CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

DOUTORADO EM DIREITO

Natalia Camba Martins

Os impactos da violência doméstica na subtração internacional de crianças e adolescentes: uma proposta interpretativa fundada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

Brasília - DF
2020

NATALIA CAMBA MARTINS

Os impactos da violência doméstica na subtração internacional de crianças e adolescentes: uma proposta interpretativa fundada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

Tese apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Dias Varella

Brasília - DF

2020

MARTINS, Natalia Camba.

Os impactos da violência doméstica na subtração internacional de crianças e adolescentes: uma proposta interpretativa fundada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados / Natalia Camba Martins; orientador Marcelo Dias Varella. – Brasília, 2020, 703 p.

Tese [Doutorado em Direito] – Centro de Ensino Universitário de Brasília, 2020.

SUMÁRIO: Introdução; Capítulo 1 – Proteção internacional às crianças e mulheres contra a violência; Capítulo 2 - Uma proposta conceitual para a violência doméstica e a subtração como ato de violência à criança; Capítulo 3 – O protagonismo da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional na proteção de crianças e adolescentes; Capítulo 4 – Uma Teoria Geral de Interpretação de Tratados a partir da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados; Capítulo 5 – A interpretação da exceção de grave risco a partir da Regra Geral de Interpretação; Capítulo 6 – Os Meios Suplementares de Interpretação, e as línguas oficiais da CH80 na interpretação da exceção de grave risco: a proteção de mulheres para além desta exceção; Conclusão; Referências.

NATALIA CAMBA MARTINS

Os impactos da violência doméstica na subtração internacional de crianças e adolescentes: uma proposta interpretativa fundada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

Tese apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Dias Varella

Brasília, 2 de março de 2020.

BANCA EXAMINADORA

_____

Professor Doutor Marcelo Dias Varella (Presidente)

_____

Professora Doutora Claudia Lima Marques (Membro Externo)

_____

Professor Doutor Sergio Fernando Moro (Membro Externo)

_____

Professor Doutor J. Francisco Rezek

_____

Professor Doutor Gustavo Ferreira Ribeiro

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às crianças e adolescentes. A todas as meninas e meninos, vítimas ou não de subtração internacional. Às últimas, para que possam conhecer uma realidade infelizmente muito próxima de todos nós. Mas este estudo é especialmente dedicado àquelas que, muitas vezes sem saber ou querer, são vitimadas, agredidas e objetificadas, geralmente por aqueles em quem depositavam o mais alto grau de confiança, respeito e amor, seus pais. Crianças e adolescentes que, em geral, terão sua infância povoada não apenas por brincadeiras e novos aprendizados, mas para quem a descoberta de um *mundo novo* também resta permeada por violência: violência contra si; contra outros membros de sua família e por vezes perpetrada por estes mesmos membros; por processos judiciais alongados, perícias, audiências e decisões tomadas sem sua participação direta e efetiva; por sua objetificação, como se fossem *acessórios* que devem acompanhar o *principal*, seja para onde este último resolver se deslocar.

Quando falamos em crianças e adolescentes em sua condição de pessoa em formação, para quem a família, a sociedade e o Estado devem assegurar a convivência familiar e comunitária amplas, a liberdade de locomoção e expressão, dentre vários outros direitos, são elas que devem ser o *principal*. Aos demais atores resta a relevante incumbência de ouvi-las e respeitá-las incondicionalmente, sem pretender aplicar, unilateralmente e em favor pessoal, qualquer presunção de sapiência absoluta quanto aos seus *melhores interesses*.

Em conclusão, dedico este trabalho à voz – que deve ser ouvida, sempre – de todas as crianças e adolescentes. Às Sophias e Naomis, para quem a adequada interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 seria essencial ao seu desenvolvimento sadio.

AGRADECIMENTOS

Os estudos de em grau de Doutoramento, embora aparentemente solitários, não podem ser alcançados sem o engajamento, direto e indireto, de um número altíssimo de pessoas e instituições. Há muito (e muitos) e agradecer.

Mais de 4 anos, 20 sumários e 600 páginas depois, aqui estamos nós, com a recordação de momentos que oscilaram entre o otimismo e o desespero; paixão e distanciamento, como sói acontecer com todos os Doutorandos e suas teses. É chegada, não sem um misto paradoxal de alívio e saudade, a hora desta tese também *ganhar o mundo* e, descolando-se de sua idealizadora, perseguir sua primordial função: o fomento do debate sobre temas tão sensíveis e relevantes.

Agradeço aos meus Anjos da Guarda (impossível que seja um só, a menos que ele - ou ela - seja "workaholic" como eu), trabalhadores árduos do plano imaterial que certamente velam por mim em todas as circunstâncias da vida. Aos meus pais, Maria Del Carmen e Mario, exemplos de honestidade, dedicação e auto sacrifício, sempre incondicionalmente empenhados em proporcionar e incentivar o que acreditam ser o melhor em mim. Sem eles, as minhas crianças septuagenárias, com suas peripécias, ensinamentos, broncas, manias, mimos e teimosias – típicos de uma portenha e um lusitano, minha vida não teria sentido tão útil, válido ou compensador. Recebam nada menos do que me proporcionaram: todo o amor que cabe em meu ser.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Marcelo Dias Varella, figura que busco espelhar integralmente em minha vida acadêmica, profissional e pessoal. Nutro absoluto orgulho e carinho por meu mentor, chefe, amigo e irmão mais velho, cujos ensinamentos, cuidado, generosidade e respeito tenho tido o incalculável prazer de receber há mais de 13 anos. À Paula Varella, Mateus e Princesa Alice, que sempre me acolheram como parte de sua família, algo de inestimável valor para uma filha única há muito tempo muito longe de casa: muito obrigado é pouco diante de tudo que vocês sempre fizeram por mim.

Nas pessoas dos Professores Francisco Rezek e Claudia Lima Marques, ícones do Direito Internacional Público e Privado, agradeço a todos os meus professores, sempre dispostos a compartilhar, ouvir e falar, concordar e discordar, elogiar e criticar.

Aos meus amigos que, ao apoiarem mais esta empreitada, muitas vezes se ressentiram de minhas ausências, mas as encararam com leveza, carinho e a certeza de que estamos todos buscando contribuir para um futuro melhor, a partir de nosso profundo e incondicional envolvimento com aquilo que amamos fazer. Andrea, Clarice, Priscila e Audine são apenas algumas de minhas irmãs e irmãos candangos, uma família que vem sempre crescendo - certamente graças à paciência deles. Amauri Filho, Paula Teixeira e Henrique Gazire, com sua motivação e ideias, sintam-se devidamente abraçados, ainda que de longe.

À Letícia Frazão e Rafael Leme, afilhados e também irmãos que o Largo São Francisco me deu que, recém egressos da Universidade de Oxford e que, com sua precisão metodológica e raciocínio afiado habituais, fizeram sugestões imprescindíveis para definição dos marcos teóricos desta tese. Ao distinto Marcel Simões, amigo desde os tempos da gloriosa São Francisco, meu carinho eterno. Quando a tristeza e desânimo fortemente vieram fazer-me visita, ele me fez prestimosa companhia, enchendo a casa com seus *causos*, precisamente cronometrados para terminarem apenas quando eu literalmente caia de sono, mas certamente nunca de tédio. A M.R., pelos quase inesgotáveis otimismo e paciência - mas que um dia precisou ir, infelizmente sem conhecer o final da história desta tese.

Aos meus colegas de trabalho, que se engajam diuturnamente na proteção à infância e adolescência, na adoção e subtração internacional de crianças e adolescentes e na cooperação jurídica internacional, nas mais difíceis circunstâncias - certamente uma delas sou eu mesma. Às passadas e atual equipe da ACAF; às *minhas Anas*: Luíza, Maria e Fabiana; Paula, Gustavo, Raul e Marcelo; aos nossos estagiários, meninas e meninos que já trabalham como *gente grande*. Não há palavras para descrever o quanto a ACAF - e eu - somos melhores com vocês, pessoal e profissionalmente.

Agradeço aos meus chefes, pares, servidores, funcionários terceirizados e demais estagiários do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, na figura da destemida Dra. Erika Marena, pessoa que tenho como exemplo diário de abnegação e defesa

do interesse público. Muito obrigada pelo respeito e apoio à minha pessoa e ao meu trabalho profissional e acadêmico.

Não poderia deixar de agradecer, ainda, aos chefes dos meus chefes, na figura do Professor Doutor José Levi do Amaral Júnior, então Secretário Executivo do Ministério da Justiça e Cidadania, que me proporcionou, em 2016, alcançar meu maior sonho profissional: trabalhar na Autoridade Central Administrativa Federal Brasileira para Adoção e Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (ACAF). Aos 35 anos, aportei em meu oásis profissional, graças à confiança dele em meu trabalho, honestidade e vontade intransigente de fazer a diferença, para melhor, no serviço público brasileiro.

Na pessoa de Dr. Sergio Moro, agradeço ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, que finalmente voltou a ser casa da ACAF desde 2017. Muito obrigada pelo apoio, respeito e autonomia que me são franqueados em minha atividade profissional diária. Também agradeço, profundamente, a oportunidade tê-lo como integrante de minha Banca de Doutoramento.

À Advocacia-Geral da União, na figura do Advogado-Geral da União, Dr. André Mendonça, que pessoalmente anuiu, no ano de 2007, com minha remoção do Departamento de Patrimônio e Probidade Administrativa, órgão que ele então dirigia, para o Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União, onde pude conhecer e me engajar, por quase 10 anos, no tema da prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes como Advogada da União, Coordenadora Nacional do Núcleo de Demandas Judiciais Internas e Diretora Substituta.

Também sou grata à Escola da Advocacia-Geral da União pelo financiamento parcial de meus estudos de Doutorado e ao Departamento Internacional da AGU, minha casa jurídica, onde essa paixão pelas crianças tomou forma e para onde certamente voltarei no futuro. À Nereida e Thiago, pela parceria pessoal e profissional tão próxima: apesar de nossos desafios e, por vezes, diferenças teóricas, recebam meu sincero respeito.

Especialmente, agradeço às crianças e adolescentes, pela pureza e fortitude, atributos que me incentivam a seguir lutando para que seus interesses, individuais e coletivos, sejam respeitados por todas as pessoas, grupos e instituições, no Brasil e alhures. Vem de seus sorrisos e lágrimas minha principal motivação para seguir comprometida com a defesa daquilo que acredito com todo meu coração - também com sorrisos e, por vezes, algumas lágrimas.

Donde no puedas amar, no te demores.
Frida Khalo

RESUMO

A produção de documentos internacionais voltados à proteção da infância e mulheres, apesar de vasta, ainda carece de adesão inequívoca dos Estados ao seu conteúdo e de unicidade conceitual quanto à violência doméstica. O fenômeno da violência doméstica é dotado de conteúdo próprio – distinto da violência familiar e da violência contra a mulher fundada no gênero. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) é o único instrumento internacional admitido pelos Estados-Partes para interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (CH80), exercício que não apenas é feito pelas Cortes Internacionais, mas também pelos operadores jurídicos domésticos. A aplicação do capítulo hermenêutico da CVDT permite alcançar interpretação e aplicação uniformes e globais daquela exceção, objetivo primordial do Direito Internacional Privado e hábil a ampliar o nível de segurança jurídica de todos os envolvidos. Dentro da gama de comandos interpretativos incluídos no *caldeirão hermenêutico* da CVDT, o mais relevante instrumento para interpretação da *exceção de grave risco* é o Guia de Boas Práticas da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado sobre a Exceção de Grave Risco, aprovado em dezembro de 2019. A CH80, quando adequada interpretada a partir da moldura hermenêutica da CVDT mostra-se como instrumento efetivo para a proteção de crianças e adolescentes vitimados *diretamente* por episódio de violência contra si, de natureza física, psíquica, sexual, financeira ou, de qualquer outra forma, que a coloque em situação intolerável em seu retorno. Também se protege a criança, por intermédio desta exceção, de atos de violência indireta a que ela seja exposta. A averiguação dos impactos, à criança, de quaisquer atos de violência ocorridos antes, durante ou após sua subtração devem ser efetivamente apurados, nunca devendo ser objeto de presunções. A proteção a outros membros da família, para além da criança ou adolescente vítima da subtração, poderá alcançada por intermédio de outros dispositivos da CH80, uma vez que a *exceção de grave risco* não inclui, em seu escopo, a proteção a adultos vítimas de violência doméstica.

PALAVRAS-CHAVE: subtração internacional de crianças; Convenção da Haia de 1980; interpretação de tratados; Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados; violência doméstica.

ABSTRACT

The production of international documents aimed at protecting children and women, although vast, still lacks unequivocal adherence by States to its content and conceptual uniqueness regarding domestic violence. The phenomenon of domestic violence has its own content - distinct from family violence and violence gender-based against women. The Vienna Convention on the Law of Treaties is the only international instrument accepted by its States-Parties for the interpretation of the *grave risk exception* of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, exercise which is not only performed by international courts, but also by the domestic legal operators. The application of the CVDT hermeneutic chapter allows to achieve uniform and global interpretation and application of that exception, the primary objective of Private International Law, enabling the increase of the level of legal certainty for all involved. Within the range of interpretive commands included in the CVDT hermeneutic cauldron, the most relevant instrument for interpreting the *exception of grave risk* is the Guide to Good Practices of the Hague Conference on Private International Law on the Exception of Grave Risk, approved in December 2019. The CH80, when properly interpreted using the CVDT hermeneutic framework, is an effective instrument for the protection of children and adolescents directly victimized by an episode of violence against them, whether physical, psychological, sexual, financial or in any other way, which puts him/her in an intolerable situation on her/his return. The child is also protected, through this exception, from acts of indirect violence to which she/he is exposed. The investigation of the impacts, on the child, of any acts of violence that occurred before, during or after his/her abduction must be effectively investigated, and should never be the subject of presumptions. Protection to other family members, in addition to the child or adolescent victim of the abduction, can be achieved through other CH80 provisions, since the *exception of grave risk* does not include, in its scope, the protection of adult victims of violence domestic.

KEYWORDS: international Child abduction; 1980 Hague Convention; treaty interpretation; 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties; domestic violence.

SUMÁRIO

Introdução 25

Parte I – O adensamento normativo internacional dedicado à proteção da infância e das mulheres e as dificuldades de conceituação da violência doméstica 45

Capítulo 1 – Proteção internacional às crianças e mulheres contra a violência 49

1.1. A complementariedade entre os *Direitos Internacionais* Público e Privado 51

1.2. O arcabouço protetivo do Direito Internacional Privado da HCCH: a prevalência dos tratados 58

1.2.1. A proteção às crianças e adolescentes: efetivação de direitos fundamentais 61

A. *Antigas Convenções* da Haia: o Direito Internacional Privado clássico 64

B. *Novas Convenções* da Haia: consagração de direitos fundamentais em favor de crianças e adolescentes 66

C. Instrumentos da Conferência da Haia em vigor e sua relevância para a interpretação da *exceção de grave risco* 69

1.2.2. A proteção às mulheres: o silêncio da HCCH quanto ao gênero 75

A. *Antigas Convenções* da Haia: discriminação *em desfavor* de mulheres 76

B. *Novas Convenções* da Haia: o uso da linguagem "gender neutral" 78

1.3. O arcabouço protetivo do Direito Internacional Público: o excesso de *unilateralismo multilateral* 84

1.3.1. A proteção às crianças e adolescentes: sujeitos ou objetos? 86

A. O Comitê de Bem-Estar da Criança da Liga das Nações: estratégia da "advocacy" 91

B. As *Declarações* de Direitos: adensamento textual sem caráter mandatório 93

C. Os *Tratados* de Proteção à Infância: o estabelecimento de normas *programáticas* 100

D. O Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU: respeito às diferenças culturais 106

E. A Assembleia Geral da ONU: detecção da violência como fenômeno global 114

i. Estudo da ONU de 2006: a invisibilidade da violência *familiar* contra crianças e adolescentes 116

ii. O Estudo da ONU de 2015: a *delicada* relação entre violência e pobreza 121

1.3.2. A proteção às mulheres: níveis máximos de adensamento e ambiguidades conceituais 127

A. Os esforços de aproximação da violência à discriminação e à tortura 129

B. As ambiguidades terminológicas das violências nos órgãos da ONU 135

C. Organização Mundial da Saúde: adequação terminológica progressiva da violência doméstica? 140

i. A constatação de ausência de conceituação unívoca 145

ii. O *reconhecimento* de que seres humanos de ambos os gêneros podem ser vítimas de violência entre parceiros 153

Capítulo 2 - Uma proposta conceitual para a *violência doméstica* e a subtração como ato de violência à criança 163

2.1. Adultos como Agressores e Vítimas *diretas*: o controle coercitivo 166

2.2. Crianças e Adolescentes como vítimas *indiretas*: os efeitos da *exposição* à violência doméstica 174

2.3. As relações entre violência doméstica, familiar e contra a mulher fundada no gênero 180

2.4. A subtração como como *ato de violência inicial* à criança e seus os efeitos 187

2.4.1. Subtrações Domésticas 193

2.4.2. Subtrações Internacionais 197

A. Estudo Reunite de 2003: os efeitos negativos da subtração às crianças e seus pais 198

B. Estudo Freeman de 2006: crianças subtraídas tornam-se adultos traumatizados 205

C. Estudo Reunite de 2009: as subtratoras obtém ou permanecem com a custódia das crianças após a subtração 214

D. Estudo Edleson de 2010: interpretação restritiva da *exceção de grave risco pelas cortes norte-estadunidenses* 221

2.5. A necessária aplicação "a contrario sensu" da *exceção de grave risco*: o efetivo e imediato combate *às violências* durante a subtração 228

2.6. A impossibilidade de presunção de danos à criança antes, durante ou após a subtração 232

Conclusões da Parte I 239

Parte II - A relação da Convenção da Haia sobre Subtração Internacional com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: interpretada e interpretante 245

Capítulo 3 – O protagonismo da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional na proteção de crianças e adolescentes 249

3.1. A Convenção da Haia de 1980 e suas *exceções* 251

3.2. A *exceção de grave risco*: uma breve teoria geral 260

3.3. As principais críticas à *exceção de grave risco* 268

3.3.1. Redação e Interpretação *inadequadamente* restritivas em casos de violência doméstica 270

3.3.2. A propalada alteração do contexto da subtração internacional desde a negociação da CH80: quando estudos estatísticos colaboram com a ambiguidade 275

A. Alteração do *gênero* do subtrator: alteração real ou estudo estatístico inicial parcial? 278

i. Estudos do "International Social Service" e da "Reunite International": a ampla repercussão de amostras parciais 279

ii. Estatísticas Globais: confirmação do gênero do subtrator 286

B. Alteração dos *motivos* da subtração internacional: (ir)relevância *numérica* da violência doméstica? 293

3.4. A CH80 como *tratado de direitos humanos* e sua *supralegalidade* no ordenamento jurídico brasileiro 298

3.4.1. A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança como *guarda-chuva* da Convenção da Haia de 1980 303

3.4.2. O princípio do *melhor interesse da criança*: breves considerações 307

3.4.3. A supralegalidade da Convenção da Haia de 1980 311

Capítulo 4 – Uma Teoria Geral de Interpretação de Tratados a partir da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados 321

4.1. Os tratados e as demais fontes do Direito Internacional 322

4.2. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como codificação do Direito Internacional consuetudinário e seu desenvolvimento progressivo 328

4.3. Incidência da Convenção de Viena de 1969 à Convenção da Haia de 1980, sua relevância e as abordagens interpretativas clássicas 334

4.4. Principais dificuldades do manejo da Convenção de Viena na interpretação de tratados 338

4.5. Quem interpreta tratados? 341

4.6. Como interpretar um tratado segundo a Convenção de Viena: a figura do *caldeirão hermenêutico* 349

4.6.1. A Regra Geral de Interpretação 354

A. As especificidades dos termos *contexto* e *conexão* 362

B. A relevância dos elementos *extrínsecos* e elaborados em momento *posterior* 366

C. A amplitude *aparente* do conceito de regras *pertinentes* de Direito Internacional 372

4.6.2. A aplicação subsidiária dos Meios Suplementares de Interpretação e das versões autênticas em mais de uma língua 380

4.7. As peculiaridades da interpretação dos tratados por Cortes Internacionais e Regionais 387

4.7.1. Corte de Justiça da União Europeia e Corte Americana de Direitos Humanos: o silêncio sobre a *exceção de grave risco* 389

4.7.2. Corte Europeia de Direitos Humanos: as *oscilações* na interpretação da *exceção de grave risco* 393

A. Caso Neulinger: o equívoco de compreensão quanto ao nível de averiguação do bem-estar da criança 396

B. Caso Maumousseau: confirmação da interpretação restritiva da *exceção de grave risco* 400

Conclusões da Parte II 403

Parte III – A aplicação prática da CVDT na interpretação da *exceção de grave risco* 407

Capítulo 5 – A interpretação da *exceção de grave risco* a partir da Regra Geral de Interpretação 411

5.1. A preponderância hermenêutica do sentido textual, aliada à boa-fé, contexto, objeto e finalidade da *exceção de grave risco* 413

5.1.1. A boa-fé na interpretação da *exceção de grave risco* 413

5.1.2. O texto da exceção de grave risco 417

A. "Not bound to" 420

B. "To stablish" 421

C. "Grave risk of physical or psychological harm" 421

D. "His or her return" 422

E. "Or otherwise place the child in an intolerable situation" 423

5.1.3. Objetos e finalidades da Convenção da Haia de 1980 424

5.2. As limitações do manejo do *contexto* da Convenção da Haia de 1980 na interpretação da *exceção de grave risco* 429

5.3. Para além do contexto: acordos posteriores, práticas e regras pertinentes de Direito Internacional 434

5.3.1. "Qualquer *acordo* posterior entre as partes *relativo à interpretação* do tratado *ou à aplicação* de suas disposições" 435

A. O silêncio da Convenção da ONU de 1989 sobre a violência doméstica 437

B. A compatibilidade da Convenção da ONU com a Convenção da Haia 444

C. A necessária designação de guardião "ad litem" em processos de subtração internacional 448

D. A Convenção da Haia de 1996 como *complemento* à Convenção da Haia de 1980 456

i. A complementariedade e compatibilidade entre as Convenções da Haia de 1980 e 1996 457

ii. Interação da violência doméstica com a Convenção da Haia de 1996 460

E. Conclusões e Recomendações das Comissões Especiais sobre a Operação Prática da Convenção da Haia: instrumentos *aprovados* pelos Estados-Partes da CH80 462

i. 1ª Comissão Especial: compreensão do cenário das subtrações internacionais 464

ii. 2ª Comissão Especial: *ambiguidade* da violência doméstica como razão para indeferimento do retorno 468

iii. 3ª Comissão Especial: *exclusão* do retorno seguro do genitor subtrator 472

iv. 4ª Comissão Especial: abordagem textual e restritiva..... 477

v. Comissão Especial de 2002: o retorno do genitor *acompanhante* 481

vi. 5ª Comissão Especial: *suficiência* do texto da *exceção de grave* risco e a *ausência* de consenso para sua alteração..... 485

vii. 6ª Comissão Especial: atenção à violência doméstica 491

viii. As *dificuldades* do Documento Reflexivo da Conferência da Haia de 2011 497

- Os diferentes "standards" probatórios: "civil law" e "common law" 501

- Inexistência de consenso judicial sobre os impactos da violência doméstica 506

- Os obstáculos para a inclusão de condições ao retorno seguro..... 511

ix. 7ª Comissão Especial: retomada do silêncio sobre a *violência doméstica e rechaço ao guia sobre a* exceção de grave risco..... 517

5.3.2. A prática posterior relevadora de acordo entre os Estados-Partes..... 521

A. Os Guias de Boas Práticas da CH80: instrumentos que confirmam o acordo entre partes relativo à interpretação da Convenção da Haia de 1980 522

i. Os primeiros Guias: silêncio quanto à violência doméstica..... 528

ii. Guia de Mediação: soluções consensuais em situações de violência doméstica? 534

iii. Guia da *Exceção de Grave Risco*: a principal ferramenta para interpretação da *exceção de grave risco* 541

- Tensões entre diferentes conceitos para a violência doméstica 542

- Estrutura, definições e o reforço do sentido ordinário dos termos da exceção de grave risco..... 547

- Fixação de metodologia à interpretação e aplicação da exceção de grave risco 552
- Identificação de boas práticas a partir das jurisprudências nacionais 558
- Quando a violência doméstica poderá obstaculizar o retorno 565
- Críticas ao manejo de presunções em substituição à efetiva avaliação dos impactos ou danos 571
- Quando a violência doméstica não poderá obstaculizar o retorno 575
- A ainda intrincada relação vítimas diretas e indiretas da violência doméstica 581

5.4. As regras gerais de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes e a inexistência de *sentido especial* ao *grave risco* 584

Capítulo 6 - Os Meios Suplementares de Interpretação, as línguas oficiais da CH80 na interpretação da *exceção de grave risco* e a proteção de mulheres para além desta *exceção* 589

6.1. Os trabalhos preparatórios à Convenção da Haia de 1980 e as circunstâncias de sua conclusão 591

6.1.1. A preocupação dos negociadores *exclusivamente* com a violência contra crianças e adolescentes 598

A. Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá e Estados Unidos: críticas à vagueza da redação *inicial* da *exceção de grave risco* 601

B. A manifestação isolada do Reino Unido: a violência doméstica como *situação intolerável* 603

6.1.2. O Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980: a confirmação do escopo reduzido da *exceção de grave risco* 610

6.2. A ausência de divergência no texto da *exceção de grave risco* nas duas línguas oficiais e em português (Portugal e Brasil) 618

6.3. Proteção às mulheres vítimas de violência doméstica: breves considerações para além da *exceção de grave risco* 622

6.3.1. O artigo 20 da CH80: proteção a violações de direitos humanos e liberdades fundamentais de adultos, crianças e adolescentes 624

6.3.2. A *não aceitação e/ou retirada da aceitação* às adesões de países à Convenção da Haia de 1980: ausência de proteção institucional ou práticas adequadas em favor de adultos contra a violência doméstica 630

6.3.3. A fixação *coercitiva* de residência habitual no contexto da violência doméstica 633

Conclusões da Parte III 637

Conclusão 643

Referências 671

Introdução

O livre convencimento das autoridades judiciais deve ser exercido a partir de um método, o qual deve ter natureza mandatória ou ser consensualmente acordado. No campo do Direito Internacional deve o método hermenêutico ser aceito pelos Estados-Partes do tratado a ser interpretado, em respeito ao "pacta sunt servanda". São estas as principais noções que permeiam esta tese: roga-se que o leitor, concordando ou não com tais premissas, não as perca de vista durante a leitura.

É *lugar comum* – ao menos na maior parte do globo – considerar-se que *qualquer forma de violência dirigida a um ser humano deve ser combatida e prevenida*[1] em todas as esferas, inclusive em âmbito internacional. No âmbito da subtração internacional de crianças e adolescentes, em seus aspectos civis, isso não é diferente. A comunidade internacional – assim como os teóricos e o grande público – já se apercebeu das relevantes *interações* entre o fenômeno da violência no ambiente familiar com o mecanismo de retorno imediato previsto pela Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (doravante Convenção da Haia de 1980 ou CH80).

Elevado volume de documentos produzidos em âmbito internacional[2] vem sendo dedicado ao fenômeno da violência praticada contra mulheres, crianças, adolescentes e outros seres humanos. Do mesmo modo, muitos países, em suas legislações domésticas, buscam prevenir e combater as mais variadas formas - e proteger as vítimas – de atos de violência. A proteção internacional dos direitos humanos tem inegavelmente recebido da comunidade internacional atenção ampliada, desde algum tempo. Tal proteção não vem sendo produzida apenas em âmbito multilateral, mas, em grande medida, também ocorre em âmbito regional, por intermédio – em especial – de organismos regionalizados (como a Organização dos Estados

[1] Optou-se, neste estudo, pela inclusão de termos em *itálico* para chamar a atenção do leitor para ideias ou termos considerados importantes à compreensão do raciocínio.

[2] No decorrer da presente tese preferiu-se, conscientemente, a utilização da nomenclatura *produzidos (ou elaborados) em âmbito ou pela comunidade internacional*, ao fazer menção aos documentos pesquisados, evitando-se, quando possível, o manejo da expressão *produzidos pelos Estados*. Isso porque, um relevante ponto investigado nesta tese indica que nem todos esses documentos (e em especial no âmbito do Direito Internacional Público) são, *tecnicamente*, produzidos ou aprovados pelos países membros das organizações internacionais que os elaboram. Tal circunstância, conforme será visto, impacta diretamente na inclusão de tais instrumentos no capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Americanos, a União Europeia, a União Africana a Associação de Nações do Sudeste Asiático – "ASEAN").

Para os fins do presente estudo, adotou-se corte metodológico voltado à proteção *multilateral* de crianças, adolescentes e mulheres. Os documentos *regionais* relacionados *especificamente* à prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes elaborados em âmbito regional foram, conscientemente, excluídos do escopo desta tese, tendo em vista sua inaplicabilidade, nos termos da CVDT, para alcance de interpretação *uniforme e global* da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Constata-se, nas realidades prática e teórica, que ainda não foi possível alcançar consenso *multilateral* sobre as formas possíveis e efetivas de *equilíbrio* entre a proteção à crianças, adolescentes e a outros membros da família, vítimas de *violência doméstica*, quando: a) tal violência é o *motivo* alegado para a realização da subtração internacional ilícita dos primeiros *pelas mães* e; b) *não* ocorre a *constatação inequívoca* de que os atos de violência, ou seus impactos, foram sofridos pela criança ou adolescente vítima da subtração internacional ilícita.

Elaborada no seio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado[3], a partir da segunda metade da década de 70, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes foi finalizada em 1980 e entrou em vigor no ano de 1983[4]. Sua negociação contou, à época, com a participação de cerca de 24 Estados, em sua maioria integrantes do norte desenvolvido. Com o tempo, a CH80 tornou-se um dos tratados celebrados no âmbito da HCCH com o maior número de participantes, contanto atualmente com 101 Estados-Partes, em sua maioria países do Sul em desenvolvimento[5].

A principal ferramenta da Convenção da Haia de 1980 na prevenção e combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes é a previsão do *mecanismo do retorno imediato*, no qual toda arquitetura desta convenção tem seu alicerce. Tal mecanismo é a

---

[3] HCCH, em seu acrônimo inglês "Hague Conference on Private International Law".

[4] A CH80 entrou em vigor, mais precisamente, em 1º de dezembro de 1983, no terceiro mês após o 3º Estado-Parte (Portugal) depositar seu instrumento de ratificação (29.09.1983). Esse tratado foi ratificado pelo Brasil no ano de 1999, tendo entrado em vigor, no ordenamento jurídico pátrio, em 2000, por intermédio do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em 07.01.2019.

[5] A lista atualizada de Estados-partes pode ser consultada em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24. Acesso em 17.09.2019.

premissa central na que se sustenta este tratado (STURLÈSE, 1994, par. 44). Pelo mecanismo do retorno imediato, o atendimento ao *melhor interesse da criança* resta atendido, à primeira vista, por sua imediata – e, portanto, célere – restituição ao país de residência habitual[6]. É do interesse das crianças, coletivamente consideradas, que o tratado busque seu regresso, quando ilicitamente removidas ou retidas do seu ambiente doméstico, pela aplicação de uma única regra que confira a todos segurança, prevendo um instrumento procedimental simples que permita o rápido julgamento dos casos (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, pp. 29-30).

A obrigação de retorno imediato de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ao seu país de residência habitual[7] não é absoluta: foram previstas 5 hipóteses[8] que, caso configuradas, podem autorizar a manutenção da criança no país de refúgio[9]. Dentre tais exceções, encontra-se a *exceção de grave risco*, incluída no artigo 13, parágrafo 1, alínea "b" (ou 13Ib, no decorrer deste estudo) da Convenção da Haia de 1980, segundo a qual a autoridade judicial[10] do Estado Requerido[11] não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa (instituição ou organismo) que se oponha a seu retorno provar que:

> "existe um risco *grave* de *a criança, no seu retorno*, ficar sujeita a *perigos* de ordem *física ou psíquica, ou*, de qualquer outro modo, ficar numa *situação intolerável*"[12] (grifos nossos).

Ainda são notáveis importantes divergências – em âmbito teórico, junto aos operadores jurídicos e público em geral – sobre o alcance e escopo da *exceção de grave risco* da CH80, em situações de subtração internacional (de criança ou adolescente) *cumulada com* violência familiar – dirigida diretamente contra a criança ou contra outros membros da família. Tais posições, aparentemente antagônicas, dificultam o alcance de um dos principais objetivos do Direito Internacional Privado e deste tratado, qual seja, a interpretação e aplicação uniformes entre seus Estados-Partes. A ausência ou redução da uniformidade na interpretação e aplicação de instrumentos e dispositivos normativos tem, como consequência deletéria imediata, a

---

[6] Aquele em que ela se encontrava inserida até sua transferência ou retenção não autorizada.
[7] Para fins da cooperação jurídica internacional, Estado Requerente. Doravante, Estado Requerente, Estado de residência habitual ou país de residência habitual.
[8] Incluídas nos artigos 12, 13 e 20 da CH80.
[9] O país para o qual a criança foi transferida ou está sendo retida, alegadamente, de forma ilícita. Para fins de cooperação jurídica internacional, denomina-se Estado Requerido.
[10] Ou administrativa, em países em que incumbe a esta última a decisão final sobre a aplicação da CH80.
[11] Para os fins deste estudo, Estado de Refúgio, país de refúgio ou Estado Requerido.
[12] Artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças, internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em 17.09.2019.

redução da segurança jurídica na proteção dos indivíduos – no caso, crianças, adolescentes e adultos envolvidos em cenários de subtração internacional ilícita.

A justificativa para o estudo das contribuições que a Convenção de Viena de 1969 pode oferecer à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 funda-se na constatação de que não se tem encontrado, nas discussões acadêmicas ou práticas, esforços aprofundados para *aproximação da interpretação e aplicação* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças *à metodologia hermenêutica* prevista na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados[13], apesar do reconhecimento aparentemente inconteste, inclusive pela comunidade internacional e teórica, da *relevância do capítulo hermenêutico* contido neste último instrumento[14], seja como *direito positivo, seja como direito consuetudinário*[15].

Constata-se que a CVDT é o principal – *senão o único* - instrumento interpretativo de tratados elaborado e aceito pela comunidade internacional e, em consequência, potencialmente apto a garantir *desejável uniformidade multilateral* na interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da CH80. O desenvolvimento de conjunto de critérios objetivos e rede de comunicação forte entre juízes pode ampliar a uniformidade da implementação da Convenção da Haia de 1980 (LETO, 2002, p. 248).

O presente estudo volta-se, portanto, à análise, discussão e comprovação - ou não - da seguinte hipótese:

> A exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, interpretada à luz da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos

---

[13] Doravante CVDT ou Convenção de Viena de 1969. Embora finalizado no ano de 1969, este tratado foi ratificado pelo Brasil apenas no ano de 2009, tendo entrado em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, no mesmo ano, por intermédio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 09.03.2019. Sua aplicação, pelos operadores jurídicos nacionais é, portanto, recente – e rara. Em brevíssima pesquisa ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça brasileiro – STJ, fazendo uso dos termos "convenção de Viena" E "direito dos tratados", foram encontrados apenas 6 acórdãos publicados. O aprofundamento quanto ao seu conteúdo, bem como a pesquisa de outras decisões judiciais emitidas por este Tribunal Superior envolvendo tal tratado não se encontram incluídos no escopo deste trabalho.

[14] Artigos 31 a 33 da CVDT.

[15] Em especial, a Corte Internacional de Justiça possui reiteradas decisões sobre a aplicação do capítulo hermenêutico da CVDT à interpretação de tratados, nas disputas que lhe são levadas à análise, conforme será visto no decorrer deste estudo. Em especial, vide Capítulo 4.

> Tratados, apresenta mecanismos adequados para proteção das vítimas diretas e indiretas do fenômeno da violência doméstica, no âmbito da subtração internacional de crianças e adolescentes.

