, a urgência é imperativa. Ultrapassado esse tempo-limite de um ano, o retorno ainda poderá ser

*determinado, mas nesse caso já se abre à parte sequestradora o direito de provar que a criança se encontra adaptada ao seu novo meio*⁸⁴.

Embora a tese não seja corroborada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, nota-se a existência de dúvida em alguns julgados, que omitem a questão para evitar mais transtornos ao processo. Com efeito, o Anteprojeto de Lei, formulado pela Comissão Permanente sobre Sequestro Internacional de Crianças, para criar um procedimento específico de tramitação dos processos de subtração internacional fez expressa menção à inteligência do artigo 12, evitando interpretações aleatórias do mecanismo, conforme artigo 27, §3º, I e II:

3º Para os efeitos da contagem do prazo de um ano previsto nos artigos 12 da Convenção da Haia de 1980 e 14 da Convenção Interamericana, considera-se:

I – termo inicial – a data da subtração ou retenção ilícita da criança;

II – termo final – a data do recebimento do pedido de restituição perante a Autoridade Central Brasileira.

Em suma, a mera necessidade de lei para afirmar o óbvio, explicitando pontos da Convenção da Haia de 1980 mal interpretados pela jurisprudência pátria, parece servir para evitar essas distorções quando, salvo melhor juízo, não haveria espaço nem utilidade para tanto.

Martins⁸⁵ sugere que o mais adequado, em relação ao termo “ad quem” do artigo 12 seja que o início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante seja a data do recebimento do pedido de cooperação jurídica internacional na Autoridade Central, o que corrobora o entendimento da Convenção da Haia de 1980, assim como a maioria da doutrina e dos julgados.

⁸⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia de 1980. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em 02/11/2016.

⁸⁵ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração Internacional de Crianças: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: interpretação judicial da adaptação da criança**. Curitiba: CRV, 2013, p. 200.

2.1.2 A duração entre a subtração internacional ou retenção ilícita e a decisão irrecorrível no Brasil

O segundo grande debate se refere à duração entre a subtração internacional ou retenção ilícita e a decisão irrecorrível no Brasil ou a formação da coisa julgada material. Longe de tratar sobre a interpretação do artigo 12 da Convenção, já discutido no ponto anterior, discute-se agora as razões pelas quais se demora tanto para que haja uma decisão irrecorrível no Brasil. Falaremos agora um pouco das razões pelas quais existe demora para chegar-se à coisa julgada e o que pode ser feito para tornar o processo mais célere.

Monica Sifuentes aponta três fatores principais para a demora da tramitação do pedido de retorno imediato na Justiça Federal brasileira:

- 1) Os conflitos de jurisdição entre a Justiça Comum, dos Estados, que cuida das causas relativas ao Direito de Família, e a Justiça Federal, a quem tem sido reconhecida a competência para julgar os pedidos de restituição de menores com base na Convenção da Haia de 1980.
- 2) Desconhecimento por parte dos Juízes e dos demais operadores do Direito sobre o conteúdo da Convenção e, algumas vezes, até sobre a sua existência. Isso faz com que o procedimento se prolongue, em razão da incorreta escolha dos passos processuais.
- 3) Ausência de previsão, na legislação interna, de um procedimento judicial mais rápido, especial para atender à celeridade prevista na Convenção. O rito processual que tem sido utilizado no âmbito da Justiça Federal, nesses casos, é o procedimento cautelar de busca e apreensão. No entanto, esse procedimento geralmente refere-se às disputas sobre bens e não sobre pessoas, de modo que, embora seja considerado célere, não atende às peculiaridades dos casos de sequestro internacional de crianças⁸⁶.

A colocação da juíza de enlace do Brasil é perfeita, se formos levar em conta a época do texto, de 2009. Segundo o levantamento mais recente, percebido no exame dos 30 processos deste trabalho, o item 1 já não se encontra como óbice para o prosseguimento dos feitos relativos ao retorno imediato, simplesmente porque já houve decisões, tanto no STJ⁸⁷ quanto no

⁸⁶ SIFUENTES, Monica. Sequestro Interparental – a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. In **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 21, n. 5, maio 2009.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), 2. S., CC 118351/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 05/10/2011; TRF1, 5. T., AP 00537759020134013400, Rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 03/06/2015; TRF3, 5.T., AI0008806-48.2013.4.03.0000/SP; TRF4, Rel. Des. Federal

STF, sobre a matéria, cristalizando o que seria esperado: a competência para julgamentos de pedidos de retorno imediato com base na Convenção da Haia de 1980 é da Justiça Federal.

Afinal, a decisão se refere apenas à jurisdição competente para proferir decisão sobre a guarda da criança (respeito ao princípio do juízo natural) e não sobre a decisão envolvendo o fundo de guarda. Em outro giro, o enfoque é decidir sobre competência em questão de direito internacional privado, e não sobre guarda, tema afeto ao direito de família. As disposições dos artigos 16 e 17⁸⁸ corroboram essa diferença.

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.

A falta de conhecimento sobre a Convenção da Haia também é fator de delonga processual, conforme apontado no segundo fator. Sem embargo, a concentração de varas e a difusão de jurisprudência entre os próprios juízes têm sido fatores que reduziram consideravelmente esse desconhecimento. Não se pode afirmar, hoje, em 2018, que os juízes desconhecem a Convenção da Haia de 1980. De fato, esse fato era, em grande parte, verdadeiro em 2009.

Vale uma ressalva atualizadora do terceiro fator: o rito cautelar de busca e apreensão desapareceu no Código de Processo Civil de 2015. Previu-

Amaury Chaves de Athayde, julgado em 09/06/2004; TRF5. 1.T., AC 478767/CE, Rel. Des. Federal Frederico Azevedo (conv.), julgado em 21/01/2010.

⁸⁸ BRASIL. Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000. **Planalto**, Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em 30 jul. 2015.

se apenas a busca e apreensão como instrumento de realização, mas não um procedimento específico. A elaboração de uma norma interna prevendo um rito especial para os casos de aplicação da Convenção da Haia de 1980 ainda não foi alcançado. A própria magistrada Sifuentes envidou esforços pessoais para que esse Anteprojeto de Lei, criado pela Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, fosse adiante, participando ativamente da referida comissão, mas as circunstâncias políticas não contribuíram para que esse debate fosse colocado no centro das atenções, no seio do Poder Executivo Federal, principalmente após a ascensão do Presidente Temer. O capítulo 3 tratará integralmente dessa proposta legislativa mencionada pela magistrada.

Koehler⁸⁹ discute, de forma apurada, no capítulo II de sua dissertação, o tema da duração razoável do processo. Não se requer, necessariamente, estabelecimento de prazos peremptórios para afirmar quão razoável é aquele prazo. Essa visão está condizente com a maior parte da doutrina brasileira e assim é aplicado no Brasil. Afinal, cada processo tem sua complexidade e suas peculiaridades, todas merecedoras de atenção. Porém, há um esforço internacional por estabelecer os limites da razoabilidade. No caso específico da Convenção da Haia de 1980, esse prazo foi estabelecido no artigo 11, de seis semanas.

Para Gajardoni⁹⁰, se esgotados todos os prazos do Código de Processo Civil para o cumprimento de todos os atos do procedimento, mais os prazos de trânsito em julgado, teremos sim uma tutela jurisdicional intempestiva, no que é seguido por outros doutrinadores. Esse prazo de seis semanas da Convenção da Haia de 1980 não seria suficiente, sequer, para a conclusão do processo em primeira instância. Como seis semanas equivalem a 42 dias, aproximadamente, ou 30 dias úteis, a duração razoável do processo não estaria condizente com o prazo de 131 dias trazidos pela professora Alessandra

⁸⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O Princípio da Razoável Duração do Processo: proposta para sua concretização nas demandas cíveis** (Dissertação). Recife: UFPE, 2008, p. 47.

⁹⁰ Apud KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O Princípio da Razoável Duração do Processo: proposta para sua concretização nas demandas cíveis** (Dissertação). Recife: UFPE, 2008, p. 47/48.

Spalding⁹¹, mesmo com as peculiaridades da lide no direito brasileiro. É muito difícil indicar com exatidão a duração razoável do processo diante da necessidade de avaliação casuística, dos detalhes, das peculiaridades do caso.

Embora esse levantamento, de natureza aritmética, tenha sido alvo de duras críticas, principalmente de juízes, a única conclusão possível, diante desses números, é que o Brasil precisa de uma lei específica para o procedimento de retorno imediato, porque, dentro dos prazos do Código de Processo Civil, mesmo o mais eficiente dos juízes não tem condições de obedecer a esse prazo de seis semanas da Convenção da Haia de 1980, salvo exceções, porque ele é obrigado a seguir o trâmite do Código de Processo Civil. A regra será sempre o descumprimento desse prazo de seis semanas; a exceção será o cumprimento. Interessante observar que, entre os 30 casos analisados, nenhum cumpriu esse prazo de seis semanas.

Koehler informa que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) criou critérios objetivos para avaliar a razoabilidade da duração do processo.

O CEDH, ao longo dos vários julgamentos proferidos sobre o tema, assentou alguns critérios objetivos utilizados para determinação da duração razoável do processo, mediante o cotejo com as particularidades do caso concreto, nomeadamente: 1) a complexidade do litígio; 2) a conduta pessoal da parte lesada; 3) a conduta das autoridades envolvidas no processo; e 4) o interesse em jogo para o demandante da indenização. Entendemos que o modelo criado pela jurisprudência da corte europeia é de fato bastante avançado, sendo de inestimável valia a sua adoção no Brasil⁹².

Fazendo um cotejo entre os 30 casos levantados, a duração razoável do processo no Brasil praticamente não foi obedecida em nenhum caso. Não houve, para fins da pesquisa, condições de avaliar a complexidade de todos os processos, dado que poderia ser analisado se o acesso dado fosse ao processo inteiro e não apenas às sentenças, em regra. Apenas um dos casos

⁹¹ Apud KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O Princípio da Razoável Duração do Processo: proposta para sua concretização nas demandas cíveis** (Dissertação). Recife: UFPE, 2008, p. 48.

⁹² KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O Princípio da Razoável Duração do Processo: proposta para sua concretização nas demandas cíveis** (Dissertação). Recife: UFPE, 2008, p. 52.

avaliados teve o pedido de liminar *inaudita altera pars* atendido e, mesmo assim, não se obedeceu ao prazo de seis semanas, por incrível que pareça.

Conclui-se que o Brasil ainda não se adequou completamente à Convenção da Haia de 1980, quase duas décadas depois de vigente o tratado. Nesse contexto, o terceiro fator apontado por Sifuentes é exatamente o ponto central do atendimento ao princípio da duração razoável do processo: faz-se necessária uma lei para tramitar esses pedidos de retorno imediato.

Mesmo assim, deve-se fazer uma advertência importante a essa altura da discussão: um problema de tamanha complexidade não será resolvido unicamente com a publicação de uma lei de procedimento especial para os casos de subtração internacional de crianças. Afinal, não se muda uma realidade do Poder Judiciário Federal do Brasil por decreto, nem se vislumbra uma observância imediata desses prazos sem alguma resistência.

O papel da ACAF, da AGU, da DPU, dos juízes de enlace e do próprio Poder Judiciário brasileiro serão fundamentais para processar qualquer forma de mudança nos procedimentos. Isso pode levar anos para ser digerido, e não impede que outras formulações sejam experimentadas para que haja maior respeito ao que seria a razoável duração do processo.

Faltam dados estatísticos no Poder Judiciário Federal sobre a razoável duração do processo nos casos específicos dos pedidos de retorno imediato. Sem essa informação precisa, desconhece-se o tamanho do problema; sem saber o tamanho do problema, torna-se complexo formular uma solução eficaz para ele. Koehler demonstra haver uma resistência na cultura jurídica brasileira ao levantamento estatístico, além de uma escassez de dados disponíveis para pesquisas.

A cultura brasileira não é plenamente consciente da importância da formulação e do exame de dados estatísticos. Na área jurídica não é diferente. Existem apenas alguns bancos de dados relativamente completos e confiáveis, dentre outros, o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ), acessível no sítio eletrônico do STF (www.stf.jus.br), o projeto “Justiça em Números”, disponível no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.jus.br), e o banco estatístico do Conselho da Justiça Federal, sobre ações com trâmite na Justiça Federal (em <http://www.cjf.gov.br/atlas/atlas.html>). Contudo as bases de dados referidas não são completas e também não levam em conta alguns critérios interessantes, como, por exemplo, saber quais são as

matérias que mais ocasionam o congestionamento dos órgãos jurisdicionais e qual o tempo de tramitação em cada instância e em cada fase processual⁹³.

Foi exatamente a ausência desses dados que comprometeu parcialmente o objetivo maior dessa pesquisa, que seria levantar todos os processos julgados na Justiça Federal sobre subtração internacional de crianças em determinado período de tempo, a depender da quantidade anual ou bianual. Tudo isso foi ainda agravado pela dificuldade de acesso a processos sigilosos.

Verifica-se que não é tarefa simples identificar as razões pelas quais o processo de restituição de crianças no Brasil demora tanto. Segundo os dados levantados, há uma série de fatores responsáveis, porém a principal questão certamente tem ligação com a má interpretação da CH-80 nos tribunais ou, como afirmou Sifuentes, com o desconhecimento do texto convencional. No início, confundia-se a questão central da subtração internacional de crianças como se não fosse matéria de Direito Internacional Privado, mas de Direito de Família, ou seja, da competência da Vara de Família estadual e não da competência federal por força do artigo 109, III, da Constituição Federal.

Quando a competência deixou de ser o problema, passamos a ter problemas com a interpretação de que a União não teria legitimidade de solicitar o retorno da criança, em decorrência da cooperação jurídica internacional, pelo auxílio direto, porque somente o genitor abandonado teria essa prerrogativa.

Quando as questões processuais deixaram de emperrar os processos, o problema passou a ser de cunho material: o tempo transcorrido entre a subtração da criança e a resposta definitiva do Estado-juiz era demasiadamente longo, estando a criança já adaptada no novo meio (país de refúgio). Era a consolidação do **paradoxo da criança adaptada**. Isso ocorre ainda por uma interpretação equivocada do artigo 12 da Convenção, além das tendências favoráveis à genitora que subtrai a criança, presentes nos julgados federais brasileiros.

A análise dos casos Lannes e Sean Goldman, na próxima sessão, dará uma noção sobre como a falta de conhecimento da CH-80 e o pensamento

⁹³ Idem, p. 136.

juspositivista acabaram por dificultar a aplicação do princípio da duração razoável do processo na restituição de crianças, o foco principal da Convenção da Haia de 1980. O caso Lannes demorou doze anos para que se chegasse a uma decisão definitiva. Timothy Weinstein⁹⁴, cidadão americano que teve os filhos indevidamente retidos no Brasil, constatou algumas melhoras na redução média do tempo de tramitação desses processos no Brasil, nos últimos anos, porém ainda ele é, em geral, muito lento, no seu sentir.

Além disso, Weinstein faz uma análise do sistema recursal brasileiro de forma bastante precisa, apesar das alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil, ilustrando que há excesso de recursos, viabilizando a intencional lentidão processual. De toda forma, ainda se faz necessário observar como será o andamento dos processos judiciais com a aplicação do Novo Código de Processo Civil e, principalmente, com uma possível conversão em lei da proposta de Anteprojeto de Lei, criado pela Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, com o fim de fazer o processo não só mais rápido, mas também com maior segurança jurídica.

Por mais que se compreenda que o intuito da Convenção da Haia de 1980 seja reduzir o tempo transcorrido, algumas das razões processuais para a demora são legítimas, quando, por exemplo, objetiva-se o resguardo da criança em relação a possíveis riscos de ordem física ou psíquica. Entre as razões consideradas ilegítimas, encontram-se as considerações do Ministério Público Federal, por atrasar a decisão final. Na verdade, o processo eletrônico poderia muito bem reduzir esse prazo, caso a intimação das partes fosse simultânea à intimação ao MPF, o que hoje encontra vedação expressa no Código de Processo Civil⁹⁵. Com isso, essa demora seria, na prática, inexistente, ao mesmo tempo em que se respeitaria o importantíssimo papel do Parquet.

Outra questão complicada é a interpretação da maioria dos juristas brasileiros (Defensoria Pública, Justiça Federal, Ministério Público Federal e

⁹⁴ WEINSTEIN, Timothy. The Hague Convention: Brazilian Style. Bring Sean Home Foundation, <http://bringseanhome.org/resources/the-left-behind-parent/hague-convention-%E2%80%9Cbrazilian-//style%E2%80%9D/> (visitado em 12/07/2016).

⁹⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/2015. Artigo 179, I. In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 01/03/2017.

doutrinadores) em relação à tutela antecipada, no sentido de que o caráter irreversível do alcance da tutela antecipada, com prejuízo para a formação psicossocial do menor. Afirma-se a existência de quadro assemelhado ao sequestro que a Convenção da Haia busca impedir”⁹⁶.

Embora se respeite a opinião majoritária de que a tutela antecipada não seja o instrumento processual mais adequado para o retorno da criança, em decorrência da sua irreversibilidade material, na prática, pode-se afirmar que qualquer mecanismo válido para efetivar o retorno imediato do artigo 12 da CH-80 é bem-vindo, desde que se respeite o devido processo legal.

Em processo da 1ª Vara Federal de Brasília/DF⁹⁷, uma simples liminar *inaudita altera pars* foi deferida para fazer valer o mecanismo de retorno imediato. Houve concordância do Ministério Público Federal e o genitor retentor da criança houve por bem não recorrer, tendo em vista o acerto da decisão judicial, da lavra da juíza Solange Salgado da Silva Ramos de Vasconcelos.

Deu-se solução definitiva à lide, fazendo com o que os prejuízos à criança fossem mínimos, não tendo, por exemplo, que perder aula na Inglaterra, local de residência habitual da criança. A maioria dos juristas temem causar danos irreparáveis à criança. *Data maxima venia*, uma boa avaliação da situação fática pode evitar que a criança sofra danos irreparáveis, exatamente o que faltou em casos famosos no Brasil, como o caso Sean Goldman. Em outras palavras, não necessariamente haverá prejuízos à criança caso haja uma decisão célere, mesmo porque se esse raciocínio fosse verdadeiro, o Brasil não deveria – nem poderia – aceitar as obrigações da Convenção da Haia de 1980.

Maristela Basso⁹⁸ considera o retorno imediato após decisão do juízo de primeiro grau como uma afronta aos preceitos fundamentais da Constituição Federal, o que fazemos questão de discordar. Segundo ela,

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 172/RJ, in <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4350806/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-172>. Acesso em 07/07/2016.

⁹⁷ BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal (Primeira Vara). Processo nº 0043552-10.2015.4.01.3400. Juíza VASCONCELOS, Simone Salgado da Silva Ramos de. Busca e Apreensão.

⁹⁸ BRASIL. Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais (Oitava Vara). Processo nº 2008.3800027791-4. Rel. Juiz Ivanir César Ireno Júnior. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp?pagina=decisaoJudicial>>. Acesso em 07/07/2016.

É inconcebível que seja determinado o retorno imediato antes de alcançado o último grau de Jurisdição, vez que a justiça brasileira é competente e, iniciado o processo no Brasil, o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e ao duplo grau de jurisdição são constitucionalmente garantidos, conforme art. 5º, incisos XXXV, LV da Constituição Federal e art. 90 do CPC.

Interpretar a norma da Convenção da Haia no sentido de que o retorno da criança é imediato após a prolação de sentença de primeiro grau, da qual ainda cabe recurso, não se justifica. Caso o retorno imediato fosse interpretado como sugerido na sentença, poder-se-ia arguir que o dispositivo da Convenção seria inconstitucional e contra a sistemática processual brasileira.

Discorda-se de Basso por entender que o mecanismo de retorno imediato pode até ser contrário à cultura do garantismo jurídico, mas não é contrário à Constituição Federal. O aguardo pela decisão do último grau de jurisdição como pilar da processualística da restituição de crianças acabaria por destruir a pedra fundamental da CH-80, qual seja, o mecanismo de retorno imediato ao *status quo ante*, causado pelo ilícito do genitor que subtrai ou retém a criança longe do seu lugar de residência habitual.

Além disso, há doutrina⁹⁹ que demonstra ser o fortalecimento das decisões de primeiro grau, com a limitação razoável aos recursos, como a solução mais concreta para reformular a prestação jurisdicional, tornando-a mais célere. Um bom exemplo desse fortalecimento da primeira instância seria, no caso dos pedidos de retorno imediato, o efeito meramente devolutivo como regra geral nas apelações. Afinal, o efeito suspensivo desvaloriza o juízo de primeiro grau. Além disso, já se constatou que se demora bem mais nas instâncias superiores do que no primeiro grau¹⁰⁰, e isso ocorre também nos casos de subtração internacional de crianças.

Se o posicionamento da professora Basso fosse acertado, todos os genitores que fazem do Brasil o país de refúgio para seus ilícitos, contando com um Advogado minimamente instruído e diligente, teriam, na prática, como se valer da lentidão processual ao seu favor para garantir a permanência da criança

⁹⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O Princípio da Razoável Duração do Processo: proposta para sua concretização nas demandas cíveis** (Dissertação). Recife: UFPE, 2008.

¹⁰⁰ Apud, KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O Princípio da Razoável Duração do Processo: proposta para sua concretização nas demandas cíveis** (Dissertação). Recife: UFPE, 2008, p. 143. Há um relatório de pesquisa da UnB sobre o tema, que estaria disponível em <http://www.stf.jus.br/seminario/pdf/dataunb.pdf>, porém não conseguimos acesso.

em território brasileiro, quer pela adaptação da criança (artigo 12), quer pela alegação de uma exceção ao retorno imediato (artigo 13), confirmando, mais uma vez, o paradoxo da criança adaptada como uma realidade aceitável.

Em determinados casos, nem mesmo uma profunda dilação probatória pode trazer à tona a verdade dos fatos. Genitores são capazes de quase tudo para ter seus filhos sob sua tutela, principalmente mentir ou distorcer fatos ao seu favor. O fato de haver provas em outro país agrava essa questão. Não raro, inventam-se doenças psiquiátricas, envolvimento com drogas, desequilíbrios mentais, vícios, violência contra as crianças e contra o outro genitor, entre outras quaisquer justificativas para provar que um genitor é mau, desequilibrado, criminoso, colocando, na verdade, por oposição, a bondade, o equilíbrio, a legalidade, ao lado do outro genitor, de forma bastante maniqueísta. Afinal, nesse tipo de processo, o inferno são os outros.

Não é totalmente incomum situações em que o analista verifica que, na verdade, o melhor interesse da criança seria deixá-lo com outro parente diferente dos dois genitores, em razão do nível de acusações feitas e provadas por vias cruzadas. Enfim, muitas vezes, o juízo não terá como tomar uma decisão cem por cento acertada, pois as alegações de lado a lado quase nunca são devidamente comprovadas, ficando o juízo apenas com os fatos: houve subtração internacional. E agora?

Observa-se que os juízes no Brasil tendem a manter a criança no país, reduzindo as chances de êxito da demanda judicial promovida pelo genitor abandonado. Na dúvida, mantém-se tudo como está: se, no futuro, comprova-se que a criança teve prejuízos, exime-se de culpa o julgador; agora, se a criança teve benefícios, raciocina-se como acertada a decisão. Passa-se a tomar decisões no escuro, sem a segurança de que o provimento jurisdicional encontrou a resposta correta.

Ao estabelecer a residência habitual como elemento de conexão, o intuito da Convenção da Haia de 1980 foi estabelecer um parâmetro factual, mais objetivo, menos técnico, como ponto de partida para a defesa do interesse

superior da criança, diferente do domicílio¹⁰¹. Há casos em que a definição da residência habitual torna-se complexa, pela peculiaridade do caso, deixando a Convenção da Haia de 1980 espaço para interpretações a partir das dificuldades do caso concreto.

Percebe-se como a principal dificuldade para o julgador a impossibilidade fática de manter a criança com contato próximo a ambos os genitores, em razão do grau de afastamento trazido pela subtração internacional e pelo processo em busca do retorno ao local de residência habitual. Em decorrência dessa dificuldade, a maioria dos juízes tendem a recorrer à indevida produção de provas, principalmente aos laudos psicossociais.

Por sua vez, diligências probatórias que envolvam profissionais da psicologia e da psiquiatria levam tempo, suficiente para, na prática, fazer com que a decisão de retorno seja negada, uma vez que a conclusão dessas diligências causa atraso suficiente para promover a adaptação da criança ao país de refúgio. Somente se efetiva o retorno em caso de extremo grave risco, o que não se observa com frequência na prática dos casos de subtração internacional. Na prática, a decisão de realizar diligências é, ao fim e ao cabo, a decisão de manter a criança no Brasil.

Foi exatamente esse dilema que as Professoras Nadia de Araújo e Daniela Vargas trataram, ao comentar o Recurso Especial 1.239.777¹⁰², um dos mais influentes julgamentos para determinar o entendimento favorável ao **paradoxo da criança adaptada**. No caso, um alemão e uma brasileira tiveram um filho na Alemanha. De férias, a genitora decidiu não mais retornar, ensejando que o genitor ingressasse com pedido de retorno. Em primeira instância, o juízo federal entendeu que se aplicava o mecanismo de retorno imediato. No TRF, deu-se provimento parcial, apenas para retirar a parte relativa à modificação do assento de nascimento, ou seja, mantendo o retorno da criança.

¹⁰¹ PÉREZ-VERA, Elisa. **Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, 1982. Acessível no site da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (<http://www.hcch.net>), p. 19. Acessado em 07/07/2016.

¹⁰² ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. Comentário ao RESP 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 14, p. 117-137, 2012, p.

Com recursos especial e extraordinário admitidos, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se reuniu para o julgamento, com relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, cuja ementa consagrou a prova pericial psicológica como meio de prova na maior parte dos casos de subtração internacional. E vem sendo seguido por grande parte dos magistrados.

A Convenção de Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica.¹⁰³

Um olhar mais atento ao caso concreto poderia perceber que, indiretamente, a decisão de dar “parcial provimento aos recursos especiais para anular os provimentos ordinários e determinar a realização apenas da perícia psicológica” foi, na prática, a constatação maior da existência e da força da ideia do **paradoxo da criança adaptada**.

Ora, a criança fora subtraída em julho de 2007. No julgamento de primeira instância, houve, indevidamente, uma perícia psicológica, realizada em apenas um encontro entre a criança e a perita do juízo, que não obteve resultados conclusivos acerca da ausência ou presença de risco à criança no retorno à Alemanha. Mais de três anos depois, o Relator determina que, em garantia da integridade física e mental da criança, se fizesse uma nova prova pericial psicológica para verificar a adaptação da criança.

Obviamente, depois de mais de três anos, era-se de imaginar que a criança estivesse adaptada ao Brasil, porque faz parte da natureza da criança adaptar-se ao meio em que se encontra, como bem asseverou a ementa do acórdão da do TRF-5, replicada no relatório do Recurso Especial.

No caso presente, dormita nos autos documento sinalizando que o menino, que fala alemão adequadamente para a idade (quatro anos à época do contato com o psicólogo), tem bom trato com o pai, o que desconfigura a idéia de uma já adaptação à vida no Brasil que inviabilizasse seguir seu curso normal, na Alemanha, até que se profira decisão final sobre o assunto 'guarda'; há, ainda mais importante, outro dado que se deve levar em consideração, bastante por si para que se chegue à mesma conclusão; verdade perceptível, ao homem médio e a olho desarmado, à vista daquilo que ordinariamente acontece (CPC,

¹⁰³ BRASIL. STJ, 2T, REsp 1239777/PE, **Ementa**, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012.

Art. 335): criança, quando em tão diminuta idade (hoje com cinco anos), não finca raízes que representem empecilho ao desenvolvimento das outras, anteriores, ou mesmo a elaboração de novas; esta circunstância deriva menos do querer de pai e mãe, e mais da própria fase do desenvolvimento que experimenta, naturalmente fértil (a toda e qualquer influência) e resiliente (o suficiente, por hora, para adaptar-se de acordo com o ambiente em que venha a ser inserida); (grifos nossos)¹⁰⁴

A demora no julgamento foi tamanha que, somente em 2012, determinou-se uma nova perícia. Porém, para o Ministro Cesar Asfor Rocha, a existência de uma avaliação psicológica realizada há mais de três anos, “não conduz à certeza de ausência de grave dano no retorno da criança à Alemanha”.