Para tanto, esta tese funda-se, por primeiro, nas seguintes premissas:

> A interpretação e aplicação da exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980 a contextos de violência doméstica devem ser realizada: a) da forma mais uniforme possível, pelo maior número de seus Estados-Partes, objetivo maior do próprio Direito Internacional Privado, e; b) com respeito ao nível de conscientização que a comunidade internacional efetivamente pode alcançar, coletivamente e até o momento, sobre o tema da subtração internacional de crianças e da proteção à violência doméstica, apreendido pelo aplicação criteriosa do único instrumento amplamente admitido pelos países como hábil a efetuar a interpretação de tratados – a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados[1617].

Conforme mencionado, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes[18], em ao menos um de seus dispositivos[19], aprovado no início da década de 80, volta-se à proteção *da criança* e do adolescente contra qualquer forma de *violência dirigida contra si*, de natureza física, psíquica ou que, de qualquer outra forma, os coloque em situação intolerável *quando do seu retorno* ao Estado de sua residência habitual.

---

[16] Doravante, Convenção de Viena de 1969, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ou CVDT.

[17] Disponível, em sua versão autêntica em língua inglesa, em https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf. Acesso em 17.09.2019. As outras versões autênticas do instrumento podem ser encontradas em russo, espanhol, francês e chinês.

[18] Disponível, em sua versão autêntica em língua inglesa, em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24. Acesso em 17.09.2019. A outra versão autêntica deste tratado encontra-se redigida em língua francesa.

[19] Artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" deste tratado, segundo o qual: "Article 13. Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that -
a) (…); or
b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation" (grifos nossos).

A constatação empírica de que tal dispositivo, conhecido como *exceção de grave risco*, vem sendo interpretado – e aplicado, em muitas jurisdições, senão na maioria –, de forma pouco uniforme, *especialmente em situações em que atos de violência não são praticados diretamente contra a criança, mas contra outros membros da família*, durante o cenário pré-subtração, motivou a problematização incluída neste estudo.

Compartilha-se com Wills a ideia de que a observação de princípios uniformes e apropriados à interpretação de tratados e o reconhecimento do espírito da Convenção da Haia de 1980, que considera os interesses das crianças como principal preocupação, permite à comunidade internacional desenvolver *consenso compartilhado* do Direito Internacional que traz resultados positivos tanto para as crianças quanto para seus pais. Além disso, a otimização da aplicação *consistente e uniforme* deste tratado é *necessária* para manutenção de sua viabilidade e legitimidade para os anos vindouros (WILLS, 2006, p. 458).

A Convenção de Viena de 1969 é tratado, com conteúdo de seguimento obrigatório aos seus Estados-Partes[20]. Além disso, parece ser o *único* acordo internacional, de abrangência multilateral, que se volta à interpretação e aplicação de outros tratados. Nessa medida, defende-se que é exatamente o manejo adequado da CVDT na interpretação da Convenção da Haia de 1980 que irá garantir a esta última uma interpretação o mais uniforme possível, entre os seus Estados-Partes, aumentando a segurança jurídica de todos os interessados e, em especial, elevando o grau de proteção à crianças e adolescentes contra os efeitos nefastos de sua subtração internacional ilícita.

Além da redução dos efeitos da subtração internacional, a uniformidade de interpretação da CH80 tem o condão de reforçar seu objetivo de prevenção à subtração internacional, na medida em que ficam reduzidas as possibilidades de sucesso do subtrator de *escolher* a jurisdição que lhe parece mais *favorável* à legitimação de seu ato. O incremento de uniformidade na implementação da *exceção de grave risco* da CH80 por todos os seus Estados-

[20] E, em relação aos países que não são parte desta avença, sua aplicação também ocorreria por força de sua natureza de direito internacional costumeiro, conforme será visto no Capítulo 4.

Partes, em suas jurisdições, aumentaria, progressivamente, o caráter preventivo deste tratado, a segurança jurídica dos envolvidos e eliminaria o fenômeno do "forum shopping"[21].

A proposta de análise contida neste estudo, que será aprimorada a partir de sub hipóteses, foi a mola propulsora da curiosidade científica desta estudante durante os últimos anos. Conforme será visto, sua comprovação não é tão óbvia ou simples quanto possa parecer à primeira vista. Além disso, os resultados obtidos com o exercício metodologicamente escrupuloso de interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 por intermédio da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, poderão, para alguns, ser considerados insuficientes em termos de proteção *integral* a todos os envolvidos em disputas dessa natureza[22]. No entanto, o rigor metodológico como fio condutor desta tese não será abandonado, seja para confirmá-la ou refutá-la.

Esta tese divide-se em 3 grandes partes:

a) Parte I, que pretende apresentar o *problema motivador deste estudo*. Nela, serão analisadas e discutidas as dificuldades da conceituação do fenômeno da violência doméstica apesar do adensamento normativo internacional voltado à proteção da infância e das mulheres e identificado no âmbito do Direito Internacional;

b) Parte II, voltada à fixação dos *marcos teóricos gerais* sobre o tema, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes e a Convenção de Viena de 1969, inclusive quanto a sua necessária *relação,* uma vez que as ferramentas interpretativas fornecidas pela última se mostram indispensáveis à mais uniforme e global interpretação *da exceção de grave risco*, incluída na primeira;

c) Parte III, serão retomadas as apurações empíricas e arcabouço teórico produzidas nas partes antecedentes, para aplicação prática da CVDT à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980. Diante da constatação de que a ausência de impactos objetivamente constatáveis na criança ou adolescente, originados pela

[21] Terminologia comum no âmbito do Direito Internacional Privado para indicar situações em que o uma das partes de um litígio (atual ou futuro) adota manobras jurídicas para *escolher* a jurisdição que irá decidir o caso "em busca da solução que lhes pareça mais favorável" (ARAUJO, 2016, pos. 691).
[22] Subtração internacional de crianças e adolescentes + violência doméstica pré-subtração.

violência doméstica ou, mesmo quando constatados tais impactos, é possível a eliminação ou mitigação do(s) grave(s) risco(s) de que a criança, em seu retorno[23], pelo Estado de residência habitual, evitando que seja exposta a perigos de ordem física, psíquica ou situação intolerável[24]. Ao final, serão apresentadas breves considerações sobre possíveis *alternativas à exceção de grave risco*, também incluídas na Convenção da Haia de 1980, para proteção de adultos vítimas de violência doméstica – Capítulos 5 e 6.

Muitos seguem criticando a CH80 em situações em que a subtração internacional é motivada pela prática de violência doméstica contra o genitor subtrator, sem que se tenha apresentado solução alternativa que conte com o consenso dos Estados-Partes deste tratado. Defende-se, nesta tese, que a aplicação rigorosa das regras hermenêuticas da CVDT à CH80 – e, mais especificamente, à interpretação de sua *exceção de grave risco* no contexto de violência familiar - parece ser, então, alternativa que merece ser *testada*, o que será efetuado nesta tese.

Desta forma, esta tese pretende inovar, em especial, na busca da construção de *uma possível interpretação, adequada e uniforme, para a exceção de grave risco*, contida no artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" da CH80, a partir da moldura interpretativa oferecida pelos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), especialmente quanto ao espinhoso tema da violência doméstica.

Para que seja possível a aplicação prática do capítulo hermenêutico da CVDT à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, exercício que será primordialmente empreendido na Parte III desta tese, mostrou-se indispensável trilhar o caminho incluído nas Partes I e II do estudo.

Inaugurando o caminho desta pesquisa, o Capítulo 1 constata que o adensamento de volume dos documentos produzidos pela comunidade internacional, relacionados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres contra atos e situações de violência pratica contra si não resultou, necessariamente, em incremento do nível normativo de sua proteção. Além disso, a

---

[23] Ao seu país de residência habitual.

[24] A opção pela inclusão de tais discussões, embora não incluídas no escopo desta tese, busca, por primeiro, iniciar o fomento de tais questões no cenário acadêmico – uma vez que tais discussões são ausentes na academia brasileira e, também, incipientes entre teóricos estrangeiros; além disso, a apresentação, ainda que embrionária, de tais alternativas, poderá servir de alento para algumas pessoas, ciosas [e ávidas] pela proteção de mulheres-subtratoras vítimas de violência doméstica.

profusão de documentos também aprofundou as ambiguidades conceituais sobre o fenômeno da violência doméstica, aproximando-o, inadequadamente, a outras circunstâncias, como a violência familiar e contra a mulher fundada no gênero.

Os Direitos Internacionais Público e Privado têm se mostrado, cada vez mais, complementares, inclusive caminhando para, em certa medida, uma *fusão*, especialmente no campo da proteção de direitos humanos. A inclusão dos documentos elaborados no âmbito da comunidade internacional, em um ou outro campo, no decorrer desta tese, é decorrência de uma divisão meramente didática, não devendo ser vista como uma adesão absoluta à uma visão estanque sobre tais ramos jurídicos.

Enquanto no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional, principal polo produtor de normas multilaterais voltadas à solução de questões privadas plurilocalizadas é possível encontrar normas de natureza mandatória – tratados – especificamente voltados à efetivação de direitos humanos fundamentais em favor de crianças e adolescentes, a proteção às mulheres, enquanto grupo específico, mostra-se praticamente inexistente.

A produção de organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial de Saúde, por sua vez, dedicam volume substancial de documentos sobre a proteção de mulheres contra a violência. No entanto, nenhuma Convenção para Proteção à Mulher Contra a Violência foi aprovado até o momento. Em segundo lugar, a maioria esmagadora dos documentos elaborados por estas últimas organizações ocorre de forma *unilateral* por alguns de seus órgãos, não contanto com a participação prévia dos Estados-Membros em sua elaboração ou aprovação, ao final, de seu conteúdo. No que diz respeito à proteção à infância, o elevado volume de Estados-Membros da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança parece explicado, ao menos em parte, pela inclusão de regras meramente programáticas em seu bojo.

De um lado, a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT) inclui regramento específico para a interpretação de tratados. Tal regulamentação mostra-se especialmente marcada pelo princípio do "pacta sunt servanda"[25], garantindo prevalência aos *limites hermenêuticos admitidos* pelos Estados-Partes do tratado a ser interpretado e aplicado.

[25] Do latim literal "acordos devem ser mantidos". "The rule that agreements and stipulations, esp. those contained in treaties, must be observed" (GARNER, 2009, p. 1217).

Em decorrência, o manejo de documentos, instrumentos, acordos ou práticas dos países, na interpretação da CH80 – *nos estritos termos da CVDT*-, mostra-se essencialmente vinculado ao *nível de consenso alcançado entre suas partes, quanto à relevância* dos documentos, instrumentos, acordos ou práticas*, possíveis de serem identificados* em âmbito multilateral.

A distinção quanto à relevância, para interpretação dos tratados, fixada pelo capítulo hermenêutico da CVDT – em especial, em seus artigos 31 e 32 -, parece indicar, reitera-se, que *nem todos os documentos produzidos na seara internacional merecem consideração na interpretação da exceção de grave risco da CH80*. Aproximando-se, em breves linhas, o capítulo hermenêutico da CVDT à *exceção de grave risco* da CH80, considera-se que serão relevantes os seguintes documentos internacionalmente produzidos:

a) os tratados, documentos elaborados pela comunidade internacional e *aprovados*, *com rito próprio* (disciplinados nos artigos 6º e seguintes da CVDT), pelos países (gerando obrigações de natureza indiscutivelmente mandatória para seus Estados-Partes)[26];

b) as conclusões, recomendações, relatório explicativo, trabalhos preparatórios e guias de boas práticas, especialmente aqueles elaborados no âmbito da Conferência da Haia de Direito

[26] Embora a proposta de classificação da relevância dos instrumentos produzidos em âmbito internacional (para os fins deste estudo, mais especificamente em âmbito multilateral) a partir do capítulo de interpretação dos tratados da CVDT tangencie as *consequências* de tais instrumentos, quanto ao seu grau de obrigatoriedade de seguimento pelos países, seus focos principais são os seguintes:
a) sua *forma de elaboração* (se aprovados utilizando-se o rito de produção de tratados contido nos artigos 6º e seguintes da CVDT, serão denominados tratados*;* se, embora não sigam o rito de elaboração de tratados, mas forem *aprovados* pelos Estados-Partes, também serão, em tese, relevantes para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80; por fim, os documentos que, embora produzidos em âmbito multilateral, não são *tratados*, *documentos ou práticas cujo conteúdo é especificamente submetido à aprovação dos países*, nem tampouco configuram, inequivocamente, *regras pertinentes* de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes, aparentemente, não são dotados de relevância para a interpretação da CH80, segundo a CVDT);
b) o *momento* de elaboração de tais instrumentos ou práticas: se foram produzidos simultaneamente (*em conexão com a elaboração do tratado*, segundo terminologia dos artigos 31 e 32 da CVDT) à elaboração da CH80 ou em momento posterior.
O aprofundamento das discussões sobre o *grau de obrigatoriedade* dos instrumentos multilaterais será apenas tangenciado no decorrer desta tese, quando necessário. Tal discussão resta excluída do corte metodológico adotado no presente estudo.

Internacional Privado[27] sobre a CH80 - porque, ainda que *aprovadas* pelos Estados-Membros da HCCH, não seguem o rito de produção de tratados[28].

Em sentido contrário, serão considerados *irrelevantes*, para o capítulo interpretativo da CVDT, manifestações unilaterais dos Estados[29] e considerações unilateralmente emitidas por órgãos integrantes de organismos multilaterais, que *não contam com a aprovação expressa dos países* – como relatórios, recomendações e conclusões de órgãos da Organização das Nações Unidas[30]. Ainda que produzidos no seio de organizações internacionais - coletiva ou unilateralmente[31] – nem todos eles seriam dotados de *qualquer relevância* para fins de interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, segundo a CVDT.

Tendo em vista que *nem todos os instrumentos ou documentos produzidos em âmbito internacional (ou doméstico) são relevantes para a interpretação da exceção de grave risco da CH80*, o Capítulo 1 procurou, ao identificar e analisar os principais esforços da comunidade internacional para proteção de crianças, adolescentes e mulheres, já classificá-los como relevantes – ou irrelevantes – para os fins do capítulo interpretativo incluído nos artigo 31 a 33 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Os documentos discutidos no Capítulo 1 também permitem constatar que as noções de violência – doméstica, família e contra a mulher fundada no gênero – encontram-se fortemente permeadas por confusões terminológicas que, na prática, levam alguns a conclusões aparentemente equivocadas sobre a *exceção de grave risco* da CH80, em sua interação com o fenômeno deletério da violência doméstica (e/ou com a violência familiar e a violência contra a mulher fundada no gênero). Nota-se, desta feita, uma outra possível dificuldade na

---

[27] Conforme será visto, não parece possível a identificação de instrumentos, elaborados no âmbito do Direito Internacional Público, que possam ser adequadamente classificados como portadores de *relevância para o capítulo hermenêutico da CVDT*, com exceção da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, por exemplo. Esta discussão será pormenorizada no decorrer desta tese.

[28] Importante enunciar, neste ponto, que, algumas vezes, os Guias de Boas Práticas e os Relatórios Explicativos elaborados no seio da HCCH indicam, expressamente, que seu conteúdo não seria de seguimento obrigatório pelos Estados. A discussão da relevância de tais documentos à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 em contextos de violência doméstica será realizada no decorrer dos Capítulos 4 a 6, abaixo.

[29] Como sua jurisprudência interna, que resta – em princípio - excluída do escopo deste estudo. Conforme será visto no Capítulo 5, a jurisprudência de alguns países foi selecionada, pelo conjunto de Estados-Partes da CH80, como boas práticas a serem conhecidas e seguidas pelo demais. Neste caso, a jurisprudência interna passa a ser, por força do consenso alcançado pelos países, relevante à interpretação da *exceção de grave risco*.

[30] Por exemplo, seus Relatores Especiais, Conselhos e Comitês, dentre outros.

[31] Dentre estas, em especial, as legislações domésticas e decisões judiciais dos Estados-Partes da CH80 na aplicação da *exceção de grave risco* em seus ordenamentos jurídicos internos.

interpretação e aplicação uniformes e globais da *exceção de grave risco*, que diz respeito aos problemas derivados da utilização de *terminologia ambígua para os conceitos de violência familiar, doméstica e contra a mulher fundada no gênero*.

A ausência de conceito *unívoco* para o fenômeno da violência doméstica, em âmbito internacional, juntos aos teóricos e grande público, tem consequências relevantes e, dentre estas, em especial: *como afirmar a possível inabilidade da CH80 em proteger vítimas de violência doméstica sem que o conceito de tal fenômeno possa ser compreendido de maneira (minimamente) uniforme entre seus operadores?*

A dificuldade de *unicidade conceitual* para a violência doméstica parece, à primeira vista, discussão eminentemente teórica. Entretanto, suas repercussões, no estudo comprometido da *exceção de grave risco* da CH80 tem ecos práticos importantes. Conforme enunciado acima, a *exceção de grave risco* contida na CH80 prevê que a criança poderá deixar de ser devolvida ao seu país de residência habitual caso em seu retorno ela seja colocada em situação de perigos de ordem física, psicológica (ou, de qualquer outra forma, em situação intolerável) e o Estado de residência habitual não tenha condições de reduzir ou eliminar tais riscos[32].

O Capítulo 2 densifica tal debate, construindo conceito operacional para a violência doméstica, familiar e contra a mulher fundada no gênero. A partir das modernas conceituações de tais fenômenos, apresentadas por ramos especializados das ciências sociais, busca-se um enquadramento conceitual adequado para os fenômenos da violência familiar, doméstica e contra a mulher fundada no gênero, em sua interação com a *exceção de grave risco* da CH80.

A subtração internacional de crianças e adolescentes como fenômeno, em si mesmo, de violência contra a criança - assunto também pouco discutido em âmbito teórico, ao menos na seara jurídica - também será pormenorizada. Tal constatação, por sua vez, permite a discussão de outras duas sub hipóteses de pesquisa, também objeto do Capítulo 2:

a) a necessária aplicação “a contrario sensu”, da *exceção de grave risco* da CH80, pela autoridade judicial do país de refúgio, sempre que se constatar que *a permanência*

[32] Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, artigo 13, parágrafo 1º, alínea “b”.

da criança neste último tem o condão de incluí-la ou mantê-la em situação de vulnerabilidade ou precariedade;

b) a impossibilidade de presunção de quaisquer danos a crianças ou adolescentes, quanto a violência ocorrida *antes, durante ou após* sua subtração internacional ilícita, tendo em vista que cada ser humano vivencia e ressignifica os eventos que presencia ou sofre de forma única e pessoalizada.

A Parte II volta-se à discussão da relação entre os principais marcos *normativos* adotados neste estudo, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes e a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Nessa linha, o Capítulo 3 inicia constatando o protagonismo global da Convenção da Haia de 1980 na proteção de crianças e adolescentes, suas características e exceções à obrigação estatal principal nela incluída, de regresso imediato de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita aos seus países de residência habitual. Na sequência, a *exceção de grave risco* recebe tópico próprio, em razão de sua relevância a esta tese.

A identificação das principais críticas, encontradas em âmbito teórico e nos discursos sobre a Convenção da Haia de 1980 permite discutir as dificuldades metodológicas e conceituais que muitas das análises produzidas, especialmente, durante as negociações deste tratado, na década de 70, trouxeram. Tais dificuldades, aliás, impactam os debates técnicos sobre a *propriedade e capacidade* da *exceção de grave risco* em proteger crianças e adolescentes contra atos de violência direta ou indiretamente cometidos contra si.

Com o desenvolvimento cultural e técnico dos temas da violência, dentre estas a violência *familiar, doméstica e contra a mulher fundada no gênero*, muitas vozes têm buscado discutir a *atualidade e propriedade* da CH80 no combate ao deletério fenômeno da subtração internacional de crianças e adolescentes. Para alguns, a *exceção de grave risco* da CH80 estaria, ainda, desconsiderando a evolução das pesquisas sobre o fenômeno da *violência doméstica*, situação que teria gerado a necessidade de *alteração* do texto do tratado ou, em alguma medida, sua *reinterpretação*, tendo em vista os avanços constatados. Outras vozes, especialmente originadas no âmbito do público em geral, chegam a considerar a *denúncia* da CH80 pelo Estado brasileiro.

A ampla repercussão que a interação entre o fenômeno da violência doméstica e a CH80 vêm recebendo, nos últimos anos, bem como as críticas (e defesas, ambas muitas vezes apaixonadas) sobre a (in)adequação da *exceção de grave risco*, em seu texto atual, quando da ocorrência de episódio(s) de violência contra a criança e/ou outros membros da família (em especial, as mães), devem ser analisadas pormenorizadamente, para que se busque apreender e discutir, criticamente, o nível de consenso multilateral alcançado, até o momento, pelos Estados-Partes da CH80, especialmente quanto a interpretação e aplicação ao *exceção de grave risco* a situações que envolveriam a ocorrência de violência doméstica.

Por fim, o Capítulo 3 apresentará sub hipótese de pesquisa que vem sendo desenvolvida pela autora, sobre a categorização da Convenção da Haia de 1980 como tratado de direitos humanos, com todas as consequências, práticas, normativas e teóricas, daí advindas. Especialmente no Brasil, o reconhecimento expresso de sua *supralegalidade*, pelo Supremo Tribunal Federal, apesar não indispensável, parece relevante para a consolidação de seu "status" normativo, afastando-se, em consequência, todas as demais normas contidas no ordenamento jurídico pátrio que com ela possam conflitar.

O Capítulo 4 volta-se ao desenvolvimento, abreviado, de uma *Teoria Geral* para Interpretação de Tratados, a partir dos ditames contidos na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Iniciando-se com a indicação das fontes do Direito Internacional constata-se, dentre outros aspectos, que o capítulo hermenêutico da CVDT veicula normas de natureza internacional consuetudinária, de seguimento obrigatório a todos os países, membros ou não, deste tratado. As discussões sobre interpretação progressiva dos tratados, em razão de sua ainda forte divergência, não foram incluídas no escopo desta tese.

Este capítulo também apresenta as principais dificuldades do manejo da CVDT na interpretação de tratados. Seus dispositivos possuem redação ampla, em muitos pontos demasiadamente abstrato e, em outros tantos, de difícil compreensão e aplicação concreta. Nessa medida, mostra-se necessária a *interpretação do manual de interpretação*: a elaboração da teoria geral de interpretação acima enunciada. Por primeiro, constata-se que a Convenção de Viena de 1969 não deve ser manejada apenas por juízes ou cortes internacionais. Seu seguimento é obrigatório também às autoridades judiciais – e administrativas, quando o caso – dos Estados-Partes.

Para além da *jurisprudência internacional*, a construção da interpretação do capítulo interpretativo da CVDT também vem se beneficiando dos trabalhos realizados no âmbito da Comissão de Direito Internacional ("International Law Commission" – ILC). A ILC:

> "was established by the General Assembly, in 1947, to undertake the mandate of the Assembly, under article 13 (1) (a) of the Charter of the United Nations to "initiate studies and make recommendations for the purpose of ... encouraging the progressive development of international law and its codification"[33].

Embora o mandato da ILC, incluído em seu Estatuto, preveja que este órgão poderá se debruçar também sobre o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Privado, o fato é que tal comissão trabalhou praticamente de forma exclusiva no âmbito do Direito Internacional Público. Em suas próprias palavras:

> "The Commission has not, however, always maintained a strict distinction between public and private international law, and has considered aspects of the latter category in some of its work. See, for example, its consideration of the topic 'Jurisdictional immunities of States and their property'"[34].

Na sequência, o Capítulo 4 traz luzes à razoavelmente complexa *Regra Geral de Interpretação,* incluída no artigo 31 da CVDT, que garante relevância – e, defende-se *incidência obrigatória* ao exercício interpretativo dos tratados, aos seguintes elementos, desde que passíveis de identificação:

a) ao dever de interpretação de boa-fé;

b) ao texto, em seu contexto[35];

c) "à luz de" seus objetos e finalidades.

No âmbito do *contexto, por sua vez,* deverão ser analisados, *conjuntamente:*

a) o sentido comum atribuível aos termos do tratado contidos no texto do tratado[36];

b) o preâmbulo e anexos da convenção a ser interpretada;

c) qualquer acordo, desde que:

---

[33] Informação disponível em http://legal.un.org/ilc/. Acesso em 17.09.2019.
[34] Informação disponível em http://legal.un.org/ilc/work.shtml. Acesso em 17.09.2019.
[35] O contexto possui conteúdo próprio para os fins da CVDT, não se confundido com a semântica ordinária desta palavra, conforme será visto no Capítulo 4.
[36] Os tratados devem ser interpretados como um todo, evitando-se a interpretação de apenas um ou alguns de seus dispositivos.

i) feito entre todas as partes;

ii) em conexão[37] com a conclusão do tratado a ser interpretado; e

iii) relativo à Convenção da Haia de 1980.

b) qualquer instrumento, desde que:

i) estabelecido por uma ou várias partes da CH80;

ii) em conexão com a conclusão do tratado a ser interpretado; e

iii) aceito pelas outras partes como instrumento relativo à Convenção da Haia de 1980.

Além disso, deverão ser levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo, desde que:

i) posterior à celebração da CH80;

ii) celebrado entre todas as partes;

iii) relativo à interpretação ou aplicação da CH80.

b) qualquer prática, desde que:

i) seguida posteriormente na aplicação da CH80;

ii) pela qual se estabeleça o acordo de todas as partes relativo à sua interpretação.

c) quaisquer outras regras pertinentes de Direito Internacional eventualmente aplicáveis às relações entre as partes.

A fixação de sentido especial para a expressão *risco grave*, discutida durante a negociação da CH80, também se mostra importante para a aplicação da regra geral de interpretação contida no artigo 31 da CVDT. Quando da negociação da primeira os delegados negociadores não

[37] A expressão *em conexão*, para os artigos 31 e 32 da CVDT, também é dotada de conteúdo próprio, relacionado à temporalidade – o momento - de sua elaboração.

atribuíram ao grave risco conteúdo especial, escolhendo cautelosamente os termos na redação do documento.

Para além da pesquisa e aplicação dos elementos identificados como obrigatórios, pela Regra Geral de Interpretação da CVDT, poderá ser necessário recurso aos *Meios Suplementares de Interpretação* – ao menos para confirmar o sentido do dispositivo interprestado, alcançado pela aplicação do artigo 31 deste tratado. Estes encontram-se encartados no artigo 32 da CVDT e possuem aplicação *subsidiária, podendo* ser utilizados para, quando necessário, para: a) confirmarem o sentido encontrado pela aplicação do artigo 31 (da CVDT) ou; b) auxiliar na determinação do conteúdo da exceção de grave risco, quando este último não gera um sentido suficientemente claro ("sentido ambíguo ou obscuro") ou levar a resultados inadequados ("manifestamente absurdo ou desarrazoado", na literalidade deste dispositivo).

Este estudo incluiu, entre os meios suplementares de interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 os trabalhos preparatórios e o Relatório Explicativo à CH80. Conforme se verá[38], a inclusão de relatórios explicativos no âmbito dos meios suplementares de interpretação parece a posição mais adequada, apesar de existirem posições teóricas divergentes.

O artigo 33 da Convenção de Viena de 1969, que também se inclui no capítulo interpretativo deste tratado e, portanto, será objeto de estudo, trata da interpretação da CH80 quando detectáveis divergências em suas versões autênticas. Esta convenção foi aprovada nas línguas inglesa e francesa[39].

As *decisões da Corte Internacional de Justiça e das Cortes Regionais de Direitos Humanos (europeia e interamericana)* que tenham se debruçado sobre a CH80 – e mais, especificamente, sobre sua *exceção de grave risco* em contextos de alegações de violência doméstica – serão analisadas, no decorrer do capítulo 4, apenas com a finalidade de serem identificadas,

---

[38] Capítulo 4 e 5.

[39] "Artigo 33. Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas
1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.
2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.
3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.
4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos".

brevemente, peculiaridades de tais cortes regionais na interpretação de um tratado de direitos humanos. Em princípio, as decisões judiciais (unilaterais) domésticas, emitidas pelas autoridades judiciais dos Estados-Partes da CH80 não são dotadas de *relevância*, para a CVDT, razão pela qual tal jurisprudência não será incluída no escopo do presente estudo. Do mesmo modo, as decisões de cortes internacionais.

Por fim, a Parte III desta tese alcança a aplicação *prática* do capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, pretendendo comprovar a tese de pesquisa adotada e, buscando, se necessário, a indicação de alternativas possíveis para a proteção de todas as vítimas, diretas e indiretas, de violência doméstica envolvidas também em casos de subtração internacional de crianças e adolescentes.

Na atualidade, as principais críticas à CH80, em sua interação com o fenômeno da violência doméstica parecem endereçadas especialmente a sua interpretação e aplicação a situações envolvendo a ocorrência de *violência doméstica*. Aponta-se que a CH80 teria sido concebida como convenção com foco exclusivo na criança, e que *não reconheceria expressamente a violência doméstica contra um dos genitores como razão para negar o retorno da criança* ao seu país de residência habitual. Em cenários de mulheres agredidas, aponta-se que, muitas vezes, a criança seria restituída ao *pai abusivo*.

Ao contrário dos discursos geralmente encontrados, esta tese defende que, se interpretada adequadamente, a CH80 parece capaz de proteger, integralmente, *crianças e adolescentes* dos *efeitos* de qualquer ato de violência cometidos contra estas – sejam atos diretos ou indiretos – e que, para o alcance de tal desiderato, deve ser realizada aplicação criteriosa da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados à interpretação da *exceção de grave risco* incluída na CH80. No caso da violência doméstica, enquanto violência cometida entre adultos e que apresenta como elemento necessário o padrão de controle coercitivo conclui-se que a CH80 logra proteger as crianças, efetivamente, de seus *efeitos*.

Em conclusão, esta tese dedica-se à comprovar como a adoção criteriosa do capítulo interpretativo da CVDT auxilia as autoridades judiciais dos atuais 101 Estados-Partes da CH80 - inclusive brasileiras - incumbidas da análise de tais demandas judiciais no alcance da interpretação mais adequada e uniforme possível da *exceção de grave risco* da CH80 evitando-

se, em decorrência, potencial responsabilização dos Estados pelo alegado descumprimento das obrigações por ele assumidas em decorrência deste último tratado.

Parte I – O adensamento normativo internacional dedicado à proteção da infância e das mulheres e as dificuldades de conceituação da violência doméstica

Inaugurando a investigação a que se propôs este estudo, sua Parte I voltará seus olhos ao *problema* que motivou a elaboração desta pesquisa, qual seja: a aparente *ambiguidade* da conceituação do fenômeno da violência doméstica nos documentos elaborados no âmbito da comunidade internacional. Além disso, também será possível constatar a relevância – ou, ao contrário, a irrelevância - que tal volume de documentos poderá possuir, segundo a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (doravante Convenção da Haia de 1980 ou CH80).

A primeira parte desta análise – Capítulo 1 - apresentará e discutirá os principais documentos internacionais voltados à proteção da infância e de mulheres contra violência. Buscar-se-á demonstrar que, *apesar* do adensamento jurídico-normativo alcançado em âmbito internacional, ainda há lacunas relevantes, tanto no que diz respeito à *aceitação* de tais instrumentos como elementos efetivamente relevantes à interpretação de tratados, nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados pelos países, quanto à incorporação, em sua *linguagem*, de *unicidade conceitual* aos fenômenos de violência familiar, doméstica e contra a mulher fundada no gênero.

A exceção à constatação de nível reduzido de *aceitação* de documentos internacionais relativos à proteção *à infância* contra atos de violência relevantes à CVDT para a interpretação da *exceção de grave risco*, seria encontrada, defende-se, especialmente nos instrumentos produzidos sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado – em especial a Convenção da Haia de 1980 e de 1996.

Partindo da discussão da necessidade de complementariedade entre os ramos do Direito Internacional Público e Privado, o Capítulo 1 segue na averiguação dos documentos, elaborados no âmbito da comunidade internacional e incluídos em cada um de tais ramos, voltados à proteção da infância, adolescência e às mulheres, especialmente contra atos e situações de violência contra si. Será possível notar, por primeiro, que enquanto no campo do Direito

Internacional Privado encontra-se alto volume de tratados, no Direito Internacional Público o maior número de documentos relacionados à proteção de tais sujeitos contra a violência encontra-se encartado em manifestações unilaterais de órgãos ou pessoas que integram os quadros de organizações internacionais.

Além disso, enquanto a proteção específica às mulheres contra a violência encontra-se praticamente ausente no âmbito do Direito Internacional Privado, ela parece ser foco de preocupação de órgãos de organizações internacionais. No que diz respeito às crianças, será possível perceber a maior facilidade no alcance de consenso, tanto no âmbito do Direito Internacional Público quanto Privado, dos países se comprometerem, pela adoção de tratados, a sua proteção. Ainda em relação à proteção de crianças e adolescentes, nota-se alto nível de normas de caráter meramente programático, além de dúvidas sobre a *natureza jurídica* de tais pessoas em desenvolvimento – sujeitos ou objetos? -, e cuidado com o respeito às diferenças culturais em sua criação.

Na sequência, o Capítulo 2 se esforçará em apresentar uma proposta conceitual ao fenômeno da violência doméstica – e, em decorrência, distingui-la da violência familiar e contra a mulher fundada no gênero – a partir de modernas abordagens das ciências sociais, buscando reduzir, dentro do possível, as ambiguidades terminológicas identificadas no Capítulo 1. Nessa medida, será possível comprovar que o escopo do conceito de violência doméstica mostra-se mais *restrito* do que aqueles muitas vezes apresentado em documentos produzidos na esfera internacional ou presente em *discursos* sobre a Convenção da Haia de 1980[40].

A partir do marco teórico eleito para compreensão da violência doméstica, este fenômeno deixa, por primeiro, de ser visto como *sinônimo* de violência familiar. Além disso, a primeira poderá ter vítimas *diretas* e *indiretas*: enquanto os adultos poderão ser *exclusivamente* vítimas *diretas* de atos de violência doméstica, outros membros da família, inclusive crianças e adolescentes, poderão ser tão-somente, vítimas *indiretas* da prática de tais atos. Em terceiro lugar, a configuração da ocorrência de violência doméstica demanda, para a corrente teórica analisada e em especial, a constatação da presença de elemento denominado *controle coercitivo*, cujo conteúdo será pormenorizado durante o estudo.

[40] As principais críticas à Convenção da Haia de 1980 serão pormenorizadas no Capítulo 3 – Parte II, desta tese.

Seguindo-se com o estudo, serão abordados temas ainda pouco discutidos em âmbito teórico, pela comunidade internacional ou autoridades judiciais domésticas, que diz respeito à constatação, empiricamente comprovada, de que o *ato de subtração (internacional) de uma criança (ou adolescente) pode configurar, em si mesmo, um ato de violência contra esta última*. As pesquisas analisadas indicam que seriam patentes, em muitos casos, os efeitos *nefastos* – e, por vezes, irreparáveis – sofridos por crianças e adolescentes *em razão* de sua subtração. Em consequência, algumas circunstâncias poderão recomendar – ou até demandar – que a as autoridades do país para o qual a criança foi levada (doravante, país de refúgio, Estado de Refúgio ou Estado/país Requerido) aplique, "a contrario sensu", a *exceção de grave risco* da CH80, para ordenar o imediato retorno da criança ao seu país de residência habitual, inclusive "inaudita altera parte", se necessário.

Ao final, as discussões do capítulo se voltarão à impossibilidade de *presunção* de danos à criança pela *exposição* – como vítimas indiretas que poderão ser – à atos ou episódios de violência entre adultos, em ambiente familiar e nos quais possa ser identificado o elemento de controle coercitivo. Conforme poderá percebido, esta tese defende a ideia de que não mostra adequada a aplicação de presunção de quaisquer danos, impactos, ou efeitos, às crianças ou adolescentes, *antes, durante ou após* sua subtração ilícita diante de, dentre outros aspectos, da plasticidade cognitivo-emocional de tais sujeitos, que incluiria ampla capacidade de resiliência.

Na sequência, passar-se-á ao Capítulo 1 desta tese, que objetiva a apresentação e discussão do conjunto de instrumentos produzidos em âmbito internacional relacionados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres contra a violência.

Capítulo 1 – Proteção internacional às crianças e mulheres contra a violência

Indubitavelmente a comunidade internacional tem se debruçado, com afinco e há mais de um século, sobre os temas da proteção à crianças, adolescentes e mulheres. No entanto, em grande parte tais documentos parecem adotar *forma* que não permite sua inclusão na moldura hermenêutica contida na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados[41] para interpretação – e consequente aplicação – da *exceção de grave risco* da CH80[42] – com exceção, defende-se, em especial, de alguns instrumentos adotados no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH), conforme será discutido no decorrer desta tese.

Este Capítulo 1 apresenta uma das premissas fundantes deste estudo, qual seja: a necessária complementariedade entre *os Direitos Internacionais Público e Privado*. Os países atuam, simultaneamente, perante organizações internacionais que podem se especializar na produção de documentos incluídos em um ou em outro ramo jurídico. Entretanto, não parece adequado compreender tais sistemas como estanques, senão como complementares, adotando-se a distinção entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, nesta tese, essencialmente para fins didáticos.

Na sequência, o capítulo buscará identificar e analisar os principais documentos produzidos em âmbito multilateral[43] e relacionados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres contra atos de violência (em sentido amplo) adiantando, na medida do possível, proposta de sua classificação a partir *de sua relevância (ou irrelevância) para a interpretação*

---

[41] Doravante CVDT, Convenção de Viena de 1969, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ou Convenção de Viena.

[42] Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes. Doravante Convenção da Haia de 1980 ou CH80.

[43] Para os fins deste estudo e buscando não cansar o leitor, considerar-se-ão como análogas as expressões "produzidos em âmbito multilateral", "documentos (ou instrumentos) internacionais" e "produzidos em âmbito internacional" embora, tecnicamente, tal opção possa ser considerada criticável. Conforme será visto no decorrer deste trabalho, muitos dos documentos *internacionais* produzidos em âmbito multilateral não contam com a *aprovação* dos países e, por este ou por outros aspectos, serão irrelevantes, nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

da exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980, com fundamento no capítulo hermenêutico (artigos 31 a 33) da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados[44].

A moldura hermenêutica da CVDT confere relevância, para a interpretação dos tratados, a apenas alguns tipos de acordos, instrumentos, práticas e documentos e sempre a partir de regramento primordialmente voltado a sua *natureza* (tipo de documento e processo de formação – em especial, se seu conteúdo conta com a aprovação dos Estados-Partes) e *momento* de elaboração *em relação ao tratado que está sendo objeto de interpretação* – no caso, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

Será possível constatar que *nem todos os documentos produzidos em âmbito internacional parecem relevantes, a partir da moldura da CVDT – e, em consequência não poderão ser manejados – para adequada interpretação da exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980*.

Para além da apresentação dos principais documentos internacionais e sua classificação quanto a sua relevância para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, o capítulo buscará, também, identificar as principais dificuldades que *a comunidade internacional*, na redação de vários destes documentos vem enfrentando na construção do conceito de *violência doméstica*. Apesar de possível visualizar-se algumas aproximações, especialmente em documentos mais recentes, ao conceito de violência doméstica modernamente manejado no campo das ciências sociais – conceituação esta que será o principal objeto do Capítulo 2 -, tal aproximação *não parece linear, sendo ainda notáveis sérias ambiguidades terminológicas* entre as noções de violência *familiar, doméstica e contra a mulher fundada no gênero*.

Em consequência, ainda não parece consolidada, no âmbito do Direito Internacional, a *posição* das crianças e adolescentes como vítimas *indiretas* da violência doméstica, ainda sendo

[44] A pormenorização do conteúdo do regramento de interpretação de tratados, incluído na CVDT será realizada no Capítulo 4 (Parte II), desta tese – voltado às principais discussões da *Teoria Geral da Intepretação dos Tratados*. Sua aplicação prática à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, objetivo último deste estudo, será realizada, com profundidade, nos Capítulos 5 e 6 (Parte III).

muito comum – o que se defende inadequado – sua consideração como vítimas *diretas* de tal fenômeno.

Em suma, os principais objetivos deste capítulo dizem respeito à:

a) apresentação dos principais documentos produzidos, no âmbito da comunidade internacional, voltados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres contra a violência em sentido amplo;

b) identificação, à título inicial, de sua relevância (ou irrelevância) para a intepretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças segundo o capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados;

c) contribuições e dificuldades que a terminologia empregada em tais documentos podem trazer à conceituação dos fenômenos da violência familiar, doméstica e contra a mulher fundada no gênero.

Considera-se que tais discussões são relevantes, em especial, à discussão do tema eleita para esta pesquisa: a apuração dos impactos da violência doméstica à *exceção de grave risco* da CH80, a partir de sua adequada interpretação, fornecida, defende-se, por intermédio da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Passa-se, a seguir, à discussão de importante *premissa* que norteia este trabalho, qual seja, a necessária complementariedade entre os Direitos Internacionais Público e Privado.

1.1. A complementariedade entre os *Direitos Internacionais* Público e Privado

Ao longo das últimas décadas as nações vêm reafirmando "a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 2). Apesar da ausência de menção expressa às crianças e adolescentes no preâmbulo da Carta das Nações Unidas, seus direitos fundamentais também passaram a receber, *progressivamente*, ampla atenção dos países, tanto nas relações entre suas soberanias quanto na proteção daqueles que se encontram em seus territórios.

O Direito Internacional Público (DIPúblico) tem sido progressivamente definido como "o conjunto de regras e princípios que regulam a sociedade internacional" e, embora os Estados sigam sendo "o elemento central da sociedade internacional", vem sendo aceita, "em diferentes níveis, a participação de entes com algumas características estatais, a exemplo de movimentos de libertação, sistemas regionais de integração, além de outros atores, como indivíduos, empresas e organizações não governamentais" (VARELLA, 2009, p. 1). Aponta-se que "a globalização é caracterizada pelo fato dos Estados não serem mais os centros de poder e de proteção da pessoa humana" (JAYME, 2005, p. 4).

O Direito Internacional Privado (DIPr) clássico, por sua vez, volta-se à produção de "normas jurídicas que visam à regulação – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos sociais que se relacionam com mais de uma comunidade humana", a partir da "gestão do pluralismo jurídico de origem estatal ou privada, em relação às atividades transnacionais dos indivíduos" (RAMOS, 2018, p. 24).

Não se deve perder de vista que a distinção entre os ramos do Direito Internacional - Público e Privado, mostra-se, em especial nos dias atuais, apenas didática, restando claro que em ambos os sistemas jurídico-normativos já foi possível atingir-se importante grau protetivo aos seres humanos, por intermédio do manejo de instrumentos que poderão ser, por sua vez, relevantes – ou não – para a interpretação da *exceção de grave risco*, de acordo com a moldura interpretativa da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Conforme vem sendo afirmado, a complementariedade de ambos os sistemas (os *Direitos Internacionais* Público e Privado) é evidente e, defende-se, deve seguir sendo incentivada. Inclusive, aponta-se que a sequência de documentos internacionais, declarações e convenções, de Direito Internacional Público e Privado, emanados de diversos órgãos internacionais, criou, efetivamente, um "Direito Internacional da Criança" (DOLINGER, 2003, p. 80).

Considera-se possível ir além de tradicionais afirmações de que "a preocupação com os direitos humanos ultrapassou os limites do Direito Internacional Público e se espraiou por vários outros ramos jurídicos" (ARAUJO, 2018, p. 27), inclusive o Direito Internacional Privado ou que "a técnica que utiliza o DIPr para localização da norma aplicável deve

obediência a valores e princípios maiores, ligados à proteção das partes no processo (...)" (MAZZUOLI, 2015, p. 24).

Considera-se que a *evolução* de ambos os ramos tem se encaminhado, entende-se, para uma crescente aproximação – quiçá, em futuro ainda distante, completa *fusão* – na medida em que:

a) nenhum deles pode ser considerado, nos dias atuais, como *puros*;

b) nota-se adensamento progressivo das inter-relações entre ambos.

Por exemplo, no Direito Internacional Público os Estados deixam de ser atores exclusivos, abrindo espaço para grupos, sistemas de integração e, até mesmo indivíduos privados. O Direito Internacional Privado, por sua vez, vê-se permeado de ditames que ultrapassam questões privadas ou particulares, incluindo obrigações a Estados quanto à efetivação à direitos fundamentais de pessoas naturais. Entende-se que as obrigações de prevenção e combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, veiculadas por intermédio da Convenção da Haia de 1980 são, inequivocamente, obrigações dirigidas (de forma *imediata*) aos Estados, ainda que indiretamente (ou de forma *mediata*) busquem *também* regulamentar o comportamento de atores privados.

Reconhece-se, portanto, que o DIPr vem gradativamente agregando às suas tradicionais funções (regulação do conflito de leis, de jurisdições e o reconhecimento de decisões estrangeiras/cooperação jurídica internacional) outras missões, como a criação, interpretação e aplicação de normas que impõem *a Estados* e indivíduos deveres voltados à proteção a direitos fundamentais de crianças e adolescentes, inclusive contra atos ou situações de violência. Sobre a função limitativa do Direito Internacional Público sobre o Privado, Boggiano faz as seguintes considerações:

> "o direito internacional público exerce uma função limitativa em relação ao Direito Internacional Privado. Os princípios emergentes de tratados que provavelmente constituem direito internacional consuetudinário sobre direitos humanos cumprem aquela função. Por exemplo, proibindo discriminações em razão de sexo.
> Tais limitações também se impõem em matéria de *jurisdição judicial* dos Estados e não somente a respeito de sua *jurisdição legislativa*. Em ambas, o princípio geral limitativo de direito internacional público requer um contato razoável, um 'standard mínimo de justiça'" (BOGGIANO, 2000, p. 23, grifos no original).

Em consequência, para este autor, o Direito Internacional Público impõe, "de maneira flexível e de forma indeterminada, um certo sistema de Direito Internacional Privado que

impeça a aplicação exclusiva", por exemplo, "da 'lex fori' a todos os casos" (BOGGIANO, 2000, p.23). Entende-se que o DIPr, para além de dever ser interpretado e aplicado tendo em vista o eixo principiológico dos direitos humanos, passa a veicular em alguns de seus instrumentos - ou, ao menos em alguns dispositivos destes documentos - normas de proteção a direitos humanos fundamentais titularizados, por exemplo, por crianças e adolescentes. Este é o caso, defende-se, da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes e, em seu âmbito, de sua *exceção de grave risco*, conforme será discutido no decorrer deste estudo.

Menciona-se que "a finalidade clássica do Direito internacional privado era a de garantir a igualdade entre as pessoas e entre sistemas jurídicos e salvaguardar a harmonia de decisões através da escolha de um elemento de conexão comum mais próximo da família" (JAYME, 2005, p. 7). Sobre a adaptação do DIPr às *novas famílias transnacionais*, tem-se que:

> "a família moderna é um núcleo cada dia mais transnacional, ensejando repercussões de caráter internacional, por conta das características da sociedade informada pela comunicação global, e precisando, por conseguinte, de uma disciplina própria para resolver esses problemas. Acreditamos ser este o papel do DIPR [Direito Internacional Privado]" (ARAUJO; VARGAS, 2005, p. 195).

A sistemática do Direito Internacional Privado do século XIX, "que não se preocupa com os resultados obtidos ao aplicar a regra de conexão" (ARAUJO, 2018, p. 29), não parece mais responder à tarefa que o adensamento de sensibilidade e conscientização da necessidade de efetiva proteção a direitos fundamentais dos indivíduos, em todas as suas relações demanda do DIPr – inclusive quando estas incluem elemento estrangeiro ou, mais tecnicamente, são *pluriconectadas*.

Aderindo ao *novo DIPr* comenta-se proposta teórica de catalogação dos instrumentos de DIPr, por Ramos, a partir dos ensinamentos de Bucher (BUCHER, 1993, pp. 32-35) segundo a qual:

> "(...) é possível classificar os tratados de Direito Internacional Privado (DIPr) em três categorias:
> - convenções sociais sobre a proteção de direitos;
> - convenções de procedimento;
> - convenções sobre lei aplicável.
> As convenções sociais de DIPr (ou convenções sociais sobre a proteção de direitos) consistem em convenções que possuem, além do objetivo de regular um dos segmentos do objeto da disciplina (concurso de normas; jurisdição internacional e cooperação jurídica internacional), o objetivo de proteger os direitos humanos dos envolvidos.
> As convenções de procedimento do DIPr dizem respeito à definição de jurisdição internacional e à cooperação jurídica internacional, o que abarca especialmente a

> temática da assistência jurídica internacional (carta rogatória e auxílio direto) e o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras.
> As convenções sobre lei aplicável abordam a temática do concurso de normas, explicitando as regras de conexão e adotando, eventualmente, regras diretas de regulação do fato transnacional" (RAMOS, 2018, pp. 90-91).

Tais ideias parecem observar o DIPr sob prisma moderno, no qual a disciplina – e os tratados geralmente classificados como seus integrantes – apresentam características que não mais parecem permitir o estudo estanque, separado dos demais ramos do Direito, em especial do Direito Internacional dos Direitos Humanos - DIDH. Sob este ponto de vista, considera-se que o próprio DIDH pode ser compreendido como englobando instrumentos que poderão integrar os ramos do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado.

Além disso, conforme será visto em tópico específico deste estudo[45], a Convenção da Haia de 1980 é tratado de *natureza híbrida*, congregando elementos de proteção a direitos fundamentais de crianças e adolescentes com a indicação de lei aplicável (à averiguação da ocorrência de sua subtração internacional ilícita) e procedimento (cooperação jurídica internacional fundada em formulários e tramitada por intermédio de autoridades centrais, para obtenção de decisão de mérito junto às autoridades judiciais do país de refúgio). Sob a classificação acima proposta, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes seria *convenção social sobre a proteção de direitos*.

Progressivamente reconhece-se que "a centralidade do DIPr na nova globalização está na *tolerância e respeito às diferenças*" (RAMOS, 2018, pp. 24 e 25, grifos nossos). Nessa perspectiva, outra relevante premissa que este estudo adota diz respeito à consideração de que a busca de *uniformidade* na interpretação e aplicação de tratados multilaterais, sem descuidar da proteção aos direitos e interesses dos seres humanos atingidos, seria *o mais importante objetivo* do Direito Internacional Privado. Em sentido análogo, Jayme aponta que "a tendência atual na Europa coloca o direito internacional privado a serviço da integração, de forma a criar um *espaço único de direito*" (JAYME, 2005, p. 6, grifos nossos). Entretanto, a busca por consistência na interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 não deve ser tão rígida a ponto de obstaculizar o alcance de resultados materiais apropriados (WILLS, 2006, p. 425).

---

[45] Capítulo 3.4, abaixo.

Colhe-se ainda, das lições de Varella que a produção normativa internacional perpassa as fronteiras dos países, influenciando diretamente a produção *e interpretação* dos direitos domésticos. Assim:

> "Os atores internos passam a sofrer as consequências de uma escolha política que se realizou no exterior das fronteiras estatais. Há um processo contínuo de atribuição de capacidades e competências soberanas dos Estados para o plano internacional. Em teoria, não se trata de perda da soberania, porque os Estados continuam aptos a determinar o direito aplicável a cada tema ou a restaurar o monopólio do tratamento jurídico sobre determinados temas; na prática, porém, o processo é muitas vezes *irreversível* pela pressão da política, da economia e de outros sistemas sociais" (VARELLA, 2012, p. 106).

Tal consideração parece amoldar-se, adequadamente, tanto ao ambiente dos *Direitos Internacionais* (Público e Privado), certamente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e, ainda, em suas aplicações aos territórios domésticos dos países[46]. Além disso, nota-se a conformação de um "novo cenário, marcado pela maior importância do internacional ou do estrangeiro em temas que antes eram tipicamente nacionais", a partir uma "intensificação dos processos transnacionais" em que:

a) a "dicotomia entre nacional e internacional torna-se menos nítida";

b) ampliam-se os atores na arena internacional de produção normativa;

c) direito internacional transforma o direito doméstico e vice-versa; e, por fim,

d) enquanto as transformações sociais alteram o sistema jurídico (internacional e doméstico), este "também contribuiu para moldar os limites das alterações futuras nos sistemas sociais (...)" (VARELLA, 2012, p. 103).

Sob esta ótica, conclui-se que o Direito, como um todo (e não apenas *os Direitos Internacionais – Público e Privado*), pode ser visualizado como uma grande *rede relacional* em que Estados, indivíduos, grupos, empresas, sistemas regionais de integração, organizações internacionais, organismos não governamentais, autoridades domésticas/internas, *produzem interações jurídicas e se influenciam mutuamente*. Tais interações não se findam, entende-se, na produção normativa: para além da *criação/elaboração* de instrumentos ou documentos internacionais, também a *interpretação* e *aplicação* dos comandos jurídicos produzidos podem sofrer maior ou menor grau de *monitoramento* – ainda que inexista, internacionalmente, uma

[46] Aplicação interna ou doméstica.

ordem jurídica tecnicamente *supranacional com poder jurídico-político sancionador,* ao menos para boa parte dos temas incluídos neste estudo.

Não se desconsideram, neste ponto, as dúvidas e críticas à ideia de que o Direito Internacional teria caráter verdadeiramente *normativo*. Koskenniemi, por exemplo, veicula a noção de "padrão ascendente de justificação do Direito Internacional", para explicar que, em seu entender, a validade e eficácia das normas jurídicas internacionais residiria na proximidade delas com os comportamentos já visibilizados no âmbito do Estados e, em especial, aos interesses[47] destes últimos (KOSKENNIEMI, 1989, pp. 40-41). O mesmo autor considera que a validade jurídica do Direito Internacional não teria o padrão ascendente como único método de sua aferição. Ao lado do padrão ascendente encontrar-se-ia, também, o "padrão descendente", a justificação da ordem internacional jurídica:

> "na justiça, nos interesses comuns, no progresso, na natureza da comunidade mundial, ou em outras ideias semelhantes às quais é comum o fato de serem anteriores ou superiores ao comportamento, vontade ou interesse do Estado", (...) "um código normativo (...) que efetivamente impõe de que modo um Estado pode se comportar, que pode ser sua vontade ou seus interesses" (KOSKENNIEMI, 1989, pp. 40-41).

Neste ponto adere-se às considerações da teoria construtivista das relações internacionais. Ao contrário dos *realistas,* para quem o *poder* na arena internacional é aferível por intermédio de indicadores exclusivamente materiais, como os recursos econômicos, militares, naturais, etc., os teóricos *construtivistas* consideram que "a estrutura do sistema internacional é uma estrutura socialmente construída", sendo esta composta por elementos materiais e imateriais[48] e, além disso, os recursos materiais dos Estados só recebem sentido no âmbito do sistema internacional a partir da interação dos países que, por sua vez, desenvolve expectativas partilhadas (PUREZA, 2002). Para Kratochwil:

> "a eficácia do Direito [inclusive o Direito Internacional, Público ou Privado, entende-se] não pode ser avaliada apenas em termos de cumprimento/não cumprimento das proibições. Uma tal avaliação seria inadequada porque confunde leis com ordens e porque a obediência às prescrições é um processo intensamente dinâmico, o oposto de um cumprimento passivo das regras" (KRATOCHWIL, 1984, p. 50).

Na arena internacional os países atuam simultaneamente em organizações internacionais voltadas à produção de documentos e instrumentos de Direito Internacional

[47] Não necessariamente jurídicos.
[48] Como as normas e instituições internacionais.

Público Privado[49]. Não apenas as fronteiras soberanas dos Estados estariam progressivamente mais porosas; os diversos *ramos jurídicos estão, cada vez mais, interconectados*, especialmente sob o eixo da proteção aos direitos mais fundamentais dos seres humanos.

Constatado que, embora didática, a divisão entre Direito Internacional Público e Privado parece, progressivamente, deixar de possuir a relevância de outrora, por força não apenas de suas aproximações, mas, em especial, da necessidade de que qualquer análise leve em consideração sua necessária complementariedade. Isso poderá ser visto, no decorrer desta tese, em especial:

a) na identificação das ambiguidades terminológicas sobre a violência doméstica ainda produzidas nos *discursos* das organizações internacionais; e,

b) nas discussões sobre da relevância do manejo da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

Na sequência, passar-se-á à análise do arcabouço protetivo em favor de crianças, adolescentes e mulheres, no âmbito do Direito Internacional Privado.

1.2. O arcabouço protetivo do Direito Internacional Privado da HCCH: a prevalência dos tratados

Há um vasto conjunto de documentos produzidos em âmbito internacional voltados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres contra atos, circunstâncias ou contextos de violência, em seus mais variados cenários[50]. Além disso, notam-se tentativas de *aproximações* à noção de violência[51], especialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Percebe-se que os documentos produzidos em âmbito internacional adotam, especialmente, em sua elaboração, *formas diferentes* que terão, em decorrência, consequências

[49] Na realidade prática da atuação internacional, é comum notar que em muitos países as delegações envolvidas na *produção* de instrumento classificados como integrantes do *Direito Internacional Público* não coincidem com aquelas envolvidas na elaboração de instrumento de *Direito Internacional Privado*.
[50] Ambiente público, privado, na família, entre adultos, fundada no gênero, durante conflitos armados, dentre outros.
[51] Como no caso da violência enquanto ato de discriminação contra mulheres ou à tortura.

diversas quando da aplicação do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT ou Convenção de Viena de 1969). Enquanto alguns destes instrumentos são produzidos diretamente pelos países – por intermédio de suas delegações ou especialistas por eles indicados, outros são elaborados *unilateralmente* por indivíduos, grupos de trabalho e órgãos que integram a estrutura de organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado[52].

Além disso, enquanto alguns destes documentos têm seu conteúdo aprovado pelos países – na forma de tratados ou de manifestações de natureza diversa – outros não têm sua elaboração ou conteúdo submetido à aprovação prévia ou posterior dos Estados. Tais diferenças parecem merecer especial atenção, em razão dos requisitos impostos pelo capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 quanto à relevância de alguns – e a consequente irrelevância de muitos outros - para a adequada interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças ou Adolescentes (CH80 ou Convenção da Haia de 1980).

A preocupação com a proteção à infância por intermédio de instrumentos jurídicos mostra-se razoavelmente antiga, ainda que a efetiva consideração da criança como *sujeito* – e não como mero *objeto* de proteção – seja bem mais recente. Cronologicamente, os primeiros esforços voltados à proteção da infância parecem ter ocorrido no âmbito do Direito Internacional Privado (DIPr), por intermédio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH). Progressivamente, vai se agregando a tal arcabouço a produção também alcançada pela comunidade internacional no seio do Direito Internacional Público, desde, por exemplo, a produção da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e de sua sucessora, a Organização das Nações Unidas.

Por opção metodológica foram analisados, no presente tópico, *apenas* os instrumentos que integram o ramo do Direito Internacional Privado, *elaborados sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado sobre Direito Internacional Privado - HCCH*, elaborados na forma de *tratados*. Os documentos redigidos no âmbito desta

[52] Em seu acrônimo em inglês HCCH – "Hague Conference on Private International Law".

organização internacional que, embora não sejam tratados, mas que serão relevantes[53] para interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 (de acordo com a CVDT), serão pormenorizados na Parte III desta tese, em tópicos específicos, sempre que identificados.

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado[54] (HCCH) - organização internacional voltada à progressiva *unificação* das regras de DIPr relacionadas a situações pessoais, *familiares* e comerciais conectadas a mais de um país[55] - constatou, desde cedo, que as crianças - dentre outros indivíduos - devem receber, do Direito (domésticos e internacional), proteção especial[56]. Conforme mencionado, o Direito Internacional Privado volta-se à uniformização, dentro do possível[57], do tratamento (jurídico e, em decorrência, social) dos fenômenos (em tese, privados) que podem tangenciar mais de uma jurisdição, sem perder de vista a necessária tolerância e respeito às diferenças (RAMOS, 2018, pp. 24 e 25).

A HCCH organizou sua primeira reunião em 1893, tornando-se organização internacional no ano de 1955, com a entrada em vigor de seu estatuto. Desde suas primeiras reuniões[58] este organismo vem buscando, por intermédio da regulamentação das relações multiconectadas que podem envolver as pessoas – crianças e adultos - conferir especial proteção às crianças e adolescentes, de maneira ampla como, por exemplo, nos temas da adoção e

---

[53] Em comparação, por exemplo, a instrumento dotados de denominação semelhante (conclusões e recomendações, em especial) apresentados no âmbito da Organização das Nações Unidas, que, nos mais das vezes, representam tão-somente a *opinião* de seus diversos órgãos e agências, não sendo, tecnicamente *aprovadas* pelos Estados-partes.

[54] "Com mais de 83 membros (82 Estados e 1 Organização Regional de Integração Econômica, a União Europeia) representando todos os continentes, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de caráter global. Mescla de diversas tradições jurídicas, ela vem desenvolvendo, ao longo de seus 125 anos de existência, instrumentos jurídicos multilaterais voltados primordialmente à unificação das regras de Direito Internacional Privado e, como veremos, à proteção de direitos humanos fundamentais, como aqueles titularizados por crianças e adolescentes. A CHDIPr [Conferência da Haia de Direito Internacional Privado] celebrou sua primeira reunião em 1893, por iniciativa de T.M.C. Asser, tornando-se uma organização permanente em 1955, quando seu estatuto entrou em vigor" (MARTINS, 2018a, p. 347).

[55] Estatuto da HCCH, artigo 1º. Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text. Acesso em 19.09.2019.

[56] Não se desconsideram outros documentos, de DIPr, voltados à proteção da infância, elaborados por intermédio de outros organismos internacionais, como o Código Bustamante de Direito Internacional Privado; a Convenção Europeia sobre o Estatuto das Crianças Nascidas fora do Casamento, de 1975; a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução de decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores, de 1980; Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em matéria de adoção de menores, de 1984; e a Convenção Europeia em matéria de Adoção de crianças, de 1967, dentre outros. No entanto, em virtude do corte metodológico adotado nesta tese, tais documentos não serão pormenorizados.

[57] Em especial, considera-se que devem ser respeitas as diferenças culturais existentes entre os países.

[58] E mesmo antes de tornar-se organização internacional.

subtração internacionais, assim como ao acesso ao custeio de suas necessidades básicas, por intermédio da cobrança transnacional de verbas de natureza alimentar.

Os documentos produzidos no seio da HCCH, em sua ampla maioria tratados, contém regras sobre o conflito de leis no espaço e entre jurisdições estatais e cooperação jurídica internacional/reconhecimento de decisões estrangeiras. Além disso, tais instrumento têm, cada vez mais, criado e/ou regulamentado verdadeiros *direitos fundamentais* em favor de crianças e adolescentes, como o direito à convivência familiar[59] e comunitária, à liberdade[60], à colocação em família substituta adotante, à alimentação e à dignidade (MARTINS, 2018a, p. 344). Em consequência, vem sendo criadas em seu âmbito obrigações *diretamente voltadas aos seus Estados-Partes*, e não apenas aos indivíduos privados envolvidos.

Os Estados-Membros da HCCH se obrigam ao cumprimento *integral e imediato* das obrigações contidas nos instrumentos dos quais tomam parte. Em decorrência, considera-se que a HCCH vem produzindo documentos que objetivam proteger as crianças e adolescentes contra a *violência* oriunda da restrição de tais direitos a tais sujeitos, bem como da *violência* que sua subtração, *em si*[61], pode significar[62].

Passar-se-á, na sequência, à análise da proteção às crianças e adolescentes pelo ramo do Direito Internacional Privado produzido no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH).

1.2.1. A proteção às crianças e adolescentes: efetivação de direitos fundamentais

Desde 1902 - a HCCH tem dirigido relevantes esforços à proteção da infância – mais de 20 anos *antes* da *Declaração* dos Direitos da Criança de 1924[63], aprovada no seio da Liga das Nações. Já na década de 50, logo após a adoção da *Declaração* Universal dos Direitos

[59] Em especial, com *ambos* os seus genitores.
[60] Especialmente de locomoção.
[61] Ou outras situações de vulnerabilidade que poderão ser endereçadas pela Convenção da Haia de 1996 - Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças, adotada na Haia, em 1996. O Brasil ainda não aderiu a este tratado. Disponível em https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70. Acesso em 09.10.2018.
[62] A subtração internacional de crianças e adolescentes, como *ato de violência*, é objeto de tópico específico no presente estudo. Nesse sentido, vide Capítulo 2.4, abaixo.
[63] Disponível em http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm. Acesso em 19.09.2019.

Humanos, em 1948, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) – momento histórico anterior à adoção da *Declaração* da ONU de 1959 dos Direitos da Criança[64] - a HCCH foi capaz de aprovar 2 *tratados – documentos potencialmente relevantes para a interpretação da exceção de grave risco da CH80, nos termos da CVDT* - que garantiriam às crianças, adolescentes e adultos até 21 anos o acesso facilitado ao recebimento de alimentos, quando os devedores de tais obrigações se encontravam no exterior[65]. Produção normativa substancial em favor das crianças e adolescentes, pela HCCH, nas décadas de 60 a 80, também foi alcançada em momento histórico anterior àquela produzida, por exemplo, no âmbito da ONU.

A Convenção da Haia de 1980 sobre o Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescente, por exemplo, pretende garantir o direito de uma criança não ser removida, contra a sua vontade, de seu país de residência habitual (ou retida em país diverso deste último), salvo por razões legítimas que, via de regra, devem ser decididas por autoridades judiciárias. A transferência ou retenção ilícitas de uma criança (ou adolescente) fora de seu país de residência habitual podem, indubitavelmente, configurar *ato de violência contra esta*, inclusive com efeitos deletérios permanentes, conforme será visto em tópico específico desta tese[66].

Ou seja, em momento histórico anterior à aprovação da Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança (Convenção da ONU de 1989) a Convenção da Haia de 1980 já buscava garantir o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar ampla, buscando manutenção do acesso da criança a ambos os seus genitores e família estendida; o direito da criança à liberdade, em especial a liberdade de locomoção; e, em consequência, a proteção de sua dignidade humana fundamental.

Além disso, é exclusivamente no âmbito da HCCH que existe regulamentação multilateral internacional para o tema das adoções de crianças com residência habitual diversa

---

[64] Disponível em https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf. Acesso em 13.12.2017.

[65] "Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children" e "Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children". Disponíveis em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions. Acesso em 19.09.2019.

[66] Capítulo 2.4, abaixo.

do(s) adotante(s) - a Convenção da Haia de 1993 sobre Adoções Internacionais[67] -, assim como sobre jurisdição e cumprimento de ordem protetivas em favor da infância (a Convenção da Haia de 1996[68]) e o fornecimento de alimentos transnacionais - a Convenção da Haia de 2007 sobre a Prestação de Alimentos no Exterior[69].

Em paralelo aos esforços no âmbito do Direito Internacional Público para reconhecimento das crianças e adolescentes, como sujeitos de direito no plano internacional, formadores do *ramo jurídico* denominado *Direito Internacional da Criança*, também foram elaboradas, e classificadas como integrantes do ramo do Direito Internacional Privado, normas convencionais[70] sobre questões conflituais – processuais e materiais – "formulando regras uniformes sobre competência jurisdicional internacional e relativas à escolha das leis aplicáveis [à conflitos jurídicos plurilocalizados] – este o *direito internacional privado uniformizado relativo aos direitos da criança*" (DOLINGER, 2003, p. 80, grifos nossos).

Resta cristalino que a HCCH vem incorporando ao Direito, como um todo[71], documentos internacionais multilaterais que conferem às crianças e adolescentes a qualidade de verdadeiros sujeitos, titulares de posições jurídicas próprias e direitos a serem

---

[67] Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm. Acesso em 19.10.2019.

[68] Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças, adotada na Haia, em 1996. O Brasil ainda não aderiu a este tratado. Disponível em https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70. Acesso em 09.10.2018.

[69] Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm. Acesso em 09.10.2018.

[70] Para os fins deste estudo, por *convencional* quer-se dizer *previsto em convenção internacional ou tratado*. Evitar-se-á a utilização desta nomenclatura para referir-se ao Direito (Internacional) Costumeiro ou Consuetudinário. Por exemplo, quando este estudo se referir ao *direito convencional de guarda*, está sendo feita menção ao *direito de custódia (ou guarda) de uma criança ou adolescente, com o conteúdo que lhe foi determinado pela Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.*

[71] Considerada a uniformização do direito (privado) um dos principais – senão o principal – objetivo da HCCH, o alcance de tal desiderato leva, progressivamente, à réplica do conteúdo do tratado de DIPr aos ordenamentos jurídicos de seus Estados-Partes, respeitando-se, conforme já alertado, suas particulares histórico-sociais, a *margem de apreciação* que é deferida aos países pelos instrumentos aprovados no seio da HCCH. Progressivamente, no entanto, observa-se que as convenções (e demais documentos produzidos por esta organização, como conclusões e recomendações de reuniões e guias de boas práticas, dentre outros) vêm *reduzindo* esta *margem de apreciação dos países* na internalização das obrigações por ele assumidas perante seus pares neste fórum. O aprofundamento desta hipótese, entretanto, foge ao escopo do presente estudo.

implementados diretamente pelos Estados e, em alguns casos, (indiretamente) por particulares. (MARTINS, 2018a, p. 346). Aponta-se que as "convenções da Haia sobre crianças emergiram de um cenário de Direito Internacional Privado, mas floresceram como algo novo – uma espécie híbrida com caráter fortemente de Direito Público e estrutura única" (ESTIN, 2010, p.107).

A proteção da infância tem sido a área em que a HCCH vem dedicando seus maiores esforços, desde sua criação. Embora seus documentos não se relacionem, diretamente e, via de regra, à proteção das crianças e adolescentes contra *atos* violentos – com exceção, reitera-se, da CH80, é certo que vêm sendo garantidos direitos fundamentais, especialmente quanto a sua subsistência, dignidade, liberdade de locomoção e acesso à ampla convivência familiar e comunitária.

A. *Antigas Convenções* da Haia: o Direito Internacional Privado clássico

Este tópico e os seguintes se debruçarão à averiguação do *nível de sensibilidade* dos Estados-Membros da HCCH para proteção de crianças e adolescentes. A adoção de distinção temporal, neles adotada segue metodologia da própria Conferência da Haia de Direito Internacional Privado que, ao elencar os tratados produzidos sob seus auspícios, os distingue em dois períodos temporais: antes e após a elaboração do Estatuto da HCCH, em 1954. Serão, portanto, "old conventions" aquelas produzidas até o final de 1953; "new conventions", os tratados produzidos posteriormente [72].

A regulamentação da vida familiar foi o tema que recebeu o maior número de tratados adotados no âmbito da HCCH, entre os anos de 1883 e 1905, período no qual foram produzidas seis convenções[73], em um claro reconhecimento da importância da intensificação do movimento de pessoas pelo globo. A proteção específica da infância, neste período, foi incluída na Convenção para Regular a Tutela de Menores, de 1902 (Convenção da Haia de 1902 sobre Guarda)[74]. Tal documento, aprovado pelos Estados-Membros da HCCH sob o rito de conclusão de tratados previsto nos artigos 6º e seguintes da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito

[72] Nesse sentido vide https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions. Acesso em 05.10.2019.
[73] Informação disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions. Acesso em 11.12.2017.
[74] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention. Acesso em 11.12.2017.

dos Tratados (CVDT), foi posteriormente substituído por outra convenção, também elaborada sob os auspícios da HCCH, no ano de 1961[75].

Contudo, nenhum dos tratados aprovados nesse período encontra-se atualmente em vigor, tendo sido substituídos por convenções mais recentes. Sua importância – e menção neste estudo – diz respeito à comprovação do *pioneirismo* da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na proteção de crianças e adolescentes por intermédio de *tratados*[76], mesmo antes do estabelecimento da *nova ordem mundial*, inaugurada com o final da 2ª Guerra Mundial.