Percebe-se, na prática, que a determinação de nova perícia psicológica subverte a regra da CH-80, determinando, indiretamente, a permanência da criança no Brasil. Como a regra geral da Convenção da Haia de 1980 é o retorno imediato, somente se houver provas de grave risco no retorno – ou, ao menos, fortes indícios -, poderia determinar-se a prova pericial. Em resumo, o STJ determinou que a criança permanecesse no Brasil de forma indireta, fazendo cotejo entre a aplicação da CH-80 e a proteção do bem-estar da criança, como se essas duas fossem colidentes entre si.

Esse julgamento foi o principal arrimo do **paradoxo da criança adaptada** no Brasil, pois se determina a permanência da criança a partir de um complexo de produção de provas para averiguar a existência de uma exceção à Convenção da Haia de 1980, quando o ônus de provar essa exceção seria da genitora que cometeu o ilícito de causar a retenção ilícita dela no Brasil. E tudo isso é invocado sob o manto do princípio do “melhor interesse da criança”.

2.2 A subjetividade na interpretação do “melhor interesse da criança” aplicado à Convenção da Haia de 1980 em julgados da Justiça Federal do Brasil

No capítulo anterior, mencionou-se a existência de uma tensão entre os princípios do melhor interesse da criança e da duração razoável do

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.239.777**, Min. Rel. Cesar Asfor Rocha. Julgamento em 12/04/2012.

processo na aplicação da CH-80. Enquanto o mecanismo de retorno imediato propugna os países membros a devolverem as crianças ao local de residência habitual no menor prazo possível, tem-se a aparência de que o melhor interesse da criança requer uma avaliação mais detida do caso, o que, muitas vezes, é confundido com a decisão de mérito sobre o fundo de guarda, que representa um dos grandes empecilhos para a correta aplicação da CH-80 no Brasil.

Nessa parte do trabalho, estudam-se as relações entre o princípio do melhor interesse da criança e a Convenção da Haia de 1980, fundamentado na celeridade processual, demonstrando estarem intimamente vinculados, de forma a afastar o raciocínio de que este princípio não seria compatível com o da duração razoável do processo em decorrência do mecanismo de retorno imediato.

Rhona Schuz¹⁰⁵ analisa a fundo a relação existente entre a Convenção da Haia de 1980 e a Convenção dos Direitos da Crianças, a partir da análise de três direitos intrínsecos à criança nessa situação de subtração internacional: primeiro, o direito da criança de manter contato regular com ambos os pais; segundo, o direito da criança de ser ouvida e ter seus desejos respeitados; e, por fim, o direito da criança de ter seu bem-estar protegido.

A observância dessa tríade de direitos da criança pode nortear o princípio do melhor interesse da criança nos casos de subtração internacional, apesar da crítica pontual da autora ao texto da Convenção da Haia de 1980, segunda o qual não se demonstra, numa leitura perfunctória, priorizar a defesa de direitos da criança, mas sim os direitos dos genitores, como bem aponta Schuz.

Deveria ser apontado que a frase “direito da criança” não aparece sequer uma única vez na Convenção de Subtração. Ao contrário, no centro do mecanismo da Convenção estão os conceitos críticos de “remoção indevida” e “retenção indevida”, que são definidos em termos de violação de direitos de *guarda*, que são primariamente direitos parentais¹⁰⁶.

¹⁰⁵ SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and Children’s Rights. **Transnational Law and Contemporary Problems**, Vol. 12, 393-452, 2002. Disponível em HeinOnline (<http://heinonline.org>), acesso em 31/08/2017.

¹⁰⁶ SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and Children’s Rights. **Transnational Law and Contemporary Problems**, Vol. 12, 2002, p. 407. Disponível em HeinOnline (<http://heinonline.org>, acesso em 31/08/2017, tradução livre. “It should be pointed out that the phrase “right of the child” does not appear even once in the Abdcution Convention. On

A ausência da expressão “direito da criança” não significa que a Convenção da Haia de 1980 não o respeita, porém torna-se sintomático avaliar que o próprio texto enfatizou mais os direitos parentais do que os direitos das crianças. Em decorrência disso, muitos autores, magistrados e advogados chegaram a considerar que a Convenção da Haia de 1980 não defenderia o direito das crianças, limitando-se aos direitos parentais.

Apesar de o texto ser explícito nesse sentido, a determinação do retorno imediato da criança representa mecanismo para a proteção dela (criança), no sentido de manter contato regular com ambos os genitores ao mesmo tempo em que se observa o direito do genitor abandonado. São duas faces do mesmo fenômeno.

Há-se de sopesar, também, que a subtração internacional de crianças, em regra, atende muito mais aos desejos do genitor autor da subtração do que, necessariamente, ao bem-estar da criança. Após um processo de divórcio, em que um dos genitores vive em terras estrangeiras, cresce o desejo de voltar ao *status quo ante* em relação à sua vida pessoal. Por isso, torna-se muito comum atos de subtração internacional serem perpetrados como consequência de um divórcio. Potencialmente, a saída do país de residência habitual não teve motivações ligadas ao bem-estar da criança, mas ao bem-estar de um dos genitores.

Sem embargo, a maioria das decisões – tanto pelo retorno quanto pela permanência da criança no Brasil – não tem respeitado o direito da criança de manter contato regular com ambos os genitores. Embora não seja papel primário do julgador, essa questão poderia ser mais bem trabalhada tanto na ACAF quanto nos julgados. E, nesse contexto, a Convenção da Haia de 1980 falhou ao não apresentar mecanismos para encorajar os pais a manterem proximidade dos filhos. Somente nas últimas conferências da Haia houve

the contrary, at the very heart of the Convention’s mechanism are the all-critical concepts of “wrongful removal” and “wrongful retention,” which are defined in terms of breach of rights of *custody*, which are primarily parental rights.”

discussões sobre soluções alternativas de controvérsias, o que poderia estimular a participação de ambos os pais nas decisões sobre a vida dos filhos.

Dessa forma, o princípio do melhor interesse da criança visa a estabelecer o que deve ser feito nos casos de subtração internacional para garantir o melhor grau de bem-estar para a criança, o que não se confunde com uma comparação pura e simples entre as condições financeiras ou situacionais dos pais, escolhendo-se qual deles tem melhores condições para dar mais segurança e bem-estar à criança no cotidiano. Enquanto esses fatores devem ser levados em consideração para a decisão sobre o fundo de guarda, outros fatores são relevantes para determinar a interpretação do melhor interesse da criança na subtração internacional.

Grandes autores do Direito Internacional Privado, como Paton¹⁰⁷, Loo¹⁰⁸, Leto¹⁰⁹, Lenaerts¹¹⁰ e Schuz¹¹¹ diferenciaram o princípio do melhor interesse da criança genericamente formulado em contraposição ao mesmo princípio quando aplicado ao caso concreto de subtração internacional. Essa diferenciação tornou-se ponto central do debate sobre a aplicação da Convenção da Haia de 1980, principalmente após as reviravoltas do caso *Neulinger*, paradigma da subtração internacional na Europa, quando a Corte Europeia de Direitos Humanos interpretou o texto convencional como se não trouxesse em seu arcabouço o viés de proteção da criança, aplicando o princípio do melhor interesse da criança para afastar a aplicação da Convenção neste caso concreto.

Segundo Araújo e Vargas,

No caso NEULINGER AND SHURUK v. SWITZERLAND (Application no. 41615/07), julgado em 2010, na Corte Europeia de Direitos

¹⁰⁷ PATON, Jennifer. The Correct Approach to the Examination of the Best Interest of the Child in Abduction Convention Proceedings Following the Decision of the Supreme Court in *Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal)*. **Journal of Private International Law**, Vol. 8, No. 3, DOI 10.5235, p. 547-576.

¹⁰⁸ LOO, Hannah (2016). In the Child's Best Interests: Examining International Child Abduction, Adoption, and Asylum. In **Chicago Journal of International Law**, Volume 17, Number 2, Article 7, disponível no <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss2/7>, p. 611-624.

¹⁰⁹ LETO, Marisa (2002). Whose Best Interest? International Child Abduction Under the Hague Convention. **Chicago Journal of International Law**: Vol. 3, No. 1, Article 22. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol3/iss1/22>, p. 246-253.

¹¹⁰ LENAERTS, Koen. The Best Interest of the Child Always Come First: the Brussels II BIS Regulation and the European Court of Justice. **Revista de Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos**: 2013, 20(4), p. 1302-1328.

¹¹¹ SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. **Transnational Law and Contemporary Problems**, Vol. 12, 393-452, 2002. Disponível em HeinOnline (<http://heinonline.org>), acesso em 31/08/2017.

Humanos - CEDH, discutia-se uma decisão do Tribunal Suíço que ordenara o retorno de uma criança para Israel. A decisão de primeira instância, em vista das provas apresentadas, havia entendido que a criança não deveria retornar a Israel por conta da ocorrência da hipótese do artigo 13, b (como aliás se discute no caso julgado pelo STJ), mas essa decisão foi reformada pelo Tribunal Superior, que ordenou o retorno da criança. Dessa última decisão, a mãe da criança efetuou uma demanda à Corte Europeia de Direitos Humanos, e obteve uma liminar para impedir o seu retorno. Em uma longa e detalhada decisão, que contou com um voto dissidente e várias declarações de votos, a CEDH concluiu que o retorno da criança para Israel não era compatível com o princípio do melhor interesse da criança. Em vista das provas carreadas, a situação se coadunava com a exceção do artigo 13, b., e por isso também a sua volta não deveria ser decretada¹¹².

Não por acaso, os doutrinadores europeus apressaram-se não só para criticar a decisão da CEDH no caso Neulinger, mas também para diferenciar o princípio genérico do melhor interesse da criança do mesmo princípio quando aplicado aos casos de subtração internacional de crianças. Esse julgamento chocou a Europa e o mundo, porque considerou que a Convenção da Haia de 1980, criada para proteger a criança, não necessariamente atenderia ao melhor interesse da criança.

Antes e depois do caso Neulinger, autores se debruçaram sobre o princípio do melhor interesse da criança aplicado à Convenção da Haia de 1980. Paton alerta para a ausência de exame detalhado sobre o melhor interesse da criança e sobre os méritos da disputa por custódia no mecanismo de retorno imediato. Cabe ao país de refúgio compreender que a Convenção da Haia de 1980 “procura proteger não os melhores interesses daquela criança individualmente considerada, mas os interesses das crianças subtraídas de forma coletiva”¹¹³. Afinal, não é do interesse da criança ser subtraída, por isso o mecanismo de retorno imediato está compatível, na maioria das vezes, com o melhor interesse da criança.

¹¹² ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. Comentário ao RESP 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 14, p. 117-137, 2012.

¹¹³ PATON, Jennifer. The Correct Approach to the Examination of the Best Interest of the Child in Abduction Convention Proceedings Following the Decision of the Supreme Court in Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal). **Journal of Private International Law**, Vol. 8, No. 3, DOI 10.5235, p. 547-576, p. 548. Tradução livre do trecho: “

Paton defende que o caso Neulinger foi um ponto fora da curva, uma exceção que comprova e fortalece a regra de que cabe ao país de refúgio, no julgamento com base na Convenção da Haia de 1980, deixar o exame mais detalhado e profundo do melhor interesse da criança ao tribunal do país de residência habitual. Criou-se uma regulação na Europa para evitar repetir-se o julgamento Neulinger. Refiro-me ao *Brussels II bis Regulation*. Segundo essa regulação, um tribunal não pode recusar o retorno de uma criança com fundamento no artigo 13(l)(b) se foi estabelecido que medidas adequadas foram tomadas para assegurar a proteção da criança após o retorno ao país de residência habitual.

Gonçalves analisa essa relação entre a correta aplicação da Convenção da Haia de 1980, reforçada pelo regulamento Bruxelas II, e a salvaguarda do superior interesse da criança, a partir do princípio da proximidade, relacionado com a competência internacional em matérias de responsabilidade parental.

No plano da competência internacional, o superior interesse da criança concretiza-se através do **princípio de proximidade**, atribuindo-se competência ao tribunal mais próximo da criança, pois este será a autoridade que estará em melhores condições para conhecer a real situação da criança, as suas necessidades, o seu estado de desenvolvimento e, por essa razão, será a autoridade que terá uma maior facilidade em obter a informação necessária para tomar as decisões mais adequadas e de forma atempada. Além disso, há também uma razão de eficácia jurídica das decisões que digam respeito à criança que justifica a atribuição de competência ao tribunal mais próximo da criança, pois, desta forma, estas decisões podem ser prontamente cumpridas no local onde a vida da criança decorre. (grifo nosso) ¹¹⁴

As consequências da regulação são visíveis em casos intra-europeus: o retorno imediato é praticamente garantido e, mesmo que a corte nacional determine a permanência da criança, a guarda será decidida no país de residência habitual, com a observância dessa decisão pelo Poder Judiciário do país de refúgio.

¹¹⁴ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O Caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças. **UNIO – EU Law Journal**, 2014. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/46799/3/UNIO%20%20-%20Anabela%20Goncalves_pt.pdf.

Como, de fato, desde 2008, observou-se uma reviravolta no perfil dos genitores perpetradores da subtração internacional, com a maioria das crianças sendo ilicitamente subtraídas pelo cuidador primário, geralmente a mãe, houve uma tendência maior de viés em favor das mães, cuidadoras primárias, nos julgamentos. Não raro, crianças têm sido subtraídas para locais que, embora não sejam sua residência habitual, têm certa familiaridade por já terem passado férias ou festividades com a família materna. Esse contexto deve ser enfatizado no momento de avaliar as disposições sobre o melhor interesse da criança.

Há um arcabouço legislativo no Brasil e no mundo resguardando os direitos da criança pelo princípio do melhor interesse. O artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU¹¹⁵ estabelece que

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **interesse maior da criança**.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Nesse contexto, vale a pena destacar o conceito de “melhor interesse da criança”, conforme o artigo 3º, VI, do já mencionado Anteprojeto de Lei, da Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, que será visto mais detidamente no próximo capítulo, que coloca a seguinte definição:

O direito de manter convívio com ambos os pais, suas respectivas famílias ou seus responsáveis legais; o de não ser transferida ilicitamente do seu Estado de residência habitual; e o de obter rápida

¹¹⁵ BRASIL. Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm, acesso em 01/09/2017.

solução do pedido de cooperação jurídica internacional de retorno ou de regulamentação do direito de visita¹¹⁶.

Destaca-se o melhor interesse da criança como independente e superior aos interesses dos pais. Tanto é assim que os documentos internacionais passaram a resguardar o princípio do melhor interesse da criança como se pode observar no artigo 3º (1) da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710, de 21/11/1990):

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Assim, o princípio do melhor interesse da criança deve balizar toda a atuação da Administração Pública brasileira. Especificamente, segundo a Convenção da Haia de 1980, ele é visto como “o direito da criança de não ser subtraída ou retida, contra a sua vontade”¹¹⁷ e “o direito de manter contato com ambos os genitores”¹¹⁸. Espera-se, portanto, que a atuação das instituições brasileiras nos casos de subtração internacional de criança também se pautem por esse princípio.

A Corte Europeia de Direitos Humanos referendou a análise estrita das exceções como um endosso de que o mecanismo de retorno imediato obedece ao princípio do melhor interesse da criança, principalmente após o julgamento do caso *Maumousseau*. Nesse caso, a família de mãe francesa e pai americano vivia nos EUA. Com a separação, a mãe viajou à França com a filha com autorização do pai para passar férias, decidindo não mais regressar. O pai ingressou com demanda na Autoridade Central dos EUA. A mãe alegou “situação

¹¹⁶ BRASIL. **Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças**. Anteprojeto de Lei. Disponível em <http://www.participa.br/subtracao-internacional-de-criancas/minuta-de-anteprojeto-de-lei-sobre-a-implementacao-da-convencao-da-haia-de-1980>. Acesso em 16/07/2016. (Anexo)

¹¹⁷ BRASIL. **Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças**. Anteprojeto de Lei. Disponível em <http://www.participa.br/subtracao-internacional-de-criancas/minuta-de-anteprojeto-de-lei-sobre-a-implementacao-da-convencao-da-haia-de-1980>. Acesso em 16/07/2016, artigo 3º.

¹¹⁸ Idem.

intolerável” se a filha retornasse para viver longe da mãe (“primary carer”) e do ambiente da França.

A Corte da França considerou que a mãe não conseguiu comprovar a alegação de risco grave e determinou o retorno da criança aos EUA. Apelando à Corte Europeia, a mãe alegou que houve violação do artigo 8 ao adotar abordagem restritiva do artigo 13 da CH-80, não examinando **o melhor interesse da criança** no caso específico.

A CEDH considerou, em dezembro de 2007, que houve intervenção (artigo 8), mas uma intervenção justificada no Estado Democrático de Direito. Ademais, a Corte teve atenção especial para o melhor interesse da criança ao fazer uma leitura da Convenção da Haia de 1980 à luz do artigo 3º da Convenção da ONU. A interpretação restritiva das exceções é a chave para o funcionamento da CH-80. A Corte da França fez uma investigação detalhada do caso em apreço, fazendo uma avaliação dos interesses em jogo, para decidir pelo retorno da criança aos EUA.

Reitera-se o entendimento de que não cabe ao país de refúgio fazer uma investigação profunda da situação fática para interpretar qual seria o melhor interesse da criança. Afinal, essa é uma questão cara ao Poder Judiciário do país de residência habitual, cabendo a este – e somente a este – fazer essa investigação profunda. Ao país de refúgio, cabe verificar alegações restritas de exceções à Convenção da Haia de 1980, para, do contrário, determinar o imediato retorno da criança.

Deve-se combater, no julgamento, a subjetividade na interpretação do princípio do melhor interesse da criança, de forma não baseada em provas, defender a permanência da criança no Brasil por razões externas à Convenção da Haia de 1980, como bem asseverou Leto.

A subjetividade do padrão de melhor interesse da criança permite aos juízes tomar decisões discricionárias. Discricionariedade essa que assume formas de viés de gênero, viés de nacionalidade, e julgamentos considerando a “adaptação” de crianças ao seu ambiente que é geralmente formado durante o atraso do processo judicial. O resultado é o substantivo descumprimento da Convenção da Haia¹¹⁹.

¹¹⁹ LETO, Marisa (2002). Whose Best Interest? International Child Abduction Under the Hague Convention. **Chicago Journal of International Law**: Vol. 3, No. 1, Article 22. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol3/iss1/22>, p. 247, em tradução livre. “The

Nesse contexto, o viés de gênero e o viés de nacionalidade são os mais frequentemente apontados nos julgados, segundo a doutrina mais abalizada¹²⁰. O resultado desses vieses é a proliferação de *undertakings* (compromissos) nas decisões judiciais, obrigando, por exemplo, o peticionário a pagar pelas custas do retorno não só da criança, mas também da genitora perpetradora da subtração internacional, além de pagar as despesas para a reinserção dela no país de residência habitual. Visivelmente, coloca-se o homem numa situação jurídica menos favorável para compensar uma reconhecida desvantagem fática da mulher. O viés nacionalista se apresenta nas contradições das sentenças de retorno.

A contradição aparente entre o melhor interesse da criança e a celeridade processual tem levado a maioria dos juízes brasileiros a análises indevidamente profundas das questões envolvidas, inclusive de cunho emocional, para subverter a ordem de prioridades da Convenção da Haia de 1980. Eis o primeiro contrassenso da aplicação convencional no Brasil. Instituiu-se informalmente que, primeiro, as exceções devem ser buscadas, mesmo que não alegadas, para depois proceder, em caso de não se verificar nenhuma delas, ao retorno. Só que o mecanismo de retorno imediato se pauta pela celeridade, que é quase sempre sacrificada em decorrência da necessidade de examinar essas exceções à exaustão.

Leto sugere que a solução mais prática para resolver as contradições na interpretação do que seria o melhor interesse da criança, no caso concreto de subtração internacional de crianças, seria remover a linguagem ampla do tratado para que se dispusesse de critérios objetivos para que as cortes internacionais pudessem aplicar com consistência¹²¹. É um problema internacional¹²². Essa proposta não tem sido contemplada pela sociedade

subjectiveness of the best interest standard enables judges to make discretionary decisions. Discretion often takes the form of gender biases, national biases, and judgments regarding the “acclimatization” of children to their environment that is often due to judicial delay. The result is substantive non-compliance with the Hague Convention”.

¹²⁰ Idem, p. 252.

¹²¹ Idem, p. 248.

¹²² O padrão brasileiro do paradoxo da criança adaptada é repetido em países como Alemanha e Áustria, portanto o esforço para promover o cumprimento da Convenção da Haia de 1980 é coletivo, não apenas do Brasil.

internacional, tendo em vista a baixa adesão à Convenção da Haia de 1996 sobre responsabilidade parental, que segue, *mutatis mutandis*, a linha de Leto.

No Brasil, as dificuldades para acelerar o procedimento são variadas. Segundo o Código de Processo Civil (CPC), deve-se fazer uma audiência de conciliação, em que o genitor que está com a criança poderia arguir, em sua defesa, as razões pelas quais procedeu à subtração internacional. Caso nenhuma delas seja provada, já poderia o juiz determinar o imediato retorno da criança. Porém, essas medidas esbarram no receio dos julgadores em encaminhar uma criança para o exterior, longe da proteção do Estado e do genitor que abandonou o país de residência habitual, sem ter a certeza de que a criança estará bem em outra jurisdição.

Não raro, na ACAF, a parte requerente arcava com o ônus da prova sobre alegações, geralmente infundadas, por parte dos *taking parents*, como no processo L. B. F.¹²³, em que o genitor abandonado foi obrigado a comprovar que não fazia uso de entorpecentes após alegação irresponsável da genitora. Ao interpelar a AGU as razões pela inversão do ônus da prova, percebeu-se haver um pedido do Ministério Público Federal naquele sentido. Isso demonstra que a tática de incutir dúvida nos julgadores funciona para os *taking parents*. Por isso, torna-se fácil ganhar tempo com as alegações, mesmo sem nenhuma prova ou indício, nem gerar nenhum tipo de responsabilidade por acusar sem provas.

Com isso, cria-se um paradoxo na aplicação da Convenção da Haia: quando todas as diligências requisitadas pelo juiz tiverem sua conclusão, na maioria das vezes, a criança já estará adaptada ao novo meio. Surge, assim, o que conceituamos de **paradoxo da criança adaptada**, que ocorre porque a dilação probatória é, em regra, indevida e contrária à Convenção da Haia, já que o pedido do genitor abandonado não levou mais de um ano, conforme artigo 12 da Convenção.

Entrementes, a prática jurídica vem sendo governada pelos vieses encontrados fora das normas, principalmente aqueles que reforçam nossa origem tradicionalista, de raiz católica, segundo a qual a criança deve

¹²³ BRASIL. Seção Judiciária da Justiça Federal de Goiás. Processo nº 25458-39.2014.4.01.3500/GO. **Sentença**. Juíza Federal: TAYER, Maria Maura Martins Moraes. Julgamento: 24 de novembro de 2015.

permanecer com a mãe. Ao invés de usar o conceito de normas, seguiremos a linha de Sobota, fazendo uso do conceito menos preciso de “regularidades”¹²⁴. Há também vieses de gênero e de nacionalidade.

Regularidades são padrões de comportamento observados dentro do próprio sistema. Elas constituem as ações, que influenciam o processo decisório, articulando-se como regras, mas, para Sobota, são apenas “regularidades”. Não podemos afirmar que essas regularidades são princípios ou regras, porque elas se evidenciam em premissas de um silogismo que não é necessariamente explicitado nas decisões judiciais. Segundo Sobota,

Em contraste com interpretações judiciais, a análise retórica concebe o texto legal como uma técnica concreta usada por determinada pessoa em uma situação específica. A situação é vista como um sistema aberto que é constituído por várias influências, sejam sociais, econômicas, culturais ou biológicas. A forma interna do discurso é vista como uma regularidade flexível e não como uma estrutura permanente. O método para identificar padrões retóricos é mais uma combinação imperfeita, porém consciente, de elementos científicos (ponto de vista externo) com traços da hermenêutica tradicional (ponto de vista interno).

(...) um bom juiz, dentro de um sistema jurídico extensivamente codificado, nunca se permite citar a maioria das premissas maiores dos silogismos que ele pretensamente toma como base de sua decisão. Minha hipótese é que, em sistemas jurídicos extensivamente codificados, o juiz nunca verbaliza qualquer premissa maior. Em sistemas jurídicos com um grau mais baixo de codificação, o juiz muitas vezes explicita uma ou duas premissas dentre as dez, vinte ou cinquenta a que está aludindo¹²⁵.

Quando se percebe que uma das premissas maiores do silogismo do juiz é a regra “a criança deve ser criada pela mãe”, somente se o perfil dela for muito fora do padrão da média das mães para que um juiz aplique o mecanismo de retorno imediato. Tudo isso faz parte do discurso de aplicação da Ch-80 no Brasil, cuja regra valorativa está presente nos julgados brasileiros.

Com vistas a evitar a construção dessas premissas maiores, a primeira parte do artigo 12 do Anteprojeto de Lei preconiza o seguinte:

¹²⁴ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma. Tradução de João Maurício Adeodato da Faculdade de Direito do Recife. ("Don't Mention the Norm!"). *International Journal for Semiotics of Law*, IV/10 (1991). Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife.

¹²⁵ Idem, p.4.

Quando uma criança tiver sido ilícitamente 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 criança¹²⁶.

O viés favorável à regularidade mencionada encontra-se presente no julgado L.B.F., já mencionado, em que o julgador considerou ter ultrapassado um ano, porque o início do processo no Poder Judiciário – e não na Autoridade Central – levou mais de um ano entre a data da subtração ilícita e o pedido de retorno. Afinal, o processo inteiro não encontrava exceções à Convenção da Haia de 1980, porém o objetivo era manter a criança no Brasil, com a mãe. Mesmo lançando mão de diversas acusações que se provaram falsas (uso de drogas e violência doméstica), a dúvida ficou incrustada na mente do julgador.

Foi exatamente essa forma de interpretação que prevaleceu em dois casos famosos: no caso Lannes e no primeiro julgamento do caso Sean Goldman, enquanto a genitora dele era a causadora da subtração. Vamos a eles.

2.3 OS CASOS LANNES E SEAN GOLDMAN

2.3.1 O caso Lanes¹²⁷

Em maio de 2003, o pedido de retorno imediato elaborado por Alejandro Daniel Esteves Lanes chegou à ACAF. Levou-se mais de uma década

¹²⁶ BRASIL. **Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças**. Anteprojeto de Lei. Disponível em <http://www.participa.br/subtracao-internacional-de-criancas/minuta-de-anteprojeto-de-lei-sobre-a-implementacao-da-convencao-da-haia-de-1980>. Acesso em 16/07/2016.

¹²⁷ Fontes diversas foram usadas para essa parte. BRASIL. **Autoridade Central Administrativa Federal**. Processo Administrativo nº 00005.209277/2003-41. BRASIL. **Autoridade Central Administrativa Federal**. Processo Administrativo nº 00005.209277/2003-41. BRASIL. Seção Judiciária Federal no Estado do Rio de Janeiro. 12ª Vara Federal. Processo nº 0018494-36.2003.4.02.5101 (2003.51.01.018494-5). **Sentença**. Juíza Federal KLEEMANN, Edna Carvalho. BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. Apelação Cível. Disponível em <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1497393/apelacao-civel-ac-388822-rj-20035101018494-5/inteiro-teor-100670638?ref=juris-tabs>. Desembargador Federal GONÇALVES, Benedito. Acesso em 21/10/2016. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RECURSO ESPECIAL Nº 1.214.408 - RJ (2010/0168011-0). Ministro KUKINA, Sérgio.

para chegar a uma resposta definitiva do Brasil, muito acima do prazo de seis semanas previsto na CH-80, no artigo 11. Em linhas gerais, a mãe das crianças levou-as ao Brasil para passar férias e não mais retornou ao país de residência habitual (Argentina), o que seria mais um caso simples de subtração internacional de crianças.

Depois de diversas tentativas, o pai-requerente não conseguiu seu objetivo de vê-los retornar à Argentina, causando grande abalo emocional, financeiro e moral para o pai, segundo suas palavras¹²⁸. Para as crianças, foi evidente o prejuízo de crescerem sem a companhia paterna no cotidiano. Busca-se compreender as razões para tamanho desrespeito aos prazos convencionados, apesar de envolver direitos fundamentais da criança, protegidos tanto em âmbito internacional quanto em âmbito nacional, conforme se vê no artigo 227 da Constituição Federal.