Além disso, tais documentos voltam-se à regulamentação de objeto clássico do Direito Internacional Privado: a indicação da lei aplicável para "resolver um conflito de leis no espaço" (STRENGER, 2003, pp. 48-49). Aponta-se que "(...) o objeto principal da disciplina [Direito Internacional Privado] é aquele da determinação do direito aplicável aos casos mistos ou multinacionais de caráter privado, isto é, envolvendo elementos de estraneidade ou estrangeiros" (BASSO, 2014, p. 16). Conforme visto acima, a este objeto foram sendo agregados outros, como os conflitos de jurisdição internacional, o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, a cooperação jurídica internacional e, ainda, a efetivação de direitos fundamentais.

Contando com 13 artigos, a Convenção da Haia de 1902 sobre Guarda regulava, precipuamente, a lei aplicável à definição da guarda/custódia dos menores. À época, considerou-se aplicável à guarda/tutela de um menor a lei de sua nacionalidade. Além disso, também foram previstas hipóteses de aplicação subsidiária da lei do país de residência habitual[77]. Remetendo a solução para a legislação aplicável (em regra, da nacionalidade da

---

[75] Convenção da Haia de 5 de outubro de 1961 sobre os poderes das autoridades e lei aplicável na *proteção* de crianças e adolescentes. Esta convenção de 1961, por sua vez, também foi substituída por novo tratado adotado sob os auspícios da HCCH, no ano de 1996, acima enunciado e que será pormenorizado em tópico específico desta tese – em especial, Capítulo 5.3.1, abaixo.

[76] Sobre o tema do pioneirismo da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na proteção à infância vide MARTINS, 2018a.

[77] A noção de residência habitual vem sendo, desde então, amplamente adotada pelos documentos produzidos no âmbito da HCCH. A CH80 também prefere a adoção da residência habitual como elemento de conexão, na indicação da lei aplicável – sem que seja feita qualquer menção ao domicílio ou nacionalidade dos envolvidos. Sobre o manejo do conceito de residência habitual no Direito Internacional Privado vide, por exemplo, JORGE, 2018.

criança), o tratado não precisou apresentar definições sobre os institutos nele regulados, como a guarda, deixando estas para a legislação doméstica de cada Estado Parte.

Tem-se, portanto, neste ponto, um instrumento de DIPr que pode ser denominado *clássico ou tradicional* (ou convenção de procedimento e sobre lei aplicável, na terminologia apresentada por Ramos, mencionada em tópico anterior[78]), na medida em que se volta, quase que exclusivamente, à fixação da legislação aplicável e jurisdição competente, *embora tenha incluído dispositivo expresso para proteção de crianças e adolescentes em situação de risco – que poderá incluir, por exemplo, a proteção contra atos de violência*[79]. Inegável seu objetivo de proteger a infância, ainda que primordialmente por intermédio da uniformização da legislação aplicável às discussões relacionadas a sua custódia.

Entre os anos de 1906 a 1953, a HCCH passou por período de baixa atividade - inclusive por força das 2 guerras mundiais. Tem-se notícia da adoção de apenas um protocolo, datado de 1931, voltado ao reconhecimento da Corte Permanente de Justiça Internacional como órgão competente para interpretar as Convenções da Haia de Direito Internacional Privado[80].

B. *Novas Convenções* da Haia: consagração de direitos fundamentais em favor de crianças e adolescentes

Além do novo Estatuto da HCCH, que entrou em vigor em 1955, conforme mencionado acima, os anos de 1954 a 2019 testemunharam a aprovação de 41 tratados no âmbito deste organismo[81]. Enquanto alguns foram substituídos por textos mais modernos, aqueles que seguem em vigor têm sua aplicação prática revista regularmente por Comissões Especiais[82].

---

[78] Capítulo 1.1, acima.
[79] Nesse sentido, vide artigo 7º deste tratado, voltado diretamente à jurisdição proteção da criança ou adolescente, inclusive em situação de risco. Segundo seus termos, na organização da tutela, bem como em todos os casos de urgência, as medidas necessárias para a proteção da pessoa e dos interesses de um menor estrangeiro poderão ser tomadas pelas autoridades locais.
[80] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1931-protocol. Acesso em 11.12.2017. A ausência de mecanismos específicos - isto é, no âmbito da HCCH, por exemplo - de controle do cumprimento das Convenções da Haia é realidade até os dias de hoje. Embora 17 Estados tenham assinado referido protocolo, entre os anos de 1931 e 1932, apenas 9 países o ratificaram.
[81] A lista de tratados adotados no âmbito da Conferência da Haia, desde 1954 até os dias atuais pode ser acessada em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions. Acesso em 05.10.2019.
[82] Sobre as Comissões Especiais para revisão da operação prática da CH80, vide tópico específico, abaixo. Em especial, vide Capítulo 5.3.1, abaixo.

O primeiro tema que recebeu atenção dos Estados-Membros da HCCH foi a prestação internacional de *alimentos*, especialmente diante das catástrofes humanas geradas pelas 2 grandes guerras mundiais. Entre os anos de 1954 e 1960 foram adotados 8 tratados, sendo que pelo menos 2 deles voltaram-se à proteção do direito fundamental de crianças e adolescentes à obtenção de alimentos (sob o aspecto, em especial, procedimental e de lei aplicável): a Convenção da Haia de 24 de Outubro de 1956 sobre lei aplicável às obrigações alimentares em relação às crianças[83] (Convenção da Haia de 1956 ou CH56) e a Convenção da Haia de 15 de abril de 1958 relativa ao reconhecimento e execução de decisões relacionadas à obrigações alimentares em favor de crianças[84] (Convenção da Haia de 1958 ou CH58)[85].

Na sequência, foram dedicados esforços à regulamentação da *adoção* de crianças e adolescentes e sua proteção, em situações de vulnerabilidade – proteção especialmente a seus bens embora, ao menos em tese, possa-se vislumbrar a proteção contra atos de violência cometidos contra si. Na década de 60 foram aprovados outros 6 tratados, dentre eles a Convenção da Haia de 5 de outubro de 1961 sobre os poderes das autoridades e lei aplicável na *proteção* de crianças e adolescentes[86] (Convenção da Haia de 1961 ou CH61) e a Convenção da Haia de 15 de novembro de 1965, sobre jurisdição, lei aplicável e reconhecimento de decisões de adoção[87] (Convenção da Haia de 1965 ou CH65). A Convenção da Haia de 1961 veio substituir a Convenção da Haia de 1902. Entretanto, esta última também foi substituída pela Convenção da Haia de 1996.

À título ilustrativo – já que o tratado não se encontra mais em vigor, menciona-se que o artigo 3º da CH61 autorizava tanto as autoridades do país de residência habitual quanto de sua nacionalidade, a adotarem medidas *protetivas* em seu favor - mais um exemplo de regras de jurisdição/competência (concorrentes) em favor da proteção de infantes (MARTINS, 2018a, p.

---

[83] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37. Acessada em 11.12.2017.
[84] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=38. Acessada em 11.12.2017.
[85] Tais convenções consolidaram prática que se segue, até os dias atuais, de adoção da noção de residência habitual – em substituição à lei da nacionalidade - como elemento principal na determinação da lei aplicável. Assim, por exemplo, era aplicável, nos termos da CH56, à fixação de obrigações alimentares, em favor de menores de 21 anos, a legislação do país de residência de tais pessoas. Nos termos do parágrafo 2º, do artigo 1º, do mesmo tratado, apenas a mudança do país de residência habitual do alimentando permitiria a aplicação de outra legislação - a do novo país de residência habitual. No entanto, o artigo 11 deste tratado previu a possibilidade de o Estado, ao assinar ou ratificar a convenção, reservar-se a não aplicar seus dispositivos aos menores adotados, tecendo clara distinção – a ser adotada a critério exclusivo do país aderente e/ou ratificante entre prole natural e adotada.
[86] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39. Acessada em 11.12.2017.
[87] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=75. Acessada em 11.12.2017.

349) que, poderia, ao menos em tese, *relacionar-se* com a proteção contra o cometimento de *atos violentos* contra estes, assim como sua antecessora, a Convenção da Haia de 1902 e sua sucessora, a Convenção da Haia de 1996[88], que contém (ou continha, no caso da Convenção da Haia de 1902, também revogada), disposições semelhantes.

Os trabalhos da HCCH se intensificaram ainda mais na década de 70, tendo sido aprovados 12 tratados pelos Estados-Partes da HCCH, sendo esta a década com o *maior número* de instrumentos internacionais negociados e aprovados em seu seio. Novamente as obrigações alimentares internacionais deram o tom das discussões – incluindo discussão sobre a prestação de alimentos para adultos em situação de vulnerabilidade.

Dentre os instrumentos discutidos, em 1973 alcançou-se o texto final de 2 tratados relacionados às obrigações alimentares, a Convenção da Haia de 2 de outubro de 1973 sobre Reconhecimento e Execução de Decisões Relativas à Alimentos[89] e a Convenção da Haia de 2 de outubro de 1973 sobre Lei Aplicável às obrigações alimentares[90]. Ambos os tratados dizem respeito à prestação de alimentos para *adultos - independentemente de seu gênero*, além de coordenar seus dispositivos com aqueles contidos nas convenções da Haia de 1958, acima apresentada, não se relacionando, diretamente, à proteção da infância contra *atos de violência*, principal razão para sua exclusão da moldura hermenêutica da CVDT.

Assim, embora os instrumentos acima mencionados pareçam *potencialmente* relevantes, para compreensão da *evolução* da proteção da infância em seus direitos mais fundamentais – e até mesmo, em relação a pelo menos um dos tratados acima mencionados, contra *violência* (à pessoa da criança ou a seus bens), *na medida em que inequivocamente tiveram seu conteúdo aprovado pelos países*, considera-se que tais convenções não incorporam elementos que se relacionem com a interpretação da *exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980*, *uma vez que não cumpririam com os demais requisitos da CVDT para sua utilização na interpretação da exceção de grave risco*: em especial, não foram elaborados *em conexão com a CH80,* nem tampouco são *relacionados* à CH80 ou a sua interpretação, requisitos essenciais

[88] A pormenorização da Convenção da Haia de 1996 será realizada, em especial, no Capítulo 5.
[89] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=85. Acessada em 11.12.2017.
[90] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=86. Acessada em 11.12.2017.

para sua inclusão na moldura hermenêutica regulada nos artigos 31 a 33 da CVDT, conforme será visto.

Por ora, tal consideração, fulcral para esta tese, será apenas enunciada, uma vez que a CVDT e seu capítulo interpretativo serão pormenorizados em tópicos específicos deste estudo, tanto sem sua teoria geral (Capítulo 4 – Parte II) quanto em sua aplicação prática (Parte III, Capítulos 5 e 6). Em decorrência, os tratados elaborados no âmbito da HCCH – brevemente analisados acima (com exceção das convenções da Haia de 1980 e 1996) não parecem *relevantes* para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Especificamente, são tratados elaborados *antes* da conclusão da CH80 – circunstância que, entende-se, já dificultaria sua análise por força dos marcos temporais incluídos no artigo 31 da CVDT.

Além disso, tais tratados não parecem incorporar *regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes*, requisito incluído no artigo 31, parágrafo 3º alínea "c" da CVDT. Embora não se discuta sua importância, naquele momento histórico, para regulamentação das situações plurilocalizadas incluídas em seu escopo, tal *relevância* não deve ser confundida com aquela mencionada nos dispositivos da CVDT relacionados à hermenêutica dos tratados, uma vez seu conteúdo não parece colaborar, efetivamente, para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

C. Instrumentos da Conferência da Haia em vigor e sua relevância para a interpretação da *exceção de grave risco*

Com a aprovação da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, novos princípios sobre a proteção de crianças e adolescentes foram estabelecidos (ou reafirmados), tendo-se incentivado os Estados-Membros da HCCH a empreender revisão da Convenção de 1961 e, em 1996, aprovar uma nova convenção para tratar de tal tema[91]. Embora os documentos encartados neste tópico sejam classificados, de acordo com a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, como integrantes do rol das "new conventions", preferiu-se enunciá-los no presente tópico.

---

[91] A Convenção da Haia de 1996 sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação com Relação à Responsabilidade Parental e Medidas para Proteção de Crianças, que será pormenorizada no decorrer deste ensaio, em especial por sua apontada natureza complementar à CH80.

A década de 80 testemunhou o nascimento do que hoje é um dos tratados com o maior número de Estados Contratantes, dentre todos aqueles até hoje elaborados sob os auspícios da HCCH, a Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças[92] (Convenção da Haia de 1980 ou CH80), cuja análise é o objeto principal do presente estudo. Para além deste tratado, outros 4 instrumentos internacionais foram aprovados entre 1980 e 1989, nenhum deles relativo à proteção da infância ou da família.

Em *complemento* à CH80 *(nos termos da CVDT, relativo à sua interpretação ou aplicação* – vide artigo 31, parágrafo 3º, alíneas "a" e "b") seus Estados-Partes, no decorrer dos anos, lograram elaborar *e aprovar* outros instrumentos que tangenciam diretamente o tema da interpretação e aplicação do primeiro. Neste rol encontram-se, em especial, as Conclusões e Recomendações das Comissões Especiais sobre a Operação Prática da CH80 e os Guias de Boas Práticas sobre a CH80.

Tais documentos são, via de regra - produzidos por grupos de trabalho ou outros órgãos da HCCH (seu Secretariado[93], por exemplo) e *aprovados* pelos Estados-Partes do tratado a que ele diga respeito, normalmente durante as sessões do Conselho de Assuntos Gerais e Políticos desta organização (sua *Assembleia Geral,* em aproximação grosseira à terminologia das Nações Unidas[94]), embora não sigam o rito previsto, em especial, a partir do artigo 6º, da CVDT[95]. Por

---

[92] Disponível em https://assets.hcch.net/docs/e86d9f72-dc8d-46f3-b3bf-e102911c8532.pdf. Acesso em 11.12.2017. Em relação ao número de Estados-Partes a CH80 possui um Estado-Parte a menos do que a Convenção da Haia de 1993 sobre Adoções Internacionais (que conta atualmente com 102 países) e também se encontra atrás da Convenção da Apostila, com atuais 118 membros. A CH80 possui 101 Estados-partes. Informações disponíveis em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=69; https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=41 e https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24. Acesso em 19.01.2020.

[93] Importante exceção a tal regra – e aparentemente a única detectada neste estudo – diz respeito a documento elaborado pelo Secretariado da HCCH, no ano de 2011, apresentado por ocasião da 6ª Reunião sobre o Funcionamento Prático das Convenções da Haia de 1980 e 1996, ocorrida em 2012. Uma vez que tal documento encontra-se intrinsicamente relacionado às discussões travadas nesta sessão da comissão especial, preferiu-se a inclusão do mesmo em capítulo específico, abaixo – Capítulo 5.3.1.

[94] No entanto, deve-se alertar que este estudo apurou que os documentos elaborados no âmbito da ONU, ainda que aprovados por sua Assembleia-Geral, não parecem relevantes à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, ainda que voltados à proteção da infância ou mulheres contra a violência. Isso porque, nos termos da Carta da ONU, apenas as decisões de seu Conselho de Segurança (assim como apenas algumas das recomendações da Assembleia Geral da ONU, como aquelas relacionadas ao funcionamento do organismo, por exemplo, sobre seu orçamento) seriam dotadas de natureza mandatória. No decorrer da pesquisa, nenhum documento com esta última característica foi identificado como relevante para a interpretação daquela exceção da CH80, seguindo-se os parâmetros de relevância fixados pelo capítulo hermenêutico da CVDT. O aprofundamento desta discussão será efetuado em tópico na sequência. Em especial, vide Capítulo 4, abaixo.

[95] Diferentemente da maior parte dos documentos produzidos no âmbito do Direito Internacional Público, conforme será visto.

tais razões reitera-se que este estudo defende que tais ferramentas (em especial, as Conclusões e Recomendações das Comissões Especiais sobre a Operação Prática da CH80 e os Guias de Boas Práticas sobre a CH80) merecem inclusão na moldura interpretativa da CVDT, mais especificamente em seu artigo 31, parágrafo 3º, cujo aprofundamento será seguido em tópico próprio[96].

Não se deve perder de vista que há particularidades quanto ao grau de *obrigatoriedade* de tais documentos, menor – ou inexistente – do que aquele encontrado entres os tratados. No entanto, desde já deve-se esclarecer que a *relevância* de um instrumento, acordo ou prática, para os fins da interpretação de tratados, nos termos da CVDT *não parece ter relação imediata com seu grau de obrigatoriedade*[97].

Para além dos *tratados* da HCCH e instrumentos *aprovados* por seus Estados-Membros (que não adotaram o rito de elaboração de tratados também incluído da CVDT) a pesquisa identificou, ainda, outros documentos, também relativos à CH80, mas que não foram, tecnicamente, *aprovados* pelos Estados. Seriam eles os trabalhos preparatórios à conclusão da Convenção da Haia de 1980 ("travaux préparatoires") e seu Relatório Explicativo, este último elaborado por Eliza Pérez-Vera e publicado no ano de 1982. Tais ferramentas também serão potencialmente relevantes, segundo a CVDT, para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Eles também serão discutidos na Parte III desta tese.

Por fim, e conforme será detalhadamente discutido na Parte III do estudo, enuncia-se que enquanto os Guias de Boas Práticas sobre a Convenção da Haia de 1980 e as Conclusões e Recomendações de suas Comissões Especiais parecem mais bem posicionados, na moldura hermenêutica da CVDT, em sua Regra Geral de Interpretação (artigo 31, de aplicação *mandatória* na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80), os trabalhos preparatórios e seu relatório explicativo seriam analisados apenas subsidiariamente, *se necessário*, nos termos do artigo 32 da CVDT[98].

---

[96] Por tal razão, deixa-se de incluir tais documentos no presente capítulo.
[97] O aprofundamento desta discussão será realizado, em especial, no Capítulo 4.
[98] Apesar de consubstanciarem elementos relevantes, nos termos dos artigos 31 a 33 da CVDT para interpretação uniforme e adequada da *exceção de grave risco* da Convenção de 1980 e terem sido elaborados, multilateralmente, no âmbito da HCCH, integrando o ramo do Direito Internacional Privado, tais documentos serão pormenorizados – de acordo com o corte metodológico adotado e buscando evitar repetições cansativas ao leitor - em tópico específico, na Parte III desta tese. Foram mantidos, no presente tópico, apenas os instrumentos que integram o ramo do Direito Internacional Privado, *elaborados sob os auspícios da HCCH* na forma de *tratados*.

Os 2 únicos tratados aprovados no âmbito da HCCH nos anos 90[99] voltaram-se à proteção da infância. São eles a Convenção da Haia de 29 de maio de 1993 Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional[100] (Convenção da Haia de 1993 ou CH93) – que não tangencia o tema da *violência* - e a Convenção da Haia de 19 de outubro de 1996 sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação relativa à Responsabilidade Familiar e Medidas para Proteção de Crianças[101] (Convenção da Haia de 1996 ou CH96).

A Convenção da Haia de 1996 vem sendo apontada pela teoria e no âmbito das reuniões da HCCH, conforme será visto[102], como importante *complemento* à Convenção da Haia de 1980, tendo o condão de otimizar a proteção de crianças em situação internacional. Seu preâmbulo também confirma que o melhor interesse da criança deve ser *consideração primordial*.

Este tratado revisou – e substituiu - a Convenção da Haia de 1961, estabelecendo dispositivos que levam em conta a progressiva evolução do cenário multilateral protetivo em favor das crianças - representado, em especial pela ampla difusão da Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança. Seus dispositivos, por sua vez, também avocam funções clássicas do DIPr, como a solução do conflito de leis e jurisdição, a cooperação internacional entre Estados e os tradicionais mecanismos de reconhecimento e execução de ordens estrangeiras (convenção de procedimento/lei aplicável).

Na esteira de convenções anteriores da HCCH, o artigo 11 da CH96 prevê amplo espectro de *proteção à criança (e adolescente)* e aos seus bens, garantindo a qualquer jurisdição[103] a adoção de medidas protetivas de urgência em seu favor; inclusive, e ao menos em tese, *contra atos de violência cometidos direta ou indiretamente contra a criança*.

---

[99] Em 2000 foi aprovada a Convenção da Haia de 2000 sobre Proteção Internacional de Adultos, que entrou em vigor apenas em 2009. Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=71. Acesso em 25.07.2018.
[100] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69. Acessada em 11.12.2017.
[101] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70. Acessada em 11.12.2017. A CH96 entrou em vigor apenas em 1º de janeiro de 2002.
[102] Em especial, no Capítulo 5.3.1.
[103] Onde a criança ou sua propriedade estiver localizada.

Tais medidas vigorarão até que as autoridades competentes, nos termos dos artigos 5º[104] a 10º[105] do acordo, as substituam. Este tratado será objeto de análise pormenorizada, em tópico próprio do presente estudo[106], na medida em que ele parece, ao menos à primeira vista, elemento relacionado à CH80 que, nos termos da CVDT - artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" -, deve ser, ao menos potencialmente, levado em consideração na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

A partir do ano 2000 a HCCH retomou tema originário de suas primeiras discussões sobre a proteção à infância, ainda no início do século XX: a prestação internacional de alimentos. Entre os anos 2000 e 2015 foram aprovados, em favor de crianças e adolescentes, pela HCCH, a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família (Convenção da Haia de 2007) e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, ambos datados de 23 de novembro de 2007 (Protocolo da Haia de 2007)[107]. Nenhum dos dois instrumentos incluiu dispositivos relacionados à proteção da infância contra atos ou situação de violência, embora sua relevância, na efetivação de *direitos fundamentais* – relacionados a sua subsistência – seja inegável. Assim, tais tratados não seriam relevantes, segundo a CVDT, para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80[108].

---

[104] CH93, artigo 5º, "(1) The judicial or administrative authorities of the Contracting State of the habitual residence of the child have jurisdiction to take measures directed to the protection of the child's person or property.
(2) Subject to Article 7, in case of a change of the child's habitual residence to another Contracting State, the authorities of the State of the new habitual residence have jurisdiction". Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70. Acesso em 19.01.2020.

[105] CH93, artigo 10º, "(1) Without prejudice to Articles 5 to 9, the authorities of a Contracting State exercising jurisdiction to decide upon an application for divorce or legal separation of the parents of a child habitually resident in another Contracting State, or for annulment of their marriage, may, if the law of their State so provides, take measures directed to the protection of the person or property of such child if
a) at the time of commencement of the proceedings, one of his or her parents habitually resides in that State and one of them has parental responsibility in relation to the child, and
b) the jurisdiction of these authorities to take such measures has been accepted by the parents, as well as by any other person who has parental responsibility in relation to the child, and is in the best interests of the child.
(2) The jurisdiction provided for by paragraph 1 to take measures for the protection of the child ceases as soon as the decision allowing or refusing the application for divorce, legal separation or annulment of the marriage has become final, or the proceedings have come to an end for another reason". Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70. Acesso em 19.01.2020.

[106] Capítulo 5.3.1.

[107] A Brasil depositou os instrumentos de ratificação a tal Convenção e seu Protocolo no ano de 2017. Em 19 de outubro do mesmo ano, foi promulgado o Decreto nº 9.176, que internalizou ambos os tratados ao ordenamento jurídico pátrio. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm. Acesso em 21.03.2019.

[108] Do mesmo modo, entende-se que a "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Comercial Matters", concluída em 2 de julho de 2019 (e que ainda não está em vigor internacionalmente), não é dotada de relevância direta, para a CVDT, na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Seu escopo,

Em conclusão, resta demonstrado que, pelo menos desde o ano de 1902, a HCCH vem protagonizando os esforços de proteção às crianças e adolescentes, no âmbito do Direito Internacional Privado. Em comparação com a *Declaração* de Genebra de 1924 - Declaração dos Direitos da Criança de 1924[109], aprovada no seio da Liga das Nações e que será objeto de análise em tópico abaixo[110], nota-se que mais de 20 anos antes a HCCH já se preocupava com as crianças e adolescentes envolvidos em situações pluriconectadas, logrando celebrar tratados que incluem obrigações de caráter mandatórios a seus Estados-Partes. Assim, não restam dúvidas de que este organismo internacional foi pioneiro na proteção de tais sujeitos ainda que, em seus anos iniciais, seus documentos veiculassem instrumentos do DIPr dito clássico (MARTINS, 2018a, pp. 353-4), embora *sem vinculação imediata com a proteção da infância contra atos ou situações de violência*.

A profícua produção normativa da HCCH entre as décadas de 60 e 80 também veio, em muitas situações, antecipar a adoção de medidas protetivas e a efetivação de direitos fundamentais em favor de crianças e adolescentes, que seriam confirmadas, anos depois, pela Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança (assim como em outros instrumentos regionais de proteção). São estas, dentre outras, as regras sobre o fomento à adoção internacional; a prevenção e o combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes e o acesso à justiça para o direito ao recebimento de verbas alimentares.

Aponta-se que a preocupação da HCCH com a proteção de aspectos particulares da vida de crianças e adolescentes não se relacionaria apenas à sua regulamentação, refletindo, "em verdade, a mesma preocupação verificada no campo dos direitos humanos propriamente ditos naquilo que concerne ao tema da nacionalidade" (MONACO, 2009, p. 447).

Entretanto, conforme constatou-se, apesar de contar com um número elevado de *tratados*, a produção normativa da HCCH *ainda não possui muitas normas relacionadas, imediatamente,* à proteção da infância *contra atos de violência* – com exceção da CH80, que se volta à proteção da infância tanto contra o ato de violência que sua subtração pode significar,

---

mencionado em seu artigo 1º exclui, expressamente, o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras em matéria de prestação internacional de alimentos ou quaisquer outros temas de *direito de família*. O texto autêntico (em língua inglesa) deste tratado pode ser acessado em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137. Acesso em 05.10.2019.

[109] Disponível em http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm. Acesso em 13.12.2017.

[110] Capítulo 1.3.1.

quanto de eventual violência que sobrevenha ao seu retorno e, em certa medida, também a CH96, ao proteger a criança e seus bens de quaisquer riscos, inclusive contra violência. A HCCH (ou, mais propriamente, seus Estados-Membros) teria preferido focar – e com alto grau de sucesso, entende-se - na proteção dos *direitos mais fundamentais de crianças e adolescentes*, em *cenários específicos plurilocalizados* (como a adoção, a subtração e a prestação de alimentos em seu favor).

Verifica-se, portanto o elevado nível de proteção conferido, especialmente por intermédio de *tratados,* aos direitos fundamentais da infância, pelo Direito Internacional Privado Multilateral produzido no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, bem como seu tangenciamento e complementariedade com o campo do Direito Internacional Público *apesar de, em sua maioria, não se mostrarem relevantes para a interpretação da exceção de grave risco da CH80, segundo a CVDT – com possível exceção, conforme enunciado, da CH96*.

1.2.2. A proteção às mulheres: o silêncio da HCCH quanto ao gênero

Assim como a infância e juventude, também as mulheres vêm recebendo, progressivamente, a atenção aprofundada da comunidade internacional. No entanto, ao contrário do cenário observado no âmbito da HCCH quanto à (relativamente profícua) proteção às crianças e adolescentes, os *tratados* voltados à proteção da mulher (adulta) como sujeito específico, *diverso* do homem (adulto), parecem *inexistentes* nesta organização internacional. As convenções internacionais atualmente em vigor no âmbito desta organização apontam, entende-se, para a *escolha* dos Estados-Membros da HCCH de considerar os adultos como seres igualmente merecedores de proteção, independentemente de seu gênero, no tratamento de questões privadas plurilocalizadas.

Além disso, conforme será visto na sequência, os esforços iniciais da HCCH, no século passado, teriam inclusive regulamentado temas em *desfavor* de mulheres, como no regime de bens no casamento, dentre outros. Após a 2ª Guerra Mundial a HCCH parece ter preferido, em seus tratados envolvendo temas civis plurilocalizados relacionados a adultos, a utilização de

linguagem "gender neutral"[111]. Os problemas da utilização de tal linguagem como elemento discriminatório do Direito também serão brevemente tangenciados no presente tópico[112].

Assim, ao contrário do cenário verificado nos temas afetos diretamente à infância, não foram identificados, na pesquisa empreendida, esforços dos Estados-Membros da HCCH *consubstanciados em tratados,* para proteção às mulheres enquanto *grupo específico*, apesar de seus vários documentos tangenciarem temas de interesse direto das mulheres, especialmente em suas relações privadas plurilocalizadas como a prestação de alimentos em seu favor, quando necessários.

A. *Antigas Convenções* da Haia[113]: discriminação *em desfavor* de mulheres

A pesquisa às convenções celebradas no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado no período de 1902-1945[114] – antes, portanto, de sua constituição oficial como organização internacional – indicou que, com exceção da Convenção da Haia de 1905 sobre conflitos de lei relativos aos efeitos do casamento sobre os direitos e deveres dos esposos em seus assuntos pessoais e sobre os bens dos esposos[115] (doravante Convenção da Haia de 1905 sobre os Efeitos do Casamento), os demais tratados não fizeram qualquer menção aos termos *mulher* ("femme") ou *esposa* ("épouse"), o que indicaria, defende-se, a ausência de interesse dos países que participaram de tais avenças de avançar na proteção específica de mulheres.

Além disso, e em sentido contrário aos avanços na proteção às mulheres que vêm sendo progressivamente alcançados pela comunidade internacional – em especial nos últimos anos, a Convenção da Haia de 1905 sobre os Efeitos do Casamento, previu que os Estados *poderiam*

---

[111] Neutralidade linguística quanto ao gênero.
[112] As discussões sobre o Direito como discurso que oprime as mulheres a partir de teorias feministas não se encontra especificamente incluído no corte metodológico adotado nesta tese, razão pela qual tal tema será apenas brevemente tangenciado.
[113] A distinção entre "old" e "new Hague conventions" foi indicada no tópico imediatamente anterior deste estudo. Vide nota de rodapé, acima.
[114] Disponíveis em https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions. Acesso em 19.09.2019.
[115] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1905-effects-of-marriage-convention. Acesso em 19.09.2019.

apresentar reservas válidas, quando de sua ratificação ou adesão à avença internacional, para que:

> "Article 8
> Chacun des Etats contractants se réserve:
> 1. (...);
> 2. d'appliquer des dispositions ayant pour but de protéger les tiers dans leurs relations avec une femme mariée exerçant une profession sur le territoire de cet Etat.
> (...)"[116].

Além disso, seu artigo 2º garantiu aos *homens* o direito de que sua legislação de nacionalidade fosse eleita para regulamentação dos efeitos do casamento sobre os bens, móveis e imóveis dos esposos[117]. Em sentido semelhante, o artigo 5º do tratado indica que "a validade intrínseca de um contrato de casamento e seus efeitos são regidos pela legislação nacional do marido no momento da celebração do casamento (...)"[118].

Não se deve perder de vista, que "o gênero é uma dimensão central da vida pessoal, das relações sociais e da *cultura*" (CONNELL, 2015, p. 25, grifos nossos), espaço dotado de questões práticas espinhosas relacionados à identidade, justiça e sobrevivência. Embora a primeira onda feminista, identificada nos espaços europeu e norte-estadunidense, date da metade do século XIX, observou-se, nas convenções da Haia da primeira metade do século XX, a ausência de considerações protetivas específicas em favor de mulheres e, ainda, *discriminações* em favor de homens. Por óbvio, o *contexto cultural* em que Estados-Membros da HCCH – à época, exclusivamente países europeus -, encontravam-se inseridos, desde o final do século XIX e até meados do século XX não pode ser desconectado da análise.

---

[116] Tradução livre: "Artigo 8.
Cada um dos Estados Contratantes se reserva:
1. (...);
2. a aplicação das disposições destinadas a proteger terceiros em suas relações com uma mulher casada que exerce uma profissão no território desse Estado (...)". Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1905-effects-of-marriage-convention. Acesso em 19.01.2020.

[117] "Article 2. En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.
Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens". Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1905-effects-of-marriage-convention. Acesso em 19.01.2020.

[118] "Article 5. La validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage, ou, s'il a été conclu au cours du mariage, par la loi nationale des époux au moment du contrat.
La même loi décide si et dans quelle mesure les époux ont liberté de se référer à une autre loi; lorsqu'ils s'y sont référés, c'est cette dernière loi qui détermine les effets du contrat de mariage". Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1905-effects-of-marriage-convention. Acesso em 19.01.2020.

B. *Novas Convenções* da Haia: o uso da linguagem "gender neutral"

A partir de 1954, a HCCH adotou postura que, ao contrário, do período anterior, pretendeu a adoção de linguagem, em seus tratados, aparentemente "gender neutral". Conforme mencionado em tópico anterior, no período de 1954 a 2019 foram finalizados, no âmbito da HCCH, 41 tratados. Efetuada pesquisa pelos termos *mulher* e *esposa*, em língua inglesa e francesa, não foram encontrados quaisquer registros – com exceção de uma convenção da Haia de 1970 – a Convenção da Haia de 1970 "on the Recognition of Divorces and Legal Separations"[119]. Segundo seu artigo 3º:

> "Article 3. Where the State of origin uses the concept of domicile as a test of jurisdiction in matters of divorce or legal separation, the expression "habitual residence" in Article 2 shall be deemed to include domicile as the term is used in that State.
> Nevertheless, the preceding paragraph *shall not apply to the domicile of dependence of a wife*"[120] (grifos nossos).

Quando os demais tratados elaborados sob os auspícios da HCCH lidaram com assuntos relacionados à nacionalidade, por exemplo, utilizaram o termo *pessoa*, reforçando a ideia, acima apresentada, de que os países membros da HCCH, ao menos até o momento, não teriam convertido os *avanços* da comunidade internacional (que serão vistos quando da análise do arcabouço jurídico-normativo incorporado ao Direito Internacional Público[121]) e de suas próprias legislações domésticas, à regulamentação de questões plurilocalizadas de natureza civil, envolvendo pessoas privadas.

Nem a Convenção da Haia de 1973 "on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations"[122], voltada ao reconhecimento e exequibilidade recíprocos de decisões relacionadas à prestação de alimentos em favor de *adultos* ("including a maintenance obligation towards an infant who is not legitimate"[123]) apresentou regras materiais para proteção de mulheres, tratando os sujeitos da obrigação alimentar internacional como *credor* e *devedor*, sem distinção de gênero.

---

[119] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=80. Acesso em 19.09.2019. Esta convenção entrou em vigor, internacionalmente, no ano de 1975.
[120] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=80. Acesso em 20.01.2020.
[121] Capítulo 1.3.2.
[122] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=85. Acesso em 19.09.2019.
[123] Artigo 1º do tratado em comento.

As Convenções da Haia de 1978 sobre a) a lei aplicável à regimes matrimoniais[124] e; b) celebração e reconhecimento da validade de casamentos[125], bem como c) a Convenção da Haia de 1989 sobre a lei aplicável à sucessão dos bens de pessoas falecidas[126] utilizam-se, também, de terminologia aparentemente "gender neutral" de "spouses" (em suas versões em inglês), para referir-se, indistintamente, ao marido ou à esposa.

A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de crianças também não fez uso das expressões "women" ou "wife". A linguagem utilizada neste tratado faz menção ao termo "person" – especialmente quando se refere a adultos; em relação a crianças e adolescentes (de até 16 anos incompletos, limite de aplicação temporal desta convenção, segundo seu artigo 4º), a CH80 maneja o termo *criança*. Conforme será discutido em tópico próprio[127], uma das principais críticas a este tratado[128] diz respeito à alegada alteração do contexto da subtração internacional[129], circunstância que, no sentir de seus críticos, não teria sido refletida na *evolução* da interpretação e aplicação desta convenção, especialmente no âmbito de sua *exceção de grave risco*.