O caso Lannes é um paradigma da falta de celeridade no Brasil, mas está longe de ser uma exceção. Alejandro Esteve organizou uma viagem ao Brasil para passar as férias de fim de ano, sem saber que somente conviveria com seus filhos uma década depois. No dia 12 de janeiro de 2003, ele necessitou retomar à Argentina por razões de trabalho. Posteriormente, a mãe das crianças avisou que não retomaria à Argentina e, desde então, Alejandro passou a buscar um acordo para o retorno deles à Argentina.

Em 28 de março de 2003, o Segundo Tribunal de Família de San Isidro, Província de Buenos Aires, outorgou a guarda provisória de Dan e Paul ao senhor Esteve, e ordenou o retorno das crianças à República Argentina. Intimada, a mãe apresentou defesa. Alegou que a vinda para o Brasil teve o objetivo de mudança definitiva, de forma conjunta. Inclusive, o casal desalugou o apartamento onde moravam em Buenos Aires e venderam todos os móveis da casa para adquirir novos no Brasil. Não procede, segundo ela, o argumento de que a vinda seria apenas para passar férias. O pai resolveu voltar voluntariamente. Solicitada a apresentar documentos comprobatórios da mudança familiar, esses nunca foram apresentados.

¹²⁸ BRASIL. **Autoridade Central Administrativa Federal**. Processo Administrativo nº 00005.209277/2003-41, p. 151.

Enquanto ganhava tempo na ação, a mãe das crianças ingressou com regulamentação de guarda provisória dos filhos na Vara de Família do Rio de Janeiro, com deferimento provisório da guarda, mesmo sem ouvir ou intimar a outra parte, ou seja, o genitor. A AGU tomou conhecimento tardio e, em 27/02/2004, solicita à ACAF que officie ao juízo para que se desconsidere a sentença por força do teor do artigo 16 (vedação de decisão sobre o fundo de guarda) da Convenção da Haia.

A demanda foi *incontinenti* encaminhada à Advocacia-Geral da União (AGU) para que enviasse petição inicial adequada. Em 08/08/2003, foi impetrada uma ação cautelar com o objetivo de fazer valer o mecanismo de restituição imediata do artigo 11. A decisão da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro, de 14/08/2003, acatou em parte os argumentos da AGU, considerando o mecanismo de restituição imediata uma afronta ao contraditório e à ampla defesa da mãe, porém considerou legítimos os argumentos para tomar medidas acautelatórias de apreensão dos passaportes e documentos de identidade das crianças, além de proibir a saída deles do Rio de Janeiro.

Marcada para 31/03/2004, a audiência na Justiça Federal ficou inviabilizada diante da informação de que corria ação de guarda e alimentos na Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Para o juízo federal, somente depois da decisão da justiça estadual haveria o pronunciamento da federal, por ser uma “questão de direito de família”, inclusive anunciando que solicitaria um laudo pericial-psicológico das crianças.

Evidente foi o equívoco do juízo federal nessa questão. Se houvesse mais debates e mais aprofundamento do procedimento de subtração internacional no Brasil, dificilmente o juízo federal, competente para decidir sobre uma questão de jurisdição (direito internacional privado), regulado por tratado – e não de direito de família -, teria tomado uma decisão dessa natureza. O ponto positivo para o retorno foi a solicitação do Ministério Público Federal para que o juízo procedesse à imediata restituição das crianças à Argentina. Em contrapartida, percebe-se que já se transcorreram nove meses entre a petição inicial (cautelar) e a audiência.

A justiça estadual marcou audiência para o dia 08/07/2004, posteriormente adiada para 31/08/2004. Alejandro requereu visitar os filhos, de

maneira excepcional, mas essa visita foi adiada. Segundo Alejandro, ele constatou, de pronto, que um de seus filhos sofreu maus tratos (queimaduras), alienação parental e danos psicológicos. Já o filho mais novo apresentava retardo na fala e na expressão corporal. Alejandro solicitou imediata intervenção judicial para que seus filhos fossem avaliados, com urgência, por profissionais da saúde.

O adiamento para o dia 31/08/2004 ocorreu porque, no dia anterior à audiência na Vara de Família, inicialmente marcada para o dia 08/07/2004, três delinquentes abordaram Alejandro, chamando-o pelo nome, e deram uma surra nele, deixando duas costelas quebradas, sem nada dele levar. Escusou-se ao juízo por sua ausência, explicando-lhe o motivo. Ficou mais de um mês internado em um hospital do Rio de Janeiro, sob os cuidados de sua irmã, que se deslocou da Argentina para ficar com ele, pois não havia ninguém no Brasil para acompanhá-lo. A mãe das crianças alegou que nada tinha a ver com isso.

No dia 03/11/2004, a juíza da Vara de Família do Rio de Janeiro se convenceu da importância do artigo 16 da Convenção da Haia e revogou a guarda provisória, suspendendo o processo de guarda e alimentos da 9ª Vara de Família do Rio de Janeiro até que houvesse sentença irrecorrível na Justiça Federal.

A decisão prolatada pela Justiça Federal em 09/03/2005, ou seja, um ano após a audiência, declarou extinto o processo de restituição devido à falta de legitimidade ativa da União. Observa-se que não é comum haver uma demora de ano e meio para decidir uma questão envolvendo interesses de incapazes no Poder Judiciário. Para agravar a situação, não é comum a alegação de ilegitimidade ativa da União, por se tratar de uma questão eminentemente privada. Não se percebe que os direitos e as obrigações advindos de tratado são competência da União (inteligência do artigo 109, III, da Constituição Federal), que tem o interesse de cumprir com suas obrigações internacionais.

Em 17/06/2005, a União interpôs recurso de apelação, com os seguintes fundamentos: o Estado brasileiro é responsável por assegurar o cumprimento das convenções internacionais das quais o Brasil seja parte, conforme artigo 109, III, da Constituição Federal; na qualidade de assistente, o

senhor Esteve apresentou recurso de apelação, aderindo à solicitação efetuada pela União. Mais uma vez, a demora foi o principal destaque do processo judicial, pois o recurso somente chegou ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) em 18/12/2006, ou seja, ano e meio depois do recurso.

Em suma, a AGU alega, em razões de apelo, que a lide posta em juízo não inclui a discussão sobre o mérito do poder familiar; que “os fatos que determinaram a propositura da ação configuram ofensa a normas veiculadas em convenção internacional, regulamentada pelo Estado brasileiro – a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Crianças”¹²⁹; que os artigos 16, 17 e 19 expressam que o fundo do direito de guarda não se insere em seus regramentos, representando “matéria de conhecimento exclusivo da jurisdição do Estado em cujo território os menores possuam residência habitual”¹³⁰; que a inicial se refere “à restituição das crianças à República Argentina, pelo fato de terem sido retidos ilicitamente pela recorrida, no território brasileiro”¹³¹.

O ano de 2007 já começaria com um atraso de quase quatro anos no processo judicial. Para piorar a situação, somente em 24/03/2008, ou seja, mais de um ano da chegada do processo no TRF-2, este tribunal apreciaria o recurso, dando provimento parcial e reconhecendo a legitimidade ativa da União para o caso. Se não bastasse isso, o TRF-2 adentrou o mérito da questão e deslegitimou a solicitação de restituição, com base no interesse superior da criança e no fato de que teriam transcorrido cinco anos desde que as crianças foram ilicitamente retidas no Brasil, sendo prejudicial para elas o seu retorno à Argentina. Tudo isso sob o fundamento de que havia elementos suficientes para demonstrar que a família teria intenção de permanecer no Brasil, portanto o desiderato teria sido a mudança definitiva da família, da Argentina para o Brasil.

Não contente com a decisão, o senhor Alejandro Esteve ingressou com o pedido de indenização e responsabilização do Brasil em âmbito

¹²⁹ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. Apelação Cível. Disponível em <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1497393/apelacao-civel-ac-388822-rj-20035101018494-5/inteiro-teor-100670638?ref=juris-tabs>. Desembargador Federal GONÇALVES, Benedito. Acesso em 21/10/2016, p. 10.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem.

interamericano, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH). Inegavelmente, o processo na CIDH mudou os rumos do processo, mas o mérito da questão, em decorrência do tempo já transcorrido, não teria alteração. Até hoje, a CIDH não apreciou o mérito da questão em caráter definitivo.

Em 21 de maio de 2008, a União ingressou com embargos de declaração perante o mesmo TRF alegando que houve contradição, na medida em que a decisão afirma que a matéria é unicamente de direito, quando, na verdade, foi realizada uma análise fática do mérito.

Um ano depois, em 18 de maio de 2009, o Tribunal rejeitou os embargos de declaração por ter esse recurso intuito evidentemente infringente, o que deveria ser feito pela via pertinente, ou seja, o Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para se comprovar a tese apresentada na CIDH, a União buscou esgotar todos os recursos internos, demonstrando às partes que tomou todas as medidas possíveis para ver obedecida a CH-80. Entrementes, o caso já estava perdido pelo decurso temporal, mas seria necessário manter a disputa judicial para esgotar os meios internos de recurso.

Dessa forma, em 13 de julho de 2009, impetrou-se Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal (STF), ao passo que, no dia seguinte, foi impetrado Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Entre os Embargos de Declaração da AGU, em 21 de maio de 2008, e o primeiro despacho decisório no STJ, transcorreram-se mais de 5 anos.

O objeto do Recurso Extraordinário se referiu à declaração de inconstitucionalidade do artigo 515, §3º do Código de Processo Civil de 1973 na sentença de 24 de março de 2008. Com isso, solicitava-se ao STF para que se devolvesse ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, tendo em vista que a decisão do juízo *a quo* promoveu a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão

exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. [\(Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#)

Não há notícia do resultado desse questionamento da AGU no STF no bojo da pesquisa, porém fica evidenciado que o STF afastou o julgamento por não terem os autos retornados, conforme a solicitação.

No STJ, o Ministro Relator, Sérgio Kukina, determinou, por despacho¹³², no dia 11/11/2013, uma Audiência de Conciliação para verificar a possibilidade de visitas regimentais a ser realizada entre 13 e 15 de dezembro de 2013, uma vez que já perfazia dez anos que o pai não tinha acesso constante aos filhos.

Entendo, como medida de prudência, que o pedido de fixação de regime provisório de visitas deva ser apreciado somente após a realização da mencionada audiência, oportunidade em que os infantes poderão se manifestar a respeito.

Depois de avaliar o processo, muitas negociações para retomada dos contatos entre pai e filhos, tornou-se inevitável o desfecho: depois de mais de 10 anos morando no Brasil, a criança mais velha já não mais se sujeitava à Convenção da Haia de 1980, porque já concluíra a idade de 16 anos, enquanto a criança mais nova estava prestes a completar 15 anos e, mais um ano, também estaria fora do escopo da Convenção.

Dessa forma, restou ao juízo determinar a manutenção das crianças no Brasil pelo tempo transcorrido de quase 12 anos, findando o processo de forma definitiva, em setembro de 2015. Mais uma vez, a lentidão processual determinava o desfecho da não restituição imediata.

Desde o dia 14 de setembro de 2004, quando Alejandro Daniel Esteve apresentou petição em nome próprio e de seus filhos contra a República Federativa do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pelas supostas violações ao devido processo legal ocorrida no processo de retorno de seus filhos para a Argentina, não houve desdobramentos efetivos em

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.214.408 - RJ (2010/0168011-0)**.

seu favor. A representação perante a CIDH foi posteriormente assumida pela advogada Fabiana Marcela Quaini, mas tampouco houve mudança nos rumos do processo. A petição recebeu o número P-897-04¹³³.

Em 2 de novembro de 2011, a CIDH elaborou o Relatório nº 173/2011, pela admissibilidade da petição. A petionária sustentou: 1) que houve demora injustificada na tramitação dos procedimentos federais de restituição, tanto em primeira instância quanto nos recursos interpostos; 2) que o senhor Esteve não pode ser parte principal do processo de restituição, o que “violaria seu direito de acesso à justiça e igualdade perante a lei”¹³⁴; 3) o Brasil cometeu “prevaricato” internacional. Percebe-se que a CIDH também não foi nada diligente, porque levou mais de sete anos para admitir a petição de reparação. Como afirmar que o estado brasileiro foi se a própria CIDH sofre do mesmo mal?

Segundo a argumentação da defesa (AGU), o Brasil fez sua parte na esfera executiva. Porém, “os juízes brasileiros concluíram que a permanência das crianças no Brasil não constitui ato ilícito levando em conta o interesse superior das mesmas”¹³⁵. O foco do problema está no Poder Judiciário e não no Poder Executivo ou nas leis processuais brasileiras. Afinal, nada justifica cinco anos de processo em trâmite célere ou urgente.

Por diversas vezes ao longo da defesa brasileira na CIDH, faz-se menção à necessidade de distinguir a atuação do Estado brasileiro, agindo por interesse próprio para o cumprimento das obrigações internacionais, da atuação em nome do requerente. Enfatizou-se que a face interna do Estado brasileiro, a União, atua em juízo representando os interesses do Estado estrangeiro, atendendo a pedido de cooperação jurídica internacional.

Por isso, tanto a Autoridade Central brasileira quanto a AGU agem pelo cumprimento da CH-80, segundo os interesses da República Argentina que levam à cooperação interestatal. Obviamente, o elo inicial da relação é o pedido do genitor abandonado, porém a AGU não o representa em momento algum.

¹³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Relatório 173/2011**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/cidh-argentino.pdf>. Acesso em 21/07/2016.

¹³⁴ Idem, p. 1.

¹³⁵ Ibidem.

Tanto isso é verdade que a ação movida pelo senhor Alejandro Esteve na Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil teve a mesma AGU atuando em sua defesa.

Examinando em detalhes o caso Lanes, constata-se que o caso reuniu, de uma só vez, os principais dilemas da aplicação da CH-80 no Brasil, variando desde o conflito de competência até a questão do tempo decorrido para a decisão com a adaptação das crianças. Certo é que muitos deles já foram suficientemente enfrentados pela jurisprudência dos tribunais superiores, não deixando mais dúvidas acerca das questões mais básicas, como a competência da justiça federal e a legitimidade ativa da União para atuar nesses casos.

Visivelmente, a consequência mais drástica da letargia processual do Poder Judiciário brasileiro desembocou no processo de reparação na CIDH, que levou a um infundável discussão acerca dos pressupostos e, principalmente, da tese de esgotamento dos recursos internos, que não procedia no caso em análise. De um jeito melancólico, expôs-se a lentidão processual brasileira.

2.3.2 O caso Sean Goldman

Sean Goldman nasceu no dia 25 de maio de 2000, da relação entre David George Goldman e Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro. Casados desde dezembro de 1999, o casal decidiu viver em Tinton Falls, estado de New Jersey, EUA. Quando Sean completou quatro anos, a mãe avisou a David que gostaria de fazer uma visita aos pais no Brasil, levando o filho do casal para passar férias de duas semanas.

Mal sabia David que essa viagem seria o início de um drama familiar que levaria mais de seis anos para ser resolvido, com o esgotamento dos seus recursos financeiros e emocionais. Uma semana depois de desembarcar no Brasil, Bruna ligou para David para comunicar o fim do casamento, ajuizando uma ação de divórcio, em que exigiria a custódia integral da criança para que eles pudessem viver no Brasil.

Segundo David¹³⁶, ela exigiu que ele fosse ao Brasil imediatamente para assinar o divórcio e conceder direitos de custódia para ela, “se ele quisesse ver Sean novamente”. Foi nesse momento que ele percebeu que tudo havia sido meticulosamente preparado de má-fé. Além dessas demandas, havia o dever de abstenção em prestar queixas criminais contra ela nos EUA, não ingressar com demandas nos EUA, pois isso poderia interferir na obtenção da cidadania americana para Bruna.

Orientado por advogados americanos, David tomou conhecimento da Convenção da Haia de 1980, recebeu instruções para não ir ao Brasil, não dar entrada no processo de divórcio nos EUA até que Sean estivesse de volta e não ceder às chantagens de Bruna. Afinal, a mãe de Sean já havia matriculado a criança numa escola no Rio de Janeiro, contratou um terapeuta para “lidar com a perda do pai”, dando sempre a impressão que David havia consentido com a mudança do filho e com a separação¹³⁷.

A Corte Superior de New Jersey considerou, em 26 de agosto de 2004, que a retenção de Sean no Brasil era ilegal, determinando o retorno da criança em 48 horas de recebida a intimação. Todos os bens de Bruna foram congelados nos EUA. Em 3 de setembro de 2004, começou o pedido de retorno da criança Sean Goldman de volta aos EUA¹³⁸.

Somente estaria o processo concluso para sentença em agosto de 2005, ou seja, um ano após o ingresso com ação judicial. A decisão do juiz Fábio Tenenblat em 5 de outubro de 2005 dizia que, apesar de ter havido uma retenção ilícita, o laço mais importante da criança é com a mãe e que, por já estar adaptado ao Brasil, o pedido de retorno deveria ser negado.

Houve recurso porque a sentença afirmava como fundamento o artigo 12 da Convenção da Haia de 1980. Este artigo só poderia ser aplicado nos casos em que o genitor abandonado tivesse ingressado com pedido de retorno um ano após a data da retenção ilícita ou subtração internacional. Em

¹³⁶ GOLDMAN, David. **A Father's Love: One Man's Unrelenting Battle to Bring His Abducted Son Home**, capítulo 1 – The Phone Call.

¹³⁷ Idem, capítulo 6 – Reality Check.

¹³⁸ BRASIL. Justiça Federal. Processo nº 2004.51.01.022271-9.

decorrência do tempo transcorrido, não havia mais esperanças de reversão da sentença.

Era mais uma sentença típica caracterizadora do **paradoxo da criança adaptada**, que foi confirmada no TRF da 2ª Região e sequer foi conhecido pelo STJ. A ementa do STJ é conhecida por sua completa desconstrução da Convenção da Haia de 1980.

Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças. Situação consolidada. Risco de danos psíquicos e emocionais se houver retorno da criança ao país de origem (Estados Unidos).

- Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte.

- Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

- Este processo não busca definir a guarda do menor; apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América.

- A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas.

- Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal.

- Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea b), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança.

- Com tal delineamento fático dado ao processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem. Recurso especial não conhecido, por maioria¹³⁹.

¹³⁹ BRASIL. STJ. **Recurso Especial 900.262 – RJ (2006/0221292-3)**, 3ª Turma, Julgamento em 21/06/2007, Relatoria Ministra Nancy Andrighi.

Interessante observar que a própria ementa suaviza os termos da sentença. Afinal, ao afirmar que “este processo não busca definir a guarda do menor”, não se menciona que já havia decisão de guarda exclusivamente em favor do pai, no juízo competente. Para piorar a situação, afirma-se que o processo busca “decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida”. Percebe-se que “transferida” dá a conotação de um ato legal, lícito, enquanto “retida” ou “subtraída” daria contornos de ilicitude para o ato.

Em seguida, a ementa informa que a sentença está em sintonia com a CH-80, “porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas”. Mesmo com o reconhecimento da ilicitude da ação materna em todos os julgados, considerou-se que a decisão estaria em conformidade com o convencionado em decorrência da adaptação da criança ao Brasil, mesmo tendo o pedido de retorno imediato sido feito bem antes do prazo de um ano. Definitivamente, a interpretação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil estava dissonante com a jurisprudência estrangeira e com o espírito convencional.

Mesmo com todas as possibilidades praticamente esgotadas, David interpôs dois Embargos de Declaração no RESP, que foram rejeitados. Em seguida, ingressou com Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no RESP. Visivelmente tentava-se, sem sucesso, apelar para uma questão constitucional indireta, como cerceamento de defesa ou reserva de plenário. Com o não recebimento do RE, interpôs-se Agravo de Instrumento que foi julgado prejudicado, em 2009, em razão do falecimento de Bruna.

Meses depois da rejeição final no STF, Bruna viria a óbito quando teve complicações no parto para o nascimento da sua filha com um advogado influente no Rio de Janeiro, João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva. Iniciar-se-ia agora um novo processo, de um pai lutando não contra a mãe, mas dessa vez contra um padrasto, que registrou Sean como seu filho socioafetivo, de forma apressada, para ganhar legitimidade no processo. Observa-se que a influência da família Lins e Silva fez diferença no andamento processual na Justiça Estadual do Rio de Janeiro.

Como relata David, em entrevista à Revista Piauí, é o absurdo dos absurdos que um pai seja privado de ver seu próprio filho enlutado com a morte da mãe por determinação judicial.

Goldman se exalta sempre que esse capítulo volta à pauta. “Como é possível”, pergunta, “que uma pessoa sem qualquer relação de sangue com uma criança cujo pai biológico está vivo e atuante tenha reconhecida uma ‘paternidade socioafetiva’ resultante de um ato de seqüestro? O que estão querendo fazer com o meu filho? Acoplar-lhe o sobrenome Lins e Silva e apagar sua identidade original? É o absurdo dos absurdos, sendo acatado por um juiz de direito.” Pelo relato de Goldman, o mesmo juiz ainda indeferiu o seu pedido para ver o filho que acabara de perder a mãe. Outras fontes garantem que a negativa partiu dos familiares enlutados¹⁴⁰.

O novo processo teve início com o inconveniente de João Paulo ter ajuizado uma ação declaratória de paternidade socioafetiva cumulada com posse e guarda, na 2ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro, “a qual havia deferido tutela antecipada e concedido a guarda provisória do menor a ele. E ainda, a retificação no assento de nascimento de Sean alterando-se o nome do pai e dos avós paternos”¹⁴¹.

Questiona-se como um juiz de família concede a alteração do nome do pai e dos avós paternos sem haver a oitiva do pai biológico, que ainda está vivo e lutando pela guarda do filho. Concebe-se uma decisão dessa natureza quando os pais biológicos falecem, quando os pais estão em lugar incerto e não sabido ou quando existe alguma situação anormal que coloque a criança em situação de risco. Na pesquisa, tentou-se verificar a petição inicial, mas novamente o “sigilo” impediu o acesso ao documento. Infere-se da decisão em âmbito federal que houve a alegação de que o pai biológico teria abandonado a criança¹⁴².

¹⁴⁰ HARAZIM, Dorrit. Um Pai em Terra Estrangeira. **Revista Piauí**, Edição 26, Novembro de 2008. <http://piaui.folha.uol.com.br/materia/a-busca-do-filho/> Acesso em 16/08/2017.

¹⁴¹ LEITE, Rafaella de Menezes. Alienação Parental nos casos de sequestro internacional de crianças e adolescentes: o caso Sean Goldman. In **Alienação Parental: interlocuções entre o direito e a psicologia**. ARAÚJO, Sandra Maria Baccara et ali. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014, p. 130.

¹⁴² BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Processo nº 2008/0248384-5.

David buscou a Autoridade Central dos Estados Unidos para provocar a intervenção pública brasileira, informando, com o auxílio de seus advogados, a situação nova de existência de um pai socioafetivo.

David Goldman suscitou, perante o STJ, o Conflito de Competência entre o Juízo Federal da 16ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro e o Juízo de Direito da 2ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro, bem como a invalidade de todos os atos praticados pelo juízo estadual. Foi declarada, portanto, a competência do Juízo Federal para julgar a ação de busca e apreensão e também a ação de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva¹⁴³.

A União requereu ao juízo federal a busca, a apreensão e a restituição da criança aos EUA; a condenação do Réu ao pagamento de todas as despesas com o retorno da criança, além dos custos administrativos e advocatícios. A título de antecipação de tutela, postulou a União a imediata busca e apreensão da criança; subsidiariamente, a proibição do Réu e da criança de sair da cidade do Rio de Janeiro sem autorização do juízo, apreensão de todos os documentos de viagem da criança; e a fixação do regime de visitas ao pai da criança. Como assistente litisconsorcial da União, David Goldman postulou ingresso no feito, que lhe foi concedido.

O Réu postulou o sobrestamento do feito até que a AGU se manifestasse em relação ao seu pedido administrativo para desistir do feito por incompetência absoluta; alegou ausência de interesse processual da União; ilegitimidade ativa da União; incompetência absoluta da Vara Federal, no que tange à regulamentação de visitas; no mérito, pugnou pela improcedência do pedido, porque todas as exceções da CH-80 estavam ali configuradas, em atendimento ao melhor interesse da criança.

A visita do pai foi agendada para 18/10/2008, mas não havia ninguém no endereço do Advogado. Por essa ação, David ingressou com o pedido de condenação por litigância de má-fé, em que João Paulo foi condenado, em definitivo, apenas em 2011.

¹⁴³ LEITE, Rafaella de Menezes. Alienação Parental nos casos de sequestro internacional de crianças e adolescentes: o caso Sean Goldman. In **Alienação Parental: interlocuções entre o direito e a psicologia**. ARAÚJO, Sandra Maria Baccara et ali. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014, p. 131.

Em 1º de junho de 2009, o juiz Rafael de Souza Pereira Pinto proferiu a sentença de mérito para o retorno de Sean Goldman aos EUA num prazo de 48 horas. Em 82 páginas, o magistrado produziu o documento mais fiel ao espírito da Convenção da Haia de 1980, refutando todos os argumentos esposados pelo Réu João Paulo Lins e Silva de forma magistral. Alguns trechos devem ser citados pela precisão técnica do magistrado e pela forma como desconstruiu uma por uma as objeções de ordem processual e material. Destaca-se o trecho em que o juiz desvenda a interpretação do artigo 12 da Convenção da Haia de 1980.

Depois de desconsiderar todas as questões processuais interpostas pelo Réu, o juiz inicia a decisão de mérito elucidando sobre a natureza ilícita da retenção de Sean no Brasil.

Aliás, é válido acentuar que a ilicitude da retenção de SEAN, em território nacional, já havia sido devidamente reconhecida por todos os órgãos jurisdicionais que atuaram na anterior demanda então movida pelo ora assistente da União, em face da Sra. BRUNA BIANCHI. É dizer: da leitura das decisões ali proferidas, depreende-se que, se a ordem de retorno da criança deixou de ser concedida, no âmbito daquele primeiro processo, isto se deu não porque se tenha considerado lícita a permanência de SEAN no Brasil. Não. Entendeu-se, isto sim, que, a despeito da ilicitude da situação, incidiriam na hipótese exceções previstas no tratado¹⁴⁴.

Depois disso, distingue-se a primeira retenção ilícita da segunda, perpetrada pelo padrasto, ora Réu, que buscou, por vias escusas, transferir o poder familiar, que caberia exclusivamente ao pai da criança, para si. Dessa forma, não há razão para que a residência habitual de Sean seja no Brasil, se sua genitora falecera.

Nessa ordem de ideias, o ponto a ser enfatizado consiste em que, se, a primeira retenção de SEAN revelou-se ilícita - e já se viu que a resposta é afirmativa - não há dúvidas de que esta segunda retenção, agora levada a efeito pelo padrasto do menino, jamais poderia ser tida de outra forma. É também ilícita. Até porque o ora Réu, embora por um novo ato ilícito, nada mais fez senão retomar a situação de ilicitude iniciada pela mãe da criança, em julho de 2004, situação essa que somente veio a ser cessada (pelo menos de sua parte), quando do triste falecimento da Sra. BRUNA BIANCHI. Seguindo esse raciocínio, se a permanência de SEAN no Brasil encontrava-se viciada na sua origem, evidentemente, a residência habitual do menor jamais poderia

¹⁴⁴ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. **Sentença**. Processo nº 2008/0248384-5. Juiz PINTO, Rafael de Souza Pereira. Julgamento em 01/06/2009, p. 26.

ter sido validamente fixada em nosso País, como, de maneira equivocada, data venia, sustentou o Réu¹⁴⁵.

Em relação à interpretação do artigo 12 da Convenção da Haia de 1980, por ser o objeto da presente dissertação, merece maior destaque e comentários ao final da citação.

Da simples leitura desse comando legal, salta aos olhos que a exceção aí prevista só é aplicável na hipótese de, entre a data da transferência ou retenção ilícita e a data do início do procedimento administrativo ou judicial, visando ao retorno da criança, haja decorrido um período de tempo superior a 1 ano.

Note-se que a exceção está prevista no segundo parágrafo do artigo. O primeiro, por sua vez, estabelece a regra geral, qual seja, retorno imediato caso o procedimento administrativo ou judicial tenha sido deflagrado em prazo inferior a 1 ano do ato ilícito, não se cogitando, ali, de qualquer adaptação do menor.

Ora, in casu, a retenção ilícita de SEAN, perpetrada pelo Réu, e que é objeto de exame nos presentes autos, iniciou-se a partir do lamentável falecimento da Sra. Bruna Bianchi, ocorrida em 22/08/2008. A presente demanda, de seu turno, veio a ser proposta em 26/09/2008, isto é, pouco mais de um mês apenas, após o início desse novo ato ilícito. O simples cotejo de tais datas afasta, por completo, a incidência da exceção disciplinada no artigo 12 da Convenção¹⁴⁶.

Viu-se que esse raciocínio simples, lógico e irrefutável não encontrou respaldo em boa parte das decisões judiciais no Brasil. A constatação de que o Brasil se comprometeu a cumprir – e não cumpre - uma convenção internacional cujo mecanismo de retorno imediato é a chave do tratado encontra na interpretação judicial seu maior entrave. Afinal, as regras de exceção não exigem interpretação restritiva, por isso não se pode fazer interpretação extensiva, ampliativa ou analógica do artigo 12.

É que a exceção contida no art. 12 da Convenção parte de uma premissa lógica, qual seja, a de que a criança objeto do pedido de restituição esteja em poder de um de seus genitores. Afinal, evidentemente, a Convenção da Haia trabalha com a premissa central de que, na imensa maioria dos casos, o autor do ato ilícito de remover ou reter o menor em outro país, que não o de sua residência habitual, é um de seus pais. Assim, é óbvio que as exceções constantes da Convenção, em especial a de que trata o artigo 12, devem ser lidas e interpretadas à luz dessa mesma premissa, sob pena de se alcançar resultados geradores de perplexidade.

Dito de outro modo, e raciocinando em tese, não é razoável - aliás, chega mesmo ao plano do surrealismo - admitir que uma dada pessoa,

¹⁴⁵ Idem, p. 27.

¹⁴⁶ Idem, p. 30.

desprovida de poder familiar sobre o menor - um terceiro -, oponha-se à entrega da criança ao pai, ou à mãe, ou a ambos, sob o fundamento de que o menor está integrado a seu novo meio¹⁴⁷.

Contra esta decisão, interpôs João Paulo Lins e Silva uma apelação, recebida apenas no efeito devolutivo. Isso levou ao ingresso com um Agravo de Instrumento perante o TRF da 2ª Região, que deferiu a antecipação de tutela para suspender a imediata entrega do menor. David interpôs um agravo interno contra essa decisão, mas o julgamento foi suspenso pelo pedido de vistas de um Desembargador Federal.

Muitos recursos foram impetrados por João Paulo Lins e Silva e pela avó materna de Sean, Silvana Bianchi, para frustrar a saída de Sean do Brasil. O principal argumento foi o fato de não ter sido colhido o depoimento do próprio Sean, negando a oportunidade de que ele se expressasse. Todos os julgados já afirmaram que o laudo psicossocial foi claro e direto ao demonstrar que Sean não tinha maturidade emocional para tomar esse tipo de decisão, mas a guerra de liminares assustou a imprensa americana, por não se entender como seriam cabíveis tantos recursos após uma decisão judicial.

A União foi obrigada a impetrar Mandado de Segurança com pedido de liminar contra ato do Ministro Relator Marco Aurélio no HC 101.985/RJ, que, afastando a eficácia do acórdão do TRF da 2ª Região, suspendeu a eficácia da decisão de segundo grau. Coube ao Ministro Presidente do STF à época, Gilmar Mendes, colocar um fim na questão, deferindo a liminar para sustar os efeitos da decisão do Relator, restaurando-se os efeitos da decisão do TRF da 2ª Região.

Uma batalha jurídica iniciada em junho terminara em dezembro de 2009. Foram seis meses que a imprensa americana ficara completamente desorientada com as idas e vindas do processo. Depois da entrega de Sean no Consulado dos EUA no Rio de Janeiro, vestindo uma camisa da seleção brasileira de futebol, parecia que a vida de Sean passaria por uma transição complexa. É fato que, depois de perdida a batalha judicial, o próprio João Paulo

¹⁴⁷ Idem, p. 32.

não fez contato com Sean, segundo David, muito menos para que este fizesse contato com sua meia-irmã brasileira.

A visitação dos avós maternos de Sean foi condicionada ao encerramento de todas as ações judiciais cujo mérito fosse a saída de Sean do Brasil, à participação dos avós maternos na terapia de Sean e à obrigação de não expor as visitas à imprensa. Até o encerramento desta dissertação, não houve novos desdobramentos dessa questão.

Ainda há muito a ser estudado e discutido em relação à aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil. Essa análise dos casos buscou trazer luz sobre aspectos controversos causados pelo passar do tempo, a partir da realidade dos julgados no País e, principalmente, a partir dos casos Lanes e Sean Goldman.

A existência de debates redundaram na formação da Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, cujo resultado mais palpável foi o Anteprojeto de Lei que, se aprovado, poderá trazer novos horizontes à aplicação da CH-80 no Brasil, colocando o procedimento em consonância com o melhor interesse da criança. Assim, o Brasil poderá alcançar maior equilíbrio na tensão entre o respeito à CH-80, o princípio do melhor interesse da criança e o devido processo legal.

2.4 Como enfrentar o paradoxo da criança adaptada?

Diante dessas constatações, pode-se agora apresentar quadro analítico sobre o que pode ser feito para reduzir os efeitos do paradoxo da criança adaptada. O próximo capítulo trará à tona a necessidade de elaboração de uma lei federal que estabeleça o rito especial para os casos de subtração internacional de crianças, seguindo outros exemplos exitosos. O objetivo maior é tornar o processo mais célere, sem desrespeitar os princípios do melhor interesse da criança e do contraditório e da ampla defesa.

Se a Europa adotou o regulamento Bruxelas II bis, fê-lo por uma razão simples: reforçar a convicção de que a cooperação judiciária internacional

deve ser compreendida por todos os países, de forma a proteger o princípio da proximidade e do juiz natural. Do contrário, abre-se espaço para contradições sistêmicas que prejudicam, ao fim e ao cabo, a proteção aos direitos da criança.

O **paradoxo da criança adaptada** demonstra uma contradição reveladora da inobservância do Poder Judiciário brasileiro às obrigações internacionais contraídas por tratado. Se o Brasil ainda não elaborou dispositivo legal para adequar-se ao ritmo de resposta da CH-80, revela-se um traço complexo das instituições brasileiras: o poder de adiar, indefinidamente, a resolução de um problema constatado.

O presente capítulo demonstrou, por meio da análise de casos concretos, que o mérito dos julgamentos dos casos de subtração internacional de crianças está, indelevelmente, condicionado ao tempo transcorrido de permanência indevida da criança no Brasil. Como se naturalizou a lentidão processual na prática judiciária brasileira, não se cria substrato crítico suficiente para enfrentar a questão.

Além de todas as propostas já verificadas, no capítulo 1, em relação às questões administrativas na ACAF, quanto na AGU, anteriores à proposição da ação de busca, apreensão e restituição imediata, outras propostas já foram discutidas, como o estabelecimento de varas federais especializadas, a adoção de cartilhas explicativas e o adensamento do debate sobre questões relevantes para o cumprimento da Convenção da Haia de 1980.

A análise da questão temporal foi importante em suas duas vertentes. A primeira, do artigo 12, visou a comprovar a desnecessidade de avaliar a adaptação ao novo meio, tendo em vista que a subtração é considerada “nova”, ou seja, anterior a um ano entre o fato e o pedido de retorno. A segunda vertente avaliou a demora do Poder Judiciário brasileiro em pronunciar a sentença e a decisão irrecorrível, fator responsável pela infundável delonga dos processos.

O caso Lanes entrou para a história da ACAF como o caso mais longo sem clara resolução. Sequer o pedido de reparação na CIDH teve a atenção devida, ficando sete anos sem análise. A morosidade processual,

beirando o descaso, levou o caso de seis semanas para mais de uma década até a decisão irrecorrível.

O caso Sean Goldman apresentou pontos de contato com o Lanes, porém os resultados finais foram deveras diferentes. Enquanto Alejandro Esteves somente pôde voltar a ter contato efetivo de convivência após seus filhos completarem 16 anos, David Goldman contou com o destino (a triste morte da senhora Bruna) para, mesmo assim, enfrentar uma batalha judicial com um estranho na relação parental antes de conseguir voltar a conviver com Sean. Somente o “surrealismo” do Poder Judiciário brasileiro, nas palavras do Dr. Pinto, permitiria que um estranho tivesse mais direito sobre uma criança do que o próprio pai biológico, ainda detentor dos direitos de guarda.

A análise dos dois casos serviu para ilustrar como a demora processual afeta a vida das crianças subtraídas. Enquanto o caso Sean Goldman ganhou repercussão internacional, afetando inclusive as relações comerciais Brasil-EUA, pouco ou quase nada se tratou na imprensa sobre a agonia do senhor Alejandro Esteve no Brasil. O **paradoxo da criança** adaptada esteve presente em ambos os casos, pairando como ameaça aos genitores abandonados, atônitos diante da interpretação equivocada dos juízes federais brasileiros diante de uma norma clara aos olhos do cidadão leigo.

Evidente se torna a necessidade de enfrentar o paradoxo da criança adaptada. Verifica-se que a inovação do ordenamento jurídico pátrio, com a transformação do Anteprojeto de Lei, criado pela Comissão Permanente de Subtração Internacional de Crianças, em lei poderia revolucionar a tramitação dos casos de subtração internacional no Brasil. Mesmo que haja críticas pontuais ao Anteprojeto de Lei, como veremos no próximo capítulo, definitivamente foi este o trabalho mais expressivo sobre a necessidade de obediência do Poder Judiciário (*compliance*) à Convenção da Haia de 1980. Por isso, deve ser analisado em capítulo próprio para que o debate seja detalhado em favor de uma lei completa, que mude o paradigma brasileiro.

CAPÍTULO 3

O ANTEPROJETO DE LEI: PROBLEMA OU SOLUÇÃO?

A aplicação da Convenção da Haia no Brasil encontrou percalços na Justiça Federal, logo no início da vigência do texto convencional; porém, mudanças significativas na visão do Poder Judiciário aproximaram os julgados recentes do espírito convencional, a partir do maior conhecimento do tema da subtração internacional de crianças.

Falta ainda resolver a questão da falta de celeridade processual. Diante dessa circunstância, foi louvável o empenho das autoridades brasileiras para propor uma forma de procedimento judicial e administrativo que contemplasse os principais anseios por segurança jurídica, celeridade processual e respeito ao melhor interesse da criança.

O presente capítulo analisa a proposta do Anteprojeto de Lei de forma crítica. Na primeira parte, questiona-se o teor de leis regulamentadoras de convenções internacionais para avaliar as possíveis consequências no ordenamento jurídico pátrio. Os principais benefícios dessa regulamentação seriam a possibilidade de contar com prazos mais curtos em comparação ao Código de Processo Civil, rito sumaríssimo específico para esses casos e respeito ao contraditório e à ampla defesa fundamentado na lei.

Avaliando os dispositivos do Anteprojeto, determinados pontos são controvertidos. Por isso, na segunda parte, analisar-se-á o texto e o contexto do Anteprojeto de Lei, trazendo informações em relação ao trabalho da Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças e seus objetivos; posteriormente, será destacado o contexto em que a Comissão Permanente trouxe esse conjunto de propostas que ficou mais conhecido como Anteprojeto de Lei e quais as perspectivas para o futuro.

Na terceira parte, dar-se-á ênfase ao esforço brasileiro para responder às suas obrigações internacionais (“compliance”). A partir da análise de exemplos exitosos no contexto latino-americano - Uruguai e El Salvador-, torna-se possível apontar outras alternativas para tornar a CH-80 no Brasil mais célere e efetiva. O objetivo dessa terceira parte é discutir se as propostas do Anteprojeto podem conduzir a aplicação da CH-80 no Brasil ao pleno intuito de

cumprimento dos parâmetros convencionais, incluindo a proposta de recurso ordinário ao STJ, uma avaliação sobre o diálogo entre a Lei de Alienação Parental e a subtração internacional de crianças e a delicada abordagem sobre a violência doméstica nesse contexto.

Ressalta-se que a existência de uma lei regulamentadora, por si só, dificilmente resultará na mudança de paradigma almejado pelos juristas brasileiros. Deve-se avaliar se a percepção dos julgadores mudará a partir da vigência de procedimentos céleres e obrigatórios, cujo enfoque será a resolução do conflito de jurisdição – o local de residência habitual - e não a decisão sobre a guarda da criança. Por fim, esboçar-se-á uma avaliação crítica para demonstrar a legitimidade e a importância do esforço brasileiro por *compliance*.

3.1 A legitimidade da lei que visa a regulamentar a Convenção da Haia no Brasil

Questiona-se se a Convenção da Haia trata de direitos humanos ou é simplesmente uma convenção internacional para indicar o país de residência habitual da criança, portanto, de cunho meramente processual. Caso se considere portadora de *status* de direitos humanos, ela teria força de emenda constitucional, conforme o art. 5º, §3º da Constituição Federal? E se for meramente processual, ela prevalece sobre o Código de Processo Civil por ser lei especial? Afinal, qual é o lugar da CH-80 no ordenamento jurídico brasileiro? A partir dessas respostas, pode-se construir o argumento para posicionar a lei regulamentadora – criada a partir do Anteprojeto de Lei - no ordenamento jurídico pátrio, no futuro.

Para qualificar um tratado ou uma convenção como relacionada aos direitos humanos, requer-se avaliar o objetivo principal desse documento. No caso da CH-80, o principal enfoque é a proteção das crianças subtraídas, que invariavelmente são objeto de disputas entre seus pais ou detentores de guarda para além das fronteiras nacionais.

Outro debate importante se refere à relação entre a CH-80 e a Convenção dos Direitos da Criança. Rhona Schuz¹⁴⁸ avalia que não há inconsistências entre a CH-80 e a Convenção dos Direitos da Criança, apesar da década que as separa. Dessa forma, não há como se negar o caráter protetivo da Convenção da Haia de 1980, apesar de o mecanismo de retorno imediato não dar tempo para que o Poder Judiciário avalie possíveis desrespeitos aos direitos das crianças, porquanto o juízo mais adequado por ser o juízo natural para avaliar essas questões é o do país de residência habitual.

Nesse sentido, segue Schuz¹⁴⁹, o diálogo das fontes reforça três grupos de direitos das crianças, que devem ser observados: o direito de manter contato com ambos os pais, de ter sua voz e sua vontade respeitadas e de ter seu bem-estar protegido. Por isso, o melhor interesse da criança é respeitado exatamente quando o mecanismo de retorno imediato funciona, por três razões: primeiro, por anular os efeitos negativos da subtração ou retenção internacional indevida; segundo, por desencorajar os perpetradores da subtração ou da retenção internacional, em decorrência da certeza de que irão ter de retornar ao país de residência habitual; terceiro, por defender a proteção dos interesses da criança, que é mais efetiva e legítima quando a disputa da guarda ocorre no país de residência habitual.

Em razão do exposto, e do fato de o Brasil ser signatário de ambas as convenções, não há motivos para questionar: o País as firmou e as internalizou no intuito de dar máxima efetividade à proteção das crianças, mais especificamente protegendo as crianças da subtração e da retenção internacional indevidas.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, a Convenção da Haia de 1980 tem hierarquia supralegal. Desde a Emenda Constitucional 45, de 2004, o STF solidificou entendimento que tratados ou convenções de direitos humanos aprovados antes da EC/45 ou fora de seus parâmetros, teriam *status* supralegal, como visto no Voto-Vista do Ministro Gilmar Mendes e reiteradas vezes confirmado pela Suprema Corte, como assevera Portela.

¹⁴⁸ SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. 12 **Transnational Law and Contemporary Problems**: 393, 2002, p. 396.

¹⁴⁹ Idem, p. 397.

Quanto aos tratados de direitos humanos aprovados antes da EC/45 ou fora de seus parâmetros, o STF abandonou a noção de que as normas oriundas de tais compromissos equivaleriam às leis ordinárias, substituída por dois novos entendimentos. O primeiro, por ora majoritário, é o da **supralegalidade** desses tratados, defendida, por exemplo, pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 90.172/SP. O segundo, atualmente minoritário, é o da constitucionalidade material das normas internacionais de direitos humanos, defendida pelo Ministro Celso de Mello em voto proferido no julgamento do HC 87.585/TO e, posteriormente, do HC 96.772/SP. Além disso, o Ministro Celso de Mello vem ultimamente defendendo também a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável ao menos como critério interpretativo a guiar o Judiciário na aplicação das normas de direitos humanos, internacionais ou internas. (grifo nosso) ¹⁵⁰.

Uma vez constatada a posição de norma supralegal da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, cabe agora verificar se uma norma regulamentadora teria lugar no ordenamento jurídico pátrio. Essa construção legal deriva do necessário “diálogo das fontes”, proposta por Erik Jayme ¹⁵¹, em que se demonstra haver, na aplicação do direito internacional privado, uma reorganização do ordenamento jurídico para, na prática, solucionar antinomias.

Dessa forma, caso o Anteprojeto de Lei para regulamentar o processo de restituição e visitas a crianças subtraídas conforme a CH-80 entre em vigor como lei ordinária, ela será inferior à própria Convenção da Haia de 1980, que manterá seu perfil hierárquico de supralegalidade. Porém, dada a sua especialidade para procedimentos específicos de subtração internacional de crianças, ela prevalecerá sobre o Código de Processo Civil, utilizando-se de sua complementariedade nos pontos omissos.

Diante da morosidade da justiça federal brasileira, indaga-se a validade de buscar um instrumento jurídico hábil para reduzir o tempo de tramitação, que é representado pelo Anteprojeto de Lei em análise nesse momento.

A conclusão mais evidente é que, apesar das possíveis falhas da legislação proposta, o esforço para tentar adequar a legislação brasileira vigente é muito válido, porque houve a assinatura e a internalização da Convenção da

¹⁵⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 133.

¹⁵¹ JAYME, Erick. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do PPGD/UFRGS** 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003.

Haia de forma consciente, por que então não tentar fazê-la ser cumprida e adaptada ao ordenamento jurídico por meio de um procedimento especial?

O esforço de uniformização demonstra a seriedade do Brasil perante seus compromissos internacionais, principalmente no momento em que já ficou demonstrado que a lentidão processual atrapalha sobremaneira os esforços para o cumprimento da CH-80, ou, como bem advertiu Daniel Trecca,

uma sentença de restituição prolatada dois anos depois de começar um processo jamais será justa, já que se ordena a restituição do menor, não só não haverá evitado o dano que provoca o desenraizamento do lugar de sua residência habitual, mas também estará provocando um novo, desta vez legal, ao retorná-lo ao Estado que verdadeiramente já deixou de ser, de fato, sua residência habitual (tradução livre) ¹⁵².

Verifica-se a legitimidade da lei regulamentadora como o ápice do esforço brasileiro por *compliance*, seguindo exemplos já comprovados de agilidade em outros países, principalmente o Uruguai e El Salvador. Além disso, não há nenhum óbice formal ou legal para que esse Anteprojeto de Lei adentre o ordenamento jurídico pátrio. Falta apenas o esforço político para que o Anteprojeto de Lei torne-se um projeto de lei e, conseqüentemente, uma lei.

3.2 O trabalho da Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças

A Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças foi criada a partir da Portaria nº 38, de 28 de janeiro de 2014, com início dos trabalhos a partir de 12 de maio de 2014, cujos objetivos específicos estão elencados no *briefing* divulgado à época do evento de abertura pela ACAF.

I – estudar e propor iniciativas de **prevenção à subtração** e retenção internacional de crianças e adolescentes;

II – propor medidas de **divulgação da Convenção** sobre Subtração e Retenção Ilícita de Crianças e Adolescentes e da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, bem como de capacitação de agentes públicos e operadores do direito envolvidos em sua aplicação;

¹⁵² TRECCA, Daniel. Entrevista ao autor, em 08/02/2017, por e-mail.

III – **propor procedimentos administrativos conjuntos** a serem adotados em casos em que houver alegação de ocorrência de violência doméstica contra a mulher, bem como contra criança e adolescente;

IV – elaborar **propostas de atos normativos** com vistas ao aprimoramento da implementação da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores e da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças;

V – **fomentar estudos e pesquisas sobre a implementação da Convenção** Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores e da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças¹⁵³; (grifos nossos)

Em relação ao primeiro objetivo, verificou-se uma grande dificuldade em relação ao trabalho de articulação com o Itamaraty. Apesar de haver trabalhos interessantes sobre o assunto¹⁵⁴, pouco ou nada foi divulgado nos consulados brasileiros em relação ao tema. O próprio Itamaraty chegou a publicar um livreto, anos mais tarde, para divulgar a questão, porém não houve nenhuma consulta à ACAF, a não ser quando o material já se encontrava pronto. Esse material não chegou a circular com desenvoltura nos consulados brasileiros no exterior. Em outras palavras, cada instituição trabalhou isoladamente em relação ao problema, gerando conflitos de atribuições e desconexão sobre a abordagem da questão.

Em relação ao segundo objetivo, constata-se que a principal divulgação da Convenção da Haia de 1980 ocorreu após a exposição midiática do caso Sean Goldman e não por um trabalho do Estado brasileiro no sentido de dar mais conhecimento aos operadores do Direito. A imprensa buscou conhecer melhor a Convenção e acabou por servir de divulgador melhor que a própria ACAF.

Em relação à capacitação de agentes públicos e operadores do direito envolvidos em sua aplicação, tem-se conhecimento dos encontros e seminários no Conselho da Justiça Federal, como o seminário recentemente organizado pelo CJF em dezembro de 2017, que contou com massiva participação de formadores de opinião.

¹⁵³ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos (SDH) da Presidência da República. **Briefing da Cerimônia de Abertura da Comissão**. ACAF, 2014.

¹⁵⁴ SANTOS, Eleonora Dutra W.A. **A Prevenção à Subtração Internacional de Crianças para o Brasil como Estratégia de Política Pública** (Monografia). Brasília: ESAF, 2014.

Já os procedimentos administrativos conjuntos para os casos de alegação de ocorrência de violência doméstica contra a mulher, bem como contra criança e adolescente, não foram devidamente implementados. A única proposta nesse sentido se referiu à elaboração de relatórios de detecção da ocorrência de violência doméstica pela SPM, cuja avaliação, no primeiro capítulo, concluiu que a elaboração desses relatórios não respeitam a legalidade nem o contraditório e a ampla defesa, devendo, portanto, ser repensado.

Faltou à Administração Pública brasileira buscar caminhos de compreensão do fenômeno da violência doméstica para que houvesse dados mais consistentes para os casos específicos de subtração internacional de crianças. Desconhece-se quantos casos de subtração internacional ocorreram logo após um episódio de violência doméstica.

A ACAF e a SPM não têm dados consistentes que demonstrem haver uma repetição dos casos em determinados países ou quando há dependência financeira da mulher em relação ao pai da criança. Talvez a reunião desses dados pudesse orientar os julgadores para conhecer as causas e as consequências desse fenômeno e, assim, mapear possíveis soluções para reforçar a proteção à mulher e, principalmente, à criança subtraída.

Em relação ao quarto objetivo, o aprimoramento da implementação da Convenção da Haia de 1980 por meio de ato normativo será a principal abordagem neste capítulo. A elaboração do Anteprojeto de Lei será discutida a fundo para poder colaborar também com críticas e observações.

Esse último objetivo de fomento à pesquisa sobre o tema não encontrou respaldo à época, tanto que o único centro de pesquisa que se interessou para apoiar esses estudos foi a Universidade de Brasília, no ano de 2016. Mais recentemente, organizou-se o Grupo de Pesquisa sobre a *compliance* do Brasil na Subtração Internacional de Crianças, junto à Universidade Makenzie.

É notório que a Comissão Permanente foi criada em decorrência da demanda por *compliance* gerada pelo caso Sean Goldman. Logo em seguida aos tristes episódios de idas e vindas no Poder Judiciário brasileiro, o STF, durante a presidência da Ministra Ellen Gracie Northfleet, criou um Grupo de Combate ao Sequestro Internacional de Crianças, à época coordenado pelo Desembargador Jorge Antonio Maurique, do TRF da 4ª Região, cujo enfoque era

debater a aplicação da Convenção da Haia de 1980 e tecer comentários e orientações sobre a aplicação do texto convencional.

Fizeram parte da Comissão Permanente a SDH, o MJ, o MRE, a SPM, a AGU, a DPU e o DPF, pelo Poder Executivo; o CNJ, os Juízes de Ligação da Rede Internacional de Juízes da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do MPF.

Foi muito positiva a iniciativa para articular os esforços do Brasil no cumprimento da CH-80, fazendo com que os órgãos conversassem entre si. Embora essa iniciativa precisasse ser tomada assim que o Brasil se tornasse membro da Convenção da Haia de 1980, em 2000, essa articulação interinstitucional já deu resultados significativos na divulgação dos termos convencionais entre juízes e procuradores.

Entre os principais desafios da comissão, o *briefing* elenca os seguintes:

- a) Analisar e conceber **anteprojeto de lei sobre regime especial de tramitação das ações** judiciais que envolvam casos de subtração internacional de crianças (em particular para cumprir o prazo de 6 semanas para o julgamento do pedido de retorno);
- b) Construção de instrumentos para a **prevenção do sequestro de crianças** (cartilha, cartaz, peças de redes sociais, vídeo-aula, articulação das redes);
- c) Construção conceitual e programática do **3º Seminário Internacional** sobre Subtração de Crianças (a ser realizado entre 13 e 14 de novembro de 2014, em São Paulo/SP)¹⁵⁵;

O principal objetivo do Anteprojeto de Lei seria reduzir a margem de discricionariedade e subjetividade dos juízes federais, tornando o espaço para interpretação da CH-80 o mais restrito possível, com ênfase em dois pontos: a análise das exceções, quando alegadas, nos estritos termos convencionais e a proibição da (indevida) dilação probatória para obtenção de provas no Brasil.

3.3 O esforço brasileiro de *compliance*: em busca por celeridade processual

¹⁵⁵ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos (SDH) da Presidência da República. **Briefing da Cerimônia de Abertura da Comissão**. ACAF, 2014.

No Seminário sobre Subtração Internacional de Crianças, ocorrido em 4 de dezembro de 2017, no Conselho da Justiça Federal, a Coordenadora do Núcleo de Subtração Internacional de Crianças da ACAF, Lalisa Froeder Dietrich, fez interessante comentário, a partir de um caso, sobre o conceito de *compliance*.

Narra a Coordenadora que, em determinada ocasião, recebera ela uma pessoa na ACAF, avó de uma criança, preocupada com a possibilidade futura de sua filha ter de devolver a criança ao pai, residentes em país estrangeiro. A genitora já pensava em regressar, principalmente após o divórcio.

O genitor tentou impedir que a genitora levasse o filho para o Brasil, mesmo para as férias, por receio da retenção ilícita. O Poder Judiciário local considerou abusivo o pedido paterno, considerando que a criança deveria ter respeitado o direito à convivência com ambas as famílias. Diante da negativa, o Poder Judiciário depositou toda a confiança no Brasil, para o caso de a genitora tentar reter ilicitamente a criança.

O receio do genitor foi confirmado. Não havia nenhum risco para a criança, nem violência contra eles. Ela simplesmente não queria mais morar no país estrangeiro. A genitora levou a criança para o Brasil, ensejando a abertura de processo de retorno imediato. Apesar de todas as provas em contrário, a CH-80 não foi aplicada corretamente, fazendo com que o pedido de retorno imediato fosse negado, em decorrência da suposta adaptação da criança ao novo meio (a tese do **paradoxo da criança adaptada**).

Quebrou-se, assim, a confiança depositada no Poder Judiciário brasileiro, porque não se aplicou a Convenção da Haia de 1980, conforme prometido pelo Estado brasileiro. **Essa confiança na aplicação convencional é a *compliance***. Confia-se no cumprimento, por isso os agentes públicos envolvidos na Comissão Permanente tinham a consciência de que o Poder Judiciário falhava nesse ponto.

Diante da consolidação do paradoxo da criança adaptada como praxe na jurisprudência brasileira, buscou-se uma alternativa legal para desmitificar o procedimento de retorno no Poder Judiciário brasileiro. Em

decorrência disso, o grupo de expertos foi reunido com o objetivo de elaborar um anteprojeto de lei que desanuviasse aspectos dúbios na jurisprudência e eliminasse dúvidas do procedimento de retorno imediato. Além disso, o Anteprojeto de Lei também tinha a meta de promover a celeridade processual específica nos casos de subtração internacional de crianças.