A Convenção da Haia de 2000 sobre a proteção internacional de *adultos*[130] complementa um dos "mais recentes e abrangentes tratados das Nações Unidas de direitos humanos, a Convenção das Nações Unidas de 2006 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência"[131] (GROFF, 2018, p. 90). Embora a convenção das Nações Unidas de 2006 inclua menções expressas à potencial vulnerabilidade ampliada de "mulheres e meninas com deficiência"[132],

---

[124] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=87. Acesso em 23.01.2020.
[125] Disponível em https://.www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=88. Acesso em 19.09.2019.
[126] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=62. Acesso em 19.09.2019.
[127] Capítulo 3.3.
[128] Ventiladas especialmente a partir dos anos 2000.
[129] Segundo a qual mais mulheres teriam passado a ser, *progressivamente*, o agente que mais comete subtrações internacional ilícitas de crianças e adolescentes, inclusive motivadas - alegadamente - pela ocorrência de violência doméstica no país de residência habitual da família, em momento anterior à subtração.
[130] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=71. Acesso em 19.09.2019.
[131] Internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 19.09.2019.
[132] Além do preâmbulo, o artigo 6º deste tratado menciona que: "Artigo 6. Mulheres com deficiência
1.Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.
2.Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção".

além de afirmar a igualdade de gênero, entre homens e mulheres, a Convenção da Haia de 2000 não incluiu qualquer alusão aos termos "women", "wife" ou "spouse". O escopo deste tratado, incluído em seu artigo 1º, indica que:

> "Article 1
> (1) This Convention applies to the protection in international situations of *adults* who, by reason of an impairment or insufficiency of their personal faculties, are not in a position to protect their interests"[133] (grifos nossos).

A Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família[134] e o seu Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos[135], adotadas no âmbito da HCCH no ano de 2007, também não fazem menção à proteção de mulheres vulneráveis, indicando que qualquer pessoa abrangida em seu escopo, *independentemente de seu gênero*, deverá receber igual proteção.

A adoção, proposital, de linguagem "gender neutral" pelo Direito recebe importantes críticas de algumas teorias feministas. Tais teorias do Direito são compreendidas como estudos críticos produzidos por feministas ou que tenham primariamente se utilizado de molduras teóricas feministas (CAMPOS, 2012, p. 34).

Dentre seus teóricos encontra-se Carol Smart[136], que adota "visão de superação das categorias e do debate de/entre igualdade e diferença, patrocinada pelo feminismo liberal e pelo feminismo cultural (ou da diferença)" (LEVIT; VERCHICK, 2006). Por primeiro, Smart considera que as categorias binárias homem/mulher são resultados e a reprodução de relações de poder. Ela dirige suas pesquisas para a análise sobre como as mulheres e os homens são *moldados* pelo Direito e como o Direito reproduz as relações de gênero (McCORKER et. al., 2000).

A teoria feminista desta autora contribui com esta análise na medida em que nos permite "observar o Direito como um discurso hegemônico que não apenas oprime mulheres, mas também contribui para a produção e reprodução de identidades femininas sexuais e de gênero" (CASALEIRO, 2014, p. 41). *Seriam, então, todas as Convenções da Haia, um*

Outros dispositivos também mencionam, especificamente, a obrigação de seus Estados-Partes em relação à proteção específica (que inclui a efetivação de direitos) de mulheres. A igualdade entre o homem e a mulher também foi alçada à categoria de princípio deste tratado.

[133] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=71. Acesso em 23.01.2020.
[134] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131. Acesso em 20.09.2019.
[135] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=133. Acesso em 20.09.2019.
[136] Carol Smart é socióloga inglesa integra o grupo das teóricas feministas do Direito.

instrumento de opressão às mulheres, na medida em que deixam de prever regramento especial/específico em seu favor?

Em suas próprias palavras, Smart afirma que o Direito tem o poder de desqualificar as experiências das mulheres e o conhecimento feminista, uma vez que é discurso particularmente poderoso, fundado em sua afirmação de verdade (SMART, 1999, p. 71). Tal discurso seria particularmente autoritário, que oprime e molda as mulheres, as reproduzindo constantemente como objetos generificados e neutralizando as diferenças entre os sexos. Além disso, o Direito veria a si próprio como possuindo seu método específico, *linguagem* e sistema de resultados. Por tais razões, para esta corrente teórica o Direito seria, ainda, um "obstáculo ao feminismo" (SMART, 1989, pp. 6-8 e 82).

As contribuições de Smart podem auxiliar a desafiar a alegação de que o regramento civil de questões plurilocalizadas, pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, é verdadeiramente neutro quanto ao gênero. Por trás de uma linguagem aparentemente imparcial em termos de gênero – por intermédio da qual seriam protegidos, sem qualquer distinção ou privilégio, direitos e interesses de homens e mulheres – poderão se esconder discriminações efetivas em desfavor de mulheres. Apesar do alerta da autora, ela também reconhece que o Direito não é monolítico, sendo aberto ao reposicionamento de gênero, fendas e reconstrução (SMART, 2000).

As convenções da Haia analisadas, ainda que possam ser instrumentos jurídicos de opressão em desfavor de mulheres, *refletiriam, entende-se, o grau de consenso possível de ser alcançado, até o momento, pelos mais de 80 Estados-Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado*. E será, conforme discutir-se-á no decorrer desta tese, o nível de consenso (representando pelo princípio do "pacta sunt servanda") o elemento principal na interpretação dos tratados, nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, apesar dos avanços das teorias críticas do Direito, nestas incluídas as teóricas feministas.

No ano de 2012, o Secretariado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado apresentou, para consideração de seu Conselho de Assuntos Gerais e Política (seu órgão deliberativo máximo), *Nota Preliminar sobre o Reconhecimento e Exequibilidade de Ordens Estrangeiras de Proteção Civil.* Os Estados-Membros da HCCH concordaram com a inclusão

do tema do reconhecimento e execução de ordens civis de proteção estrangeiras, inclusive relacionadas à violência doméstica.

O Secretariado da HCCH foi, então, instruído a elaborar uma nota abreviada sobre o tema, para subsidiar a decisão do Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH a decidir sobre a inclusão de tal tema na agenda dos trabalhos desta organização. Segundo a *Nota Preliminar sobre o Reconhecimento e Exequibilidade de Ordens Estrangeiras de Proteção Civil*:

> "2. There has been significant recent international, regional and national attention given to the issue of establishing appropriate civil protection order regimes for victims or potential victims of domestic violence and / or other types of harmful interpersonal behaviour. While much legislative attention in this field has been focused on providing protection orders specifically in circumstances of domestic violence, legislators have also addressed other types of behaviour with protection order regimes, and this Note embraces all such regimes[137]"[138].

Considerou-se, ainda, que a identificação deste tema teria ocorrido no contexto da Convenção da Haia de 1980, "in connection with the issuance of return orders for children, who might be accompanied by an at-risk parent" [139].

Também se apontou a inexistência de mecanismo multilateral para garantia de que ordens de proteção em benefício do genitor que acompanha a criança (ou adolescente), em seu retorno ao país de residência habitual da família, serão reconhecidas e executadas neste último Estado. Lembrou-se, contudo, que a Convenção da Haia de 1996 sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em relação à Responsabilidade Parental e Medidas para Proteção de Crianças – CH96 – não necessariamente estende as medidas protetivas previstas em seu bojo ao genitor acompanhante[140].

---

[137] Nota de rodapé original "Harmful or potentially harmful interpersonal behaviour addressed includes for instance 'harassment' or 'stalking' (which may occur in, but are not limited to, the context of domestic violence), and may also be in the context of non-domestic relationships, for example between strangers who are not in an intimate or marital relationship. Sections 3 and 4 of this Note, as well as Annex II, give examples of the variations in protection order regimes found in national and regional law and the scope of behaviours and relationships covered by these legal regimes". Nota-se, neste ponto, a preocupação com o fenômeno da violência em contexto mais amplo do que a violência doméstica.

[138] Documento disponível em https://assets.hcch.net/docs/dec27663-d385-4919-9fa1-32b69ac89e4d.pdf. Acesso em 23.02.2020.

[139] Documento disponível em https://assets.hcch.net/docs/dec27663-d385-4919-9fa1-32b69ac89e4d.pdf. Acesso em 23.02.2020.

[140] Em nota de rodapé que acompanhou este trecho aponta-se que "The 1996 Hague Convention, however, may be of some use in these circumstances. Under the 1996 Hague Convention, an authority in a requested State deciding upon a 1980 Convention return application may, 'in all cases of urgency', take 'any necessary measures of

A inclusão deste tópico na agenda da HCCH recebeu apoio no âmbito da Comissão Especial sobre a Operação Prática das Convenções da Haia de 1980 e 1996[141]. O escopo das ordens de proteção que se pretendiam discutir foi esclarecido nos seguintes termos:

> "While the scope of civil protection orders described in this Note is often wider than that used only in the context of domestic violence, some useful practical synergies could be developed in relation to work done on the various above-described topics" (grifos nossos)[142].

Nota-se, a partir do trecho acima, que pelo menos a partir do ano de 2011, o tema de ordens civis de proteção estrangeiras passou a integrar a agenda de trabalho da HCCH. Estabelecido grupo de trabalho, os países foram consultados por intermédio de questionários. Alguns anos depois, o grupo de trabalho intergovernamental constituído elaborou uma proposta de formulário a ser preenchido pelos Estados-Membros da HCCH e o assunto foi incluído na agenda dos trabalhos da 7ª Comissão Especial sobre a Operação Prática das Convenções da Haia de 1980 e 1996[143], que ocorreu no ano de 2017[144].

No ano seguinte, o Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH, decidiu *retirar* o tema da agenda de trabalhos*, permitindo que, no futuro ele possa ser revisitado*. Esta exclusão parece indicar, entende-se, baixíssimo nível de *consenso multilateral* sobre os rumos que o assunto deveria tomar em assunto tão sensível aos países. Esta é hipótese, no entanto, que foge ao escopo deste estudo. Contudo, se comprovada, poderá auxiliar a compreensão de outro assunto tangenciado por esta tese, qual seja, a ausência de consenso entre os Estados-Membros desta organização internacional para elaboração de emendas ou protocolos adicionais à Convenção da Haia de 1980, inclusive quanto a sua *exceção de grave risco*.

---

protection' for the benefit of a child (Art. 11(1)), *and such necessary measures of protection could be extended to a parent accompanying a child.*' Commentators have remarked on the possible limitations of the use of Art. 11 in cases involving domestic violence towards a parent (see for instance p. 32, at para. 129, of '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', Prel. Doc. No 9 of May 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011 (available on the Hague Conference website at < www.hcch.net > under "Specialised Sections" then "Child Abduction Section" then "Sixth Special Commission Meeting" then "Preliminary Documents")". O documento reflexivo elaborado pelo Secretariado da HCCH no ano de 2011 será analisado criticamente, assim como a Convenção da Haia de 1996, no Capítulo 5.3.1.

[141] Os trabalhos desta comissão serão discutidos no Capítulo 5 desta tese.

[142] Documento disponível em https://assets.hcch.net/docs/dec27663-d385-4919-9fa1-32b69ac89e4d.pdf. Acesso em 19.09.2019.

[143] Sobre os trabalhos realizado no âmbito destas Comissões Especial vide tópico abaixo, incluído no Capítulo 5 (Parte III) desta tese.

[144] Informações apuradas em https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/protection-orders. Acesso em 19.09.2019.

Em conclusão, apesar da HCCH protagonizar, conforme visto em tópico anterior, relevantes esforços para produção de tratados que podem *tangenciar* interesses de mulheres, o silêncio da HCCH quanto à proteção específica deste grupo parece apontar, dentre outros aspectos, para um nível ainda baixo de *consenso* de seus Estados-Membros quanto à necessidade, viabilidade e/ou conteúdo de tais normas. Essa consideração parece reforçara ideia de que, até o momento, todas as tentativas de emendas ou protocolos adicionais à Convenção da Haia de 1980 (e inclusive em relação a sua *exceção de grave risco*), foram bloqueadas no âmbito desta organização. Além disso e, por fim, os tratados da HCCH não parecem contribuir para a elucidação dos conceitos de violência doméstica, familiar ou contra a mulher fundada no gênero[145].

Analisados os *esforços* da HCCH na proteção específica de crianças, adolescentes e mulheres – especialmente contra atos de violência, passar-se-á à análise do arcabouço protetivo à tais sujeitos, encontrado no âmbito do Direito Internacional Público.

1.3. O arcabouço protetivo do Direito Internacional Público: o excesso de *unilateralismo multilateral*

Após análise dos esforços identificados no âmbito do Direito Internacional Privado elaborado sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) para proteção de crianças e adolescentes, bem como constada a ausência de tratados voltados à proteção de mulheres *enquanto grupo específico*, exercício semelhante será realizado, no presente tópico, em relação aos documentos produzidos pelos mais relevantes organismos internacionais incumbidos da produção de instrumentos incluídos no ramo do Direito Internacional Público e voltados à proteção de crianças e adolescentes contra atos (e efeitos) da violência. Na sequência, será investigado o empenho para proteção de mulheres contra violência, no âmbito de tal ramo do Direito Internacional.

Assim como visto no âmbito da HCCH, a proteção à infância também se mostra marcante no âmbito do Direito Internacional Público. No que diz respeito à proteção das

[145] Outros documentos produzidos sob os auspícios desta organização, no entanto, se debruçaram sobre o tema. Tais instrumentos serão analisados, em especial, no decorrer da Parte III desta tese.

mulheres contra a *violência*, essa produção mostra-se, por sua vez, ainda mais profícua, *em termos de quantidade de documentos produzidos – embora, como será discutido, com baixa relevância, segundo os parâmetros contidos na CVDT, para interpretação da exceção de grave risco da CH80 -,* do que a proteção das mulheres na seara do Direito Internacional Privado; e, surpreendentemente, ao menos para esta subscritora, também no que diz respeito à proteção da infância por intermédio de instrumentos de Direito Internacional Público.

Os documentos produzidos especialmente no seio da Organização das Nações Unidas (ONU)[146] parecem demonstrar adequada preocupação com a proteção das mulheres, crianças e adolescentes, alcançando temas específicos, dirigidos à prevenção e repressão de *atos de violência* contra tais sujeitos, em diferentes cenários (família, conflitos armados, etc.). No entanto, seus documentos, em sua maioria e com exceção de alguns tratados, são produzidos *unilateralmente* por órgãos ou indivíduos integrantes dos quadros da ONU e não tem seu conteúdo, tecnicamente, *aprovado* pelos Estados.

Além disso, especialmente no âmbito de tais documentos encontram-se grandes dificuldades em relação à *terminologia* empregada para conceituação dos fenômenos da violência *doméstica, familiar e contra a mulher fundada no gênero*. A confusão terminológica é constante e, apenas nos documentos mais recentes, parece se dissipar, aproximando-se da conceituação para tais violências encontrada em teóricos especializados, especialmente oriundos do campo das ciências sociais.

Em conclusão, e conforme será aprofundado especialmente na Parte II desta tese, *a maior parte dos documentos e instrumentos de proteção às mulheres e à infância, produzidos no âmbito do Direito Internacional Público, acabam por se mostrarem irrelevantes para a interpretação da exceção de grave risco da CH80, de acordo com os artigos 31 a 33 da CVDT, além de dificultarem a adoção de conceito unívoco para o fenômeno da violência doméstica.*

É o que se passará a discutir nos tópicos seguintes.

---

[146] O corte metodológico adotado nesta tese restringiu a pesquisa aos documentos produzidos no âmbito da Organização das Nações Unidas - ONU, bem como os principais tratados elaborados no seio da Organização Internacional do Trabalho – OIT e estudos da Organização Mundial da Saúde – OMS, especialmente em razão da universalidade de tais organismos.

1.3.1. A proteção às crianças e adolescentes: sujeitos ou objetos?

A proteção à infância, especialmente contra a *violência,* é considerada, na atualidade, como diretamente incluída na *agenda internacional* (ENSALACO; MAJKA, 2005, p. 3), o que se reflete nos trabalhos realizados no âmbito das organizações internacionais eminentemente engajadas na elaboração de instrumentos de Direito Internacional Público.

Em *paralelo* aos esforços da HCCH, outras iniciativas, especialmente, após a 2ª Guerra Mundial, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), também se dedicaram à proteção especial da infância, o que comprovaria a *complementariedade* de tais sistemas e, em consequência, a impossibilidade de análise estanque de qualquer deles. Dentre tais esforços, um dos mais importantes diz respeito à Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança (e seus protocolos), doravante Convenção da ONU de 1989[147], que se encontra indiscutivelmente classificada como integrante do ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (MARTINS, 2018a, p. 345).

Contudo, ao contrário dos esforços observados no âmbito da HCCH, a maior parte[148] dos documentos produzidos no seio das organizações internacionais produtoras de normas de Direito Internacional Público eleitas por este estudo *não* segue o rito de conclusão de tratados, previstos nos artigos 6º e seguintes da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT), além de não contarem com a *aprovação* dos Estados-Partes, uma vez que são elaborados, em geral, *unilateralmente* por órgãos ou agências que integram a estrutura destes organismos internacionais. Tais considerações terão impacto, conforme será visto, na identificação da *relevância* de tais documentos para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

A percepção das crianças e adolescentes como *sujeitos* - seres humanos autônomos - é relativamente recente. As crianças passaram, muitos séculos, sendo encaradas como *objeto* à disposição dos adultos – em regra, seus genitores. Apenas no século XIX é que a noção da

---

[147] Não se deve perder de vista, entretanto, que a Convenção da ONU de 1989 vem revisar e substituir *declarações* anteriores, elaboradas sob os auspícios da Liga das Nações e da própria Organização das Nações Unidas. Diferentemente destas últimas, no entanto, a Convenção da ONU de 1989 é dotada de caráter mandatório em relação aos seus Estados-Partes embora, como será visto, seu conteúdo possa ser considerado eminentemente programático.

[148] Com exceção das *convenções* produzidas no âmbito das Nações Unidas e na Organização Internacional do Trabalho.

criança enquanto *sujeito* (inicialmente com baixíssimo grau de autonomia) começa a avançar e, tão-somente no início do século XX é que se notam esforços da comunidade internacional para o reconhecimento de sua situação peculiar, hábil a recomendar-lhe tratamento especial, como efetivos *sujeitos de direito*[149].

Thèry, escrevendo sobre as críticas à referência ao *melhor interesse da criança* como elemento embutido em decisões judiciais francesas, aponta que em 1884 entrou em vigor a "Loi Naquet"[150], que teria reintroduzido o divórcio na França (após 68 anos de abolição) restringindo-o, no entanto, apenas às hipóteses de culpa ("fault")[151] e incluindo disposições para *premiar* ("award"), *como recompensa,* o genitor considerado *inocente,* com a custódia da criança.

Apenas após o transcurso de quase 100 anos tal legislação foi alterada, pela promulgação da Lei (francesa) de Reforma do Divórcio, datada de 11 de julho de 1975[152], prevendo que distribuição dos poderes e ônus originados da custódia de crianças e adolescentes deve ocorrer

---

[149] A experiência prática desta subscritora permitiu-lhe perceber que, em muitos casos envolvendo a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes o genitor subtrator, ao decidir *unilateralmente* remover a criança de seu país de residência habitual, o faz por razões exclusivamente *pessoais*, sem qualquer consideração efetiva em relação ao bem-estar da criança (ou adolescente). Esta percepção pode ser confirmada, no decorrer desta investigação, por estudos empíricos que, inclusive, relatam casos em que o genitor subtrator sequer avisa a criança da mudança que irá ocorrer. A criança, como se um *objeto* fosse, é transferida daquele país para o novo Estado, escolhido pelo subtrator. O tema da subtração de crianças e adolescentes como *ato de violência*, bem como seus efeitos, serão analisados em tópico específico deste estudo. Vide, em especial, Capítulo 2.4, abaixo.

[150] Disponível em https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k105507r.pdf. Acesso em 02.11.2019.

[151] Regulamentação semelhante, em certa medida, ao Código Civil Francês de Napoleão, promulgado em 21 de março de 1804. "À la Restauration, le divorce est aboli. En 1816, le catholicisme redevient religion d'État. Le divorce, considéré comme un 'poison révolutionnaire', est purement aboli par la loi Bonald du 8 mai 1816. En 1832, le gouvernement présente un projet de loi pour son rétablissement, mais le projet est rejeté. En 1848, l'instauration du nouveau régime suscite l'espoir. Des pétitions sont envoyées aux autorités. Le rétablissement du droit de divorcer est réclamé avec force, tout particulièrement par les femmes. Sous la IIIe République, la loi Alfred Naquet rétablit le divorce. Le divorce ne sera cependant rétabli que 68 ans plus tard, le 27 juillet 1884, par la célèbre loi Alfred Naquet qui reprend l'idée du mariage-contrat. À condition d'en apporter la preuve, le divorce y est conçu comme la sanction d'une faute (adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès, sévices et injures graves) constituant un manquement aux obligations conjugales et rendant impossible le maintien du lien conjugal. *La faute donne au plaignant droit à une pension, en plus de la garde des enfants*. Ainsi est écarté le droit à répudiation du mari et *corrigée la dépendance financière de la femme*.
Plusieurs autres lois sur le divorce sont à l'actif de la IIIe République. Mais il faut ensuite attendre la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, initiée par Valéry Giscard d'Estaing, pour que soient modifiées les conditions du divorce, en substituant à un divorce fondé uniquement sur la faute une pluralité de cas – dont le divorce par consentement mutuel, à nouveau autorisé comme sous la Révolution" (grifos nossos). Informações disponíveis em https://www.gouvernement.fr/partage/9375-le-divorce-est-retabli-en-france-par-la-loi-naquet-apres-68-ans-d-abolition. Acesso em 02.11.2019.

[152] "Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce", disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068520. Acesso em 02.11.2019. Consta do sítio eletrônico oficial francês que a última modificação a tal texto ocorreu no ano de 1994.

em atendimento aos interesses destes últimos sem relação, a princípio, com as razões para o término da relação conjugal (THÈRY, 1989, pp. 80-1 e 84).

Na França, o período entre as legislações de 1884 e de 1975 é considerado como transição entre o divórcio como *sanção* e o divórcio como *falha* ("failure") (ROUSSEL et. al., 1983; COMMAILE, 1982). Os termos *objeto* e *propriedade*, que vinham sendo manejados para descrever a situação de crianças (e adolescentes) filhos de pais divorciados, também refletiriam o "status" social e jurídico dos primeiros quando da adoção da "Loi Naquet". Thèry defende que as crianças não eram vistas, no século XIX, propriamente como objetos, uma vez que esta *natureza* seria conferida apenas aos escravos. As crianças seriam, neste período histórico, um "componente da família e, portanto, sujeitas à autoridade do 'pater familias', o que é um relacionamento um pouco diferente e supõe obrigações de sua parte". Ainda segundo esta autora, "no século XIX uma série de leis foram aprovadas para limitar e controlar o exercício do poder paternal ["paternal power"]. Em 1884 a noção de 'interesse da criança' já se encontrava largamente constituída e em uso (...)" (THÈRY, 1989, p. 84).

O modelo de divórcio francês (replicado em muitos países de tradição civilista) fundado na culpa passou, então, a ser objeto de acirradas discussões. Também segundo Thèry, em situações incialmente *excepcionais,* mas que foram se tornando mais frequentes, o *peso* ("weight") da mãe e do relacionamento mãe-criança passou a justificar a *premiação* ("award") da mãe pela custódia da criança, independentemente de qualquer falta (hábil a justificar a medida de divórcio) que ela tenha cometido (THÈRY, 1989, p. 85).

Ao menos na França do século XIX (e meados do século XX), a *construção* da concepção de que o relacionamento mãe-criança seria *naturalmente indissociável*, alçando-se a mãe ao "status" de mais adequado garantidor da continuidade familiar. A base da família, considera Thèry, deixa de ser o casal e o compromisso marital inicial ou sua duração, passando a ser as relações parentais entre a mãe e a criança (THÈRY, 1989, p. 85). Entretanto, a própria autora parece criticar tal concepção, na medida em que apresenta modelo, considerado por ela mais adequado, para a questão sobre quem pode determinar quais seriam os interesses da criança em situações concretas de divórcio: os pais, a própria criança, o juiz ou especialistas como assistentes sociais ou psicólogos?

O modelo da autora pretende responder a tal questão a partir de *progressões*. Assim, para esta autora:

> "*os pais* seriam os melhores posicionados para avaliar o interesse da criança; se eles não alcançarem um acordo, o juiz assume, possivelmente levando em consideração os desejos expressados pela criança; e, em situações de impasse, as competências profissionais de especialistas são invocadas para auxiliar na identificação dos pontos de conflito e iniciar a solucioná-los" (...)
> De acordo com a lógica da durabilidade, os papéis de mãe e pai são assumidos como igualmente importantes e, portanto, menos específicos quanto ao gênero ["less gender specific"]. (...)
> Não é mais a natureza do relacionamento mãe-criança, mas a definição prevalente da família pós-divórcio que confinaria as mulheres ao seu papel de guardiã do lar. Mas esta definição de família tornou-se assunto de debates e contradições, que leva à ponderação sobre a possibilidade de uma alternativa ao modelo dominante" (THÈRY, 1989, p. 91 e 99).

Sob a perspectiva da durabilidade, esta teórica considera que o fim do relacionamento conjugal, com o casal passando a residir em locais diferentes (a casa da mãe e a outra casa, do pai) não seria percebido como divisor da família: "o divórcio é uma transição entre a unidade familiar original e a reorganização da família, que se mantém como unidade, mas dotada de 2 polos ["a bipolar one"]" (THÈRY, 1989, p. 97).

Esta perspectiva seria, contudo, minoritária, quando comparada com a visão do divórcio como divisão total, denominada pela autora como lógica da substituição. Segundo tal lógica, o rompimento da sociedade conjugal implicaria na dissolução da família nuclear, substituindo-se o lar que desapareceu e, em decorrência, oferecendo à criança uma nova família (via de regra por intermédio de uma nova união conjugal do pai ou da mãe), também em substituição àquela que foi interrompida (THÈRY, 1989, p. 95).

Embora majoritária, considera-se que a lógica da substituição, fundada especialmente na forte diferenciação dos papéis de mãe e pai, conferindo-se a um a custódia (guarda unilateral) e ao outro apenas o direito de visitação vem sendo progressivamente abandonada, ao menos nos discursos jurídicos da maior parte dos países do globo. O compartilhamento - mais equânime possível e sempre levando em consideração os interesses e circunstâncias de cada criança e/ou adolescente envolvido - dos poderes, deveres e ônus da parentalidade[153] viria, progressivamente, substituindo a lógica da substituição pela lógica da durabilidade. Tais

[153] Sobre o manejo, nesta tese, do anglicismo parentalidade, vide nota de rodapé abaixo.

considerações, como será visto, tangenciam o tema da subtração internacional de crianças e adolescentes.

Conforme mencionado, esta tese pretende demonstrar que, embora profícua e abrangente, a produção normativa de Direito Internacional Público voltada às crianças e adolescentes, *indivíduos especiais,* produzida especialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas, mostra-se em sua maior parte, *irrelevante* para a adequada e uniforme interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, em razão de sua *forma* e/ou *momento* de elaboração[154], nos termos da moldura hermenêutica fixada na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos tratados (CVDT) – marco normativo principal desta tese, ao lado da Convenção da Haia de 1980.

Com exceção da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança[155] (e seus protocolos adicionais), bem como de algumas convenções elaboradas no seio da Organização Internacional do Trabalho, os demais instrumentos de Direito Internacional Público, além de carecerem de força normativa mandatória (obrigatoriedade), limitando-se a sensibilizar (ainda que, por vezes, alternando linguagem contundente com normas de caráter programático) os países sobre a relevância do adequado tratamento aos temas da infância, *não parecem dotados dos requisitos necessários para seu aproveitamento, como elementos relevantes, segundo o capítulo interpretativo da CVDT, na interpretação daquela exceção da Convenção da Haia de 1980*.

A análise que segue se voltará, em consequência, à apresentação dos *principais* esforços multilaterais, identificados em âmbito global, para proteção da infância e adolescência, tecendo comentários, sempre que possível, sobre a sua classificação em termos de *relevância, segundo ditames do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, para a interpretação da exceção de grave risco da CH80,* esforço este que será

---

[154] Conforme enunciado anteriormente, a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados prevê que os principais *requisitos* para inclusão (ou exclusão) de acordos, instrumentos, práticas ou regras dizem respeito à sua *forma, eminentemente relacionada à aprovação dos países* e *momento* de produção – momento este em relação ao tratado a ser interpretado, conferindo-se altíssima relevância ao "pacta sunt servanda". Este tema será aprofundado, em especial, nos Capítulo 4 e 5 deste estudo.

[155] Os dispositivos da Convenção da ONU de 1989, por sua vez, parecem dotados, em sua maioria, de conteúdo propriamente *programático*, diferentemente das regras contidas nos tratados da HCCH que, efetivamente, buscam uniformizar o tratamento protetivo à infância, em vários de seus aspectos, entre seus Estados-partes.

aprofundado – em sua teoria geral e aplicação prática, respectivamente, nas Partes II e III desta tese.

A. O Comitê de Bem-Estar da Criança da Liga das Nações: estratégia da "advocacy"

A partir da segunda metade do século XIX é possível perceber a movimentação de *redes internacionais especializadas*, formadas por grupos de especialistas e comunidades profissionais interessadas na criação e disseminação de modelos de intervenção ou princípios reformistas, sendo certo que o bem-estar infantil era um dos campos mais profundamente afetados, ainda que também fosse compartimentado em muitos campos do conhecimento. Os primeiros sinais de convergência entre os trabalhos de tais grupos – compostos essencialmente por indivíduos, não por Estados - começaram a se tornar visíveis apenas no início do século XX, quando se passou a perceber as crianças como "grupo específico de pessoas" (DROUX, 2016, p. 91).

Nesse momento afirmava-se que as crianças, ao contrário dos adultos, não estariam ainda maduras para prover a si mesmas, o que demandaria cuidado amplo, fundado em uma adequada compreensão de serem seres em desenvolvimento, com necessidades, comportamento e habilidades específicas (HOSFTETTER, 2012, pp. 31-50). Em tal contexto, pareceu desejável a criação de uma organização, composta por vários especialistas em temas da infância, para consolidação de informações e habilidades, assim como formar um fórum multidisciplinar de especialidades.

A decisão de formar uma organização internacional foi tomada em 1913, por ocasião do 1º Congresso Internacional de Proteção à Infância, realizado em Bruxelas (DROUX, 2016, pp. 91-2). No entanto, sua implementação foi obstaculizada pelo início da 1ª Guerra Mundial. Percebe-se que, neste momento histórico, ainda não pareceu possível o estabelecimento de uma organização internacional propriamente dita[156].

[156] Cenário semelhante foi observado em relação à HCCH. Embora sua primeira reunião tenha ocorrido ainda no século XIX, ela foi estabelecida como organização internacional apenas na segunda metade do século XX, conforme visto acima.

Com o fim da 1ª Guerra Mundial foi possível às organizações então recém constituídas iniciarem seus esforços de articulação de códigos de direitos humanos[157]. Assim, foram sendo progressivamente criados instrumentos objetivando o estabelecimento de *obrigações internacionais* a serem garantidas e efetivadas coletivamente, refletindo deveres que transcendem os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Os temas de proteção à infância voltaram a receber atenção, especialmente para "ancorar o projeto de paz em um modelo ocidental de democracia" (DROUX, 2016, p. 93).

Aponta-se que:

> "a primeira conceituação formal de direitos da criança elaborada pelas organizações internacionais nascentes derivou do trabalho de Eglantyne Jebb, que, em 1919, fundou na Inglaterra o 'Save the Children', e estabeleceu em Genebra, no ano seguinte [1920], a União 'Save the Children Internacional'" (ISCU)[158].

Esta organização passou a rivalizar, em certa medida, com a Associação para Promoção do Bem-Estar Infantil ("Association for the Promotion of Child Welfare" – IAPCW), criada em Bruxelas em 1921. Ambas buscavam associar-se aos trabalhos da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (MARSHALL, 1999, pp. 103-147).

Em 1923, a Assembleia da Liga das Nações (LdN) decidiu confirmar que o bem-estar de crianças estaria incluído entre as responsabilidades desta organização internacional, conferindo mandato a uma nova estrutura a ser criada pela Liga: o Comitê de Bem-Estar da Criança ("the Child Welfare Committee" – CWC). Aproveitando o modelo de comitê já instalado – o Comitê Consultivo sobre Tráfico de Mulheres e Crianças, criado no ano anterior, o CWC era *órgão consultivo*, responsável pelo *aconselhamento* da Liga das Nações e seus Estados-Membros sobre as medidas a serem adotadas em tal campo[159].

O Comitê de Bem-Estar da Criança preferiu a estratégia de conferir apoio ("advocacy") à legitimidade de um determinado grupo etário (as crianças), a partir da compreensão de que estes sujeitos são *merecedores de solidariedade* a ser concedida pelos ordenamentos jurídicos *domésticos*, para além de definir, com precisão, suas necessidades, características e direitos

---

[157] Neste ponto, importante relembrar que, conforme visto, a HCCH já se preocupava com a proteção à infância, desde pelo menos 1902 - antes da 1ª Guerra Mundial, portanto.
[158] Informação disponível em https://www.unicef.org/brazil/sowc20anosCDC/cap1.html. Acesso em 27.07.2018. Além disso, o sítio eletrônico da UNICEF esclarece que "o 'Save the Children' [organização não governamental] foi fundado para levantar recursos para ajuda de emergência para crianças que sofriam as consequências da Primeira Guerra Mundial".
[159] Ambos os comitês se encontravam atrelados à Comissão Social – e seu Secretariado – da Liga das Nações.

específicos. Evitou-se, portanto, a redação de documentos multilaterais, especialmente daqueles dotados de natureza jurídica mandatória, como os tratados.

A IAPCW e a ISCU se tornaram as primeiras organizações a obter assentos como assessoras do CWC. A primeira sessão do CWC ocorreu em 1925 e, no ano de 1937, o CWC foi fundido com o Comitê sobre Tráfico de Mulheres de Crianças, momento no qual foi criada a Comissão Consultiva sobre Assuntos Sociais da Liga das Nações (DROUX, 2016, p. 93-4 e 102). Progressivamente, a preocupação com os temas da infância foi sendo marginalizada por esta comissão e, em consequência, pela própria LdN.

A influência dos organismos não governamentais em temas da infância seguiu relevante, mesmo após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. Em 1946, criou-se a União Internacional para o Bem-Estar da Criança ("International Union for Child Welfare" – IUCW), a partir da fusão entre a ISCU e a IAPCW. A nova organização passou, então, a pressionar a ONU a endossar a Declaração de Genebra de 1924[160].

Resta claro da análise acima que, durante o funcionamento da Liga das Nações não foi registrado nível de sensibilização suficiente, entre seus Estados-Membros, para a adoção de instrumentos ou documentos multilaterais, de natureza mandatória ou não, relevantes à proteção da infância, preferindo-se o apoio ("advocacy") à proteção de crianças e adolescentes *a ser adotada diretamente pelos países, em seus ordenamentos jurídicos domésticos.*

Na sequência, e especialmente a partir da criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945, a estratégia de "advocacy" foi sendo substituída pela tentativa de incremento da "awareness" (ou conscientização) de seus Estados-Membros quanto à relevância de reconhecimento de direitos específicos a crianças e adolescentes, por intermédio de *Declarações* de Direitos. Estados-Membros

B. As *Declarações* de Direitos: adensamento textual sem caráter mandatório

Antes mesmo da ocorrência da 1ª sessão do Comitê de Bem-Estar da Criança da Liga das Nações, a ISCU (organização não governamental fundada por Eglantyne Jebb, conforme

[160] Informação disponível em https://www.unicef.org/brazil/sowc20anosCDC/cap1.html. Acesso em 27.07.2018.

visto acima) apresentou, em 1923, à Liga das Nações, proposta de *Declaração* sobre os Direitos da Criança[161] (*Carta da Liga sobre a Criança ou Declaração de Genebra de 1924*). Adotada em 1924, o texto mostrava-se modesto, contando com apenas 1 artigo e 5 alíneas[162].

Considera-se que a redação deste documento "coloca a criança numa situação claramente passiva, em que a criança (sic) é mero objeto de proteção que deve receber algo ou ser agraciada com alguma coisa, certamente como consequência dos desastres que a Primeira Guerra Mundial causou à infância" (MONACO, 2009, p. 445). Tratando-se de *declaração,* que não contou, tecnicamente, com a aprovação dos países para sua adoção, considera-se, para os fins desta tese, documento desprovido de relevância – em razão tanto de sua *forma* quanto do *momento de sua elaboração* (anterior à CH80) - para a interpretação da exceção de grave risco, de acordo com o capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Por fim, tal declaração não parece configurar, nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT, regra pertinente [à interpretação da exceção de grave risco da CH80] de Direito Internacional aplicável às relações entre as partes.