A grande inspiração viria dos resultados satisfatórios oriundos da lei de aplicação da CH-80 no vizinho Uruguai. Porém, sabe-se que a estrutura jurídica do Uruguai é deveras diferente. Haveria um esforço de adaptação. Muitas sugestões aplicadas no Uruguai estão presentes no Anteprojeto de Lei, guardadas as devidas proporções.

Recentemente, tomou-se conhecimento de que El Salvador também dispunha de um sistema especial de trâmite para a subtração internacional de crianças, como afirmou o representante da Conferência da Haia para a América Latina, o senhor Ignacio Goicoechea, na apresentação “Responsabilidade Internacional do Brasil no cumprimento da CH80”, realizada no Seminário Internacional sobre Subtração Internacional de Crianças, no Conselho da Justiça Federal, em 4 de dezembro de 2017, em Brasília/DF. Esse assunto será analisado mais adiante, em tópico apartado.

Primeiramente, tratar-se-á do Anteprojeto. A primeira observação se refere à terminologia estabelecida no artigo 3º¹⁵⁶, cujos conceitos estabelecem parâmetros de aplicação para a administração pública e tem caráter vinculativo.

Art. 3º Para os efeitos desta lei considera-se:

I - criança: pessoa menor de 16 (dezesesseis) anos de idade;

II - subtração internacional de crianças: a transferência ou retenção internacional ilícita de criança em país diferente daquele de sua residência habitual;

III - transferência ilícita: alterar a residência de criança para país diverso daquele de sua residência habitual, em violação ao direito de guarda atribuído de fato ou de direito a pessoa ou instituição, efetivamente exercido em período imediatamente anterior à alteração da residência;

¹⁵⁶ BRASIL. **Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças**. Anteprojeto de Lei. Disponível em <http://www.participa.br/subtracao-internacional-de-criancas/minuta-de-anteprojeto-de-lei-sobre-a-implementacao-da-convencao-da-haia-de-1980>. Acesso em 16/07/2016. (Anexo)

IV - retenção ilícita: manter criança em país diverso daquele de sua residência habitual, em violação ao direito de guarda atribuído de fato ou de direito a pessoa ou instituição, efetivamente exercido em período imediatamente anterior à ocorrência da manutenção;

V - residência habitual: local onde a criança vivia e no qual mantinha laços de convivência familiar e comunitária no momento imediatamente anterior à sua transferência ou retenção ilícita;

VI - melhor interesse da criança: o direito de manter convívio com ambos os pais, suas respectivas famílias ou seus responsáveis legais; o de não ser transferida ilicitamente do seu Estado de residência habitual; e o de obter rápida solução do pedido de cooperação jurídica internacional de retorno ou de regulamentação do direito de visita;

VII - direito de guarda: direito, entre outros, de decidir ou de participar da decisão sobre o Estado de residência habitual da criança, incluindo o de se opor à transferência da criança para o exterior, em conformidade com a lei do Estado de sua residência habitual, atribuído por decisão judicial, ato administrativo ou acordo;

VIII - direito de visita: o direito de convivência entre a criança e seus familiares, a ser exercido inclusive com a possibilidade de se levar a criança temporariamente para local diverso do seu Estado de residência habitual, atribuído por decisão judicial, ato administrativo ou acordo;

IX - regulamentação do direito de visita: a organização ou proteção do exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis para o seu exercício, removendo, tanto quanto possível, os obstáculos ao exercício desse direito.

Como já visto no capítulo 1, o processo administrativo estabelece que a Autoridade Central do país demandante encaminhe toda a documentação para que haja análise de admissibilidade por parte da ACAF. Embora haja questionamento sobre o poder de encerramento de um processo administrativo por parte da ACAF, por ser essa atribuição exclusiva do Poder Judiciário brasileiro, o Anteprojeto claramente dá poderes à ACAF para concluir um pedido de retorno no caso de não haver o encaminhamento da documentação essencial.

Assim, na falta de determinada documentação essencial, estabelecido prazo razoável para complementação, o genitor abandonado ou a Autoridade Central que não envie tais documentos, conforme se verifica do artigo 6º, §1º, terá declarada a extinção do processo¹⁵⁷.

Art. 6º Recebido o pedido de cooperação jurídica feito com base nas Convenções referidas nesta lei, a Autoridade Central Brasileira analisará os seus requisitos formais e, quando for o caso, adotará as diligências solicitando o envio de nova documentação, ou documentação complementar, em prazo razoável.

¹⁵⁷ Ibidem.

§1º Vencido o prazo, sem manifestação ou com manifestação insuficiente, a Autoridade Central recusará o processamento do pedido declarando a extinção do processo.

§2º O pedido deve ser instruído com elementos que comprovem o efetivo exercício do direito de guarda ou de visita, acompanhado de tradução para o vernáculo.

Recebida a documentação necessária ao início do pedido de retorno, caberá à ACAF localizar a criança, contando para isso com o apoio da Polícia Federal e de outros órgãos públicos ou privados¹⁵⁸. Caso haja evidências de que a criança se encontra em outro país contratante, o processo será imediatamente encaminhado para o país requerente ou para o outro contratante.

Uma vez localizada a criança, far-se-á a notificação do responsável para que se tome conhecimento da demanda, apresentando razões no prazo de dez dias. Nessa comunicação ao genitor perpetrador da subtração, dá-se ciência do papel da DPU. Caso fique caracterizada a possibilidade de fuga ou situação de grave risco para a criança, dispensa-se a notificação prevista no artigo 8º.

A primeira crítica se refere ao tempo dessa notificação, além da possibilidade, quase sempre remota, de fazer-se acordo. Em primeiro lugar, caberia à ACAF, após a localização da criança, municiar o Poder Judiciário Federal, via AGU, com jurisprudência daquele país de residência habitual, além de fazer os contatos devidos com a congênere estrangeira. Essa notificação consome tempo precioso para o genitor abandonado. Seria muito mais interessante se essa notificação pudesse ser feita por e-mail ou telefone¹⁵⁹, atestando-se no processo administrativo as razões alegadas para justificar a subtração.

Além do mais, em caráter comparativo, não há justificativa para que a ACAF dê prazo de dez dias para manifestação, quando o próprio Poder Judiciário já dará prazo para manifestação. No Uruguai e em El Salvador, esse prazo é de três dias para o comparecimento à audiência única. Verifica-se, no

¹⁵⁸ Art. 7º Instruído adequadamente o pedido de cooperação jurídica, a Autoridade Central Brasileira tomará as providências necessárias à localização da criança, podendo requerer o auxílio das autoridades policiais brasileiras, órgãos públicos e organizações da sociedade civil, quando for o caso.

¹⁵⁹ A notificação por e-mail ou telefone permite maior agilidade ao processo, fazendo-se uma certidão de que houve o procedimento, a hora e a data.

Brasil, a repetição indevida de concessão de prazos, sem justificativa plausível. Em regra, a manifestação à ACAF é muito próxima daquela feita em juízo e, não raro, pouco ou nada se acrescenta de novo ou relevante ao processo. Por isso, a sugestão seria que a ACAF encaminhasse logo o processo à AGU para que esta requeresse a notificação judicial do *taking parent* de que existe um pedido de retorno, com a necessidade de manifestação expedita.

De fato, a possibilidade de acordo em âmbito administrativo é remota, porque somente o juízo competente tem poder de decisão no mérito. Dessa forma, é mais interessante que a ACAF já informe à AGU a existência do processo, para que se ganhe tempo na produção da peça jurídica mais adequada para requerer a aplicação do mecanismo de retorno imediato. O papel de ouvir o outro lado caberia apenas ao Poder Judiciário Federal.

Por isso, a conciliação prevista no artigo 9º do Anteprojeto é simplesmente desnecessária, porque o Poder Judiciário tem melhores condições de promover essa conciliação, com pessoal mais bem treinado, além de não dispende tempo.

Art. 9º Concluídos os procedimentos de notificação, a Autoridade Central Brasileira promoverá os meios possíveis para alcançar a conciliação entre as partes, em atenção ao melhor interesse da criança.

Art. 10. Se a criança for maior de 12 anos, ou já possui grau de maturidade tal que seja apropriado ouvi-la, a Autoridade Central Brasileira poderá realizar sua oitiva especial, mediante profissional especificamente habilitado, documentando-se o ato em laudo técnico ou gravação audiovisual.

Outro equívoco em relação ao papel da ACAF nesse processo administrativo se refere à oitiva da criança com maturidade suficiente, previsto no artigo 10, quando esse papel de produção de provas processuais cabe exclusivamente ao Poder Judiciário, como o próprio artigo 20¹⁶⁰ faz concluir. Caso a ACAF fosse um órgão estável¹⁶¹, com orçamento bem definido e com concurso público para efetivar profissionais de psicologia para verificar essa

¹⁶⁰ “Se a criança for maior de 12 anos, ou já possui grau de maturidade tal que seja apropriado ouvi-la, o Juiz poderá determinar sua oitiva especial, mediante profissional especificamente habilitado.

¹⁶¹ ACAF já mudou de ministério três vezes, encontrando-se atualmente vinculado ao Ministério da Justiça (MJ), sendo que as mudanças de gestão ainda conduzem a raciocínios bastante personalizados, não havendo, ainda, uma configuração de pessoal estável nos últimos anos.

situação, talvez esse papel pudesse ser exercido para auxiliar o juízo¹⁶². Porém, a realidade revela um órgão ainda sujeito às intempéries políticas e sua composição (servidores públicos) ainda é muito instável.

A busca por um acordo amigável deve ser buscado exclusivamente no âmbito do Poder Judiciário, tal qual previsto nos artigos 18 e 19, porque essa é a instância responsável por determinar o retorno da criança ou a aplicação de uma das exceções. Na prática, raríssimas foram as vezes que um processo administrativo encerrou-se ainda na fase administrativa¹⁶³. Dessa forma, considera-se mais interessante que a ACAF tenha um prazo razoável de quinze dias para enviar toda a documentação para a AGU, para que esta possa ingressar com medida judicial cabível no Poder Judiciário.

Caso haja a possibilidade de acordo em âmbito judiciário, haverá liberdade plena para que se decida sobre todas as questões atinentes à criança, desde que não haja nenhuma afronta à legislação do Brasil ou do país de residência habitual. Por isso, foi muito bem-vinda a prescrição em favor da mediação conforme previsto nos artigos 23 e 24.

Art. 23. Na audiência, o Juiz, conciliador ou mediador esclarecerá o réu sobre os objetivos das convenções que visam coibir a subtração internacional de crianças e as consequências da sua conduta, envidando esforços para que seja realizado acordo entre as partes.

Art. 24. O acordo poderá versar sobre os direitos de guarda, de visitas e de alimentos, assim como sobre todo e qualquer aspecto que seja determinante para pôr fim ao litígio.

§1º Se o acordo dispuser sobre direito diverso do que fundamenta a ação é necessária a anuência expressa ao acordo pela pessoa física ou jurídica que detenha o direito de guarda ou de visita sobre a criança.

§2º Caso a efetividade da autocomposição demande sua execução no exterior, o acordo poderá incluir a obrigação de sua homologação judicial ou a obtenção de ordem judicial no exterior que reproduza seus termos.

Na parte processual, o Anteprojeto de Lei é digno de elogios em diversos pontos. Primeiro, porque limita o prazo da contestação (art. 25) até a data da audiência de conciliação ou de mediação, ou, caso não haja audiência

¹⁶² No momento, por exemplo, a ACAF não conta com psicólogos concursados, que possam atuar nesse papel.

¹⁶³ Em nossa experiência como Supervisor da ACAF, apenas uma única vez isso aconteceu, porque os genitores promoveram a reconciliação e solicitaram o encerramento do processo.

por não haver interesse de ambas as partes na composição (art. 344, §4º, CPC), prazo de 10 dias a partir do protocolo do pedido de cancelamento da audiência. Segundo, porque previu exatamente sobre quais pontos poderão versar as contestações no mérito, conforme artigo 27¹⁶⁴.

Art. 27. A contestação versará somente sobre as seguintes hipóteses previstas nas convenções como causas de negativa do retorno da criança:

I - a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção;

II - a pessoa que detinha o direito de guarda havia consentido ou concordado posteriormente com a transferência ou retenção;

III - existe risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar em situação intolerável;

IV - quando a transferência ilícita do menor tiver ocorrido há mais de um ano da data do início dos procedimentos administrativos, a criança se encontrar plenamente adaptada ao seu novo meio;

V - a criança se opuser ao retorno, desde que tenha atingido idade e grau de maturidade tais que seja apropriado ao Juiz levar em consideração a sua opinião.

§1º A exposição da criança ao ambiente de violência doméstica e familiar contra um dos genitores pode ser considerada para os efeitos do inciso III deste artigo.

§2º A duração do processo administrativo ou judicial não será considerada para efeitos do que dispõe o inciso IV.

§3º Para os efeitos da contagem do prazo de um ano previsto nos artigos 12 da Convenção da Haia de 1980 e 14 da Convenção Interamericana considera-se:

I - termo inicial - a data da subtração ou retenção ilícita da criança;

II - termo final - a data do recebimento do pedido de restituição perante a Autoridade Central Brasileira.

4º Na hipótese de retenção ilícita, o termo inicial será o dia em que a criança deveria ter retornado para o seu local de residência habitual.

Dessa forma, não há condições de o juízo fazer ilações ou interpretações sobre a aplicação da CH-80, limitando a discricionariedade do julgador. Em caso de implementação deste Anteprojeto de Lei, este artigo 27

¹⁶⁴ BRASIL. **Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças**. Anteprojeto de Lei. Disponível em <http://www.participa.br/subtracao-internacional-de-criancas/minuta-de-anteprojeto-de-lei-sobre-a-implementacao-da-convencao-da-haia-de-1980>. Acesso em 16/07/2016. (Anexo)

poderá reduzir o tempo de tramitação dos processos judiciais, além de fazer com que o Brasil possa cumprir, no longo prazo, com os termos da CH-80.

Outra inovação se refere ao prazo para que o juiz profira uma sentença de mérito após o saneamento e a audiência de instrução e julgamento do processo, conforme artigos 35 e 36 do Anteprojeto.

Art. 35. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz, não sendo aplicável o disposto no art. 364, §2º, do Código de Processo Civil.

Art. 36. Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 15 (quinze) dias.

Na parte referente às provas, restringe-se ainda mais a discricionariedade dos julgadores ao determinar que somente poderá haver perícia nas possibilidades de exceção ao retorno da criança, previstas no artigo 27, conforme dispõe o artigo 38. O artigo 39 serve para reforçar a tese da vedação da investigação de que a criança está adaptada sem o transcurso de um ano entre a retenção ou subtração ilícita e o pedido de retorno ao país de residência habitual. Representa esforço louvável para esclarecer os limites convencionais.

Art. 38. A realização de perícia será deferida pelo juiz quando o objeto de sua análise for diretamente relacionado às possibilidades de exceção ao retorno da criança, elencadas no artigo 27 desta Lei.

Art. 39. Apenas nos casos em que o tempo transcorrido entre a data da subtração ou retenção e o início dos procedimentos perante a Autoridade Central Brasileira for superior a 1 (um) ano, o Juiz poderá determinar a realização de perícia para averiguar se a criança se encontra adaptada ao seu novo meio, cujo laudo deverá ser juntado aos autos em até 20 (vinte) dias.

Parágrafo único. Não sendo decorrido o prazo de um ano conforme o caput, será vedado ao juiz considerar a adaptação da criança para efeitos de determinação do retorno.

Art. 40. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou, quando esta for determinada de ofício, pela parte que apresentou a alegação que fundamenta sua realização.

O artigo 38 apresenta um grave problema estrutural para o Anteprojeto: a realização de perícia só poderá ser deferida em duas hipóteses:

quando a criança puder ser ouvida, desde que tenha maturidade, e quando, transcorrido o prazo de um ano entre a saída da criança do país de residência habitual ou da retenção ilícita, houver razões para acreditar que a criança já esteja adaptada ao novo meio. Todas as demais hipóteses elencadas no artigo 27 prescindem da realização da perícia.

Ora, a comprovação de não exercício de guarda pela parte requerente não requer a realização de perícia, muito menos a comprovação do consentimento do outro detentor da guarda. Verifica-se também que a apuração de grave risco no retorno poderia até, em casos extremos, requerer a realização de uma perícia no local de residência habitual da criança, porém é bastante improvável que isso aconteça. Nesse sentido, a cooperação entre Autoridades Centrais é mais eficaz para apurar possíveis riscos no retorno do que uma perícia técnica no Brasil.

Percebe-se que o esforço para reduzir os prazos de duração do processo de retorno imediato no Brasil ainda esbarra em algumas propostas cujos prazos são incompatíveis com a celeridade necessária para o retorno imediato. Verifica-se a intenção de colocar a ACAF, mesmo desprovida de competência para tanto, como o primeiro pilar para a resolução do problema, como se ela tivesse condições de buscar a conciliação dentro de um suposto respeito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo, o qual sequer deveria existir.

Há caminhos plausíveis para que a celeridade esteja presente no pedido de retorno imediato. Para tanto, basta que a ACAF abstenha-se de tentar a conciliação, de buscar a obtenção de provas (oitiva) e concentre-se única e exclusivamente nas tarefas de localizar a criança e organizar a documentação necessária para o pedido de retorno imediato, além de fazer o intercâmbio de informações com suas congêneres. Com isso, aciona-se a AGU para que se proponha a medida judicial mais adequada. Caberá ao Poder Judiciário Federal tomar as medidas no sentido de buscar a conciliação, instruindo o processo e indicando a data que irá proferir a sentença de mérito, da forma mais célere possível.

Com isso, o processo de restituição de crianças no Poder Judiciário do Brasil seria mais equilibrado, fazendo do Brasil não mais um país de refúgio

na prática, porém um fiel cumpridor de suas obrigações internacionais. Essa situação vem-se modificando com o passar dos anos, e uma lei de aplicação pode consolidar o entendimento do propósito da CH-80, como aconteceu no Uruguai.

3.3.1 Os exemplos de Uruguai e El Salvador

A experiência uruguaia pode servir de exemplo para o projeto brasileiro, porque a Autoridade Central do Uruguai passou pelo mesmo dilema e apresentou-se na vanguarda da aplicação da CH-80. Percebendo a inconsistência do caminho processual, que não era claro apenas pela letra da lei convencional, decidiu-se por elaborar uma lei regulamentadora da aplicação da CH-80.

Segundo Daniel Trecca¹⁶⁵, da Autoridade Central do Uruguai, a nova lei garantiu mais segurança jurídica para os operadores do direito uruguaio, além de restringir as decisões judiciais ao cerne da discussão: houve ou não houve subtração internacional; e, se houve, se caberia no caso concreto alguma das exceções previstas. O resultado prático dessa medida constatou-se imediatamente, em que nenhum processo de restituição durou mais do que 6 meses no Uruguai, sendo a média de 2 meses, desde a entrada em vigor da nova lei.

É evidente que o Brasil buscou inspiração no exemplo uruguaio para movimentar a criação do Comitê Permanente de Subtração Internacional. Afinal, os termos do artigo 3º do Anteprojeto praticamente copiam os conceitos esposados pela Lei 18895/2012, do Uruguai.

Antes da Lei 18895/2012, não se sabia claramente qual era o processo a seguir no Uruguai, perdendo-se muito tempo para o juiz escolher o caminho procedimental. Depois, o desconhecimento da CH-80 levava os juízes, segundo Silvera, à prática de “autoatribuírem-se competência na questão da guarda”¹⁶⁶, confundindo o papel deles em relação ao pedido.

¹⁶⁵ TRECCA, Daniel. Entrevista ao autor, em 08/02/2017, por e-mail.

¹⁶⁶ SILVERA, María Lilian Bendahan. Comentarios sobre la nueva Ley de Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente. **Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales**, ISSN 2301-1114, Nº. 1, 2013, págs. 116.

Com a entrada em vigor da lei 18895/2012, estabeleceu-se o processo sumariíssimo para as demandas de retorno de crianças subtraídas, que segue o seguinte rito: apresentação da demanda, audiência única, decisão, recurso de apelação, limitados aos casos de descumprimento de súmulas ou decisões *contra legem*, e execução da sentença.

Assim como no Brasil, a apresentação da demanda pode ser feita diretamente nos tribunais ou na Autoridade Central do seu país, caso seja signatário. Caso a documentação seja insuficiente para o pleito judicial, deverá a Autoridade Central comunicar a sua congênere a insuficiência, dando prazo razoável. Assim que é apresentado o pedido de restituição ao juízo competente, este agenda uma audiência única para dali a 10 dias, notificando o *taking parent*, ao mesmo tempo em que se nomeia um defensor da criança (art. 7º) para que, em todos os atos do processo, acompanhe-a, resguardando seus interesses, que nem sempre são os mesmos dos pais.

Esse período de 10 dias serve para que todos tomem conhecimento das alegações do genitor abandonado, cujo pedido será condicionado à comprovação do exercício efetivo da guarda anterior à subtração internacional. Além disso, esse prazo serve para que o juiz prepare os questionamentos, convoque o Ministério Público e suscite alguma questão de ordem prática para a realização da audiência única.

Uma vez iniciada a audiência única, buscar-se-á imediatamente um acordo entre o demandante e o demandado, analisando as circunstâncias do caso, sempre se resguardando o acesso da criança a ambos os pais, respeitando-se seus direitos. Caso não haja possibilidade de acordo, o juiz determina se a subtração internacional foi ou não ilícita, convocando o *taking parent* a apresentar as razões que o motivaram a sair do país de residência habitual da criança.

Percebe-se que a propensão marginal à realização do acordo é bem maior do que no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, a possibilidade de retorno da criança em caso de não realização do acordo torna mais factível o desejo de encontrar um meio termo para dirimir-se a lide, principalmente se o

genitor detentor da criança não tiver provas sobre alguma das exceções da Convenção da Haia de 1980.

Diante do juiz, o *taking parent* é instado a apresentar as provas da exceção alegada, oferecendo imediato contraditório. Daquela audiência, o juiz terá o prazo de 24 horas para proferir sentença, cabendo apenas um recurso de apelação no prazo de 3 dias, a ser julgado em outros 15 pelo juízo de segundo grau, sem efeito suspensivo. Não cabe recurso à Suprema Corte de Justiça¹⁶⁷. Caso o juiz defira o pleito e não haja recurso da parte sucumbente, a execução da sentença deverá ser realizada em até 30 dias.

O caso salvadorenho é um pouco diferente, apesar de, em linhas gerais, gerar os mesmos resultados. Mesmo assim, estudiosos buscam melhorar ainda mais o trâmite por meio de uma “lei modelo”. Em El Salvador, a “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” (doravante, LEPINA) é uma lei equivalente ao nosso Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

A diferença é que a LEPINA estabelece dois ritos: um processo geral de proteção e outro rito especial e sumaríssimo chamado “processo abreviado”. Ambos suplantam o Código de Processo Civil, com prioridade total para os processos envolvendo crianças e com oitiva obrigatória para os maiores de 14 anos. O primeiro prevê constituição de provas e contraditório, já o segundo é muito aplicado para a jurisdição voluntária e para casos de extrema urgência ou de emergência.

Em entrevista com a representante da Autoridade Central de El Salvador, a senhora Emilia Guadalupe Portal Solis, ela afirma que a entrada em vigor da LEPINA representou um grande avanço para o país¹⁶⁸. Afinal, o trâmite anterior era incerto em termos processuais e, não raro, demorava-se cerca de três anos para que o processo fosse julgado em caráter definitivo. Com a LEPINA, a celeridade processual prevaleceu, mas ainda não dentro do prazo de seis semanas prevista na CH-80. Há um processo abreviado que beira as seis semanas e é bastante célere.

Além disso, afirma ela, outro avanço da LEPINA se refere à competência. Agora somente os juízes especializados em crianças e adolescentes (cerca de 6 no país) apreciam casos de subtração internacional de

¹⁶⁷ Idem, p. 117.

¹⁶⁸ SOLIS, Emilia Guadalupe Portal. Entrevista ao autor, em 05/01/2018, por e-mail.

criança. Antes, todos os juízes de família do país (cerca de 30) se revezavam na apreciação. Essa concentração contribuiu para a especialização dos juízes e maior conhecimento da Câmara Especializada do Tribunal Superior.

Mesmo assim, conclui Emilia, ainda há um vazio legislativo a ser preenchido, porque os casos de subtração internacional somente são contemplados pelo artigo 43¹⁶⁹ da LEPINA, ainda faltando a indicação do tipo de processo (geral de proteção ou abreviado) para esses casos. Embora a maioria prefira o processo abreviado, a Autoridade Central de El Salvador fez propostas de reformas para que esses casos sejam regulamentados expressamente na LEPINA para que haja maior segurança no trâmite processual.

No processo abreviado, o juiz tem o poder de sanear de ofício quaisquer falhas na petição inicial, podendo convocar a parte contrária a apresentar contestação, na audiência única, publicada no ato da intimação, com agendamento em menos de 24 horas do protocolo da petição inicial. A audiência única será realizada em 72 horas após a intimação da parte adversa. Com isso, a clareza da pretensão é fundamental para que o Juiz tenha conhecimento do que se está a pedir, porque não há previsão de produção de provas no curso do processo. Se houver alegação de adaptação da criança ou de necessidade de oitiva dela, por ter maturidade suficiente, esta é realizada antes da audiência única.

Na audiência única, estabelece-se o seguinte rito: 1) abertura da audiência e constatação da presença das partes; 2) resumo dos fatos e das pretensões formuladas, com a apresentação das respectivas provas; 3) traslado ao demandado para que apresente contestação; 4) opinião da criança ou do adolescente, se tiver maturidade para tanto (artigo 209 da LEPINA); 5) determinação dos fatos controvertidos; 6) admissão das provas e incorporação

¹⁶⁹ Artículo 43.- Protección especial frente al traslado y retención ilícitos

Se prohíbe el traslado y la retención ilícitos de niñas, niños y adolescentes, aun cuando dicha práctica tenga como origen el ejercicio de la autoridad parental, la guarda y cuidado personal, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país. En consecuencia, el Estado garantizará la erradicación de dicha práctica.

Las niñas, niños y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes, siempre que esto no contravenga el interés superior de aquéllos.

El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr la reintegración familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo, y en el marco del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

das provas documentais incorporadas ao processo; 7) avaliação das provas; 8) alegações finais; 9) sentença.

A CH-80 já vigorava em primeiro de maio de 2001, enquanto a LEPINA entrou em vigor em 16 de abril de 2010. Por isso, a LEPINA surgiu para englobar a aplicação dos casos de subtração internacional, restando a dúvida se o processo abreviado seria adequado a esses casos. Em regra, a primeira apreciação judicial se refere à aplicação da LEPINA, pelo processo geral de proteção ou pelo processo abreviado, nos casos de subtração internacional de crianças.

Flores¹⁷⁰ indica que o processo abreviado tem servido, com mais adequação, ao propósito de proceder ao retorno imediato de crianças e adolescentes subtraídos, porém prega a necessidade de uma lei especial para tal finalidade¹⁷¹. Em análise de casos nos anos de 2011 e 2012, Flores conclui que seria muito melhor se El Salvador adotasse a lei modelo, elaborada em 2009, a partir do regulamento do Conselho da União Europeia No. 2201 e o Auto Acordado pela Corte Suprema de Justiça do Chile.

Em apertada síntese, a lei modelo funciona da seguinte forma: o Estado localiza a criança; passa-se ao processo de restituição, com notificação do genitor detentor da guarda, informado da audiência única; oitiva da criança, se tiver maturidade suficiente; possibilidade de invocar as exceções do artigo 13, com fundamento; realização da audiência única: passa-se às provas; profere-se a sentença; há possibilidade de recurso ao tribunal superior, com ou sem efeito suspensivo; execução da sentença.

Mesmo com as questões envolvidas no processo geral de proteção, o tempo de trâmite em El Salvador para a resolução da controvérsia de forma definitiva é, em regra, muito inferior ao tempo no processo brasileiro. Quando se faz uso do processo abreviado, a regra geral é haver resolução da

¹⁷⁰ FLORES, Dilcia Ninoska Hernandez. **Aplicabilidad de la Convencion de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su procedimiento en El Salvador en relación con la ley de protección integral de la niñez y adolescencia (LEPINA)**. Dissertação. San Salvador: Universidad de El Salvador (Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales), 2013, p.132.

¹⁷¹ Cabe ressaltar que o número de atores envolvidos no processo de retorno imediato em El Salvador é menor que no Brasil, porque a legitimidade para representar interesses de menores é exclusiva do Ministério Público Federal, acompanhado de uma “equipe multidisciplinar”. Dessa forma, a Autoridade Central de El Salvador é o Ministério Público Federal em busca da decisão judicial pelo retorno.

lide, de forma definitiva, dentro do prazo de seis semanas. Interessante observar que há reclamações sobre o não cumprimento das seis semanas por parte da doutrina salvadorenha. Quando muito, demoram-se dez a doze semanas.

3.3.2 A PEC do recurso ordinário ao STJ

O artigo 41 apresentou uma proposta arrojada em termos de aplicação da Convenção da Haia de 1980: o recurso ordinário ao STJ, conforme se observa da redação.

Art. 41. Da sentença cabe recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça.

Parágrafo único. Sem prejuízo das disposições do art. 1.015 do Código de Processo Civil, cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versem sobre:

I - a saída da criança do país e a apreensão de todos os documentos que possam permitir sua saída do território nacional;

II - o deferimento de realização de perícia em situação não autorizada por esta Lei.

A criação de um mecanismo de recurso direto e ordinário para o STJ é polêmica. Se, por um lado, poderá contribuir para o respeito à celeridade, ao mesmo tempo em que resguarda o duplo grau de jurisdição, por outro a proposta enfrenta resistências, em razão de “subtrair” uma instância. Embora funcione assim no Uruguai e em El Salvador, faz-se necessário informar que lá só existem duas instâncias, enquanto no Brasil há três.

No âmbito das discussões, houve também proposta para que se evitasse o Superior Tribunal de Justiça, terminando o processo no TRF. O principal problema dela seria não haver uniformização de jurisprudência nos casos de subtração internacional no Brasil, o que seria perigoso para a segurança jurídica da aplicação da Convenção da Haia de 1980 perante a comunidade internacional.

Em relação aos recursos, ainda existe uma questão preliminar para fazer valer o Anteprojeto: o recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) visa, primordialmente, a escapar da lentidão dos Tribunais Regionais

Federais (TRF). Para que isso possa existir, faz-se mister um Projeto de Emenda Constitucional (PEC) para modificar o artigo 105, II, da Constituição Federal e, assim, incluir uma alínea “d”, nesse sentido.

Enquanto os tribunais superiores buscam a redução do número de atribuições e, conseqüentemente, de processos, o Anteprojeto de Lei busca exatamente colocar mais uma atribuição a um tribunal superior, nesse caso, o STJ. Tendo em vista a dificuldade para reformar a Constituição Federal, considera-se mais fácil a revisão do mérito de primeiro grau pelo TRF caso não haja evidências de que a sentença mereça ser reformada.

O conhecimento do recurso de apelação poderá sanear a questão, sem a necessidade de fazer um processo de busca, apreensão e restituição chegar ao STJ. Afinal, questões polêmicas ou casos excepcionais podem ensejar a discussão até o STJ, porém a regra geral é o cumprimento da CH-80 em casos mais ou menos semelhantes em termos de subsunção aos termos convencionais. A atuação do STJ deveria ficar restrita aos casos de divergência jurisprudencial entre TRFs.

A questão da prioridade de tramitação dos processos de subtração internacional de crianças merece uma discussão mais detalhada em razão de existir diversas outras prioridades legais, como idosos e pessoas com deficiência. Com prazos claros, conhecimento da CH-80 e respeito aos termos desse Anteprojeto, caso seja convertido em lei, torna-se suficiente a diligência ordinária dos juízes para que seja respeitado o artigo 11 da Convenção da Haia, que estabelece seis semanas para a resolução do mérito.

3.3.3 Alienação parental nos casos de subtração internacional: diálogos com a Lei de Alienação Parental (Lei 12.318/2010)

Toda subtração internacional ilícita é considerada um ato de alienação parental no Brasil, conforme artigo 2º, parágrafo único, VII, da Lei 12.318/2010. Não se sabe por quais razões não houve nenhuma menção a essa lei em todos os 30 julgados avaliados, sendo que 21 foram iniciados já sob a égide dessa importante lei.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: (...)

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós¹⁷². (grifo nosso)

Surpreende como, apesar do arcabouço legislativo brasileiro e do poder de inversão de guarda nesses casos, abundam as acusações falsas de abuso sexual contra a criança entre genitores, descaso na criação, entre outras. Geralmente infundadas, essas acusações são levadas com muito receio pelo Poder Judiciário Federal brasileiro nos casos de subtração internacional de crianças. A pior consequência dessas acusações é a inversão do ônus da prova, cabendo agora ao genitor abandonado provar que não é um subvertido sexual perante o juízo, quando, na verdade, o ônus da prova cabe a quem alega. Nada disso esteve presente no Anteprojeto de Lei, mesmo que a Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010) estivesse no ordenamento jurídico brasileiro desde 2010.

Segundo Leite, a Lei de Alienação Parental é digna de elogios.

A leitura da Lei da Alienação Parental ressalta a concessão feita pelo legislador pátrio à interdisciplinaridade, o que é incomum na realidade legislativa brasileira. Habitados que estamos a tratar a realidade familiar dentro de um tecnicismo rigoroso que não faz concessões aos sentimentos e as emoções, senão com notória dificuldade (e, por vezes, má vontade) causa espécie e perplexidade o reconhecimento, pelo legislador, da importância e contribuição do aporte meta jurídico na referida matéria¹⁷³.

¹⁷² BRASIL. Lei 12.318/2010. **Palácio do Planalto**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 20/11/2017.

¹⁷³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 21.

Questiona-se a razão pela qual não houve sequer menção à alienação parental no Anteprojeto de Lei. Segundo George Lima¹⁷⁴, as discussões na Comissão Permanente chegaram ao ponto do esgotamento. Colocar o tema de alienação parental na mesa poderia redundar na reabertura de novas discussões cujo resultado não haveria como ser previsto.

Dos 30 casos avaliados, apenas os casos Sean Goldman¹⁷⁵ e o caso T.F.D.¹⁷⁶ (Portugal) contaram com a menção direta sobre a existência de alienação parental. Em todos os demais, eram notórias as evidências de alienação parental, porém, como todo tema tabu, não se falava nisso nos tribunais.

Embora o mero ato de subtração internacional seja considerado, por si mesmo, como um ato de alienação parental, não há notícia de punição do *taking parent* nos tribunais brasileiros, muito menos inversão da guarda ou punições previstas no artigo na Lei 12.318/2010. Existem muitos casos de alienação parental, mas as discussões sobre esses atos não entram no mérito da avaliação jurídica nos casos de subtração internacional de crianças.

Essa desconsideração da alienação parental, apesar de a Lei 12.318/2010 ser aplicável aos casos de subtração internacional, incomoda a sociedade internacional, mas parece não incomodar o Poder Judiciário no Brasil. Aparentemente, considera-se o tema um “complicador” do processo, que deve ser relegado ao segundo plano. Segundo Duarte,

Normalmente o sequestro tem como consequência direta a implantação da chamada Síndrome da Alienação Parental (SAP), ligada a frustrações resultantes da ruptura da vida em comum, na qual se verifica a tendência para difamar, desmoralizar e desacreditar a pessoa do ex-cônjuge. Os principais envolvidos são os filhos que ficam, de certa forma, propícios a criar um sentimento de raiva e agressividade com o genitor vítima da conduta.

Após remover o filho ilicitamente, o sequestrador começa um estágio de implantação de falsas referências do outro. Utilizando-se de

¹⁷⁴ LIMA, George. Entrevista ao autor, em 24/02/2017.

¹⁷⁵ LEITE, Rafaella de Menezes. Alienação parental nos casos de sequestro internacional de crianças e adolescentes: o caso Sean Goldman. In ARAÚJO, Sandra Maria Baccara et al. **Alienação Parental: interlocuções entre o direito e a psicologia**. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014, p. 123-179.

¹⁷⁶ BRASIL. Seção Judiciária do Estado de São Paulo. 3ª Vara Federal. **Sentença**. Processo nº 0047643-44.2014.4.01.3800. Julgamento: 27/10/2015.

mentiras e campanha difamatória, convence o filho de que este foi abandonado pelo genitor, que nunca o procurou¹⁷⁷.

De forma surpreendente, o Anteprojeto de Lei não aponta nenhuma forma de “grave risco reverso” ou 13, I, “b” reverso, ou seja, o grave risco não seria causado no retorno da criança, mas sim no caso de permanência com o *taking parent*, porque este visivelmente estaria usando a criança para destruir a imagem do outro genitor. Da mesma forma, deve-se punir o *taking parent* que esteja retendo a criança para fins espúrios, como conseguir um visto no país de residência habitual ou possibilitar vantagens indevidas nesse país, como um benefício governamental, entre outras vantagens.

Embora essas realidades sejam bem conhecidas dos operadores jurídicos, a alienação parental é vista, percebida, mas ainda é assunto tabu na subtração internacional de crianças, mesmo porque, entre os especialistas da psicologia, a existência de um perfil alienador ainda não é totalmente incontroverso¹⁷⁸.

Dessa forma, a aplicação da Lei 12.318/2010 para os casos de subtração internacional requer um estudo mais cauteloso sobre o tema para que haja uma abordagem propositiva. Os autores Bruno Rodrigues de Almeida e Gisela Vieira Dalfeor Vidal¹⁷⁹ jogam luz sobre o problemático silêncio da justiça federal em relação à alienação parental na subtração internacional, apesar de termos no ordenamento jurídico pátrio legislação a respeito.

Segundo os autores,

A Lei de Alienação Parental de 2010 serve como uma importante ferramenta nos processos judiciais de subtração internacional dentro

¹⁷⁷ DUARTE, Marcos. **Alienação Parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda** / Marcos Duarte. – 1. ed. – Fortaleza: Leis&Letras, 2010, p. 85.

¹⁷⁸ CARMO, Thalita Faria Machado do; ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. O Sujeito Alienador (capítulo 3). In **Alienação Parental – Interlocações entre o direito e a psicologia**. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014, p. 111-122.

¹⁷⁹ ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; VIDAL, Gisela Vieira Dalfeor. Parental Alienation within the Context of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: the Brazilian Perspective. In **Panorama of Brazilian Law (PBL)**. Year 2, Number 2, 2014, p. 167-192.

do escopo da Convenção da Haia, que deve ser trazida pelos juízes federais, conforme o art. 109, I e III, da Constituição Federal¹⁸⁰.

Exatamente por haver a possibilidade de alienação parental desde a subtração ou retenção internacional indevida, deve o magistrado federal atentar para a necessidade de observar a Lei 12.318/2010 no contexto do julgamento. Afinal, se tiver “maturidade suficiente”, a criança ou o adolescente pode decidir quanto ao seu futuro. Nesses casos, deve-se observar se há traços de alienação parental, como se observou no caso Sean Goldman.

Nos 30 casos observados, não houve nenhuma petição inicial de busca, apreensão e retorno de criança em que a AGU indicasse haver o grave risco reverso por haver indícios de alienação parental. Muito menos houve o pedido de inversão de guarda ou constatação de alienação parental por parte do Assistente Litisconsorcial, com a rara exceção do pedido realizado no caso Sean Goldman, por vias reversas, já que o pai já detinha o direito exclusivo de guarda por ser o único genitor sobrevivente, como já vimos no capítulo anterior.

Enfim, caberia um diálogo mais profícuo entre a Convenção da Haia de 1980 e a Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010) para o fim de proteger as crianças dos efeitos nefastos da alienação parental que, conforme já explanado, já estaria configurado desde o início do processo, porque todo ato de subtração ou retenção ilícita, por si só, já configura alienação parental, caso não haja claramente uma exceção convencional comprovada.

3.3.4 Como avaliar a violência doméstica? Uma abordagem à luz das propostas recentes da Conferência da Haia

A Conferência da Haia vem-se debruçando sobre o tema da violência doméstica no contexto do Grupo de Trabalho sobre o artigo 13 (I)(b), que trata da exceção de “grave risco”. Recentemente, formulou-se um projeto de

¹⁸⁰ Idem, p. 185, tradução livre do trecho: “In sum, Brazilian Parental Alienation Act of 2010 must serve as an important tool in judicial claims of returning abducted children within the scope of The 1980 Hague Convention which shall be brought forward federal magistrates, according to Article 109, I and III of 1988 Federal Constitution”.

Guia de Boas Práticas sobre o tema, cujo enfoque mais recente tem sido a violência doméstica. Os esforços para analisar a violência doméstica aplicada à CH-80 remonta à elaboração do grupo de estudos do Bureau Permanente em 2010.

De lá para cá, novas pesquisas trouxeram ao centro do debate informações relevantes sobre a influência psiquiátrica da violência doméstica sobre as crianças. Com isso, o Bureau Permanente elaborou um documento preliminar¹⁸¹ para abordar o tema, com o objetivo de elaborar um Guia de Boas Práticas, cujo esboço preliminar será um dos documentos discutidos.

Nesse documento, reuniram-se diversos levantamentos nacionais e internacionais comparados, com dados alarmantes sobre a existência silenciosa da violência doméstica nos casos de subtração internacional de crianças.

Neste momento, não há estatísticas específicas e abrangentes sobre quantos casos da Convenção de 1980, em todas as jurisdições, envolvem alegações ou detecção de violência doméstica. Em um estudo de 368 genitores abandonados envolvidos em subtrações de crianças, verificou-se que alguma forma de violência familiar estava presente em cerca de 54% das relações em que ocorreu a subtração de uma criança por um dos genitores. No mesmo estudo, 30% dos genitores abandonados admitiram envolvimento ou terem sido acusados de atos de violência familiar. Um juiz observou que duas das três "explicações comuns" da "subtração moderna" incluem "violência doméstica" e "uma crença genuína de que o outro genitor está abusando de uma criança". Um estudo nacional (Austrália) informou que, em 6% dos casos de subtração de filhos, a motivação dos genitores subtratores era fugir da violência. (tradução livre)¹⁸²

O documento visa a servir de ponto de partida para que futuras pesquisas aprofundem a questão. Afinal, o próprio INCADAT não aborda, em

¹⁸¹ Hague Conference on Private International Law. **Permanent Bureau**. 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. Preliminary Document, Maio de 2011. Disponível em <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>. Acesso em 05/11/2016.

¹⁸² Idem, p. 4. "At this time there are no specific, comprehensive statistics on how many 1980 Convention cases, across jurisdictions, involve allegations or findings of domestic violence. In one study of 368 left-behind parents involved in child abductions, some form of family violence was found to be present in as many of 54% of the relationships in which parental child abduction occurred. In the same study, 30% of the left behind parents admitted to engaging in or having been accused of acts of family violence. One judge has noted that two of the three "common explanations" of the "modern day abductor" include "domestic violence" and "a genuine belief that the other parent is abusing a child". One national study (Australia) reported that in 6% of parental child abduction cases the abducting parent's motivation was fleeing violence."

regra, a existência de violência doméstica, sendo detectadas apenas quando o país responsável pelo resumo aborda o tema. Assim como se investigou a existência de violência doméstica, o documento também trouxe resultados sobre a investigação da falsa alegação de violência doméstica.

O conceito de violência doméstica, em relação à subtração internacional de crianças, está presente na literatura especializada tanto como uma forma de resposta à violência doméstica quanto uma forma de prática de violência doméstica. Dessa forma, somente uma análise pormenorizada do conjunto probatório presente no caso prático poderia determinar o caráter da violência doméstica.

A maioria das pesquisas utilizadas no documento colocam a mulher como a vítima da violência doméstica, por diversos fatores, porém a dependência financeira do marido tem sido apontada como um dos fatores preponderantes, muito possivelmente agravada com a situação de “estrangeirismo” da mulher. No caso das brasileiras envolvidas na subtração internacional, a partir dos 30 casos analisados, o fato de ser uma imigrante em terra estrangeira pode ser acrescido como fator agravante da dependência. Em determinados casos, pouco ou nada se conhece da língua estrangeira e tem grau de integração baixo ou muito baixo no país do companheiro ou marido.

O documento não conceitua violência doméstica de forma direta e taxativa, mas traz bastantes elementos para conceituação.

Algumas definições atuais de violência doméstica sugerem que deve ser concebido como um "padrão contínuo de comportamento intimidante em que a ameaça de grave violência está presente e deve levado em conta no contexto geral do objetivo de controlar o parceiro".

Dentro desta concepção, a dinâmica da violência doméstica é mais do que apenas ocorrências esporádicas de violência física, mas sim uma avaliação deve ser feita no contexto geral de padrões de relacionamento em que estratégias de "controle coercivo" estão presentes¹⁸³.

¹⁸³ Idem, p. 7. “Some current definitions of domestic violence suggest that it should be conceived as an “on-going pattern of intimidating behaviour in which the threat of serious physical violence is present and may be carried out with the overall goal of controlling the partner”. Within this conception, dynamics of domestic violence are more than just occurrences of physical violence, but rather an evaluation must be made of the overall context of relationship patterns where strategies of “coercive control” are present”.

Direta ou indiretamente, a violência doméstica entre os pais da criança atingem-na de forma continuada, mesmo após cessarem os atos violentos. As consequências mais visíveis, segundo o documento, são relacionadas ao comportamento da criança, como altos níveis de agressividade, comportamento antissocial, baixa competência social, altas taxas de ansiedade, depressão e problemas de temperamento¹⁸⁴.

Nos 30 casos em análise, o grande empecilho para que as alegações reais de violência doméstica sejam apreciados pelo Poder Judiciário brasileiro se refere à produção de provas. Afinal, se houve violência doméstica, ela teria sido perpetrada em outro país, portanto em outra jurisdição. Em regra, para que haja a comprovação de que houve violência doméstica em outra jurisdição, deveria haver um processo de investigação, com direito ao contraditório e à ampla defesa que, geralmente, leva-se muito tempo para chegar a uma conclusão.

Como também existem muitas acusações falsas de violência doméstica e de abuso sexual, fica difícil para o juiz brasileiro confirmar uma exceção do artigo 13, I, "b", sem a prova cabal de que houve aquela violência alegada. Porém, a Conferência da Haia já está se debruçando sobre o tema para que haja formas mais fáceis de comprovar aquela alegação, reduzindo as incertezas dos juízes no processo.

Sugere-se que a grande dificuldade para detecção de violência doméstica se refere à produção de provas, como bem aponta Bruch¹⁸⁵. Afinal, em caso de subtração internacional levada adiante por haver violência doméstica, como comprovar se a situação era realmente intolerável ou se o *taking parent* simplesmente não criou propositadamente aquela situação para legitimar sua fuga?

Em regra, as *taking parents* alegadoras de violência doméstica são mulheres nos casos passivos da ACAF. Distinguir se elas falaram - ou faltaram

¹⁸⁴ Idem, p. 9.

¹⁸⁵ BRUCH, Carol S. The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases. In **Family Law Quarterly**, Vol. 38, No. 3 (Fall 2004), pp. 535.

com - a verdade é uma tarefa praticamente impossível, porque muitas se sentem tão ameaçadas que fogem para o Brasil com a criança para evitar danos maiores a ela.

Apenas pelo arcabouço jurídico trazido pela CH-80, não há como resolver a questão da verdade processual, porque o juiz brasileiro nunca vai saber se houve ou não violência doméstica, mesmo porque a vítima não se encontra mais em solo estrangeiro, sendo também inviável um processo para permitir conhecer da agressão na jurisdição estrangeira. Porém, não há condições de simplesmente afastar as alegações.

As respostas mais interessantes a esses dilemas foram trazidos por Quillen¹⁸⁶, King¹⁸⁷, Casas¹⁸⁸, Bruch¹⁸⁹ e Schuz¹⁹⁰, a partir dos debates de 2011 na Conferência da Haia, que também geraram o referido documento¹⁹¹. Embora ainda haja muitas ponderações para avaliar se a criança deva ser devolvida ao país de origem mesmo com a possibilidade de obrigá-la a conviver com um possível perpetrador de violência, ainda há muita controvérsia entre os estudiosos.

A síntese do pensamento desses autores pode ser apresentada em duas vertentes: a primeira defende que apenas a violência perpetrada contra a criança deva ser objeto de alegação excepcional para o não retorno, não sendo, mesmo que comprovado, motivo para retorno quando a violência se restrinja ao âmbito matrimonial, desde que não atinja a criança. Uma segunda vertente, a qual ousamos nos filiar, defende que a mera existência de violência no âmbito

¹⁸⁶ QUILLEN, Brian. The New Face of International Child Abduction: Domestic-Violence Victims and Their Treatment Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, **TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL**, VOL. 49:621-643, 2014.

¹⁸⁷ KING, Shani M. The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence. **Family Law Quarterly**, Volume 47, Number 2, Summer 2013 (47 Fam. L.Q. 299 2013), p. 299-310.

¹⁸⁸ CASAS, Pilar Maestre. Violencia Doméstica y Sustracción Internacional de Menores. In **Derechos y Libertades en la Sociedad Actual**. BURRIEZA, Ángela Figueruelo (Directora) y ALONSO, Marta León (Coordinadora). Granada: Editorial Comares, 2014, p. 63-82.

¹⁸⁹ BRUCH, Carol S. The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases. In **Family Law Quarterly**, Vol. 38, No. 3 (Fall 2004), p. 529-545.

¹⁹⁰ SCHUZ, Rhona. Disparity and the Quest for Uniformity, p. 18.

¹⁹¹ Hague Conference on Private International Law. **Permanent Bureau**. 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. Preliminary Document, Maio de 2011. Disponível em <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>. Acesso em 05/11/2016.

familiar já é suficiente para que a legítima defesa de terceiros torne lícita a subtração internacional para que os atos violentos cessem.

Quillen ¹⁹² mostra que existe um impasse na aplicação da Convenção da Haia de 1980. Nesse contexto, as vítimas de violência doméstica têm duas saídas para verem suas demandas atendidas: a primeira seria trabalhar com o texto atual e a segunda seria adicionar um novo mecanismo à Convenção.

A primeira saída encontra respaldo na construção legislativa encontrada em alguns países membros, como a Suíça, em que uma lei federal de 2007 consolida, para fins de subtração internacional de crianças, a definição do termo “situação intolerável”.

Segundo essa lei, existe situação intolerável quando três condições estão presentes: 1) a colocação da criança com o genitor que apresentou o pedido de retorno não é manifestamente no melhor interesse da criança; 2) o genitor perpetrador da subtração não está, dadas todas as circunstâncias, em posição para cuidar da criança no Estado de residência habitual da criança imediatamente antes da subtração ou não se pode pedir isso desse genitor; e 3) a colocação em local de acolhimento não está manifestamente conforme o melhor interesse da criança.

O fato é que a delegação da Suíça ¹⁹³ propôs, em 2006, essa definição de “situação intolerável”, mas não logrou êxito perante os demais membros. Se cada membro soberanamente definisse o conceito de situação intolerável, seria impossível ter uniformidade na aplicação da CH-80, porque fatalmente teríamos algumas dezenas de definições.

A segunda saída adiciona um mecanismo opcional de mediação entre a vítima e o genitor abandonado. Embora essa opção permita maior diálogo entre as partes, maior propensão marginal ao cumprimento de acordos e dê maior voz ao genitor abandonado nas decisões sobre o destino da criança, há limites para essa saída negociada.

¹⁹² QUILLEN, Brian. The New Face of International Child Abduction: Domestic-Violence Victims and Their Treatment Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, **TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL**, VOL. 49:621-643, 2014.

¹⁹³ Idem, p. 638.

A principal limitação seria o enfrentamento penal por ser a subtração internacional de crianças um crime de ação penal incondicionada na maioria dos países de tradição anglo-saxônica. Fatalmente, uma vítima de violência doméstica, sem ter condições de comprovar a ocorrência, estaria numa situação mais vulnerável, porque o retorno para o país de residência habitual da criança pode ensejar processo penal, o que, no limite, significaria a extradição ou a prisão. Caso essa segunda saída signifique, necessariamente, uma alternativa à situação penal da vítima, talvez haja alguma motivação para que a vítima de violência doméstica dialogue.

Outra limitação se refere às memórias da violência naquele país, onde a vítima já se encontra afastada da família. Um diálogo que possa conduzir essa pessoa – geralmente mulher – para retornar para um país que talvez só tivesse ido por questões afetivas relacionadas ao casamento não seria, talvez, a melhor saída, tendo por opção criar seu filho junto à família, no país de origem.

De fato, há cortes que simplesmente relegam as alegações de violência doméstica ao segundo plano, deixando uma certa margem de interpretação para a situação intolerável no retorno. Nesse contexto, há interpretações variadas para o que seria levado em consideração, além do histórico do comportamento do agressor e a situação fática da criança. A questão é como uma corte estranha ao fundo de guarda fará uma investigação, dentro do prazo convencional e fora de sua jurisdição, para provar esses fatos.

Nesse sentido, a comunicação direta entre juízes e a cooperação entre Autoridades Centrais seriam as chaves para trazer elementos que comprovassem ter ou não havido violência doméstica. Mesmo assim, o Relatório da Conferência de Haia de 2011 sobre Violência Doméstica chega à conclusão de que ainda falta maior conhecimento dos operadores do direito, principalmente juízes, quando se alega a violência doméstica.

Por fim, o Relatório pede urgência para que as entrevistas com mães e advogados, assim como nas decisões judiciais analisadas, indiquem haver uma clara necessidade para “maior conhecimento e treinamento de advogados e juízes” principalmente sobre: 1) o significado de todos os Artigos na Convenção, incluindo as exceções; 2) a literatura das ciências sociais sobre violência doméstica e os efeitos da exposição das crianças ao abuso na família; e 3) as experiências das mães e das crianças antes de deixar os EUA e, então, após as decisões judiciais sobre o pedido de retorno fundado na Convenção da Haia de 1980,

tanto quando eles permaneçam fora dos EUA quanto a experiência do retorno ao outro país. (tradução livre) ¹⁹⁴

King¹⁹⁵ reconhece que existe uma disparidade muito grande entre os genitores abandonados por ações violentas e as vítimas de violência doméstica. Afinal, o ônus da prova da violência doméstica recai sobre a vítima, assim como os custos processuais, quando a única forma de sobrevivência seria a fuga.

Por isso, King sugere que haja formas de equiparar as partes para que o equilíbrio processual seja preservado, sugerindo também que seja fornecida assistência jurídica gratuita, já que o sistema da Haia exige que os Estados providenciem essa mesma facilidade para os genitores abandonados. Além disso, King sugere que o prazo de investigação seja mais extenso quando houver alegação de violência doméstica.

Bruch alerta também sobre essa inobservância da violência doméstica no contexto da subtração internacional de crianças.

A desatenção coletiva a essa estória causou muitas das dificuldades que vemos nos casos de violência doméstica. Os opositores a qualquer exceção continuam a prevenir juízes sobre os perigos das lacunas que podem esvaziar a Convenção. Simultaneamente, alguns tribunais expandiram a definição da Convenção de direito de custódia. A consequência é que muitos autores agora obtêm ordens de retorno apesar de ser improvável que os melhores interesses das crianças possam ser alcançados pelo prêmio de custódia para eles – uma situação que os autores da Convenção buscaram evitar. Este infeliz desdobramento começa em parte das opiniões judiciais que enfatizaram as virtudes percebidas de crianças que retornaram como uma questão de discricionariedade mesmo se existirem defesas válidas. No contexto de abuso, um juiz num sistema legal pode afirmar,

¹⁹⁴ Hague Conference on Private International Law. **Permanent Bureau**. 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. Preliminary Document, Maio de 2011. Disponível em <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>. Acesso em 05/11/2016. Anexo I, parágrafo 10, p. 29. Tradução livre do trecho: “Finally, the Report urged that the interviews with mothers and attorneys, as well as the analysed judicial decisions, indicated that there was a clear need for greater awareness among and training of attorneys and judges principally in: “1) the meaning of all Articles in the Convention, including exceptions; 2) the social science literature on domestic violence and the effects of child exposure to abuse in the family; and 3) the experiences of mothers and children both before they leave to the US and then after Hague case decisions are made whether they remain in the US or return to the other country”.