Em 1946, um ano após a criação da ONU, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) desta organização internacional *recomendou* aos Estados-Membros a adoção da Declaração de Genebra de 1924. No mesmo ano foi criado o Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância – UNICEF[163]. Denominada *recomendação*, considera-se que tal instrumento não possui natureza mandatória em relação aos Estados-Membros da Organização das Nações Unidas. Além disso, seu conteúdo não parece relevante à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, nos termos da CVDT.

---

[161] O texto apresentado pela ISCU à Liga das Nações pode ser consultado em https://www.crin.org/en/library/un-regional-documentation/declaration-rights-child-1923. Acesso em 27.07.2018.

[162] Segundo a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança "By the present Declaration of the Rights of the Child, commonly known as 'Declaration of Geneva', men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the Child the best that it has to give, declare and accept it as their duty that, beyond and above all considerations of race, nationality or creed:

- The child must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually;
- The child that is hungry must be fed; the child that is sick must be nursed; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succoured;
- The child must be the first to receive relief in times of distress;
- The child must be put in a position to earn a livelihood, and must be protected against every form of exploitation;
- The child must be brought up in the consciousness that its talents must be devoted to the service of fellow men". Disponível em http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm. Acesso em 27.07.2018.

[163] Em 1950 foi instalado o 1º Escritório do UNICEF no Brasil, na cidade de João Pessoa/PB. Informação disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/overview_9489.html. Acesso em 27.07.2018.

A *Declaração* Universal dos Direitos do Homem foi adotada e *proclamada* pela Assembleia das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948[164] (Declaração da ONU de 1948). Além de não se tratar, propriamente, de instrumento multilateral dotado de natureza mandatória, o documento, desde seu preâmbulo[165], faz referências apenas *tímidas* à proteção à infância. Aponta-se, por fim, que a ampla *aceitação* de tal documento, no âmbito da comunidade internacional demonstra compromisso moral à *ideologia* incluída em tal instrumentos, adotado pelos os países (MERON, 1989, p. 88; CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 513; DEFEIS, 2003-2004, pp. 263-4; BUERGENTHAL et. al., 2009, pp. 41-46). Em suma, aumenta-se o nível de *sensibilidade* dos países em relação à proteção à infância sem que se alcance efetiva proteção jurídica.

Em paralelo aos empenhos da ONU para articulação dos princípios da *Declaração* Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi adotada, em 1959, a *Declaração* das Nações Unidas dos Direitos da Criança (Declaração da ONU de 1959 ou Declaração dos Direitos da Criança de 1959). Aponta-se que, ao invés de assumir que os cuidados com a pessoa da criança estariam implícitos nos instrumentos internacionais de direitos humanos, foi evidenciada a relevância da criação de instrumentos exclusivos para promoção e proteção dos direitos de tais sujeitos especiais. Apesar de adotada à unanimidade, esta Declaração também não foi dotada de força vinculante aos Estados-Membros da ONU[166].

Ao contrário da Declaração de Genebra de 1924, é notável a alteração da percepção (na Declaração da ONU de 1959) da condição da criança: esta passa a ser percebida como verdadeiro *sujeito* de direitos (e não mero receptor de proteção ou *objeto* de *propriedade* de seus genitores, família ou do Estado). Abre-se, então, espaço para a elaboração de princípio que seguirá sendo abordado, até os dias atuais, o *princípio do melhor interesse da criança*

---

[164] Resolução nº 217 A III. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 27.07.2018.

[165] O preâmbulo deste documento inicia-se da seguinte maneira: "Considerando que o reconhecimento da dignidade *inerente a todos os membros da família humana* e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, (...)" (grifos nossos).

[166] Jacob Dolinger aponta, muito propriamente, entende-se, que as declarações sobre direitos das crianças, assim como muitas outras emanadas das Nações Unidas, não seriam dotadas de força legal (mandatória), representando uma *recomendação* do órgão máximo internacional aos pais e governos, para que cuidem do bem-estar das crianças. Configurariam manifestações políticas, com valor moral, histórico e filosófico, "sem maiores consequências jurídicas" (DOLINGER, 2003, pp. 83-4, grifos nossos) A doutrina, no entanto, ainda diverge sobre a força normativa das Declarações de Direitos. Indiscutível, conforme visto, que todas as convenções aprovadas no seio da HCCH, desde 1902, sempre tiveram natureza mandatória aos seus Estados-partes.

(MONACO, 2009, p. 446), que aparecerá expressamente mencionado apenas *anos depois* no âmbito da HCCH.

A Declaração dos Direitos da ONU de 1959 conferiu especial ênfase ao bem-estar *emocional* da criança, prevendo seu direito "a ser um dos primeiros a receber proteção e alívio" em situações emergenciais. O viés deste instrumento internacional era a proteção à infância, "abordagem assistencialista" que teria conferido, naquele momento "pouca importância ao aumento de seu poder"[167].

Novamente, no final da década de 80, a ONU *adotou* a *Declaração* sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, nos planos nacional e internacional (1986), voltada especialmente à proteção da criança em seu direito à inserção e desenvolvimento em ambiente familiar, incluindo princípios sobre adoção, doméstica e internacional e, ainda, com particular referência à colocação em lares substitutos (abrigos)[168].

A adoção de referido documento parece ter repercutido diretamente na elaboração da Convenção da Haia de 1993 sobre adoções internacionais que, conforme visto em tópico anterior[169], buscou regulamentar a adoção internacional de crianças e adolescentes, por intermédio da criação de regras uniformes, no campo do Direito Internacional Privado, para sua proteção, voltando-se especialmente à efetivação dos direitos à convivência familiar e comunitária, bem como à regularização migratória.

Nota-se, mais uma vez, a *complementariedade* dos regimes de Direito Internacional Público e Privado: a Organização das Nações Unidas, inicialmente por intermédio de declarações, efetua a *enunciação de princípios*, enquanto a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) logra desenvolver regras jurídicas que *conferem densidade* aos princípios enunciados aprovando-as, inclusive, por intermédio de tratados (com consequente natureza mandatória).

---

[167] Informação extraída do sítio eletrônico da UNICEF Brasil. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/sowc20anosCDC/cap1.html. Acesso em 27.07.2018.
[168] "Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally", adotada pela Resolução A/RES/41/85. Disponível em http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r085.htm. Acesso em 27.07.2018.
[169] Capítulo 1.2.1.

Ao final dos trabalhos da Conferência Mundial de Viena das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (1993) adotou-se abrangente *declaração*[170] que, dentre outros aspectos, concitou os países a ratificarem a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança[171] e apresentou considerações importantes sobre a interseção entre a proteção à infância e a proteção a mulheres, *inclusive contra a violência*[172]. A Declaração do Milênio das Nações Unidas também apresentou dispositivos protetivos, em diversas áreas, das crianças e adolescentes. Nenhum deles, contudo, parece relevante, segundo a CVDT, para interpretação da *exceção de grave risco* da CH80[173].

No ano de 2002 ocorreu sessão extraordinária histórica no âmbito das Nações Unidas. Denominada "Building a World Fit for Children", esta foi a primeira sessão especial da Assembleia Geral da ONU voltada exclusivamente às crianças e também a primeira vez em que estas foram incluídas como *delegados oficiais* aos trabalhos. Ao final, foi adotada *declaração*, intitulada "A World Fit for Children"[174]. A interação entre a proteção de mulheres e crianças foi afirmada pelo documento, em especial, no trecho:

> "The achievement of *goals for children, particularly for girls*, will be advanced if women fully enjoy all human rights and fundamental freedoms, including the right to development, are empowered to participate fully and equally in all spheres of society

---

[170] Disponível em https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx. Acesso em 08.10.2019.

[171] "21. The World Conference on Human Rights, welcoming the early ratification of the Convention on the Rights of the Child by a large number of States and noting the recognition of the human rights of children in the World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children and Plan of Action adopted by the World Summit for Children, urges universal ratification of the Convention by 1995 and its effective implementation by States parties through the adoption of all the necessary legislative, administrative and other measures and the allocation to the maximum extent of the available resources. *In all actions concerning children, non-discrimination and the best interest of the child should be primary considerations and the views of the child given due weight.* National and international mechanisms and programmes should be strengthened for the defence and protection of children, in particular, the girl-child, abandoned children, street children, economically and sexually exploited children, including through child pornography, child prostitution or sale of organs, children victims of diseases including acquired immunodeficiency syndrome, refugee and displaced children, children in detention, children in armed conflict, as well as children victims of famine and drought and other emergencies. International cooperation and solidarity should be promoted to support the implementation of the Convention and the rights of the child should be a priority in the United Nations system-wide action on human rights.
The World Conference on Human Rights also stresses that the child for the full and harmonious development of his or her personality should grow up in a family environment which accordingly merits broader protection" (grifos nossos). Informação disponível em https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx. Acesso em 08.10.2019.

[172] Este último tema será abordado em tópico abaixo – Capítulo 1.3.2.

[173] Disponível em https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf. Acesso em 27.07.2018.

[174] Resolução A/RES/S-27/2. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/481/78/PDF/N0248178.pdf?OpenElement. Acesso em 27.07.2018.

> and are *protected and free from all forms of violence*, abuse and discrimination" (grifos nossos)[175].

Voltado à proteção de crianças e adolescentes contra qualquer forma de violência, abuso, negligência e exploração, este documento também reconhece que a violência *doméstica* e sexual contra mulheres *e crianças* ainda persistem como problemas sérios. Entende-se que o texto, neste ponto, veiculou conceituação ambígua de violência doméstica, na medida em que apresentou mulheres e crianças como vítimas de violência doméstica, sem a necessária menção às particularidades deste fenômeno, que teria, conforme defende-se neste estudo, as crianças como vítimas *indiretas* da violência ocorrida *diretamente* entre indivíduos *adultos*, de qualquer dos gêneros, em que é possível notar a presença do componente de *controle coercitivo*.

Tal documento acaba por contribuir com as confusões terminológicas que permeiam a conceituação da violência doméstica e, em decorrência, prejudica a posição das crianças enquanto potenciais vítimas indiretas deste fenômeno. Além disso, ainda que se possa apontar ambiguidade no teor do documento, o mesmo parece, inadequadamente, pretender aplicar a conceituação de violência doméstica a mulheres e crianças, indistintamente. Este é um dos exemplos que ilustram uma das hipóteses desta tese, qual seja, a presença de confusões terminológicas quanto ao conceito de violência doméstica no âmbito da comunidade internacional.

O documento também reconheceu o papel *essencial* que a família possui, sendo esta considerada a "unidade básica da sociedade, devendo ser fortalecida", protegida e apoiada. Sem, no entanto, incluir-se conceito de família, foram reconhecidas as diferenças culturais no âmbito desta instituição social, mencionando-se que:

> 15. (…) the primary responsibility for the protection, upbringing and development of children rests with the family. All institutions of society should respect children's rights and secure their well-being and render appropriate assistance to parents, families, legal guardians and other caregivers so that children can grow and develop in a safe and stable environment and in an atmosphere of happiness, love and understanding, bearing in mind that in different cultural, social and political systems, various forms of the family exist"[176].

Interessante trecho do documento diz respeito à menção aos meninos, jovens rapazes, homens e pais. Constatou-se que a preocupação com o desenvolvimento de seres humanos do

---

[175] Resolução A/RES/S-27/2. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/481/78/PDF/N0248178.pdf?OpenElement. Acesso em 27.07.2018.
[176] Resolução A/RES/S-27/2. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/481/78/PDF/N0248178.pdf?OpenElement. Acesso em 27.07.2018.

gênero masculino é praticamente *ausente* no âmbito da Organização das Nações Unidas, sendo o instrumento ora analisado uma das poucas exceções. O tema foi tangenciado em breves linhas, para se indicar, em especial, que *deve ser garantido aos genitores varões a oportunidade de participar da vida de seus filhos* – garantia esta que pode ter seu exercício obstaculizado, senão absolutamente impedido, sempre que a subtração internacional da criança é efetuada por sua mãe:

> "24. We also recognize the need to address the changing role of men in society, as boys, adolescents and fathers, and the challenges faced by boys growing up in today's world. We will further promote the shared responsibility of both parents in education and in the raising of children, and will make every effort to *ensure that fathers have opportunities to participate in their children's lives*" (grifos nossos)[177].

Ao final, esta declaração concitou os países a adotarem medidas políticas e legislativa eficazes para melhoria, em especial, do bem-estar de crianças. Assim como os documentos já analisados, considera-se que este instrumento não é dotado dos elementos necessários, previstos no capítulo hermenêutico da CVDT, para sua inclusão na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

Por ocasião da sessão especial da ONU "World Fit for Children +5"[178], em 2007, foi adotada mais uma *declaração* sobre a criança[179], por mais de 140 países. Este documento reconhece os progressos realizados em direção ao cumprimento dos direitos da criança e os desafios que ainda persistem. Reafirma, em especial o compromisso com o pacto Um *Mundo para as Crianças* (2002) e com a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança e seus Protocolos Facultativos. Da mesma forma que as *declarações* anteriormente apresentadas, não parece possível classificar tal documento como relevante, nos termos da CVDT, para interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

Conforme vem sendo enunciado neste estudo, entende-se que as *Declarações* de Direitos analisadas até o momento não seriam dotadas de relevância, para CVDT, na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, ainda que *adotadas* pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A uma, porque algumas são anteriores à própria Convenção da Haia de 1980 (*momento de elaboração*); a duas, porque seu conteúdo não foi, tecnicamente, aprovado

---

[177] Resolução A/RES/S-27/2. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/481/78/PDF/N0248178.pdf?OpenElement. Acesso em 27.07.2018.
[178] A iniciativa "World Fit for Children" foi criada em 2002 e, em 2007, ocorreu sua primeira revisão (+5).
[179] Disponível em https://www.unicef.org/media/media_42201.html. Acesso em 27.07.2018.

pelos países (*forma de elaboração)*; por fim, elas também não parecem configurar, por seu conteúdo, regras *relevantes* de Direito Internacional, nos termos do parágrafo 3º, alínea "c" do artigo 31 da CVDT.

Segundo Aréchaga, "as resoluções da Assembleia Geral [da Organização das Nações Unidas] em que são formuladas normas jurídicas que irão reger a conduta dos Estados normalmente se apresentam sob a denominação de Declarações", configurando, via de regra, instrumento solene, utilizado em situações especiais, em questões de "grande e verdadeira importância e quando se espera obter o máximo de observância por parte do maior número de Estados possível" (ARÉCHAGA, 1980, p.39). No entanto, com o passar dos anos tem-se visto a proliferação de manifestações da Assembleia Geral sobre os mais variados temas, *vulgarizando-se* sua utilização e dificultando sua categorização como elementos relevantes à interpretação dos tratados, de acordo com os parâmetros hermenêuticos incluídos na Convenção de Viena de 1969.

Contudo, ainda que pudessem ser consideradas como *regras relevantes de Direito Internacional* - nos termos do parágrafo 3º, alínea "c" do artigo 31 da CVDT, o *conteúdo* das declarações acima mencionadas não parece relacionar-se, diretamente, à intepretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes. Além disso, as particularidades da *adoção* ou *aprovação* de documentos, pela Assembleia Geral da ONU, que *extrapolam* temas ligados ao seu funcionamento e orçamento serão discutidas em tópico próprio, abaixo[180].

C. Os *Tratados* de Proteção à Infância: o estabelecimento de normas *programáticas*

Os primeiros *tratados* voltados à proteção da infância foram elaborados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT, pelo menos desde o ano de 1919. Entre os anos de 1919 a 1932 foram adotadas 3 convenções, relacionadas à idade mínima para atividades

[180] Capítulo 1.3.1.E.

industriais[181] (revisada em 1937[182]), não industriais[183] (revista também em 1937[184]), agricultura[185] e no mar[186] (revisada em 1936[187]). Entre 1959 e 1965 foram finalizadas 2 convenções sobre idade mínima na atividade pesqueira[188] e trabalho no subsolo[189], sendo que esta última foi acompanhada de uma recomendação sobre o mesmo tema[190]. Tais convenções e recomendação são consideradas ultrapassadas, não sendo mais aplicáveis aos seus Estados-Partes.

Modernamente, a OIT adotou novos documentos como, por exemplo, em 1973, a Convenção nº 138 (que entrou em vigor em 1976[191]), regulamentando a idade mínima para

---

[181] "C005 - Minimum Age (Industry) Convention, 1919 (No. 5)", que entrou em vigor em 1921. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C005. Acesso em 09.10.2018.

[182] "C059 - Minimum Age (Industry) Convention (Revised), 1937 (No. 59)", que entrou em vigor em 1941. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C059. Acesso em 09.10.2018.

[183] "C033 - Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention, 1932 (No. 33)", que entrou em vigor em 1932. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C033:NO. Acesso em 09.10.2018.

[184] "C060 - Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention (Revised), 1937 (No. 60)", que entrou em vigor em 1950. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C060. Acesso em 09.10.2018.

[185] "C010 - Minimum Age (Agriculture) Convention, 1921 (No. 10)", que entrou em vigor em 1923. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C010. Acesso em 09.10.2018.

[186] "C007 - Minimum Age (Sea) Convention, 1920 (No. 7)", que entrou em vigor de 1921. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C007. Acesso em 09.10.2018.

[187] "C058 - Minimum Age (Sea) Convention (Revised), 1936 (No. 58)", que entrou em vigor em 1939. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C058. Acesso em 09.10.2018.

[188] "C112 - Minimum Age (Fishermen) Convention, 1959 (No. 112)", que entrou em vigor em 1961. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C112. Acesso em 09.10.2018.

[189] "C123 - Minimum Age (Underground Work) Convention, 1965 (No. 123)", que entrou em vigor em 1967. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C123:NO. Acesso em 09.10.2018.

[190] "R124 - Minimum Age (Underground Work) Recommendation, 1965 (No. 124)", adotada em 1965. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R124. Acesso em 09.10.2018.

[191] "C138 - Minimum Age Convention, 1973 (No. 138)". Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138. Acesso em 09.10.2018.

admissão ao emprego. No mesmo ano (1973) foi adotada a Recomendação nº 146[192], também sobre idade mínima para admissão ao emprego. A Convenção da OIT nº 182[193], de 1989 (em vigor desde 1990) trata das *piores formas de trabalho infantil* e foi, até o momento, ratificada por 182 países[194]. Ela foi acompanhada da Recomendação nº 190[195], adotada em 1999, que recomenda ações imediatas e o banimento das piores formas de trabalho infantil[196].

Constata-se que os *tratados* produzidos no âmbito da OIT (*Convenções da OIT*) não dizem respeito, diretamente, à prática de atos *diretos* de *violência* contra a criança – embora, assim como os documentos produzidos no âmbito da HCCH – busquem garantir proteção (e efetividade) a alguns de seus direitos mais fundamentais – e, em consequência, a sua proteção contra a violência *em sentido amplo* – causada pela violação a tais direitos. Apesar disso e, em razão de seu *conteúdo*, tais documentos não parecem relevantes, segundo a moldura contida nos artigos 31 a 33 da CVDT, para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

Em 1966 foram adotados, no âmbito da ONU, 2 tratados, considerados marcos importantes na consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), os Pactos sobre Direitos Civis e Políticos[197] e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[198]. O primeiro documento traz disposições específicas à proteção da criança (contra qualquer forma de *discriminação*[199]), bem como o direito ao nome e à nacionalidade. Em relação à família, foi

---

[192] "R146 - Minimum Age Recommendation, 1973 (No. 146)". Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R146. Acesso em 09.10.2018.

[193] "C182 - Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182)". Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182. Acesso em 09.10.2018.

[194] A lista de Estados ratificantes pode ser acessada em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312327:NO. Acesso em 09.10.2018.

[195] "R190 - Worst Forms of Child Labour Recommendation, 1999 (No. 190)". Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R190. Acesso em 09.10.2018.

[196] A Convenção OIT nº 189/2011 (em vigor desde 2013), sobre trabalho doméstico reitera que os Estados devem, por primeiro, promover a abolição do trabalho infantil. Além disso, estabelece que a idade mínima para o exercício do trabalho doméstico deve ser consistente com a Convenção nº 138 da OIT, acima mencionada.

[197] O Brasil depositou seu instrumento de ratificação a tal tratado apenas em 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 27.07.2018.

[198] O depósito do instrumento de ratificação brasileiro a tal tratado ocorreu em 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 27.07.2018.

[199] Será visto, na sequência, que a partir da proteção contra *discriminação*, prevista na Convenção da ONU de Proteção contra todas as formas de discriminação à mulher (CEDAW), os órgãos desta organização internacional vêm tentando construir, progressivamente e de forma *unilateral*, a ideia de que a violência contra a mulher *deveria* ser considerada *discriminação* e, em decorrência, estaria abarcada pelo texto de tal tratado. Em sentido análogo já existem movimentos, também entre órgãos da ONU, de aproximação do fenômeno da violência contra a mulher à

reiterado o *direito a não interferência na vida privada ou familiar*. A *igualdade* de direitos e responsabilidades, durante o casamento e quando de sua dissolução, também foram categoricamente afirmados. Sob o viés da proteção social e econômica, o segundo pacto também apresentou regras de proteção às crianças e famílias.

O ano de 1979 foi declarado como o Ano Internacional da Criança, tentativa de sensibilizar o globo para os temas relacionados a estes sujeitos. A Polônia, então, apresentou à Comissão de Direitos Humanos da ONU proposta de *convenção* sobre os direitos da criança. Criado grupo de trabalho para revisar e discutir o conteúdo do instrumento internacional proposto, o processo de negociação do tratado prolongou-se por *10 anos*. O alongado tempo de amadurecimento do texto desta nova convenção deveu-se, em especial, ao fato de que "a redação de um tratado que envolve muitas áreas de interpretação social e cultural é um trabalho delicado"[200].

Ao final dos cerca de 10 anos de trabalhos de redação e negociação aprovou-se, em 20 de novembro de 1989, a Convenção da Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança[201] (Convenção da ONU de 1989 ou Convenção sobre os Direitos da Criança), que se tornou o tratado de direitos humanos mais rápido e amplamente aceito da história. Até janeiro de 2020[202], esta convenção contava com 196 Estados-Partes[203].

A rápida e profícua adesão dos países a este tratado parece indicar, ao menos à primeira vista, seu *comprometimento*, especialmente jurídico-normativo, com a efetivação de direitos

---

tortura, atraindo a aplicação da Convenção da ONU Contra a Tortura. Em relação à infância, no entanto, não foi possível identificar movimentos semelhantes.

[200] Informação extraída do sítio eletrônico da UNICEF Brasil. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/sowc20anosCDC/cap1.html. Acesso em 27.07.2018.

[201] Adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989. Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.1990. Ratificada pelo Brasil em 24.09.1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 20.01.2020.

[202] Informação disponível em https://indicators.ohchr.org/. Acesso em 20.01.2020.

[203] No dia em que o documento foi finalizado e aberto para assinaturas, 61 países o firmaram. Em tempo recorde o tratado entrou em vigor: setembro de 1990, quando alcançou sua ratificação por 20 Estados. Os Estados Unidos da América, apesar de terem firmado o tratado, não o ratificaram. No mesmo mês de setembro de 1989 foi realizado o Encontro Mundial da Cúpula pela Criança, agregando peso político àquele tratado. Os 71 chefes de Estado e Governo que elaboraram o Plano de Ação para a Implementação da *Declaração* Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança, na década de 1990, conclamaram todos os governos a ratificar e implementar a Convenção "com a maior brevidade possível" (Informação extraída do sítio eletrônico da UNICEF Brasil. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/sowc20anosCDC/cap1.html. Acesso em 27.07.2018). A Declaração e seu Plano de Ação foram adotados em 30 de setembro de 1990, e podem ser consultados em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex42.htm. Acesso em 27.07.2018.

fundamentais em relação à crianças e adolescentes. No entanto, em contraste com as Convenções da Haia – vistas em tópico anterior[204] – o *conteúdo* da Convenção da ONU de 1989 mostra-se eminentemente programático, deixando aos Estados *considerável margem de apreciação em sua internalização aos ordenamentos jurídicos domésticos*[205].

A Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança é documento de natureza mandatória aos seus Estados-Partes que contém robustas considerações e dispositivos normativos que *censuram* o conflito familiar e *situações de violência na vida da criança*, embora que, via de regra, de maneira *programática ou principiológica* (cabendo aos Estados adotarem, em seus ordenamentos jurídicos internos, as normas e práticas específicas para seu cumprimento). Referido tratado será pormenorizado em tópico específico desta tese – Parte III, na medida em que se considera que ele é documento internacional *potencialmente relevante*, nos termos do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

No ano 2000 foram adotados 2 Protocolos Facultativos em complemento à Convenção da ONU de 1989, sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados[206] e sobre a venda de

---

[204] Capítulo 1.2.1.

[205] Aponta-se que a primeira menção à figura da margem nacional de apreciação foi forjada pela extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, nas decisões dos casos "Lawless" e da Grécia contra o Reino Unido sobre as Ilhas do Chipre, embora sua consagração *implícita* tenha ocorrido, em 1968, no julgamento do caso sobre o regime linguístico do ensino na Bélgica (BRITO, 2015, p. 68). A consagração explícita, no entanto, teria ocorrido apenas de anos depois, no julgamento do caso Irlanda contra o Reino Unido (DINIZ, 2012, p. 141). Em apertada síntese, a *doutrina* da margem nacional de apreciação indica que os Estados "são os primeiros responsáveis e os atores mais aptos para proteção dos direitos humanos e para avaliação de situações derrogatórias desses direitos" (BRITO, 2015, p. 68). No ano de 2013, a margem nacional de apreciação, antes construção jurisprudencial, foi incluída na Convenção Europeia de Direitos Humanos, por intermédio do Protocolo nº 15. Referido protocolo, dentre outras alterações, fez emenda à esta convenção, para incluir novo *considerando* ao seu preâmbulo segundo o qual "Afirmando que, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, incumbe em primeiro lugar às Altas Partes Contratantes assegurar os direitos e liberdades definidos nesta Convenção e nos respetivos Protocolos, e que ao fazê-lo elas gozam de uma margem de apreciação, sob a supervisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos criado por esta Convenção, (...)". Protocolo disponível em https://dre.pt/application/conteudo/75796637. Acesso em 20.09.2019.
Apesar de a menção, nesta tese, à *margem de apreciação* não seja tecnicamente coincidente à *margem nacional de apreciação identificada em âmbito europeu*, considera-se possível a aproximação de tais noções, para entender-se a primeira como a possibilidade, em maior ou menor grau, de os Estados, ao aderirem a um tratado, *decidirem, de acordo com seus ordenamentos jurídicos internos, além de considerações políticas, culturais e sociais internas*, ao menos a *forma* pela qual serão implementadas as obrigações assumidas internacionalmente por eles.

[206] Apenas 2 anos após a entrada em vigor internacional deste protocolo (2002), o Brasil depositou seu instrumento de ratificação (2004), internalizando-o ao ordenamento jurídico doméstico por intermédio do Decreto nº 5.006/2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5006.htm. Acesso em 27.07.2018.

crianças, prostituição e pornografia infantis[207]. Enquanto o primeiro preocupa-se primordialmente com a proteção de crianças e adolescentes no contexto de conflitos armados (em especial, na condição de vítimas dos ataques e do recrutamento para atividades militares), o segundo se volta à prevenção e combate a formas aviltantes de violação de direitos de tais indivíduos[208].

Em 2011 foi aprovado o texto do 3º Protocolo Adicional à Convenção da ONU de 1989 (Protocolo de Comunicações - "Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure"[209]), que fortalece o Comitê sobre os Direitos da Criança ao regulamentar os mecanismos de petição individual e entre Estados-Partes, voltados à análise de alegadas violações aos direitos contidos no tratado (e seus protocolos), além de prever mecanismo de investigação a violações sistemáticas de graves a direitos de crianças e adolescentes e de adoção de medidas protetivas cautelares[210].

O protocolo entrou em vigor, internacionalmente, apenas no ano de 2014[211]. Por seu intermédio, seus Estados-Partes reconhecem legitimidade ao Comitê sobre os Direitos da

---

[207] Internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro em 2004, por intermédio do Decreto nº 5.007/2004. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5007.htm. Acesso em 27.07.2018. Em 1996 ocorreu, em Estocolmo, o I Congresso Mundial contra a Exploração Comercial Sexual de Crianças, ocasião na qual foi adotado Programa de Ação para a Prevenção da Venda de Crianças, da Prostituição Infantil e da Pornografia Infantil e a Declaração e Agenda de Ação, adotados por 122 países. Organizado pela UNICEF, sua II edição ocorreu no Japão (2001). O III Congresso foi realizado no Rio de Janeiro. Brasil, em 2008. Informações disponíveis em https://www.unicef.org/brazil/pt/activities_13277.html. Acesso em 27.07.2018.

[208] Também foi adotado, em 2000, o "Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children", em complemento à Convenção da ONU de 2000 contra o Crime Organização (Convenção de Palermo). O Protocolo adicional volta-se a condutas penais, inclusive de sequestro ("abduction") de crianças e adolescentes. O tráfico de pessoas, em suas variadas modalidades, são crimes com dolo específico que não se confundem com a subtração internacional de crianças e adolescentes regulamentadas pela CH80, na medida em que esta última se volta, exclusivamente, aos aspectos *civis* de tal fenômeno.

[209] Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/10/PDF/N1146710.pdf?OpenElement. Acesso em 27.07.2018.

[210] No Brasil, a Casa Civil da Presidência da República enviou referido protocolo à consideração do Congresso Nacional, no ano de 2014, que foi transformado em Projeto de Decreto Legislativo, em 2015. (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1342574&filename=MSC+164/2015). Em 2017, por intermédio do Decreto Legislativo nº 85, foi aprovado o texto do Protocolo (http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2017/decretolegislativo-85-8-junho-2017-785032-protocolo-152998-pl.html), autorizando o depósito do instrumento de ratificação brasileiro a tal protocolo. Entretanto, em pesquisa ao repositório "online" do Palácio do Planalto, não se encontrou o Decreto (Presidencial) de promulgação de tal instrumento até o momento, o que causa estranheza. Ainda assim, está registrado no sítio eletrônico da ONU que o Brasil assinou este Protocolo em 2012, tendo depositado seu instrumento de ratificação apenas em 29 de setembro de 2017.

[211] Disponível em https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPICCRC.aspx. Acesso em 07.10.2019. Atualmente este tratado conta com 46 Estados-partes. A lista de Estados-partes do 3º Protocolo à Convenção sobre os Direitos da Criança pode ser acessada em

Criança da ONU para receber e processar, inclusive aplicando medidas provisórias ("interim measures"), reclamações individuais relacionadas à alegadas violações à Convenção sobre os Direitos da Criança ou qualquer de seus outros protocolos adicionais. Considera-se que adoção de tal protocolo vem fortalecer a defesa dos direitos e interesses de crianças e adolescentes, criando mais um foro internacional (e multilateral) – o Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU (CRC) – para análise de violações contra direitos da infância.

O CRC também poderá *levar em consideração*, segundo este 3º protocolo, informações *confiáveis que indiquem violações graves ou sistemáticas*, cometidas por um Estado-Parte, aos direitos estabelecidos em qualquer dos 3 tratados mencionados anteriormente. Considera-se, no entanto, que, ao contrário da Convenção da ONU de 1989, nenhum de seus 3 Protocolos Adicionais seriam relevantes, nos termos da CVDT, para interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, especialmente por força da inexistência de tratamento ao fenômeno da violência contra crianças e adolescentes.

Identificados os principais tratados para proteção à infância, produzidos no âmbito da OIT e da ONU, conclui-se pela *potencial* relevância da Convenção da ONU de 1989 para interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

D. O Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU: respeito às diferenças culturais

Assim como no âmbito da proteção multilateral às *mulheres* pelo Direito Internacional Público, conforme será visto, vários são os órgãos das Nações Unidas que podem estar envolvidos, direta ou indiretamente, no incremento do respeito aos direitos de criança e adolescentes. O presente tópico e os seguintes se voltarão à análise dos principais órgãos da ONU que vêm produzindo, *unilateralmente*, manifestações sobre a proteção de crianças e adolescentes contra a violência: em especial, o Comitê sobre os Direitos das Criança e a Assembleia Geral das Nações Unidas.

---

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&clang=_en. Acesso em 07.10.2019.

Dentre tais órgãos, tem-se:

a) Comissão de Direitos Humanos;

b) Comitê de Direitos Humanos;

c) Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

d) Comitê para Proteção dos Direitos da Criança;

e) Comitê para Eliminação de Discriminação Racial; e, por fim,

f) Comitê para Proteção à Mulher e contra a Tortura, dentre outros.

Contudo, entende-se que os documentos elaborados *unilateralmente* por tais órgãos, quando não contam com a *aprovação* dos Estados-Membros da Organização das Nações Unidas, *não serão relevantes para a moldura hermenêutica fixada nos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados,* na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Entretanto, dado o exercício a que se propôs o presente Capítulo, a identificação e discussão de tais documentos serão realizadas na sequência.

O órgão de monitoramento do cumprimento da Convenção da ONU de 1989 sobre o Direito das Crianças, denominado Comitê sobre os Direitos da Criança (CRC)[212], realizou sua 1ª reunião no ano de 1991. Já em 1993, uma inovação procedimental foi incluída no âmbito do CRC: as "general discussions"[213], relacionadas a tema específico e que, ao final, podem levar à elaboração de *estudos*.

Uma vez que o resultado das "general discussions" são documentos elaborados a partir de *relato unilateral* do CRC das discussões travadas entre seus membros e representantes dos Estados e da sociedade civil, considera-se que embora possam se mostrar relevantes na busca de compreensão do grau de *sensibilidade* que vem sendo formado, ao longo do tempo, *pelos*

---

[212] O Comitê sobre os Direitos da Criança ("Committee on the Rights of the Child" - CRC) é órgão composto por 18 especialistas independentes que monitoram a implementação da Convenção de 1989 sobre os Direitos da Criança (e seus protocolos adicionais) por seus Estados-partes. O Comitê recebe relatórios periodicamente enviados pelos Estados-partes deste tratado, assim como recebe petições individuais e reclamações entre Estados sobre alegadas violações aos direitos das crianças. A possibilidade de receber petições individuais e reclamações entre Estados encontra-se prevista no 3º Protocolo à Convenção da ONU de 1989 (sobre Procedimentos de Comunicações).

[213] Realizadas, em geral, uma vez ano, contando com um dia inteiro de discussões e, além dos Estados, também participa a sociedade civil.

órgãos da ONU – e não necessariamente por seus Estados-Membros, sobre os temas da infância, eles não parecem merecer sua inclusão na moldura interpretativa oferecida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Em especial, seu conteúdo *não* é, tecnicamente, *aprovado* pelos Estados-Membros da ONU, configurando, tão-somente, manifestação (ou percepção) *unilateral* de um de seus órgãos das discussões travadas durante o evento, que sequer coincidirá, necessariamente, com a posição dos países membros da Organização das Nações Unidas.

Já no ano de 1994, o CRC realizou "general discussion" sobre o papel da família na promoção dos direitos da criança[214]. Os principais temas tratados foram a importância e *evolução* da família, reforçando-se a diversidade das estruturas familiares advindas de padrões culturais diferentes e relacionamentos familiares emergentes; os direitos civis e liberdades no âmbito familiar, incluindo o direito de ser registrado, com nome e nacionalidade, a preservação da identidade da criança e seu direito de não estar sujeito a *qualquer forma de violência física ou mental*[215].

Em 2001 o CRC dedicou seu evento de "general discussions" aos temas da violência contra a criança no ambiente *familiar* e escolar[216]. As reflexões incluídas no documento final apontam para a consideração de que a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança estabeleceria altos parâmetros ("high standards") para a proteção das crianças *contra violência*, em particular sob o pálio dos artigos 19[217], 34 (exploração e abuso sexual), 37 (tortura,

---

[214] Disponível em https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Documents/Recommandations/family.pdf. Acesso em 03.08.2018.

[215] O documento, no entanto, não tece considerações sobre o fenômeno da violência familiar ou doméstica.

[216] Disponível em https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations2001.pdf. Acesso em 03.08.2018.

[217] "Artigo 19. 1. Os Estados Partes adotarão *todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela*.
2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária" (grifos nossos).

tratamentos ou penas cruéis) e 40 (justiça criminal juvenil), entre outros, sempre conjugados com os *princípios gerais* incluídos nos artigos 2º, 3º, 6º e 12 deste mesmo tratado.

No que diz respeito à violência da criança *no ambiente familiar* mencionou-se que caberia primordialmente a *ambos os pais* a responsabilidade pelo crescimento das crianças, com apoio necessário do Estado, segundo os artigos 5º[218] e 18[219] do tratado. Neste ponto, importante mencionar que o artigo 18 da Convenção da ONU de 1989 sobre o Direito das Crianças já reconhece que, *idealmente*, a criança deve se desenvolver na companhia de *ambos os seus genitores*, direito este que repercute diretamente, entende-se, na disciplina do combate a sua subtração internacional ilícita.

Durante tais discussões, representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos[220] fez consideração interessante sobre o necessário equilíbrio entre os direitos de crianças *e adultos*, quando suas posições e interesses estiverem em conflito, nos seguintes termos:

> "A Sra. Robinson apontou que os direitos humanos das crianças são violados não somente quando a violência foi exercida por agentes do Estado, mas também quando os Estados falharam em cumprir sua obrigação de proteger as crianças da violência perpetrada por outros. *Ainda quando os direitos humanos de crianças e daqueles adultos pareçam conflitar, o equilíbrio de tais direitos não leva a sua negação*. Reconhecer as crianças como sujeitos completos de direitos requer que os maus-tratos de crianças sejam considerados inaceitáveis quando tomam formas que poderiam ser consideradas intoleráveis se aplicadas a adultos" [221] (grifos nossos).

---

[218] "Artigo 5. Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção".

[219] "Artigo 18. 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que *ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança*. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.
2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.
3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus" (grifos nossos).

[220] O Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos é agência da ONU que trabalha na promoção e proteção de direitos humanos garantidos pelo Direito Internacional. Seria o órgão mais relevante, na estrutura das Nações Unidas, para proteção e promoção de direitos humanos. O órgão foi criado pela Assembleia da ONU em 1993.

[221] Disponível em https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations2001.pdf. Acesso em 03.08.2018.

Sob esta ótica, o equilíbrio dos direitos *de todos os adultos e crianças* deverá ser alcançado, sem que isso signifique a negativa de direito *a qualquer* dos envolvidos. Essa posição tangencia, conforme será visto, o contexto da intepretação e aplicação da *exceção de grave risco* em sua interação com a violência doméstica[222], onde os direitos de ambos os genitores, além da criança, devem ser balanceados, não excluídos, sempre que possível. A preponderância, em caso de conflito envolvendo a aplicação da Convenção da Haia de 1980, no entanto, parece ser ao respeito aos direitos da criança.

O relato das discussões parece demonstrar, contudo, a *ausência* de consenso multilateral efetivo sobre aspectos do fenômeno da violência no ambiente familiar. Enquanto todos os participantes concordaram que todas as formas de violência devem ser consideradas inaceitáveis, muitos apontaram que as formas de violência no ambiente familiar devem receber diferentes abordagens de prevenção e proteção, tendo em conta, em especial, as diferentes culturas, tradições e contextos familiares[223].

No âmbito da subtração internacional de crianças e adolescentes, não é raro encontrar decisões judiciais – inclusive no caso do Poder Judiciário brasileiro – que se imiscuem em circunstâncias culturais sobre a criação de filhos ocorridas em outros países[224]. O perigo de tal abordagem, entende-se, é evidente e, caso disseminado pelos demais Estados-Partes da CH80, pode ampliar inadequadamente o (propositadamente reduzido) escopo das exceções à obrigação de retorno imediato, ao seu país de residência habitual, de crianças vítimas de subtração internacional ilícita, incluídas neste último tratado.

Sob a perspectiva das discussões travadas junto ao CRC no ano de 2001, considerou-se que o combate ao uso de punições corporais às crianças deveria passar pela sensibilização e educação sobre os efeitos danosos de tais formas de *disciplina*, mas apresentando formas *disciplinares alternativas*. De outro lado, *outras formas de violência e abuso no ambiente*

---

[222] Outras instituições, como UNICEF e Organização Mundial da Saúde também se manifestaram, apresentando seus esforços para prevenção e combate ao abuso infantil, *incluída a violência*.
[223] Tal consideração foi reforçada ao final do documento, em seus "guiding principles". Informação disponível em https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations2001.pdf. Acesso em 03.08.2018.
[224] Tem-se conhecimento, por exemplo, decisão judicial brasileira que negou a restituição da criança a seu país de residência habitual porque a cultura local ainda permitia o uso de castigos físicos em face de crianças e adolescentes.

familiar devem ser endereçadas sem a necessidade de apresentar alternativas – devem ser simplesmente exterminadas.

Interessante menção foi feita, neste documento, à violência no ambiente familiar cometidas por *irmãos* – tema praticamente ausente nas discussões relacionadas à *exceção de grave risco* da CH80. Além disso, alguns participantes sugeriram que a definição de prioridades e estratégias de implementação progressiva devem levar em consideração o contexto e circunstâncias de cada Estado, sendo tal tarefa deixada a seu encargo[225]. O respeito às diferentes culturais, nessa medida, ainda parece ser elemento muito importante, na medida em que refletiria diferentes níveis de *sensibilização e consenso*, dos países, sobre tal tema.

Por fim, o documento encartou alguns "guiding principles" que merecem atenção[226]. Em relação ao conceito de *família,* assim se manifesta o documento:

> "As referências à 'família' (ou aos 'genitores') deve ser compreendida dentro do contato local e pode significar não somente a 'família nuclear', mas também a família estendida ou ainda definições comunais mais amplas incluindo avós, irmãos, outros parentes, guardiões ou provedores de cuidados, vizinhos, etc. Do mesmo modo, todas as referências à 'escola' (ou a 'professores') devem ser compreendidas para incluir escolas, instituições de ensino ou outros ambientes educacionais formais e informais"[227].

Incluiu-se um outro "guiding principle" relevante, que poderá tangenciar a aplicação da *exceção de grave risco* da CH80, na medida em que a esta última pretende impedir qualquer presunção sobre a ocorrência de violência contra a criança, preferindo que sua experiência pessoal seja considerada, diz respeito à necessária avaliação da experiência da criança:

> "Na conceituação de violência, o Comitê [CRC] *recomenda*[228] que o ponto de partida crítico e a moldura de referência sejam a própria experiência das crianças. Assim, as crianças e jovens devem ser verdadeiramente envolvidas na promoção e ação estratégica sobre violência contra crianças"[229].

---

[225] Esta discussão parece aproximar-se da tensão existente entre a proteção a valores *multiculturais* ou a adoção de padrões globalmente *únicos*. O aprofundamento desta questão, no entanto, parece afastar-se do escopo deste estudo.

[226] Reitera-se que, para fins da CVDT, tal documento parece não ser dotado de relevância jurídica, enquanto elemento a ser *necessariamente* levado em consideração na interpretação ou aplicação da *exceção de grave risco* da CH80.

[227] Informação disponível em https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations2001.pdf. Acesso em 03.08.2018.

[228] Apesar da utilização do termo *recomendação*, considera-se, para os fins da presente tese, que o documento não possui força obrigatória aos Estados-Membros da ONU, na medida em que se trata de manifestação *unilateral* de um de seus órgãos, sem que tenha sido, tecnicamente, aprovada por tais países.

[229] Informação disponível em https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations2001.pdf. Acesso em 03.08.2018.

Tem sido comum que se pretenda *presumir* (inclusive de forma absoluta), em relação à criança, os impactos da violência ocorrida entre outros membros da família (como a violência doméstica), especialmente no contexto de sua subtração internacional ilícita. No entanto, tal presunção não parece adequada, especialmente pelo ponto de vista das ciências sociais (que indicam que cada criança pode absorver ou ser impactada de maneira diferente por um mesmo acontecimento, a depender tanto na natureza do fato quanto das características pessoais do infante).

O documento produzido no âmbito do CRC em 2001 parece aproximar-se dessa ideia, *garantindo* a necessidade de observação (e avaliação) da experiência de cada uma das crianças eventualmente envolvidas em episódios de violência (dirigidos diretamente a ela ou a outros membros da família), para que sejam averiguados os impactos gerados por tal situação.

O Comitê sobre os Direitos da Criança publicou, em 2007, o Comentário Geral nº 8[230]. A partir das "general discussions" de 2000[231] e 2001 (discutida acima), objetivou-se "*guiar* os Estados-Partes na *compreensão* dos dispositivos da Convenção [da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança] relativos a sua proteção *contra todas as formas de violência*", com foco na *completa* abolição castigos corporais[232] e outras formas de punição cruel ou degradante "que

---

[230] Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f8&Lang=en. Acesso em 05.08.2018.

[231] Sobre a eliminação da violência *estatal* conta crianças.

[232] O documento apresenta seu *conceito operacional de punição física ou corporal*, nos seguintes termos: "The Committee defines 'corporal' or 'physical' punishment as any punishment in which *physical force is used and intended to cause some degree of pain or discomfort, however light*. Most involves hitting ('smacking', 'slapping', 'spanking') children, with the hand or with an implement - a whip, stick, belt, shoe, wooden spoon, etc. But it can also involve, for example, kicking, shaking or throwing children, scratching, pinching, biting, pulling hair or boxing ears, forcing children to stay in uncomfortable positions, burning, scalding or forced ingestion (for example, washing children's mouths out with soap or forcing them to swallow hot spices). *In the view of the Committee*, corporal punishment is invariably degrading. In addition, *there are other non-physical forms of punishment that are also cruel and degrading and thus incompatible with the Convention*. These include, for example, punishment which belittles, humiliates, denigrates, scapegoats, threatens, scares or ridicules the child" (grifos nossos).
Além disso, *reconhece-se* que a parentalidade e os cuidados com crianças, especialmente bebês e infantes de tenra idade, podem demandar "ações físicas e intervenções para protegê-las", o que seria distinto do "uso deliberado e punitivo da força para causar algum grau de dor, desconfortou ou humilhação". Assim, na avaliação da prática de *atos violentos* contra a criança é agregado novo nível de complexidade: não haveria banimento, "a priori" de tais atos, mostrando-se necessária uma avaliação sobre sua intenção (que poderá ser protetiva e, em consequência, não abolida). Essa ideia deve ser aplicada, entende-se, à avaliação da incidência da *exceção de grave risco* da CH80, quando, por vezes, a adoção de medidas de coerção física em relação à criança e cometida pelo genitor abandonado, é alegada pelo genitor subtrator como possível causa de exposição da criança, em seu retorno, a grave risco de ordem física (ou psíquica).
Sobre o manejo, nesta tese, do anglicismo parentalidade, vide nota de rodapé abaixo.

são amplamente aceitas na atualidade e praticadas como formas de violência contra crianças" e que podem ter lugar em vários contextos, dentre os quais a *família*[233].

Aplicando a noção de "de minimis" (segundo a qual a lei/o Direito não se preocuparia com questões *triviais*), o Comitê considerou, neste último documento, que "episódios de violência de menor intensidade entre *adultos* ("minor assaults between adults") somente serão levados aos tribunais em circunstâncias *excepcionais*; o *mesmo deve ser verdade quanto aos episódios de violência de menor intensidade contra crianças*"[234].

Além disso, apontou-se que a persecução criminal dos genitores da criança vítima de violência, na *maior* parte dos casos, *dificilmente será medida que melhor atende aos interesses da criança.* Este trecho parece apontar, novamente, para o necessário equilíbrio a ser buscado no âmbito da comunidade internacional em que, feliz ou infelizmente, deve conviver com diferentes tradições culturais, cenários políticos e condições econômicas. Claramente, neste ponto o Comitê (CRC) se viu obrigado a equilibrar os diferentes *valores* dos Estados-Membros da ONU, quanto ao delicado tema da disciplina de crianças em âmbito doméstico/familiar. Aponta-se que a subtração internacional de crianças e adolescentes, além de ilícito civil, ainda é considerada crime em muitos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980.

No ano de 2011 o Comitê sobre os Direitos da Criança (CRC) emitiu o Comentário Geral nº 13[235], esclarecendo que a violência mental (psicológica) à crianças e adolescentes pode incluir a *exposição* à violência doméstica. Tal esclarecimento mostra-se muito relevante: para além de reconhecer a violência psicológica contra a criança como deletéria, a posição do comitê parece *aproximar-se da moderna conceituação de violência doméstica adotada no presente estudo* – e que será pormenorizada em tópico próprio – segundo a qual a criança não seria, propriamente, vítima *direta* dos atos de violência doméstica, embora inegavelmente poderá sofrer seus impactos, especialmente quando *exposta* a tal fenômeno – não se perdendo de vista

---

[233] Disponível em Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f8&Lang=en. Acesso em 05.08.2018.

[234] Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f8&Lang=en. Acesso em 05.08.2018

[235] Comentário Geral do Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU No 13 (2011). Disponível em http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_en.pdf. Acesso em 27.07.2018.

que os impactos da violência doméstica em crianças e adolescentes nunca devem ser presumidos.

E. A Assembleia Geral da ONU: detecção da violência como fenômeno global

Em paralelo aos esforços de elaboração da Convenção de 1989 sobre os Direitos da Criança, a ONU – e da *adoção ou proclamação de outros documentos*, no âmbito do Direito Internacional Público, vistos acima, Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas também *adotou*, em 1985, as *Regras de Pequim* ("United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice")[236].

Apesar da utilização da terminologia *regras e sua adoção com a nomenclatura de recomendação*, em verdade os países foram (apenas) *convidados* a alterarem suas legislações domésticas, políticas e práticas, buscando garantir o bem-estar de jovens *e suas famílias* na administração da justiça (criminal) juvenil. Tal documento, no entanto, não possui relação direta com a prática de atos violentos *contra a criança,* razão pela qual não parece relevante, nos termos da CVDT, para interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980[237].

Considera-se, para os fins desta tese – que busca, primordialmente, aplicar a moldura de interpretação de tratados contida na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes -, que as *conclusões, recomendações e decisões da* Assembleia Geral das Nações Unidas, ainda que *aprovadas* por seus membros, não parecem *relevantes* para intepretação da exceção de grave risco da CH80, nos termos da CVDT - que será pormenorizada nas partes II e III desta tese.

Para parcela respeitável da doutrina, bem como para a própria Organização das Nações Unidas, apenas as *decisões* do Conselho de Segurança da ONU seriam, nos termos de sua carta constitutiva, dotadas de natureza mandatória (em decorrência, seguimento obrigatório) em

---

[236] Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/481/78/pdf/N0248178.pdf?OpenElement. Acesso em 09.10.2019.
[237] O ano de 1985 também foi declarado *Ano Internacional da Juventude: Participação, Desenvolvimento e Paz*, pelas Nações Unidas.

relação a seus membros[238]. Por óbvio, também os *tratados* adotados em seu âmbito serão obrigatórios aos seus Estados-Partes.

Segundo informações incluídas no próprio sítio eletrônico da ONU, "resolutions and decisions are formal expressions of the opinion or will of UN organs", sendo que "legal scholars have various opinions on this question"[239]. A exceção seria apenas quanto às decisões do Conselho de Segurança da ONU (dotadas, em regra, de caráter mandatório, por *derivação* das obrigações contidas na Carta da ONU). Por força do previsto no artigo 25 da Carta das Nações Unidas, todos os seus membros "agree to *carry out and accept the decisions of the Security Council* in accordance with the present Charter"[240] (grifos nossos).

Além disso, conforme mencionado acima, seriam dotadas de natureza mandatória algumas das manifestações da Assembleia Geral da ONU, sempre que relacionadas ao *funcionamento* da organização (ou orçamento). Em relação aos demais temas, não seria possível dotá-las de tal natureza. No decorrer da pesquisa, nenhum documento com esta última característica foi identificado como relevante para a interpretação daquela exceção, seguindo-se os parâmetros fixados pelo capítulo hermenêutico da CVDT.

Em conclusão, a obrigatoriedade de cumprimento de uma resolução ou decisão da Assembleia Geral pode diferir, a depender do conteúdo do documento aprovado, bem como do Estado-Membro envolvido[241]. Para os fins do presente estudo, defende-se que as manifestações da Assembleia Geral da ONU que *não* digam respeito a matérias dotadas de caráter mandatório *por força da Carta da ONU*, não poderão ser classificadas como relevantes, segundo as regras da CVDT, para interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, pelas razões expostas especialmente no presente tópico.

Contudo, assim como notado em relação à produção do CRC – Comitê sobre os Direitos da Criança, acima, podem ser encontradas contribuições deste órgão à conceituação do fenômeno da violência doméstica. Em 2004, por exemplo, foi *adotada* resolução pela

---

[238] Algumas resoluções da Assembleia Geral, que dizem respeito ao funcionamento da organização, como aquelas relacionadas a orçamento e contribuições obrigatórias, também parecem ser obrigatórias aos países (membros da ONU) – ao contrário de resoluções da mesma Assembleia Geral, sobre outros assuntos.
[239] Informação disponível em http://ask.un.org/faq/15010. Acesso em 31.07.2018.
[240] Carta da Organização das Nações Unidas, "Article 25. The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter".
[241] Informação disponível em http://ask.un.org/faq/14616. Acesso em 31.07.2018.

Assembleia Geral da ONU, intitulada *Eliminação da Violência Doméstica contra a Mulher* (A/RES/58/147)[242]. Por primeiro, teria apresentado contribuição ao conceito de tal violência, nos seguintes termos:

> "The General Assembly, (…) 1. Recognizes:
> (a) That domestic violence is violence that occurs within the private sphere, generally between individuals who are related through blood or intimacy;
> (b) That domestic violence is one of the most common and least visible *forms of violence against women* and that its consequences affect many areas of the lives of victims;
> (c) That domestic violence can take many different forms, including physical, psychological and sexual violence;
> (d) That domestic violence is of public concern and requires States to take serious action to protect victims and prevent domestic violence;
> (e) That domestic violence can include economic deprivation and isolation and that such conduct may cause imminent harm to the safety, health or well-being of women; (…)" (grifos nossos)[243].

Por primeiro, a ideia acima parece acertada ao relacionar o fenômeno da violência doméstica à existência de relacionamento entre vítima e agressor. Também se mostram corretas as constatações de que são as mulheres, numericamente, suas maiores vítimas, bem como que tal violência poderá adotar diferentes formas. No entanto, parece equivocada, conforme será visto no decorrer deste estudo, a aparente tentativa do documento de classificar, como *únicas* vítimas de tal fenômeno, as mulheres.

Contudo, em razão de sua *forma* e ao *momento* de sua elaboração (momento este *em relação à aprovação da CH80*), não parece possível a inclusão dos documentos adotados pela Assembleia Geral, ainda que voltados à proteção da infância ou mulheres contra a violência, na moldura interpretativa da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Rememora-se que, quanto às *Declarações de Direitos*, a linguagem comumente veiculada pela Assembleia Geral diz respeito a sua adoção ou proclamação.

i. Estudo da ONU de 2006: a invisibilidade da violência *familiar* contra crianças e adolescentes

Para além dos documentos já analisados, a Assembleia Geral também se envolveu em outros exercícios voltados primordialmente à *identificação* das violências cometidas contra

---

[242] Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/503/40/PDF/N0350340.pdf?OpenElement. Acesso em 29.07.2018.
[243] Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/503/40/PDF/N0350340.pdf?OpenElement. Acesso em 29.07.2018.

crianças e adolescentes no globo. Tais instrumentos serão analisados na sequência. Em 2002 a Assembleia Geral (Resolução nº A/RES/56/138), seguindo recomendação do Comitê sobre os Direitos da Criança (CRC), *solicitou* ao Secretário Geral das Nações Unidas a realização de estudo aprofundado sobre a *violência* contra crianças. Apenas no ano de 2006 o estudo, realizado pelo brasileiro Paulo Sergio Pinheiro (apontado como Especialista Independente pelo Secretário Geral da ONU), foi apresentado (doravante, Estudo da ONU de 2006) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006a)[244].

A análise, que foi *transmitida* pela Assembleia Geral da ONU aos seus membros, considerou cinco relevantes contextos: *a casa e a família*; escolas; instituições de cuidados alternativo e detenção juvenil; ambiente de trabalho; e a comunidade. Não consta, entretanto, que referido estudo teria sido, formalmente, *aprovado* pelos Estados-Membros da Organização das Nações Unidas.

A partir de consultas nacionais, regionais e sub-regionais, além de reuniões técnicas e visitas "in loco" (que contaram, inclusive, com a participação ativa de crianças, relatando suas histórias pessoais), o autor do documento parte, dentre outros aspectos, da premissa de que *toda violência contra a criança pode ser prevenida*. Essa consideração, conforme será visto, pode tangenciar a interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da CH80, na medida em que este dispositivo, combinado com o artigo 18[245] do mesmo tratado, preveem que, mesmo que constatado, *cabalmente*, risco à criança em seu retorno, *o país de refúgio poderá ordenar o retorno da criança ao seu país de residência habitual,* sempre que este último tiver condições de *eliminar ou minimizar tais riscos*.

A partir da premissa do estudo ora em comento, de que *toda forma de violência contra a criança pode ser prevenida,* seria possível – ao menos em tese – o deferimento do retorno de criança ou adolescente, vítima de subtração internacional ilícita, ao seu Estado de residência habitual, *sempre que as autoridades deste último tiverem condições de prevenir* violência

---

[244] Disponível em https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/un_documents/a_61_299_un_study_on_violence_against_children.pdf. Acesso em 03.08.2018.

[245] Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, artigo 18, "As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento". O Capítulo III deste tratado, denominado *Retorno da Criança*, estende-se entre os artigos 8º a 20 incluindo, portanto, todas as exceções à obrigação de retorno imediato, ao seu país de residência habitual, de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita.

contra a criança. Contudo, não se pode perder de vista que por tratar-se de mero *estudo*, não ocorre aprovação dos países quanto ao seu conteúdo, circunstância que parece impedir sua inclusão na moldura interpretativa da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O Estudo da ONU de 2006, se desenvolve a partir de análises que o antecederam[246] e constata que a violência contra a criança é circunstância que conta com baixa divulgação (invisibilidade), além de apresentar diversas modalidades e ser influenciada por múltiplos fatores, desde as características pessoais da vítima e do agressor, *bem como seu ambiente cultural e físico:*

> "[A] violência contra crianças adota variadas formas e é influenciada por uma ampla gama de fatores, desde as características pessoais da vítima e do agressor, até seus ambientes culturais e físicos. No entanto, muito da violência contra as crianças mantem-se escondida por muitas razões. Uma é o medo: muitas crianças têm medo de relatar incidentes de violência contra si. *Em muitos casos os genitores, que devem proteger suas crianças, permanecem silentes se a violência é cometida por seu parceiro ou outro membro da família*, um membro mais poderoso da sociedade como um empregador, um policial ou um líder comunitário. O medo está relacionado diretamente ao estigma frequentemente ligado à denúncia da violência, particularmente *em localidades onde a 'honra' familiar é colocada acima da segurança e bem-estar das crianças*. Em particular, o estupro e outras formas de violência sexual podem levar ao ostracismo, mais violência ou morte"[247] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006a, grifos nossos).

Além disso, a tolerância social à violência (inclusive contra crianças) e a ausência de mecanismos para apresentação de denúncias, em alguns países, também seriam fatores que contribuiriam para tal invisibilidade. Análises teriam demonstrado que, em muitos Estados – *em todas as regiões do globo, a punição física de crianças em suas casas*, alcançaria a cifra de 80 a 98% (com 1/3 delas experimentando punição física severa).

---

[246] "It builds on the study on the impact of armed conflict on children, which was prepared by Graça Machel presented to the General Assembly 10 years ago[1996], and is inspired by the World Health Organization's World Report on Violence and Health[2005]". Sobre a relevância deste estudo da OMS, o autor do estudo de 2006 menciona que o conceito de violência, aplicado ao trabalho, alia o disposto no artigo 19 da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança com aquele incluído no estudo da OMS de 2005, segundo o qual *violência* é "o uso intencional de força física *ou poder*, ameaça ou real, contra uma criança, por um indivíduo ou grupo, que resulta ou é dotado de alta probabilidade de resultar em dano real ou potencial à saúde da criança, sobrevivência, desenvolvimento ou dignidade". O Estudo da OMS de 2005, por sua vez, conceitua violência *doméstica* como "violence by a male intimate partner", definição que parece incompleta, conforme será visto em tópico abaixo – em especial no Capítulo 2. O estudo da OMS de 2005, que será pormenorizado no Capítulo 1.3.2 desta tese, pode ser acessado em https://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/summary_report_English2.pdf. Acesso em 20.09.2019.

[247] Disponível em https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/un_documents/a_61_299_un_study_on_violence_against_children.pdf. Acesso em 03.08.2018.

Neste ponto, parece importante considerar que o combate à violência contra a criança que se pretenda realizar por intermédio de documentos internacionais, deverá levar em consideração a prevalência (muitas vezes, cultural) da imposição de castigos físicos às crianças, sob pena de fracassar pela imposição de *valores* que não sejam aceitos consensualmente pela comunidade internacional. O equilíbrio entre a proteção à infância contra castigos físicos e o respeito às diferenças culturais, tradicionais, econômicas e sociais dos países parece essencial, enquanto se pretender buscar regulamentação uniforme - e globalmente aceita - dos fenômenos, conforme mencionado em tópico anterior deste capítulo.

A convivência saudável e dotada de laços fortes com *ambos os seus genitores,* aliados à parentalidade[248] ("parenting") e à disciplina não violenta são consideradas fatores de *proteção e prevenção* à violência contra a criança. Além disso, muitos elementos parecem facilitar a *resiliência*[249] em crianças foram vítimas de violência, dentre os quais *os laços seguros dela com um adulto da família, altos níveis de cuidados parentais durante a infância, um relacionamento terno e apoiador com o parente não abusivo* e, por fim, relacionamentos reforçadores com outras crianças (ou adolescentes) que não estejam envolvidos em comportamentos criminosos ou façam uso de substâncias ilícitas.

As características pessoais de cada criança – dentre estas, especialmente seu nível de *resiliência* – impediriam o manejo de presunções sobre os impactos por ela sofrido em situações de violência, tema que vem sendo enunciado no decorrer deste estudo e que receberá, no que diz respeito à violência doméstica em sua relação com a subtração internacional ilícita (de crianças e adolescentes), tópico próprio[250].

Embora a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança considere que as *famílias* sejam o "locus" com maior potencial para proteção das crianças e garantir sua segurança física e emocional, ainda seria prevalente a violência contra crianças cometidas *por*

---

[248] O vocábulo "parentalidade" não consta do "Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa" (VOLP), léxico aceito pela Academia Brasileira de Letras. Para os fins do presente ensaio preferiu-se a utilização do anglicismo "parentalidade" para tentar englobar a presença dos papéis femininos (maternidade) e masculinos (paternidade) em um só conceito, sem a alegada *preferência* ao conteúdo *masculino* que o termo paternidade poderia conter.
[249] De acordo com o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa (Michaelis), versão "online", a palavra resiliência indica: "1 FÍS Elasticidade que faz com que certos corpos deformados voltem à sua forma original. 2 FIG Capacidade de rápida adaptação ou recuperação". Disponível em https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/resili%C3%AAncia/. Acesso em 20.01.2020.
[250] Capítulo 2.6.

seus genitores e outros membros da família próxima, de natureza física, sexual e psicológica, assim como por comportamento negligente (embora, na maior parte dos casos, tal violência não seja fatal).

Reconheceu-se que a forma mais frequente de violência contra a criança no ambiente familiar diz respeito a medidas disciplinares (físicas e/ou psicológicas). Além disso, estimou-se que entre 133 e 275 milhões de crianças *testemunhem* episódio de violência doméstica anualmente, apontando que os efeitos da exposição *reiterada* de crianças a violência doméstica (entre adultos) deve ser avaliado *individualmente*, na medida em que as crianças apresentam diferentes graus de resiliência, além de que a violência entre adultos, em si, pode adotar múltiplas formas.

No entanto, em suas páginas finais o Estudo da ONU de 2006 parece apresentar confusão terminológica, ao indicar, lateralmente, que a violência doméstica poderia ser cometida contra mulheres *e crianças*. Conforme vendo sendo discutido no decorrer do presente estudo[251] considera-se mais adequada a conceituação da violência doméstica como violência entre adultos que poderá – ou não, impactar indiretamente a criança. Sob tal marco teórico a criança será ou não *exposta* à violência doméstica, e nunca sua vítima *direta.*

Em suas conclusões finais, o estudo apresentou *recomendações*[252] aos Estados-Partes, dentre as quais se apontam, como as mais ambiciosas:

> "Eu concito dos Estados a *proibirem* todas as formas de violência contra crianças, em todos as circunstâncias, incluindo *toda punição corporal, práticas tradicionais danosas*, como casamentos forçados e precoces, mutilação genital feminina e os chamados crimes de honra, violência sexual, e tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ou punições (...)" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006a, grifos no original).

Este estudo também recomendou a indicação de um Representante Especial do Secretário Geral da ONU sobre Violência contra as Crianças (SRSG[253]), o que foi considerado em 2008 pela Assembleia Geral, tendo ocorrido a nomeação da atual Representante Especial

---

[251] Tal tema será pormenorizado, em especial, no Capítulo 2.

[252] Novamente, apesar da utilização da terminologia *recomendação*, o estudo não parece dotado de densidade normativa hábil a criar obrigação aos Estados-Membros da ONU nem, tampouco, configurar elemento relevante à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, nos termos dos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

[253] Acrônimo, em inglês, para "Special Representative of the Secretary-General".

(sobre Violência contra as Crianças) no ano de 2009[254]. Conforme visto, o Estudo da ONU de 2006, bastante abrangente, concluiu, em especial, que ainda seriam os *lares* o local em que violências contra a criança ocorreriam com maior frequência.

Tal constatação tangencia, entende-se, discussões travadas no decorrer deste estudo, em especial aquelas voltadas à *subtração internacional de crianças e adolescentes como ato, por si só, de violência contra a criança*, assim como a impossibilidade de presunção de quaisquer riscos, efeitos ou danos, a estas últimas, em relação à ocorrência de violência *antes, durante ou após sua subtração ilícita*[255].

No entanto, o Estudo da ONU de 2006 parece ter limitado seu foco, em grande medida, à violência contra crianças e adolescentes consubstanciada em *castigos corporais no ambiente familiar*, sem qualquer consideração à violência de sua retirada *abrupta de seu país de residência habitual*, situação esta que, conforme discussão a ser travada em capítulo especifico[256], também parece consubstanciar forma de violência contra a criança, ainda mais *invisibilizada* do que a violência física ou familiar cometida contra estas.

ii. O Estudo da ONU de 2015: a *delicada* relação entre violência e pobreza

Discutido em tópico anterior o Estudo da ONU de 2006, suas contribuições e dificuldades, na sequência será efetuada análise de outro estudo, elaborado pelo Representante Especial da ONU sobre Violência contra as Crianças, publicado no ano de 2015 e que também se voltou ao estudo do tema da violência contra crianças e adolescentes.

O Representante Especial do Secretário Geral da ONU sobre Violência contra as Crianças (SRSG) reporta-se diretamente ao Secretário Geral desta organização internacional, além de presidir Grupo de Trabalho entre agências da ONU sobre violência contra crianças e colaborar com parceiros de fora do sistema ONU. Também atua como "independent advocate" em favor da prevenção e eliminação de todas as formas de violência contra a criança"[257]. Seus

[254] Desde então, Marta Santos Pais, nacional de Portugal, exerce a função, atualmente em seu 3º mandato.
[255] Discussão esta que será travada, em especial, no Capítulo 2 deste estudo.
[256] Capítulo 2.
[257] Aparentemente, o Representante Especial do Secretário Geral da ONU sobre Violência contra as Crianças (SRSG) teria menos visibilidade e orçamento do que o Relator Especial sobre Violência contra a Mulher, cujas atribuições que serão analisadas em tópico especifico, abaixo – Capítulo 1.3.2.

relatórios são apresentados, anualmente, ao Conselho de Direitos Humanos da ONU e a sua Assembleia Geral.

O SRSG elabora, ainda, estudos temáticos, considerando-se o principal deles, para os fins da presente tese, o denominado "Towards a world free from violence: Global survey on violence against children", do ano de 2015 (Estudo da ONU de 2015)[258]. Este documento, assim como o Estudo da ONU de 2006, não foi submetido à *aprovação* dos Estados-Membros da ONU. Além disso, Estados-Membros não configuraria, ainda, regra *pertinente* de Direito Internacional.

Por fim, entende-se que o Estudo da ONU de 2015 também não pode ser reconhecido como documento *relacionado* à Convenção da Haia de 1980. Nos termos da classificação dos documentos internacionais a partir de sua *relevância* à interpretação de tratados, segundo a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, tal documento não seria dotado relevância para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

No entanto, apesar de englobar posição *unilateral* de um indivíduo – o SRSG - que representa o Secretariado-Geral (órgão) da ONU, ele merece ser considerado, ao menos para fins de compreensão do *movimento* de *construção de significado e sensibilidade, no âmbito da comunidade internacional, ao fenômeno da violência contra crianças no globo*.

No Estudo da ONU de 2015 apontou-se, por primeiro, que o Comissário para Direitos do Homem do Conselho da Europa[259] teria afirmado, em 2012, que *dificuldades socioeconômicas crescentes e altos níveis de estresse e pressão podem aumentar consideravelmente os riscos de violência doméstica contra crianças*. Neste ponto, considera-se que o trecho deve ser lido com reservas, em especial por que parece indicar que a violência doméstica poderia ter as crianças como vítimas *diretas*, confusão terminológica que parece ir de encontro aos recentes desenvolvimentos das ciências sociais sobre o tema e que serão pormenorizados no decorrer deste estudo.

---

[258] Disponível em https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/towards_a_world_free_from_violence_global_survey_low_res_fa.pdf. Acesso em 05.08.2018.

[259] Sobre a estrutura do Conselho da Europa veja https://www.coe.int/pt/web/about-us/structure. Acesso em 09.10.2019.

Além disso, considera-se que a violência *familiar* não parece ser circunstância atrelada a classes sociais específicas (ou economicamente menos favorecidas), sendo observável em todas as classes sociais. Contudo, em outro trecho, o Estudo da ONU de 2015 reforça a delicada – senão equivocada – relação entre violência e pobreza, afirmando que, a partir do Estudo da ONU de 2006 (visto acima), embora a violência contra as crianças ocorra em todos os ambientes, "onde a *pobreza e desvantagens* são penetrantes, o risco de violência contra a criança se torna agudo"[260].

A defesa da completa abolição da violência contra a criança deve ser acompanhada, segundo tal estudo, de legislação detalhada voltada às distintas manifestação de violência que ocorrem em contextos específicos como, por exemplo, *a violência doméstica*, "que ainda pode ser vista como questão *privada*" em muitos países ou culturas. Foi apresentada estatística *positiva* sobre as medidas que os países já teriam adotado para endereçar, juridicamente, a violência contra a criança, inclusive com compensações: 52% dos países (que participaram do estudo) já teriam, ao menos parcialmente, levado a cabo tais medidas, enquanto 14% já as teriam completado[261].

Levando em consideração o Comentário Geral do CRC nº 8[262], que foi discutido em tópico anterior[263], o SRSG também considerou que a persecução criminal dos genitores da criança nem sempre será medida que melhor atende aos interesses desta última, podendo mostrarem-se mais adequados os alertas, a educação e a assistência psicossocial. Reconheceu-se a *evolução* da compreensão dos países sobre a relação da violência contra a criança e as perspectivas de gênero. Conforme será visto, em especial no Capítulo 5 desta tese, os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 também vêm se preocupando com a persecução criminal, em paralelo à aplicação da CH80 (que, como sabido, trata dos aspectos *civis* da subtração internacional).