¹⁹⁵ KING, Shani M. The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence. **Family Law Quarterly**, Volume 47, Number 2, Summer 2013 (47 Fam. L.Q. 299 2013), p. 299-310.

por exemplo, que seria ofensivo para outro sistema legal sugerir que este não seria capaz de proteger uma vítima de violência doméstica ou uma criança que sofreu abuso. Não se requer prova da adequação do sistema judicial; na verdade, acontece o contrário - a vítima é obrigada a suportar o ônus de estabelecer suas inadequações¹⁹⁶ (tradução livre).

Sugere Bruch¹⁹⁷ que não há outra saída para as vítimas a não ser viver longe dos algozes. Por isso, os compromissos firmados pelo genitor abandonado ou determinados pelos países de refúgio não têm potencial para evitar que o abusador continue a perpetrar seus abusos. Casas¹⁹⁸ sugere que os juízes façam uso do artigo 20¹⁹⁹ da Convenção da Haia de 1980, caso se convença de que houve violência doméstica.

Schuz²⁰⁰ alerta para a existência de tribunais que não consideram, *per se*, a violência doméstica contra a mulher como grave risco à criança, porém a maioria dos tribunais cederam diante da moderna literatura pesquisada que demonstra haver ligação direta entre a violência contra a mulher e o abuso contra crianças, construindo evidências de que há danos de longo prazo às crianças expostas à violência doméstica, mesmo que ela não seja a vítima direta.

¹⁹⁶ BRUCH, Carol S. The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases. In **Family Law Quarterly**, Vol. 38, No. 3 (Fall 2004), p. 532. Tradução livre do trecho: "Widespread inattention to this history has caused much of the difficulty we now see in domestic violence cases. Those who had opposed any exceptions continued to caution judges about the dangers of loopholes that might eviscerate the Convention. Simultaneously, some courts expanded the Convention's definition of custody rights. The consequence is that many petitioners now obtain return orders although it is very unlikely that their children best interests could be served by an award of custody to them - a situation the drafters sought to avoid. This unfortunate development stems in part from judicial opinions that have emphasized the perceived virtues of returning children as a matter of discretion even if valid defenses exist. In the context of abuse, a judge in one legal system may assert, for example, that it would be offensive to another legal system to suggest that it might not be able to protect a domestic violence victim or a child who has suffered abuse. No proof of the judicial system's adequacy is required; indeed - to the contrary - the victim is asked to carry the burden of establishing its inadequacies".

¹⁹⁷ BRUCH, Carol S. The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases. In **Family Law Quarterly**, Vol. 38, No. 3 (Fall 2004), p. 529-545.

¹⁹⁸ CASAS, Pilar Maestre. Violencia Doméstica y Sustracción Internacional de Menores. In **Derechos y Libertades en la Sociedad Actual**. BURRIEZA, Ángela Figueruelo (Directora) y ALONSO, Marta León (Coordinadora). Granada: Editorial Comares, 2014, p. 63-82.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ SCHUZ, Rhona. Disparity and the Quest for Uniformity, p. 18.

Todos os autores pesquisados concordam que o texto convencional deixou de lado situações excepcionais de violência doméstica, porém não se chegou a um consenso sobre o que fazer para tornar essa realidade apreciável no contexto da Convenção da Haia de 1980.

No Brasil, o Anteprojeto de Lei apenas menciona violência doméstica ou familiar apenas uma vez, no art. 27, §1º, como uma forma de “grave risco”. Porém, sugere-se que o tema seja um pouco mais aprofundado, dando razão às alegações caso haja comprovação de que a vítima de violência doméstica chegou a procurar ajuda, mas não a encontrou nas instituições de proteção às vítimas de violência doméstica. Em outro giro, faltou delinear procedimentos de cautela para os juízes seguirem caso houvesse alegação de violência doméstica.

Cabe à ACAF buscar informações mais precisas de como funciona o sistema de proteção à vítima de violência doméstica em suas congêneres como uma forma de demonstrar a propensão marginal de promover-se segurança física e psíquica às vítimas, tornando a versão apresentada mais ou menos plausível. Evidentemente, essa não seria a única forma de averiguar a existência da violência doméstica, mas serviria de arcabouço comprobatório.

Outro problema na detecção se refere à falta de informações da pessoa migrante em solo estrangeiro. Não raro, as vítimas de violência doméstica não encontram boa orientação nos consulados brasileiros, geralmente desinformados sobre a existência da CH-80 e da forma de atuação da ACAF. Nesse contexto, o papel dos consulados seria essencial para informar e acolher toda a comunidade brasileira no exterior.

Vítimas de violência doméstica devem procurar a comprovação de que houve violência (corpo de delito, entrevista com psiquiatra e psicólogos, apresentação de denúncia ou qualquer tipo de registro) para que haja alguma chance de convencimento do juízo federal no Brasil de que há uma exceção de “grave risco” ou “situação intolerável” para o bem-estar da criança.

De qualquer forma, a proposta do Anteprojeto de Lei mal discute a violência doméstica, quando consideramos a necessidade de fazer uma ressalva

especial quando houver alegação de violência doméstica e familiar que vise ao melhor interesse da criança.

A praxe no Brasil, como já apontado, é o não enfrentamento da questão, mas uma proposital dilação probatória para fins de comprovação de violência doméstica que nunca chega ao fim. Com isso, a criança adapta-se ao país de refúgio (**paradoxo da criança adaptada**), facilitando a sentença do juízo federal sem tocar na questão principal da violência doméstica.

Essa via oblíqua demonstra o despreparo do Brasil para o enfrentamento da violência doméstica, deixando subentendido ao *taking parent* que este é um caminho seguro para atingir o objetivo desejado, qual seja, manter a criança no Brasil. É uma pena que a verdadeira vítima de violência doméstica, que não encontra meios de comprovar sua situação, tenha que enfrentar um processo judicial de forma a não contar com elementos que a equilibrem perante os tribunais.

O projeto de Guia de Boas Práticas²⁰¹ aborda aspectos relativos às exceções de “grave risco” do artigo 13(I)(b), em todos os aspectos. Inegavelmente, a violência doméstica desponta como um dos temas principais, mas a aplicação de exceções relativas à violência doméstica não encontrou ainda um ponto de convergência para se tornar obrigatório para todos os membros. Na Europa, o mecanismo do artigo 8 (“direito de ter respeitada a vida privada e familiar”) reemergiu com mais força após a adoção da Regulação de Bruxelas IIa²⁰².

Além do mais, desde a adoção da Convenção, houve mudanças nos ordenamentos jurídicos internacionais. Por exemplo, em âmbito global,

²⁰¹ Hague Conference on Private International Law. The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention. **Preliminary Document**, October 2017.

²⁰² Idem, p. 3. Tradução do trecho: “Moreover, since the adoption of the Convention, there have been changes in international legal frameworks. For example, at the global level, the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989 (hereinafter, the “UNCRC”) has affected such issues as the participation of children in return proceedings under the 1980 Convention (see Annex 4: United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC), General Comment No. 12 (2009)), including where the Article 13(1)(b) exception is raised. At the regional level, the adoption of the Brussels IIa Regulation within the European Union (EU) has prescribed the way return proceedings ought to be carried out within EU Members where the Regulation is applicable. To some extent as well, the interpretation of Article 8 (the “Right to respect for private and family life”) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 (hereinafter, the “ECHR”) by the European Court of Human Rights has also influenced the conduct of return proceedings under the 1980 Convention”.

a adoção da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 (doravante, a CNUDC) afetou tais temas com a participação de crianças nos procedimentos de retorno sob os auspícios da Convenção de 1980 (ver o Anexo 4: Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 12 (2009)), inclusive onde a exceção do artigo 13(I)(b) é discutida. No âmbito regional, a adoção da Regulamento Bruxelas IIa entre os membros da EU prescreveu a forma como os procedimentos de retorno devem ser conduzidos entre os membros, quando a Regulação for aplicável. Até certo ponto, também, a interpretação do artigo 8 (o “Direito de ter vida privada e familiar respeitada”) da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950 pela Corte Europeia de Direitos Humanos também influenciou a conduta dos procedimentos de retorno sob a Convenção de 1980.

Dessa forma, há exemplos de vanguarda sobre como abordar as questões de violência doméstica. O mais interessante para o Brasil seria observar as regras do Regulamento de Bruxelas IIa e o Esboço do Guia de Boas Práticas para inspirar sua futura legislação.

3.4 Como tornar o procedimento de retorno imediato mais célere sem ferir o contraditório e a ampla defesa?

O Anteprojeto de Lei criado pela Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças conseguiu reunir propostas que limitam a discricionariedade do magistrado no momento de decidir sobre o mérito do pedido de retorno imediato. Bons exemplos já demonstram ser possível mudar uma cultura de inversão de ônus da prova, com viés de gênero, quando a principal tarefa do legislador e do julgador é promover a proteção da criança em nível internacional.

A lei uruguaia, a LEPINA de EL Salvador e a regulamentação Bruxelas II bis são exemplos que reforçam o firme compromisso dos países membros da Conferência da Haia em fazer cumprir sua cooperação jurídica internacional. Como o respeito ao *pacta sunt servanda* é muito apreciado no meio internacional, seria de bom alvitre que o governo brasileiro voltasse as atenções para esse tema, promovendo novos debates sobre a proposta do Anteprojeto de Lei, com a participação do CNJ, da AGU-ACAF-DPU, do Ministério da Justiça, do Poder Judiciário e da sociedade civil organizada para

que os temas da alienação parental e da violência doméstica estejam regulamentadas no Anteprojeto de Lei.

Apesar da maior consciência sobre os desígnios da Convenção da Haia de 1980, ainda falta muito para que o Brasil promova a *compliance* esperada pelos países membros. A adoção de uma legislação específica para o trâmite revelou-se ser um caminho – mas não o único - interessante para reduzir o descompasso entre lei e prática, entre subtração e retorno, entre pais e mães. Como já existe um Anteprojeto de Lei, o primeiro passo em favor desse objetivo já foi dado.

Pelos estudos elaborados até o momento, permite-se concluir que não há como fugir à lógica de elaboração de lei nacional para o devido cumprimento da Convenção da Haia de 1980. Afinal, a observância da lei é pilar das democracias contemporâneas. O êxito dos exemplos mencionados demonstra haver viabilidade jurídica para essa proposta, facilitando o entendimento do sentido da CH-80. Comprovou-se o respeito ao contraditório e à ampla defesa em trâmites céleres em diversos outros ordenamentos jurídicos, por isso há grandes chances de considerar-se constitucional e legítima a lei reguladora a partir do anteprojeto de lei.

Conclui-se também que a necessária redução no tempo de tramitação ao longo dos anos possa advir de medidas procedimentais, citando a concentração de varas federais para análise dos pedidos de retorno imediato - apesar de haver desdobramentos negativos, conforme explicado no capítulo 2. Entrementes, diversas outras medidas podem ser executadas no futuro próximo com potencial verdadeiro de reduzir o tempo de tramitação.

Vimos que o prazo de um ano do artigo 12 não tem sido respeitado, preferindo os juízes fazerem, não raro, perícia psicológica para verificar se houve adaptação da criança, conforme jurisprudência do STJ. A demora no procedimento é tamanha que, em regra, a criança, que já tem propensão natural à adaptação ao novo meio, consolida essa adaptação, influenciando no mérito da decisão. Novamente, vem à tona o conceito do **paradoxo da criança adaptada**.

Outrossim, percebemos que o conjunto dos procedimentos adotados pelos juízes para terem certeza das situações fáticas – certeza essa que, na maioria das vezes, não se alcança – geralmente conduzem o processo judicial à verificação de que a criança fatalmente estará adaptada ao novo meio (exceção do artigo 12), havendo ou não a situação de grave risco ou situação intolerável (exceção do artigo 13).

O fato é que, em busca de uma certeza para julgar, ao final da dilação probatória, só resta uma certeza ao julgador: a criança já passou tanto tempo no local de refúgio, que agora se pode afirmar que este será sua residência habitual. E é exatamente com base nesta certeza que a maioria dos julgadores brasileiros, tementes ao mecanismo de retorno imediato, mantêm as crianças no Brasil.

Ainda há muito a ser estudado e discutido em relação à aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil. Apenas trouxemos luz sobre aspectos controversos causados pelo passar do tempo, a partir da realidade dos julgados no País e, principalmente, a partir da proposta do Anteprojeto de Lei. Se aprovado, poderá trazer novos horizontes à aplicação da CH-80, colocando o procedimento em compasso com o melhor interesse da criança, além de deixar claro o procedimento do pedido de retorno no Brasil. Assim, o Brasil poderá alcançar maior equilíbrio na tensão entre o respeito à Convenção da Haia de 1980 e o devido processo legal.

CONCLUSÕES

O conceito de **paradoxo da criança adaptada** surgiu a partir das constatações oriundas da análise jurisprudencial dos casos de subtração internacional de crianças no Brasil, em 30 casos investigados. Desde a entrada em vigor da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, em 2000, percebeu-se uma propensão dos julgadores federais para acautelarem-se da maior quantidade de dados às mãos, com o evidente objetivo de tomar a decisão mais acertada. Involuntariamente, fomentou-se o retardamento dos processos judiciais, por meio da produção de provas, especialmente as indevidas provas periciais, acarretando, não raro, a adaptação fática da criança ao novo meio de vida.

Evidentemente, a decisão de produzir provas acarreta o prolongamento do processo, com a consequência direta de inviabilizar a decisão em favor do retorno imediato da criança ao país de residência habitual, porque não há retorno imediato depois de 793 dias. Imediato significa “sem demoras”. Gera-se um paradoxo: no intuito de investigar a fundo o caso concreto, acaba-se decidindo involuntariamente o destino dessa criança, em decorrência do tempo transcorrido, mantendo-a, em definitivo, no país de refúgio. Nesses casos, a demora na decisão é uma decisão que, na prática, indefere o pedido de retorno. Eis o paradoxo.

Como não há no Brasil um procedimento especial para o trâmite desses processos judiciais, procede-se à tramitação conforme as regras do processo ordinário previsto no Código de Processo Civil. Tanto por envolver crianças, quanto por envolver o elemento de conexão de origem internacional (o respeito ao juízo natural), esses processos são especiais, portanto, mereceriam uma tramitação especial, prevista numa lei especial. Como a realidade imposta não apresenta essa lei especial, os juízes federais buscam a forma mais segura e célere para tomar a melhor decisão possível.

Esse raciocínio demonstrado nos parágrafos anteriores é o início do descumprimento da Convenção da Haia de 1980 no Brasil. Dessa forma, o **paradoxo da criança adaptada** existe porque há uma crença de que não há

como colocar em prática as prescrições para que se tomem as “medidas de urgência” do artigo 11 da CH-80 sem realizar diligências que assegurem seu bem-estar. No fundo, fomenta-se a prática involuntária de autoatribuição de competência do juízo natural, com o objetivo de decidir sobre a guarda. Sobrepõe-se ao seu papel de juiz competente para decidir se – e somente se – houve ou não subtração internacional e, em caso positivo, decidir, quando se alega, se uma das exceções ao retorno imediato é comprovadamente aplicável.

Ao longo da pesquisa, percebeu-se a existência de uma inclinação maior dos juízes federais brasileiros por interpretar os termos da Convenção da Haia de 1980 em prol de um dos lados, geralmente a mãe, principal cuidadora da criança. Constata-se que a permanência da criança no Brasil é, intuitivamente, o caminho considerado mais seguro ao seu bem-estar. Dessa constatação, buscou-se discutir como esse descumprimento da CH-80 não encontra diálogo com a academia por falta de acesso aos processos judiciais, além da falta de transparência nas instituições ligadas ao procedimento do pedido de retorno da criança ao país de residência habitual. O principal objetivo desta dissertação foi contribuir para que essa constatação seja mais conhecida, discutida e, se possível, colabore para a reflexão sobre o tema.

A presente pesquisa buscou contribuir para o debate sobre a aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil, fazendo forte recomendação para que os casos brasileiros pudessem fazer parte do rol da Conferência da Haia, por meio do INCADAT, dando acesso a todos os interessados na pesquisa. Questionou-se como os pedidos de retorno recebidos são tratados, e avaliou-se como se dá essa resposta à comunidade internacional. Verificou-se existir retrabalho, sobreposições e repetições desnecessárias no trabalho das instituições brasileiras responsáveis pela cooperação jurídica internacional. Contudo, há grande esforço para reduzir os trâmites e simplificar o procedimento, cuja síntese é o Anteprojeto de Lei. Tudo isso faz parte de um grande esforço de harmonização da aplicação da Convenção da Haia de 1980 no mundo, do qual o Brasil faz parte e não foge à sua responsabilidade como estado contratante.

Nesse contexto, buscou-se criar um conceito a partir de um parâmetro de descumprimento da Convenção da Haia de 1980 no Brasil: **paradoxo da criança adaptada**. Tendo como matéria-prima a lentidão

processual, já naturalizada em diversos setores do Poder Judiciário, o paradoxo da criança adaptada joga luz sobre o descumprimento do artigo 12 da Convenção da Haia de 1980, buscando as razões pelas quais juízes resistem em cumprir com os termos convencionais quando desafiados pelo pedido de retorno imediato de crianças.

Percebeu-se que, em 30 casos analisados, 10 redundaram na negativa do retorno imediato da criança porque as crianças estariam adaptadas ao seu novo meio, sem sequer considerar o conteúdo do artigo 12 da CH-80, que prescreve o retorno imediato caso o pedido tenha sido feito antes do prazo de um ano. A decisão pelo não retorno imediato em decorrência das alegações de “grave risco” no retorno da criança ao país de residência habitual teve, em regra, o argumento de potencial prejuízo futuro em sua saúde psíquica, por afastá-la da principal cuidadora, a genitora, e não por riscos reais, comprovados, atuais. Esse paradoxo é reforçado quando se combinam razões temporais para declarar, ao arrepio da Convenção da Haia de 1980, que devem ser produzidas provas para comprovar se a criança estaria ou não adaptada ao novo meio, geralmente um laudo psicossocial específico para esse fim, produzido indevida e unilateralmente (sem ouvir ou conhecer a realidade anterior, no país de residência habitual), como se viu ao longo dessa dissertação.

A interpretação distorcida do artigo 12 da CH-80 chega ao cúmulo de determinar, em duas sentenças, que o termo inicial somente ocorreria quando houvesse ingresso da ação judicial de busca, apreensão e retorno no Poder Judiciário, em razão de que é este o único competente para decidir sobre a questão. O problema maior é que, não raro, distorce-se também o artigo 13, I, “b” (grave risco), indicando que o ato de separar a criança da mãe poderá causar um dano psíquico irreparável a ela, fato observado em 8 dos 10 casos.

A fundamentação combinada entre os artigos 12 e 13, I, “b” geralmente revela uma intencionalidade disfarçada em descumprir a Convenção da Haia de 1980 em favor da genitora, considerada pelos juízes como a melhor opção para os cuidados com a criança. Revela-se, nesses julgamentos, como o Poder Judiciário brasileiro ainda carece de tecnicidade na interpretação dos tratados, de modo a relativizar a efetividade do direito posto, desconsiderando as obrigações internacionais do Brasil nesse tema.

É inegável que as sensações humanas estão presentes em casos que envolvem crianças, mães e pais, nas inter-relações com os genitores. Inconscientemente, erra-se em favor de uma mulher nacional, considerada hipossuficiente, quando o principal parâmetro deveria ser a análise da situação da criança. Obviamente, os argumentos das sentenças induzem o leitor a considerar que tudo foi feito para a proteção do melhor interesse da criança, quando, na verdade, houve uma discricionariedade negada na interpretação da CH-80, em favor daquela que pratica a subtração internacional de crianças, que, como já explicado, é também um ato de alienação parental. Como já revelado, não houve sequer um caso que o argumento do paradoxo da criança adaptada determinasse que uma criança permaneceria com o genitor, ao invés de ficar com a genitora abandonada.

Se a prescrição do artigo 11 da Convenção da Haia de 1980 pede o período de seis semanas como baliza, é inaceitável que o Brasil ainda mantenha prazos tão dilatados – 731 dias, em média - para que se prolate uma sentença. Nada justifica essa dilação probatória, muito menos a longa espera por uma sentença, como já verificamos ao tratar da razoável duração do processo.

O grande argumento do qual os juízes lançam mão é a defesa do princípio do melhor interesse da criança, conforme discutido no capítulo 3, a demonstrar que não houve respeito à interpretação verdadeira desse princípio. Afinal, cada situação exige uma interpretação do melhor interesse da criança, mas todas devem obedecer ao contexto de subtração internacional. Os estudos científicos e os casos na Europa demonstram haver total correspondência entre o mecanismo de retorno imediato e o princípio do melhor interesse da criança, pois a investigação profunda dessa questão cabe exclusivamente ao país de residência habitual da criança, em respeito aos princípios da proximidade e do juiz natural.

De outro modo, de maneira não declarada, busca-se um respaldo a legitimar uma decisão já tomada anteriormente à análise do processo judicial: a criança deve permanecer com a mãe. O melhor interesse da criança passa a ser uma licença interpretativa para que os julgadores possam descumprir, sem constrangimentos, a CH-80.

Diante dos julgados trazidos por diversos processos de subtração internacional de crianças, representados, no limite, pelos casos Lanes e Sean Goldman, coube ao Estado brasileiro buscar alguma ação administrativa que pudesse demonstrar, minimamente, que o Brasil teria condições de mudar aquele cenário. Nesse contexto, reuniu-se uma Comissão Permanente para tomar medidas tendentes a favorecer o cumprimento da CH-80 no Brasil.

Evidencia-se a necessidade de alteração do ordenamento jurídico para que os casos de subtração internacional recebam tratamento especial. Embora as boas intenções para a confecção do Anteprojeto de Lei fossem abundantes, elaborou-se um texto que ainda não conseguiu atingir um patamar político para sua conversão em lei.

Teceram-se, por um lado, críticas ao papel da ACAF nesse Anteprojeto de Lei, porque se extrapola o papel de Autoridade Central, tal qual previsto na Convenção da Haia de 1980, principalmente na tentativa de conciliação e na produção de provas (oitiva da criança). Criticou-se também o recurso ordinário para o STJ por exigir uma PEC para tal desiderato, quando a obediência ao procedimento especial já previsto no Anteprojeto de Lei seria, salvo melhor juízo, suficiente para a obtenção de uma célere prestação jurisdicional.

Por outro lado, elogia-se bastante a delimitação das motivações para contestar a sentença, todas elas limitadas aos termos convencionais, além de restringir a produção de provas apenas quando houvesse alegação comprovada ou fortes indícios de haver aplicação das exceções. Também é digno de elogios os limites para os julgadores, com prazos bem definidos e procedimentos claros para a atuação dos juízes.

Da análise dos 30 casos, pôde-se perceber que a aplicação das exceções raramente encontram provas cabais para o convencimento dos juízes. Desses casos, apenas um contou com a recusa de retorno pela oitiva de uma criança com maturidade suficiente para afirmar sua vontade. Apenas uma ocasião o guardião não conseguiu comprovar que exercia efetivamente a guarda. Apenas um caso houve o transcurso de um ano entre a retenção ilícita e o pedido de retorno imediato.

A vasta maioria das negativas de retorno ocorreu em decorrência do que intitulamos de **paradoxo da criança adaptada**. Em outras palavras, apesar de o pedido ter sido tempestivo (dentro do prazo de um ano), os juízes deferem os pedidos de dilação probatória, fazendo necessária a produção de um laudo psicossocial, que fatalmente aponta para a adaptação da criança. Em decorrência desses desdobramentos, alega-se a proteção do melhor interesse da criança para mantê-la no Brasil, com a genitora (cuidadora primária) que a subtraiu do seu local de residência habitual.

Demonstrou-se que essa interpretação do melhor interesse da criança está completamente desconexa do contexto fático da criança, porquanto fora do contexto de aplicação da CH-80. Além disso, está-se a estimular o ilícito internacional com essa atitude, por demonstrar que a jurisprudência brasileira é dissonante com o texto da Convenção da Haia de 1980. Não há grave risco ou situação intolerável no retorno caso a criança fique longe de sua mãe, porque esse conceito não se aplica ao mero fato de estar longe do outro genitor. Afinal, grave risco significa uma situação extrema, no país de residência habitual, como uma guerra civil, um genocídio ou uma invasão estrangeira, situações impensadas na maioria dos signatários da CH-80, ou até a real impossibilidade de exercício da paternidade por parte do requerente do retorno imediato, por estar seriamente enfermo ou preso.

Viu-se também que a subtração internacional é, em si, um ato de alienação parental. Todos os genitores devem estar cientes disso antes de trazer seu filho para outro país simplesmente porque não mais deseja viver naquele país que outrora foi escolhido para criar seus filhos. A alienação parental é um dos temas contemporâneos mais delicados, mas não foi trazido à tona na maioria das análises processuais no Brasil, por ser tema tabu. Enquanto isso, há muitas discussões nos demais membros da Convenção da Haia de 1980, com desdobramentos práticos nas decisões, principalmente na Europa. Nos 30 casos, nenhum retorno imediato foi concedido com base na alienação parental.

O mesmo se diga da violência doméstica, que é uma realidade inescapável e não pode ser negligenciada porque não houve provas no país de residência habitual. Deve o juiz buscar a contextualização de cada caso concreto e buscar indícios para avaliar sua posição, reconhecendo que não se está diante

de uma tarefa simples. Cabe ao juiz fazer uma avaliação holística para verificar se houve ou não violência doméstica a partir dos indícios apresentados. Apenas um caso foi negado por alegações comprovadas de violência doméstica, ou mais especificamente abuso sexual contra as crianças.

Por fim, conclui-se haver uma evolução gradativa no Brasil em relação à aplicação da Convenção da Haia de 1980, que poderia ser muito maior se houvesse um esforço nacional para implementar medidas, tais como as sugeridas no Anteprojeto de Lei, para reduzir a discricionariedade dos juízes ao avaliar as questões de fundo relacionadas ao pedido de retorno imediato. Esse fator provavelmente reduziria o **paradoxo da criança adaptada**, equilibrando a jurisprudência nacional em relação à aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras Científicas Referenciadas

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; VIDAL, Gisela Vieira Dalfeor. Parental Alienation within the Context of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: the Brazilian Perspective. In **Panorama of Brazilian Law (PBL)**. Year 2, Number 2, 2014.

ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. Comentário ao RESP 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 14, p. 117-137, 2012.

ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. O Psicólogo como Perito e como Assistente Técnico. In **Alienação Parental – Interlocações entre o direito e a psicologia**. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014.

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

BRUCH, Carol S. The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases. In **Family Law Quarterly**, Vol. 38, No. 3 (Fall 2004).

BRUCH, Carol S. The Central Authority's Role Under the Hague Child Abduction Convention: a Friend in Deed, in **Family Law Quarterly**, Vol. 28, No. 1, Special Issue on International Family Law (Spring 1994), pp. 35-52

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, nº 113-118, 1998.

CANO, Sandra García. Evolución de las Técnicas de Cooperación Internacional entre Autoridades en el Derecho Internacional Privado. Evolución de las Técnicas de Cooperación Internacional entre Autoridades en el Derecho Internacional Privado. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, p. 75-109.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto processo**. Napoles: Morano, 1958.

CASAS, Pilar Maestre. Violencia Doméstica y Sustracción Internacional de Menores. In **Derechos y Libertades en la Sociedad Actual**. BURRIEZA, Ángela Figueruelo (Directora) y ALONSO, Marta León (Coordinadora). Granada: Editorial Comares, 2014.

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

DUARTE, Marcos. **Alienação Parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda** / Marcos Duarte. – 1. ed. – Fortaleza: Leis&Letras, 2010.

DYER, A. To celebrate a score of years. 33 N.Y.U. Journal of International Law & Politics, 2000, p. 1-15 apud MESSERE, F.L.L. **Direitos da Criança: O Brasil e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**.

Brasília: UniCeub, 2005, p.81. Disponível em <http://www.mestrado.uniceub.br/pdf/Fernando%20Messere.pdf>. Acesso em 29/11/2006.

FLORES, Dilia Ninoska Hernandez. **Aplicabilidad de la Convencion de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su procedimiento en El Salvador en relación con la ley de protección integral de la niñez y adolescencia (LEPINA)**. Dissertação. San Salvador: Universidade de El Salvador (Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales), 2013.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O Caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças. **UNIO – EU Law Journal**, 2014. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/46799/3/UNIO%200%20-%20Anabela%20Goncalves_pt.pdf.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O Princípio da Razoável Duração do Processo: proposta para sua concretização nas demandas cíveis** (Dissertação). Recife: UFPE, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, Rafaella de Menezes. Alienação Parental nos casos de sequestro internacional de crianças e adolescentes: o caso Sean Goldman. In **Alienação Parental: interlocuções entre o direito e a psicologia**. ARAÚJO, Sandra Maria Baccara et ali. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014.

LENAERTS, Koen. The Best Interest of the Child Always Come First: the Brussels II BIS Regulation and the European Court of Justice. **Revista de Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos**: 2013, 20(4), p. 1302-1328.

LETO, Marisa (2002). Whose Best Interest? International Child Abduction Under the Hague Convention. **Chicago Journal of International Law**: Vol. 3, No. 1, Article 22. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol3/iss1/22>, p. 246-253.

LOO, Hannah (2016). In the Child's Best Interests: Examining International Child Abduction, Adoption, and Asylum. In **Chicago Journal of International Law**, Volume 17, Number 2, Article 7, disponível no <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss2/7>, p. 611-624.

LOWE, Nigel Vaughan; STEPHENS, Victoria Helen. Global trends in the operation of the 1980 Hague Abduction Convention. **Family Law Quarterly** 46 (1), pp. 41-85.

MARTINS, Natália Camba. **Subtração Internacional de Crianças: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: interpretação judicial da adaptação da criança**. Curitiba: CRV, 2013.

MAZZUOLI, Valério; MATTOS, Elsa de. Sequestro Internacional da Criança fundado em violência doméstica perpetrado no país de residência: a importância

da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança. In **Revista dos Tribunais**, vol. 954 (2015), p. 239-254.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** (10ª edição). São Paulo: Saraiva, 2015.

MIGUEL FILHO, Teófilo Antonio. **Questões constitucionais e legais da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Tese de Doutorado em Direito (Orientadora Nádia de Araújo): PUC-Rio, 2010.

MORE, Rodrigo F. A violência doméstica e familiar contra a mulher e o sequestro internacional de crianças: estudos de casos e medidas urgentes. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, A. 14 n.20, p. 01-348, 2010.

PATON, Jennifer. The Correct Approach to the Examination of the Best Interest of the Child in Abduction Convention Proceedings Following the Decision of the Supreme Court in Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal). **Journal of Private International Law**, Vol. 8, No. 3, DOI 10.5235, p. 547-576.

PÉREZ-VERA, Elisa. **Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, 1982. Acessível no site da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (<http://www.hcch.net>). Acessado em 07/07/2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

QUILLEN, Brian. The New Face of International Child Abduction: Domestic-Violence Victims and Their Treatment Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, **TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL**, VOL. 49:621-643, 2014.

SANTOS, Eleonora Dutra W.A. **A Prevenção à Subtração Internacional de Crianças para o Brasil como Estratégia de Política Pública** (Monografia). Brasília: ESAF, 2014.

SCHUZ, Rhona. **The Hague Child Abduction Convention: a Critical Analysis**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013.

_____. The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. **Transnational Law and Contemporary Problems**, Vol. 12, 393-452, 2002. Disponível em HeinOnline (<http://heinonline.org>), acesso em 31/08/2017.

_____. Disparity and the Quest for Uniformity in Implementing the Hague Abduction Convention. **Journal of Comparative Law**, 9:1 (2014), p. 1-48.

SIFUENTES & CALMON (Coordenadores). **Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

SIFUENTES, Monica. Sequestro Interparental – a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. In **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 21, n. 5, maio 2009.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma. Tradução de João Maurício Adeodato da Faculdade de Direito do Recife. ("Don't Mention the Norm!"). *International Journal for Semiotics of Law*, IV/10 (1991). Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife.

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

WEINSTEIN, Timothy. The Hague Convention: Brazilian Style. **Bring Sean Home Foundation**, <http://bringseanhome.org/resources/the-left-behind-parent/hague-convention-%E2%80%9Cbrazilian-//style%E2%80%9D/> (visitado em 12/07/2016).

WAIDE, Amanda Michelle. To Comply or Not to Comply? Brazil's relationship with the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, *GA. J. Int'l & Comp. L.*, p. 292/293.

Julgados, Documentos, Obras Não Científicas, Leis e Projetos de Lei

BRASIL. Advocacia Geral da União (AGU). **PG nº 79116**, na ADI nº 4.245, de 23.06.2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 37, caput. In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04/03/2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/2015. In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01/03/2017.

BRASIL. **Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças**. Anteprojeto de Lei. Disponível em <http://www.participa.br/subtracao-internacional-de-criancas/minuta-de-anteprojeto-de-lei-sobre-a-implementacao-da-convencao-da-haia-de-1980>. Acesso em 16/07/2016.

BRASIL. Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000. **Palácio do Planalto**, Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em 30 jul. 2015.

BRASIL. Decreto 8.030, de 20 de junho de 2013. **Palácio do Planalto**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8030.htm. Acesso em 05/11/2016.

BRASIL. Lei 12.318/2010. **Palácio do Planalto**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 20/11/2017.

BRASIL. Resolução CFP nº 008/2010. **Conselho Federal de Psicologia**. Disponível em https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_008.pdf. Acesso em 11/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.245**, de 27.05.2009.

BRASIL. Seção Judiciária da Justiça Federal de Goiás. Processo nº 25458-39.2014.4.01.3500/GO. **Sentença**. Juíza Federal: TAYER, Maria Maura Martins Moraes. Julgamento: 24 de novembro de 2015.

BRASIL. Seção Judiciária da Justiça Federal do Distrito Federal. Processo nº 0043552-10.2015.4.01.3400/DF. **Sentença**. Juíza Federal: VASCONCELOS, Solange Salgado da Silva Ramos de. Julgamento em 27/08/2015.

BRASIL. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária a Justiça Federal do Rio de Janeiro. Sentença, dia 10/03/2016. Autor: União. Réu: F.P.B. Juiz: DANTAS, Eduardo Sousa. Processo nº 0005944-23.2014.4.02.5101 (2014.51.01.005944-9). Fonte: **ACAF**. Sentença, p. 5.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado do Espírito Santos. Juiz Federal BOTELHO, Rodrigo Reiff. **Sentença**. Processo nº 0000591-11.2014.4.02.5001 (2014.50.01.000591-8), fls. 414-432, p. 431.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0008055-21.2013.4.01.3200/AM. Desembargador Federal MARQUES, Kássio Nunes (Relator). **Acórdão provido à unanimidade**. Julgamento: dia 23/03/2015.

BRASIL. **STJ**, 2T, REsp 1239777/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 172/RJ, in <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4350806/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-172>. Acesso em 07/07/2016.

BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal (Primeira Vara). Processo nº 0043552-10.2015.4.01.3400. **Sentença**. Juíza VASCONCELOS, Simone Salgado da Silva Ramos de. Busca e Apreensão. Julgamento:

BRASIL. Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais (Oitava Vara). Processo nº 2008.3800027791-4. **Sentença**. Juiz IRENO JÚNIOR, Ivanir César. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencao/haia/cms/verTexto.asp?pagina=decisaoJudicial>>. Acesso em 07/07/2016.

GOLDMAN, David. **A Father's Love: One Man's Unrelenting Battle to Bring His Abducted Son Home**. Penguin, 2011 (e-book).

Hague Conference on Private International Law. **Permanent Bureau**. 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. Preliminary Document, Maio de 2011. Disponível em <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>. Acesso em 05/11/2017.

HARAZIM, Dorrit. Um Pai em Terra Estrangeira. **Revista Piauí**, Edição 26, Novembro de 2008. <http://piaui.folha.uol.com.br/materia/a-busca-do-filho/> Acesso em 16/08/2017.

Entrevistas – Qualificação dos Entrevistados

GAZIRE, Henrique. É Advogado da União, com vasta experiência em subtração internacional de crianças.

LIMA, Francisco George Beserra. Foi o Coordenador-Geral da Autoridade Central entre os anos de 2013-2016, fazendo uma gestão vanguardista à frente da ACAF. Conseguiu levar a ACAF a um patamar de respeitabilidade junto às demais instituições e coordenou os trabalhos para a formação da Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças.

PARENTE, Antonio Carlos. Foi servidor da ACAF desde 2013, atuando como Coordenador da Autoridade Central entre os anos de 2015-2016, com destacada atuação tanto em subtração internacional de crianças quanto em adoção internacional. É reconhecido como um dos maiores expoentes sobre ambos os temas.

SILVA, Luciana. Advogada militante cujos questionamentos ao procedimento no Brasil no Poder Judiciário estão produzindo mudanças substanciais na forma de a ACAF enxergá-lo. Vislumbra a fundação de uma ONG brasileira em apoio aos genitores abandonados estrangeiros.

TRECCA, Daniel. É o analista mais experiente da Autoridade Central do Uruguai. Foi um dos proponentes das mudanças legislativas no Uruguai.

SOLIS, Emilia Guadalupe Portal. É a Coordenadora-Geral da Autoridade Central de El Salvador, cujos esclarecimentos sobre o funcionamento do procedimento salvadorenho foi importante contraponto ao exemplo uruguaio.

ANEXO – ANTEPROJETO DE LEI

Dispõe sobre os procedimentos administrativos e judiciais para a aplicação da Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, de 1989, promulgada pelo Decreto nº 1.212, de 03 de agosto de 1994, e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, de 1980, promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000.

TÍTULO I - DAS NORMAS GERAIS

CAPÍTULO I - DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Ficam estabelecidos os procedimentos administrativos e judiciais destinados à aplicação da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, promulgada pelo Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994, e da Convenção sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, objetivando o retorno imediato de crianças ao seu país de residência habitual, bem como assegurar-lhes a proteção ao direito de visita dos pais e/ou responsáveis, nos termos das referidas convenções.

Parágrafo único. Subsidiariamente, aplicar-se-á, no que couber, o Código de Processo Civil.

Art. 2º O melhor interesse da criança é princípio fundamental dos procedimentos estabelecidos por esta lei, cabendo a sua observância em âmbito administrativo e judicial, primando pela celeridade.

Art. 3º Para os efeitos desta lei considera-se:

I - criança: pessoa menor de 16 (dezesesseis) anos de idade;

II - subtração internacional de crianças: a transferência ou retenção internacional ilícita de criança em país diferente daquele de sua residência habitual;

III - transferência ilícita: alterar a residência de criança para país diverso daquele de sua residência habitual, em violação ao direito de guarda atribuído de fato ou de direito a pessoa ou instituição, efetivamente exercido em período imediatamente anterior à alteração da residência;

IV - retenção ilícita: manter criança em país diverso daquele de sua residência habitual, em violação ao direito de guarda atribuído de fato ou de direito a pessoa ou instituição, efetivamente exercido em período imediatamente anterior à ocorrência da manutenção;

V - residência habitual: local onde a criança vivia e no qual mantinha laços de convivência familiar e comunitária no momento imediatamente anterior à sua transferência ou retenção ilícita;

VI - melhor interesse da criança: o direito de manter convívio com ambos os pais, suas respectivas famílias ou seus responsáveis legais; o de não ser transferida ilicitamente do

seu Estado de residência habitual; e o de obter rápida solução do pedido de cooperação jurídica internacional de retorno ou de regulamentação do direito de visita;

VII - direito de guarda: direito, entre outros, de decidir ou de participar da decisão sobre o Estado de residência habitual da criança, incluindo o de se opor à transferência da criança para o exterior, em conformidade com a lei do Estado de sua residência habitual, atribuído por decisão judicial, ato administrativo ou acordo;

VIII - direito de visita: o direito de convivência entre a criança e seus familiares, a ser exercido inclusive com a possibilidade de se levar a criança temporariamente para local diverso do seu Estado de residência habitual, atribuído por decisão judicial, ato administrativo ou acordo;

IX - regulamentação do direito de visita: a organização ou proteção do exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis para o seu exercício, removendo, tanto quanto possível, os obstáculos ao exercício desse direito.

CAPÍTULO II - DA AUTORIDADE CENTRAL BRASILEIRA

Art. 4º A Autoridade Central Brasileira, designada por ato do Presidente da República, é o órgão responsável por gerenciar a cooperação jurídica internacional do Brasil no âmbito da aplicação das convenções referidas no artigo 1º.

Art. 5º Compete à Autoridade Central Brasileira, para fins do previsto no art. 4º:

I - analisar a admissibilidade dos pedidos de cooperação jurídica internacional;

II - tomar medidas para localizar a criança transferida ou retida ilicitamente, podendo requerer diligências das autoridades administrativas e policiais;

III - facilitar a entrega voluntária da criança, em âmbito administrativo ou judicial, à autoridade estrangeira ou ao requerente, estimulando a solução amigável entre as partes, inclusive por meio da mediação;

IV - adotar ou fazer adotar todas as medidas necessárias à proteção da criança, podendo requerer diligências dos órgãos competentes;

V - trocar informações com outras autoridades, nacionais ou estrangeiras, relativas à proteção e situação da criança;

VI - fornecer informações às autoridades centrais estrangeiras sobre a legislação brasileira e o andamento do pedido de cooperação jurídica;

VII - auxiliar as autoridades estrangeiras na obtenção de cópia de decisão judicial ou atestado passado por autoridades brasileiras, para fins probatórios;

VIII - gerenciar o relacionamento entre as autoridades centrais visando fiel cumprimento das convenções, referidas no art. 1º;

IX - solicitar à Advocacia Geral da União a adoção das medidas judiciais necessárias para o retorno da criança ao seu país de residência habitual ou para assegurar o direito de visita, quando cabível;

X - solicitar, no âmbito de sua competência, às autoridades centrais estrangeiras, a obtenção e a produção de provas no exterior para instrução de procedimentos administrativos e judiciais no Brasil, podendo requerer a colaboração dos órgãos brasileiros competentes para a tramitação de comunicações judiciais diretas.

TÍTULO II - DO RETORNO AO PAÍS DE RESIDÊNCIA HABITUAL

CAPÍTULO I - DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Art. 6º Recebido o pedido de cooperação jurídica feito com base nas Convenções referidas nesta lei, a Autoridade Central Brasileira analisará os seus requisitos formais e, quando for o caso, adotará as diligências solicitando o envio de nova documentação, ou documentação complementar, em prazo razoável.

§1º Vencido o prazo, sem manifestação ou com manifestação insuficiente, a Autoridade Central recusará o processamento do pedido declarando a extinção do processo.

§2º O pedido deve ser instruído com elementos que comprovem o efetivo exercício do direito de guarda ou de visita, acompanhado de tradução para o vernáculo.

Art. 7º Instruído adequadamente o pedido de cooperação jurídica, a Autoridade Central Brasileira tomará as providências necessárias à localização da criança, podendo requerer o auxílio das autoridades policiais brasileiras, órgãos públicos e organizações da sociedade civil, quando for o caso.

Parágrafo único. Quando a Autoridade Central Brasileira tiver ciência de que a criança se encontra em outro Estado-parte, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora à respectiva autoridade central, dando ciência à autoridade requerente, ou devolverá o pedido ao Estado requerente, quando for mais conveniente.

Art. 8º Localizada a criança, a Autoridade Central Brasileira notificará a pessoa com quem essa estiver, cientificando-lhe dos termos do pedido de retorno ou regulamentação do direito de visitas formulado pela autoridade estrangeira e fixando prazo de 10 (dez) dias para manifestação.

§1º Com a notificação, a Autoridade Central Brasileira informará ao notificando sobre a hipótese de assistência jurídica gratuita pela Defensoria Pública da União, nos termos da lei.

§2º Nos casos em que houver alegação de violência doméstica e familiar contra a mulher, a Autoridade Central comunicará o fato ao órgão responsável que se encarregará de lhe prestar assistência e orientação.

§3º Nos casos em que ficar caracterizado perigo de fuga ou situação de grave risco para a criança, a Autoridade Central Brasileira encaminhará com urgência o caso à Advocacia-Geral da União, ficando dispensada a notificação prevista no caput deste artigo.

Art. 9º Concluídos os procedimentos de notificação, a Autoridade Central Brasileira promoverá os meios possíveis para alcançar a conciliação entre as partes, em atenção ao melhor interesse da criança.

Art. 10. Se a criança for maior de 12 anos, ou já possui grau de maturidade tal que seja apropriado ouvi-la, a Autoridade Central Brasileira poderá realizar sua oitiva especial, mediante profissional especificamente habilitado, documentando-se o ato em laudo técnico ou gravação audiovisual.

Art. 11. Não havendo a solução amigável entre as partes, a Autoridade Central Brasileira, quando for o caso, enviará o processo à Advocacia-Geral da União para adoção das medidas judiciais cabíveis.

CAPÍTULO II - DO PROCESSO JUDICIAL

Seção I - Do Exercício da Jurisdição Nacional

Art. 12. Compete ao juízo federal processar e julgar as ações judiciais fundadas nas convenções sobre subtração internacional de crianças, nos termos do artigo 109, I e III, da Constituição Federal.

§1º Durante o curso de ação de retorno, o juízo federal decidirá sobre o exercício do direito de visita e outras medidas que se entendam necessárias, de natureza temporária, até o seu julgamento definitivo.

§2º O pedido de exercício do direito de visitas durante o curso do procedimento judicial não pode ser interpretado como desistência do pedido de retorno ou consentimento com a transferência da residência habitual da criança para o Brasil.

Art. 13. A ação judicial fundada nesta Lei constitui questão prejudicial ao exercício da jurisdição nacional para decidir sobre o direito de guarda da criança.

Parágrafo único. O juízo estadual deverá suspender a ação sobre direito de guarda até que sobrevenha julgamento definitivo da ação sobre o retorno da criança ao seu país de residência habitual.

Seção II - Da legitimidade

Art. 14. São legitimados a propor ações fundadas nesta lei:

I - a União;

II - a pessoa física ou jurídica que detenha o direito de guarda ou de visita sobre a criança, nos termos do artigo 3º desta lei.

Art. 15. É legitimado a figurar no polo passivo da ação judicial a pessoa com quem a criança ou adolescente atualmente se encontra, ou aquele que for apontado pelo titular do direito de guarda ou de visita como responsável pela sua subtração ou retenção ilícita.

Art. 16. O Ministério Público Federal intervirá como fiscal da ordem jurídica, zelando pelo melhor interesse da criança.

Seção III - Do procedimento

Art. 17. O Juiz velará pela celeridade do processo de forma a assegurar o cumprimento dos prazos previstos nesta lei e nas convenções referidas no art. 1º.

Art. 18. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação a ocorrer em até 20 (vinte) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência.

Art. 19. Quando a pessoa física ou jurídica que detenha o direito de guarda ou de visita sobre a criança não for parte do processo, caberá à União comunicar à autoridade central estrangeira a realização da audiência.

Parágrafo único. Será facultada a participação da pessoa física ou jurídica que detenha o direito de guarda ou de visita sobre a criança, que poderá ocorrer, quando se encontrar no exterior, por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Art. 20. Se a criança for maior de 12 anos, ou já possui grau de maturidade tal que seja apropriado ouvi-la, o Juiz poderá determinar sua oitiva especial, mediante profissional especificamente habilitado.

§1º Havendo laudo técnico ou gravação audiovisual da oitiva da criança pela Autoridade Central Brasileira, de forma a preservá-la do sofrimento decorrente de sucessivas reinquirições, o juiz avaliará a conveniência de nova oitiva.

§2º A oitiva especial da criança será realizada mediante técnica que assegure o princípio da sua proteção integral, minimizando possíveis danos decorrentes de sua oitiva em sala de audiência.

§3º A criança poderá ser ouvida em sala especial durante a audiência de conciliação, por sistema de videoconferência, ou mediante oitiva extrajudicial e posterior manifestação em audiência do profissional ou relatório técnico a ser juntado até a data de realização da audiência.

Art. 21. Durante a oitiva especial da criança procurar-se-á esclarecer:

I - se a criança se opõe ao retorno e os motivos dessa recusa;

II - se seu grau de maturidade permite que sua opinião seja considerada;

III - se a sua manifestação é livre de alienação parental ou outra forma de influência indevida de terceiros.

Art. 22. O juiz poderá determinar a qualquer tempo a proibição da saída da criança do país e a apreensão de todos os documentos que possam permitir sua saída do território nacional, comunicando o ato às autoridades competentes, sem prejuízo da aplicação de outras medidas de tutela de urgência consideradas cabíveis.

Art. 23. Na audiência, o Juiz, conciliador ou mediador esclarecerá o réu sobre os objetivos das convenções que visam coibir a subtração internacional de crianças e as consequências da sua conduta, envidando esforços para que seja realizado acordo entre as partes.

Art. 24. O acordo poderá versar sobre os direitos de guarda, de visitas e de alimentos, assim como sobre todo e qualquer aspecto que seja determinante para pôr fim ao litígio.

§1º Se o acordo dispuser sobre direito diverso do que fundamenta a ação é necessária a anuência expressa ao acordo pela pessoa física ou jurídica que detenha o direito de guarda ou de visita sobre a criança.

§2º Caso a efetividade da autocomposição demande sua execução no exterior, o acordo poderá incluir a obrigação de sua homologação judicial ou a obtenção de ordem judicial no exterior que reproduza seus termos.

Seção IV - Da contestação e da revelia

Art. 25. O réu poderá oferecer contestação até a data da audiência de conciliação ou de mediação. Parágrafo único. Na hipótese do art. 334, §4º, inciso I, do Código de Processo Civil, a contestação poderá ser oferecida no prazo de 10 (dez) dias contados do protocolo do pedido de cancelamento da audiência pelo réu.

Art. 26. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Art. 27. A contestação versará somente sobre as seguintes hipóteses previstas nas convenções como causas de negativa do retorno da criança:

I - a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção;

II - a pessoa que detinha o direito de guarda havia consentido ou concordado posteriormente com a transferência ou retenção;

III - existe risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar em situação intolerável;

IV - quando a transferência ilícita do menor tiver ocorrido há mais de um ano da data do início dos procedimentos administrativos, a criança se encontrar plenamente adaptada ao seu novo meio;

V - a criança se opuser ao retorno, desde que tenha atingido idade e grau de maturidade tais que seja apropriado ao Juiz levar em consideração a sua opinião.

§1º A exposição da criança ao ambiente de violência doméstica e familiar contra um dos genitores pode ser considerada para os efeitos do inciso III deste artigo.

§2º A duração do processo administrativo ou judicial não será considerada para efeitos do que dispõe o inciso IV.

§3º Para os efeitos da contagem do prazo de um ano previsto nos artigos 12 da Convenção da Haia de 1980 e 14 da Convenção Interamericana considera-se:

I - termo inicial - a data da subtração ou retenção ilícita da criança;

II - termo final - a data do recebimento do pedido de restituição perante a Autoridade Central Brasileira.

4º Na hipótese de retenção ilícita, o termo inicial será o dia em que a criança deveria ter retornado para o seu local de residência habitual.

Art. 28. A existência de decisão judicial brasileira relativa à guarda da criança não constituirá causa suficiente para recusa de seu retorno.

Art. 29. Não serão admitidas alegações sobre questões preliminares ou incidentais que obstem o seguimento da ação.

Seção V - Do saneamento e da audiência de instrução e julgamento

Art. 30. Findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências constantes desta Seção.

Art. 31. Verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 15 (quinze) dias e proferirá julgamento conforme o estado do processo.

Art. 32. Não sendo o caso de julgamento conforme o estado do processo, o juiz designará, se necessário, audiência de instrução e julgamento, devendo as partes serem intimadas com pelo menos 15 (quinze) dias de antecedência.

Art. 33. A audiência será designada para ocorrer em até 20 (vinte) dias, salvo se tiver sido determinada a produção de prova pericial, caso em que a audiência deverá ocorrer em até 40 (quarenta) dias.

Art. 34. Quando o réu tiver alegado em contestação fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, assim como qualquer das matérias enumeradas no art. 337

do Código de Processo Civil, o juiz facultará ao autor manifestar-se e produzir provas além daquelas indicadas na petição inicial em até 10 (dez) dias.

Art. 35. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz, não sendo aplicável o disposto no art. 364, §2º, do Código de Processo Civil.

Art. 36. Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 37. O acesso à audiência será restrito às partes e aos seus procuradores.

Seção VI - Das provas

Art. 38. A realização de perícia será deferida pelo juiz quando o objeto de sua análise for diretamente relacionado às possibilidades de exceção ao retorno da criança, elencadas no artigo 27 desta Lei.

Art. 39. Apenas nos casos em que o tempo transcorrido entre a data da subtração ou retenção e o início dos procedimentos perante a Autoridade Central Brasileira for superior a 1 (um) ano, o Juiz poderá determinar a realização de perícia para averiguar se a criança se encontra adaptada ao seu novo meio, cujo laudo deverá ser juntado aos autos em até 20 (vinte) dias.

Parágrafo único. Não sendo decorrido o prazo de um ano conforme o *caput*, será vedado ao juiz considerar a adaptação da criança para efeitos de determinação do retorno.

Art. 40. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou, quando esta for determinada de ofício, pela parte que apresentou a alegação que fundamenta sua realização.

Seção VII - Dos recursos

Art. 41. Da sentença cabe recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça.

Parágrafo único. Sem prejuízo das disposições do art. 1.015 do Código de Processo Civil, cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versem sobre:

I - a saída da criança do país e a apreensão de todos os documentos que possam permitir sua saída do território nacional;

II - o deferimento de realização de perícia em situação não autorizada por esta Lei.

TÍTULO III - DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 42. É assegurada prioridade na tramitação dos processos administrativos e judiciais previstos nesta lei.

§1º Os processos a que se refere esta Lei terão andamento durante as férias forenses, onde as houver, e não se suspendem pela superveniência delas.

§2º A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública e ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos serviços de assistência jurídica gratuita.

Art. 43. Os tribunais poderão concentrar a competência para julgamento dos processos previstos nesta Lei em turmas e varas cíveis especializadas nas seções judiciárias.

Art. 44. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público adotarão as medidas necessárias para a observância dos prazos fixados nesta lei para a atuação, respectivamente, dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Art. 45. A Autoridade Central Brasileira adotará as providências cabíveis, no âmbito de sua competência, para que o retorno da criança ocorra de forma a garantir seu bem-estar e segurança no território nacional, podendo solicitar apoio de profissionais da área de psicologia e assistência social.

Art. 46. As autoridades judiciais ou administrativas brasileiras poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança ou adolescente, sem que seja necessário recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

Art. 47. Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente lei, não afeta os fundamentos do direito de guarda.

Art. 48. A fuga com a criança ou adolescente para local incerto e não-sabido, em qualquer fase do processo ou procedimento administrativo, sem o conhecimento da autoridade competente, após a notificação a que se refere o art. 10 desta lei, constitui crime, sujeito às penalidades previstas no art. 330 do Código Penal brasileiro.

Parágrafo único. Como medida cautelar e para evitar a fuga do responsável com a criança, a autoridade judicial poderá determinar a retenção dos seus passaportes, bem como, se for o caso, cancelamento dos seus documentos de viagem.

Art. 49. Compete ao Departamento de Polícia Federal adotar as providências requeridas pela Autoridade Central Brasileira na localização das crianças e no cumprimento das decisões judiciais.

Art. 50. A Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, passa a ser identificada como “Convenção sobre os aspectos cíveis da subtração internacional de crianças”.

Art. 51. Aplicam-se aos procedimentos desta Lei as disposições dos art. 214, 215 e 1.048 do Código de Processo Civil.

Art. 52. O art. 1.027, inciso II, da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea “c”:

Art. 1.027.....

II

c) as ações de auxílio direto para cumprimento de pedidos de cooperação jurídica internacional.

Art. 53. O art. 1.027, §1º, da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.027.....

§1º Nos processos referidos no inciso II, alíneas “b” e “c”, contra decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses do art. 1.015.

Art. 54. O art. 1.028 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.028. Aos recursos mencionados no art. 1.027, inciso II, alíneas “b” e “c”, aplicam-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, as disposições relativas à apelação e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 55. O art. 1.028 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar acrescido do seguinte §1-A: Art. 1.028.....

§1-A O recurso mencionado no art. 1.027, inciso II, alínea “c”, não devolverá o conhecimento de matéria de fato, ainda que não tenha sido solucionada no juízo inferior, salvo na hipótese no art. 1.014.

Art. 56. O art. 36 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 36 - Nas ações de auxílio direto para cumprimento de pedidos de cooperação jurídica internacional e nas causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, município ou pessoa domiciliada ou residente no País, caberá:

I - recurso ordinário;

II