---

[260] Tal posição, bastante delicada, foi reiterada no último relatório do Representante Especial do Secretário Geral da ONU sobre Violência contra as Crianças (SRSG) de 2018, apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU. Disponível em http://undocs.org/A/HRC/37/48. Acesso em 05.08.2018.

[261] Disponível em https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/towards_a_world_free_from_violence_global_survey_low_res_fa.pdf. Acesso em 05.08.2018.

[262] Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f8&Lang=en. Acesso em 05.08.2018.

[263] Capítulo 1.3.1.D, acima.

Em outro trecho, o Estudo da ONU de 2015 considerou a violência *doméstica como* um *gênero amplo*, no qual a violência contra crianças estaria incluída. Conforme reiterado no presente estudo, tal abordagem não parece conceitualmente adequada, na medida em que a violência doméstica não teria a criança como vítima *direta*, embora ela possa, inequivocamente, ser vítima *indireta* de tal fenômeno, na medida em que é a ele *exposta*, conforme será discutido, em especial, em capítulo na sequência[264].

O SGSR também apresenta, anualmente, relatórios ao Conselho de Direitos Humanos (CDH)[265] e à Assembleia Geral da ONU. Em seu relato de 2018 ao CDH nota-se uma possível *evolução* do SGSR quanto à terminologia adotada para o fenômeno da violência doméstica: as crianças não são consideradas vítimas *diretas* dos atos de violência doméstica (que, infere-se, estariam em geral adstritos a adultos), sendo, quando o caso, *expectadores ou testemunhas* de tais atos. As estatísticas apresentadas, aproveitadas de outros estudos, indicariam que cerca de 175 milhões de crianças abaixo de 5 anos teriam testemunhado[266] violência doméstica[267].

A *posição* de crianças e adolescentes em episódios de violência doméstica, por sua vez, parece, conforme será visto, mais adequadamente considerada como *exposição*, tendo-se evitado, nos discursos mais modernos sobre o tema, as expressões *testemunha ou expectador*. Tal tema será pormenorizado, em especial, no Capítulo 2 desta tese. O relato do SGSR de 2018 à Assembleia Geral das Nações Unidas, neste ponto, também parece se afastar da conceituação adotada neste estudo.

---

[264] Capítulo 2.

[265] "À título de esclarecimento, é importante não confundir o Comitê de Direitos Humanos com o Conselho de Direitos Humanos, instituído em 6 de abril de 2006 como um órgão político-deliberativo subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas, composto por 47 Estados-Membros com mandatos de três anos. Sua atuação tem sido criticada pelo caráter marcadamente político, sublinhado pela presença, como integrantes, de Estados notoriamente envolvidos em graves e sistemáticas violações de direitos humanos" (VERGUEIRO, 2016, pp. 102-3). Segundo Shaw (SHAW, 2014, pp. 220-2), o Conselho de Direitos Humanos teria sido criado em substituição à Comissão de Direitos Humanos (que funcionou entre 1946 e 2006) dentre outros aspectos, em razão das críticas à seletividade da Comissão.

[266] Conforme será visto, tem-se considerado, modernamente, que o termo mais adequado para as crianças em tais situações não seria como *testemunhas*, mas como *pessoa exposta* à violência doméstica. O cuidado, no entanto, com tal terminologia – especialmente em campo em que as confusões terminológicas parecem frequentes – que não se entenda como *exposição* à violência *direta* o cometimento de atos *diretos* (violentos) contra a criança – na medida em que o fenômeno da violência doméstica estaria adstrito à prática *direta* de tais atos entre *adultos*, com o necessário componente do *controle coercitivo*. Nesse sentido, o termo *testemunha* da violência doméstica parece ser mais claro do que o termo *exposto* à violência doméstica. Vide Capítulo 2, abaixo.

[267] Em seu relato à Assembleia Geral, no mesmo ano, não foi incluída qualquer menção, pelo Representante Especial do Secretário Geral da ONU sobre Violência contra as Crianças (SRSG), aos termos *violência doméstica* ou *violência familiar*.

Em breve conclusão, o sistema protetivo geral do Direito Internacional Público, assim como aquele produzido no seio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado - HCCH, além de complementares, mostram-se bastante profícuos *na proteção à infância*, em seus mais diferentes aspectos. No âmbito do Direito Internacional Público a comunidade internacional, inicialmente por intermédio da Organização Internacional do Trabalho e, após, em especial por intermédio da Organização das Nações Unidas, tem devotado consistentes esforços voltados a tal desiderato, em movimentos paralelos àqueles identificados junto à HCCH, embora com convergência terminológica aparentemente reduzida.

Além disso, buscou-se demonstrar que a maioria dos documentos elaborados no âmbito do Direito Internacional Público não parece *suficientemente relevante para interpretação da exceção de grave risco* da CH80, ao menos a partir da moldura hermenêutica incluída na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, especialmente em razão de sua *forma* quanto no que diz respeito ao *momento* (em relação à Convenção da Haia de 1980) de sua produção.

Assim, algumas características do tratamento da *proteção à infância* são notáveis, quando comparados os esforços realizados nos âmbitos do Direito Internacional Público e Privado. Por primeiro, embora as *convenções* de Direito Internacional Privado analisadas não se voltem, *diretamente* à proteção da infância contra atos de violência[268] – preferindo garantir o respeito a vários de seus direitos fundamentais em temas específicos (adoção, subtração, visitação transnacionais e prestação de alimentos, por exemplo) – os *tratados* de Direito Internacional Público parecem voltar-se, mais diretamente à prevenção e repressão de tais atos – embora, muitas vezes, apenas em caráter programático ou principiológico (deixando aos Estados-Partes a discricionariedade quanto à *forma* de sua implementação em seus ordenamentos jurídicos domésticos).

---

[268] Sendo exceções, conforme visto:
a) a CH80 que, defende-se, protegeria a criança tanto do *ato de violência que a subtração internacional, em si mesma, pode caracterizar*, quando da violência que potencialmente poderá sobrevir ao seu retorno ao país de residência habitual. Este tratado, ainda, protegeria os direitos fundamentais de crianças e adolescentes à convivência familiar; à liberdade (especialmente de locomoção); ao direito de ter suas opiniões ouvidas e levadas em consideração, a depender de sua idade e grau de maturidade; e, por fim, à sua dignidade.
b) conforme mencionado em tópico anterior (Capítulo 1.2.1), a Convenção da Haia de 1996 também garantiria, ao menos em tese, a proteção de crianças e adolescentes contra atos de violência.

Por outro lado, a produção de *tratados*, em termos numéricos, elaborados no âmbito da HCCH mostra-se relativamente superior àquela encontrada no Direito Internacional Público. Além disso, enquanto na HCCH encontramos quase que exclusivamente tratados, no âmbito do Direito Internacional Público são mais profícuas as declarações, recomendações, estudos, dentre outros – com exceção da Convenção da ONU de 1989 (e seus protocolos adicionais) e os tratados produzidos no âmbito da Organização Internacional do Trabalho[269], verdadeiros instrumentos de natureza jurídica obrigatória para seus Estados-Partes. Tais documentos, conforme mencionado, se voltam à regulamentação, a mais abrangente possível, dos aspectos que envolvem a infância embora, nos mais das vezes, em caráter programático.

. Por fim, também foi possível concluir que alguns dos documentos elaborados no seio da ONU, em especial em anos recentes (e tanto no âmbito da proteção à infância quanto à mulher, conforme será visto), ainda parecem oscilar[270], ora aproximando-se, ora afastando-se dos estudos das ciências sociais sobre a fenomenologia da *violência doméstica* como ocorrência *direta* entre adultos (além disso, para os órgãos da ONU, a menção à necessária detecção de padrão de controle coercitivo ainda seja tímida), tendo as crianças e adolescentes como possíveis sujeitos *expostos* a tal evento – vítimas *indiretas,* portanto.

De forma adequada, em contrapartida, passa a constar, gradativamente, de tais documentos, a ideia de que os *impactos* da violência (*direta ou indireta*) a crianças e adolescentes não devem ser presumidos (embora, quando objetivamente constatados, possam ser de grande monta), devendo ser avaliados em cada caso e cautelosamente, levando em consideração uma multiplicidade de fatores (dentre estes, o grau de resiliência da criança envolvida). No entanto, tal aproximação também não se mostra, ainda, linear ou consolidada, sendo notáveis alguns *tropeços* terminológicos importantes.

---

[269] Os tratados elaborados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, conforme visto, dirigem-se à proteção da infância em temas específicos do ambiente laboral, a serem regulamentados de forma uniforme em todos os seus Estados-partes.

[270] Nem sempre de maneira linear ou uniforme, nem tampouco em todos os seus órgãos.

1.3.2. A proteção às mulheres: níveis máximos de adensamento e ambiguidades conceituais

No âmbito do Direito Internacional Público os países também avançaram consideravelmente na compreensão e sensibilidade quanto aos temas que tangenciam a violência contra a mulher – e de forma ainda mais profícua (ao menos em termos numéricos) do que em relação à proteção à infância.

Cerca de 600 Observações Conclusivas ("Concluding Observations") foram apresentadas pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW) desde a adoção da Recomendação Geral nº 19, de 1992[271], bem como outras tantas considerações foram feitas antes da adoção deste último documento, muitas delas referindo-se explicitamente à violência[272], por diversos órgãos (em sua maioria, integrantes do sistema da Organização das Nações Unidas).

Nota-se ampla produção, para além de tratados, de instrumentos relacionados à proteção da mulher de forma geral e/ou específica - ainda que, em sua maioria, eles não pareçam incorporar os elementos que garantiriam sua relevância, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, para interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Tais esforços vêm sendo compartilhados entre as organizações de caráter multilateral global, como a Organização das Nações Unidas e organismos regionais[273].

Vem sendo defendido, nesta tese, que as conclusões e recomendações (dentre outros tipos de documentos internacionais), elaborados *unilateralmente* por órgãos da ONU que, via de regra, não recebem manifestação de aprovação dos Estados quanto ao seu conteúdo ou que não seguem o rito da CVDT para conclusão de tratados), não poderão ser considerados, ao

---

[271] Referida recomendação será analisada em tópico na sequência. Disponível em https://unhrt.pdhj.tl/por/violencia-contra-as-mulheres/. Acesso em 20.09.2019.

[272] Para além dos documentos acima apresentados podem ser incluídos vários outros, como o Comentário Geral nº 28, de 200, sobre a igualdade dos direitos entre homens e mulheres, pelo Comitê de Direitos Humanos; Comentário Geral nº 2, de 2008, do Comitê conta a Tortura; Comentário Geral nº 22(2016) sobre direitos sexuais e saúde reprodutiva, pelo ECOSOC; e Comentário Geral nº 3 (2016) sobre Mulheres e Meninas com deficiência, pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Veja-se, ainda, Resolução da Assembleia Geral da ONU sobre Promoção da Declaração dos Direitos e Responsabilidade de Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade na Promoção e Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, datada de 2014.

[273] De acordo com o corte metodológico adotado no presente estudo, não serão aprofundados os esforços *regionais* de proteção às mulheres (ou à infância).

menos tecnicamente, para a adequada a uniforme interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 – salvo se puderem ser classificados como "regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes" (artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT), o que também não parece ser o caso de tais instrumentos[274].

Além disso, e assim como se percebeu na análise da proteção às crianças pelo Direito Internacional Público, a maior parte dos documentos elaborados (voltados à proteção da mulher) não teria densidade jurídica *suficiente* para geração de obrigações verdadeiramente mandatórias aos países, como ocorre com os tratados[275] (que ainda são em número reduzido no âmbito do Direito Internacional Público, mesmo no campo da proteção à mulher, conforme se verá na sequência).

Assim, ainda parece ausente o *consenso*, entre os países, sobre a criação de *novas* obrigações efetivas para si, ilustradas, por exemplo, na não aceitação – até o momento – de proposta de elaboração de convenção de combate à *violência* contra a mulher, em âmbito multilateral[276]. Em sentido análogo também será possível detectar a ausência de consenso entre os Estados-Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) para a adoção de emendas ou protocolos à Convenção da Haia de 1980.

Não se pode perder de vista que a busca de interpretação uniforme e adequada à *exceção de grave risco* da CH80, especialmente em sua interação com o fenômeno da violência doméstica, não pode desconsiderar o *nível e o conteúdo* do consenso multilateral que foi possível ser alcançado, até o momento, pela comunidade internacional, nos âmbitos, complementares, do Direito Internacional Público e Privado, tanto no campo da proteção à infância quando às mulheres. Referido nível, *concretizado* especialmente por intermédio do "pacta sunt servanda", parece ser elemento *relevante* – senão essencial - para a CVDT, na interpretação de tratados[277].

Conforme mencionado em tópico acima, ao final dos trabalhos da Conferência Mundial de Viena das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (1993) adotou-se abrangente

---

[274] Este tema será pormenorizado nos Capítulos 4 e 5.
[275] Reitera-se, neste ponto, que o grau de obrigatoriedade de um instrumento não parece ser elemento com impacto *direto* em sua classificação como relevante (ou irrelevante), à interpretação de tratado, segundo a CVDT – embora tal circunstância tangencie o princípio do "pacta sunt servanda".
[276] Em alguns cenários regionais, no entanto, obrigações de natureza mandatória já teria sido alcançada.
[277] Vide, em especial, o Capítulo 4 desta tese.

declaração[278] que, dentre outros aspectos, apresentou considerações sobre a amplitude e interseção entre a proteção à infância e a proteção a mulheres, *inclusive contra a violência* – embora tenha preferido, entende-se, classificar toda e qualquer violência contra a mulher como fundada no gênero[279]. Segundo o item 18 desta declaração:

A vasta produção dos Estados-Partes e dos órgãos que integram a estrutura das Nações Unidas demonstra que a proteção da mulher contra a violência parece estar recebendo *ainda maior volume de documentos do que a proteção à infância*. Entretanto, parece ser no contexto da proteção à mulher, no âmbito do Direito Internacional Público, que podem ser encontradas as maiores dificuldades à conceituação unívoca do fenômeno da *violência doméstica*, conforme será visto.

A. Os esforços de aproximação da violência à discriminação e à tortura

Os direitos das mulheres teriam sido conquistados de forma peculiar, uma vez que "durante a maior parte da história a mulher ocupou um papel coadjuvante em relação ao homem, ficando restrita à vida doméstica" (ZYLBERSZTAJN, 2009, p. 413). Na sequência serão pormenorizados os dedicados esforços dos países para proteção às mulheres, especialmente dirigidos ao fenômeno da violência. Durante este exercício também serão tecidas considerações sobre a ambiguidade terminológica encontrada em muitos destes documentos.

A *Declaração* dos Direitos *do Homem*, de 1789, elaborada no calor da Revolução Francesa, incentivou Olympe de Gouges a escrever, em 1791, um panfleto intitulado

---

[278] Disponível em https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx. Acesso em 27.07.2018.

[279] Segundo o artigo 18 desta declaração: "18. The human rights of women and of the girl-child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights. The full and equal participation of women in political, civil, economic, social and cultural life, at the national, regional and international levels, and the eradication of all forms of discrimination on grounds of sex are priority objectives of the international community.
Gender-based violence and all forms of sexual harassment and exploitation, including those resulting from cultural prejudice and international trafficking, are incompatible with the dignity and worth of the human person, and must be eliminated. This can be achieved by legal measures and through national action and international cooperation in such fields as economic and social development, education, safe maternity and health care, and social support.
The human rights of women should form an integral part of the United Nations human rights activities, including the promotion of all human rights instruments relating to women.
The World Conference on Human Rights urges Governments, institutions, intergovernmental and non-governmental organizations to intensify their efforts for the protection and promotion of human rights of women and the girl-child" (grifos nossos). Disponível em https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx. Acesso em 27.07.2018.

Declaração dos Direitos da Mulher, buscando defender a inclusão das mulheres como titulares dos direitos descritos no documento de 1798. Considerada uma ameaça, de Gouges foi encarcerada e condenada à pena de morte. Seu protesto pela igualdade das mulheres em relação aos homens não foi, naquele momento, aceito pelos revolucionários, que ainda consideravam que à mulher estava destinado apenas o espaço doméstico. Aponta-se que "historicamente, a posição relativa das mulheres expõe a baixa efetividade de direitos que foram universalizados nas sociedades ocidentais, mesmo dos mais fundamentais, como o direito à integridade física" (BIROLI, 2018, p. 10).

Conforme visto em tópico anterior, a Carta das Nações Unidas (1945) previu a igualdade entre homens e mulheres, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e os Pactos de 1966 sobre Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais[280]. No ano de 1949 foi adotada a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, que entrou em vigor em 1951[281]. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)[282], por sua vez, também prevê a igualdade de todos os seres humanos[283]. Tais documentos voltam-se, primordialmente, à garantia de *igualdade* entre os seres humanos e não, diretamente, a sua proteção contra *atos de violência*.

A Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, datada de 1º de dezembro de 1979[284] (CEDAW ou Convenção da ONU de 1979) conta com amplíssima participação dos países – atualmente, são 189 Estados-

---

[280] Assim como a Carta da ONU, seus Pactos de Direitos Humanos, além de dizerem respeito às mulheres, também se voltam à infância – e demais seres humanos, conforme visto em tópico anterior – Capítulo 1.3.1. O Pacto de Direitos Econômicos, Social e Culturais, por sua vez, não traz qualquer menção ao termo *violência*. O Pacto de Direitos Civis e Políticos faz menção a tal termo, apenas em seus artigos 2º e 20.

[281] Internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1959, por intermédio do Decreto nº 46.981/1959. Informação disponível em http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRepTrafPessLenoc.html. Acesso em 29.07.2018.

[282] Internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1969, por intermédio do Decreto-Lei nº 65.810/1969. Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em 29.07.2018.

[283] Tal tratado não utiliza, em nenhum momento, as palavras *mulher* ou *criança*.

[284] A entrada em vigor internacional deste tratado ocorreu em 1981. O Brasil participa deste instrumento, na condição de Estado-Parte, desde 1984, ano em que depositou seu instrumento de ratificação, tendo assinado o tratado no ano de 1981. Referida convenção foi internalizada, incialmente, ao ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Posteriormente, no entanto, tal decreto foi revogado, tendo sido substituído pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002 – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em 20.01.2020.

Partes[285]. Incluindo preâmbulo e 30 artigos, o tratado define as condutas que constituiriam *discriminação* contra a mulher[286] - a serem incluídas nas legislações e práticas domésticas dos países, além de definir uma *agenda* para ações domésticas voltadas à erradicação de tal discriminação.

A CEDAW prevê, ainda, que os Estados-Partes têm a obrigação de remeter, periodicamente, ao Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra Mulheres (Comitê CEDAW), relatórios sobre o cumprimento dos dispositivos da convenção[287]. Este comitê é formado, atualmente, por 23 especialistas independentes[288] e seu principal objetivo é o monitoramento da implementação desta convenção. Em 2000 entrou em vigor, no plano internacional[289], o Protocolo Adicional à CEDAW que, em especial, ampliou as atribuições de seu comitê. Este protocolo, facultativo, inclui, em especial, o reconhecimento – por seus Estados-Partes – da competência do Comitê CEDAW para receber e considerar comunicações (*denúncias*) por indivíduos ou grupos de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação de quaisquer dos direitos estabelecidos na CEDAW[290].

Resta claro que a CEDAW e seu protocolo adicional configuram, inequivocamente, *tratados aprovados* por seus Estados-Partes, que se comprometeram, em consequência, com o integral cumprimento das obrigações neles contidas. Ao lado da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança (e seus protocolos adicionais), estes seriam os principais

---

[285] Informação disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en. Acesso em 21.01.2020.

[286] A Convenção assim define *discriminação contra as mulheres,* em seu artigo 1º*:* "any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field".

[287] O primeiro relatório brasileiro teria sido enviado apenas em 2002, referindo-se aos anos de 1985, 1993, 1997 e 2001. No ano de 2003 o Comitê analisou os relatórios brasileiros em conjunto.

[288] Entre os anos de 1987 a 1990 a brasileira Ruth Escobar participou do comitê. Entre 2005 e 2016, a brasileira Silvia Pimentel integrou este comitê. Desde então, o Brasil não conta com nenhum especialista de sua nacionalidade em seus quadros.

[289] Este protocolo entrou em vigor para o Brasil em 2002. Sua internalização ao ordenamento jurídico doméstico se deu por intermédio do Decreto nº 4.316, de 30 de julho de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm. Acesso em 09.10.2019.

[290] Vide artigos 1º e 2º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

instrumentos multilaterais *mandatórios*, elaborados no âmbito da Organização das Nações Unidas, para proteção de tais grupos de seres humanos – crianças, adolescentes e mulheres[291].

Contudo, enquanto a Convenção da ONU de 1989 parece relacionar-se, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, à interpretação da *exceção de grave risco*, não se encontrou na CEDAW os elementos necessários à sua classificação como elemento relevante à interpretação de tal exceção. Além disso, assim como visto em relação à Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança[292], a CEDAW parece anunciar, no mais das vezes, *princípios e regras de conteúdo programático*, evitando detalhar ou impor uniformização quanto ao endereçamento das questões.

Diante da ausência de documento mandatório para prevenção e combate específicos da *violência* contra mulheres, o Comitê CEDAW passou a voltar seus esforços para *aproximação* da prática de violência (contra a mulher) ao conceito da CEDAW de *discriminação* à mulher, por intermédio da Recomendação Geral nº 19[293], de 1992, que reconhece, que "a violência baseada no gênero é uma forma de *discriminação* que inibe a capacidade das mulheres de gozarem os direitos e liberdades numa base de igualdade com os homens"[294]. Conforme a dinâmica de tais documentos, por primeiro são apresentados comentários gerais à CEDAW, específicos a alguns de seus artigos para, ao final, serem expedidas *recomendações* aos Estados-Partes.

Em de 2016, ainda no âmbito do Comitê CEDAW, foram iniciadas discussões para revisão da Recomendação Geral nº 19, tendo sido convidados todos os Estados-Partes, além da sociedade civil, a enviarem comentários à minuta de atualização a esta recomendação geral[295].

---

[291] Apesar de não se considerada, para os fins desta tese, relevante à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, a Convenção das Nações Unidas de 1979 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) possui quase o dobro do número de Estados-Partes da CH80. Isso pode ser explicado, em parte, pelo fato de que haveria significativa diferença no conteúdo de tais tratados: enquanto a CH80 apresenta regulamento razoavelmente pormenorizado do tema da subtração internacional de crianças e adolescentes (além de sua visitação transnacional), buscando regulamentação uniforme em todos os Estados-Partes,

[292] Capítulo 1.3.1, acima.

[293] Disponível em https://unhrt.pdhj.tl/por/violencia-contra-as-mulheres/. Acesso em 20.09.2019.

[294] Disponível em https://unhrt.pdhj.tl/por/violencia-contra-as-mulheres/. Acesso em 20.09.2019.

[295] Informação disponível em https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/DraftUpdateGR19.aspx. Acesso em 31.07.2018. Participaram do exercício mais de uma centena de organizações da sociedade civil (e de mulheres), além de Estados-partes, academia, entidades do sistema ONU e outros "stakeholders".

O trabalhou culminou com a publicação em 2017, da Recomendação Geral nº 35[296] que, por primeiro, considerou que "a 'opinio jures' e a prática dos Estados sugerem que a proibição de violência fundada no gênero contra a mulher *evoluiu para princípio de Direito Internacional Costumeiro*"[297].

Esta afirmação parece, no entanto, contestável, diante da realidade ainda presente em muitos países quanto à ocorrência de violência contra a mulher fundados no gênero – assim como a ausência ou deficiências de prevenção, investigação, persecução e repressão. Não há notícias de reconhecimento, até o momento, pela Corte Internacional de Justiça, por exemplo, de que a proibição de violência contra a mulher fundada no gênero teria alçado o patamar normativo de Direito Internacional Consuetudinário – o que já ocorreu, conforme será pormenorizado no decorrer deste estudo, por exemplo, em relação ao capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados[298].

A Recomendação Geral nº 35 do Comitê CEDAW, então, volta seus olhos para os países em que a legislação relativa à violência contra a mulher fundada no gênero seria, *por força de sua observação* (unilateral), inexistente, inadequada ou com baixa efetividade, muitas vezes justificada em nome da tradição, cultura, religião, ideologias fundamentalistas ou reduções dos gastos públicos. Afirmando, mais uma vez, que a violência contra a mulher fundada no gênero constituiria *discriminação contra a mulher,* nos termos do artigo 1º da CEDAW, todas as obrigações contidas neste tratado passam a ser aplicáveis a seus Estados-Partes, ao menos no entendimento deste comitê. Entretanto, ao contrário do que o documento pretende veicular, entende-se que os Estados-Partes não parecem ter alcançado grau de consenso multilateral suficiente para se comprometerem, de maneira mandatória, com tais afirmações.

Por outro lado, este documento parece incorporar, em alguma medida, os novos desenvolvimentos do tema da violência contra a mulher, além de considerar a jurisprudência

---

[296] Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf . Acesso em 31.07.2018.

[297] Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf . Acesso em 31.07.2018.

[298] Vide Capítulo 4, abaixo.

crescente[299], o trabalho do Comitê CEDAW e do Relator Especial sobre Violência contra a Mulher. No entanto, conforme mencionado, sua conclusão final de aproximação da violência à discriminação, para fins de aplicação *direta e imediata de todas as obrigações contidas na CEDAW*, parece merecer reflexão crítica.

Também no âmbito da Convenção das Nações Unidas de 1984 Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Convenção contra a Tortura)[300] foram emitidas considerações sobre a violência doméstica. Em seu Comentário Geral nº 2 (2007)[301], voltado à implementação do artigo 2º deste tratado, o Comitê contra a Tortura (CAT)[302] se debruçou sobre a responsabilidade estatal de agir diligentemente em relação à violência contra a mulher.

Esta ideia seria aplicada à falha dos Estados-Partes em prevenir e proteger vítimas de violência fundada no gênero, como estupro, *violência doméstica*, mutilação genital feminina e tráfico de mulheres. Contudo, o comitê teria apenas definido a figura do *estupro como tortura*, até o momento. Em conclusão, a violência doméstica não teria sido definida como forma de tortura por tal comitê, ao menos até agora[303]. Resta evidente, entretanto, mais uma tentativa de aproximação, realizada unilateralmente por órgão que integra a estrutura da Organização das Nações Unidas, da violência contra à mulher a instituto que encontra previsão de prevenção e combate em tratado – no caso, a Convenção contra a Tortura – diante, defende-se - da ausência de *consenso multilateral para realização de um tratado especificamente voltado àquele objeto.*

---

[299] O documento, no entanto, não indica a fonte produtora de tal *jurisprudência*: doméstica, produzida pelos países? Internacional, produzida pela Corte Internacional de Justiça ou Cortes regionais de Direitos Humanos? Seriam as manifestações do Comitê CEDAW, especialmente aquelas formuladas sob o pálio do Protocolo Adicional à CEDAW consideradas, por seu Comitê, jurisprudência? O aprofundamento de tais discussões ultrapassa o escopo desta tese, razão pela qual tal esforço não será realizado.

[300] Internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº 40/1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em 29.07.2018.

[301] Disponível em http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskvE%2BTuw1mw%2FKU18dCyrYrZhDDP8yaSRi%2Fv43pYTgmQ5n7dAGFdDalfzYTJnWNYOXxeLRAIVgbwcSm2ZXH%2BcD%2B%2F6IT0pc7BkgqlATQUZPVhi. Acesso em 29.07.2018.

[302] O Comitê contra a Tortura ("Committee Against Torture" – CAT) é um órgão composto por 10 especialistas independentes que monitora a implementação da Convenção contra a Tortura por seus Estados-partes.

[303] Conforme mencionado acima e de acordo com notícia publicada no sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas, especialistas do Comitê contra a Tortura estariam se inclinando para sensibilizar os Estados-Partes a encarar os crimes fundados no gênero pelas lentes da tortura. Dentre estes, encontrar-se-ia a violência entre parceiros (ou violência doméstica, nos termos da notícia). Informação disponível em https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17152&. Acesso em 29.07.2018.

Resta claro que, apesar de alto volume de documentos produzidos em âmbito internacional, inexiste, até o momento, nível de consenso, *entre os Estados-Membros* da Organização das Nações Unidas (ONU), suficiente para elaboração de um tratado *especificamente voltado à proteção de mulheres contra a violência*, inclusive violência doméstica. O que se nota, em especial, é o esforço de *órgãos* que integram a estrutura da ONU de buscar, *unilateralmente, aproximar a prática de violência o conceito de discriminação contra a mulher e à tortura* – uma vez que a prevenção e combate à discriminação contra a mulher e à tortura já encontram enquadramento normativo *aceito por elevado número de Estados-Partes*.

B. As ambiguidades terminológicas das violências nos órgãos da ONU

Conforme vem sendo discutido no decorrer deste estudo, é especialmente no âmbito dos documentos *unilateralmente* elaborados por órgãos da Organização das Nações Unidas que se observam as mais importantes ambiguidades conceituais em relação ao fenômeno da *violência doméstica*, ora afastando-se, ora aproximando-se, das noções sobre tal fenômeno desenvolvidas pelas ciências sociais e adotadas como marco teórico por esta tese.

No ano de 1985 a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou a Resolução nº 40/36, intitulada *Violência Doméstica*[304]. Já em seu preâmbulo o documento faz menção à Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, buscando reconhecer a complementariedade entre o fenômeno da violência contra a mulher e contra a criança. Além disso, apontou-se que o abuso e espancamento no ambiente familiar são problemas críticos, dotados de *efeitos* psicológicos e físicos sérios aos indivíduos membros da família, *especialmente os jovens,* além de danificar a saúde e sobrevivência da unidade familiar. Por fim, foram reconhecidos os efeitos adversos da *exposição* à violência doméstica, especialmente, no estágio inicial do desenvolvimento humano e *o incalculável dano* daí advindo.

Este ponto, no entanto, também parece ilustrar possível afastamento das modernas discussões sobre os *efeitos* da ocorrência ou exposição a qualquer forma de violência de mulheres, crianças ou outros seres humanos, na medida em que suas consequências não devem

[304] Disponível em https://undocs.org/en/A/RES/40/36. Acesso em 29.07.2018.

ser *presumidas*, uma vez que cada ser humano sofrerá tal experiência de forma individualizada. Este assunto, que vem sendo tangenciado no decorrer deste estudo, será pormenorizado em capítulo específico[305].

Já se discutiu que, assim como as *resoluções, recomendações e decisões* dos demais órgãos da ONU, as manifestações de sua Assembleia Geral são, via de regra, dotadas de natureza *opinativa, ainda que aprovadas pelos Estados-Membros desta organização.* Conforme constatado em tópico acima, apenas algumas de suas decisões e resoluções teriam caráter mandatório aos países como, por exemplo, aquelas relacionadas a contribuições (obrigatórias) ao orçamento do organismo (previstas na Carta da ONU que, como tratado, tem natureza mandatória), requerendo a adoção de medidas (concretas e específicas) pelos Estados-Partes.

Pelas razões já discutidas em tópicos anteriores, não se considera que tais manifestações sejam *relevantes à interpretação da exceção da exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980*, nos exatos termos do capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, em especial por sua *forma e momento* de elaboração, bem como por não se caracterizarem, entende-se, *regras* pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

A Resolução nº 40/36 da ONU, contudo, possui pelo menos um ponto que pode ser considerado *positivo*: a constatação de que seres humanos podem ser *expostos* à violência doméstica. Embora o documento não mencione, expressamente, que *apenas adultos* poderão ser vítimas de tal fenômeno – assunto que será pormenorizado, em especial, no Capítulo 2 desta tese - ou que crianças e adolescentes poderão ser, exclusivamente, suas vítimas *indiretas*, já se nota uma *abertura*, ainda que tímida, para a distinção entre vítimas diretas e vítimas expostas (indiretas) à violência doméstica. Esta resolução baseou-se em manifestação do Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) que, em 1986, a Resolução 1986/18[306], *deplorando* o abuso das mulheres na família, circunstância que refletiria e reforçaria a posição inferior da mulher, além de *condenar* a prática de violência *na família*, considerada grave violação dos direitos *das mulheres* e ameaça ao seu bem-estar físico e mental.

---

[305] Capítulo 2.6.
[306] Documento E/1986/94, disponível em https://digitallibrary.un.org/record/196122. Acesso em 20.01.2020.

Ao final da Resolução nº 40/36 os países foram encorajados a coletarem dados sobre o fenômeno da violência doméstica. Aponta-se que as decisões e resoluções do ECOSOC não são dotadas de caráter mandatório (BANERJEE; SHARMA, 2007, p. 319). Ainda que, por vezes, o ECOSOC faça uso da terminologia *decisão* em seus documentos, estas também não contam com a aprovação dos países quanto ao seu *conteúdo*, elemento que, entende-se, lhes retira a possibilidade de serem manejadas, nos termos da CVDT, na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

Conforme mencionado acima, o Comitê CEDAW emitiu, no ano de 1992, a Recomendação Geral nº 19[307] que, além de *buscar naturalizar a ideia de que a prática de ato de violência contra a mulher seria forma de discriminação*, também defendeu que a definição de discriminação contra a mulher, incluída no artigo 1º da CEDAW, englobaria a *violência baseada no gênero*. Esta, por sua vez, seria a violência dirigida contra a mulher *por ela ser mulher ou* aquela que afetaria desproporcionalmente as mulheres:

> "Esta violência inclui os atos que infligem danos ou sofrimento físico, mental ou sexual, as ameaças de cometer esses atos, a coerção e outras formas de privações da liberdade. A violência baseada no género pode contrariar disposições específicas da Convenção [CEDAW], independentemente de expressamente mencionarem a violência"[308].

Entende-se que a tentativa de conceituação de violência contra a mulher fundada no gênero, incluída neste documento peca na aproximação da ideia de que violência qualquer tipo de violência que *afete, numericamente, mais mulheres do que homens*, configurará a primeira.

O ano de 1993 contou com a proliferação de documentos voltados à proteção da mulher contra a violência. Por primeiro, neste ano ocorreu, em Viena – Áustria, a II Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (II Conferência de Direitos Humanos)[309]. Na ocasião, foi concluída abrangente *declaração* – a *Declaração sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher* (A/RES/48/104, de 20 de dezembro de 1993[310]) que, dentre outros

---

[307] Disponível em https://unhrt.pdhj.tl/por/violencia-contra-as-mulheres/. Acesso em 20.09.2019.
[308] Disponível em https://unhrt.pdhj.tl/por/violencia-contra-as-mulheres/. Acesso em 20.09.2019.
[309] A I Conferência Mundial de Direitos Humanos ocorreu em Teerã, em 1968. Segundo Antonio Augusto Cançado Trindade (TRINDADE, 2003, pp. 77-80), "a época começava a testemunhar a gradual passagem da fase legislativa à fase de implementação do direito internacional dos direitos humanos".
[310] Disponível em https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.21_declaration%20elimination%20vaw.pdf. Acesso em 09.10.2019.

aspectos, apresentou considerações sobre a interseção entre a proteção à infância e a proteção a mulheres, inclusive contra a violência.

Tal declaração, *proclamada* no âmbito da Assembleia Geral da ONU, ao final do mesmo ano, também veiculou definição ampla de *violência contra a mulher*[311] e afirmações sobre os direitos a serem aplicados para garantir a eliminação de tal violência, acompanhada de *compromisso*, teoricamente assumido pela comunidade internacional em geral, com essa eliminação.

Esta declaração foi adotada sem votação e, assim como visto em tópico anterior que se debruçou sobre o valor normativo das *declarações* internacionais de direitos, ela não seria tecnicamente relevante para interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, nos termos da CVDT. Importante notar, entretanto, que ela se afastou da noção, veiculada no ano anterior pelo Comitê CEDAW (vista acima), na medida em que *não incluiu a incidência numérica como elemento* da conceituação de *violência contra as mulheres*. Ela também não utilizou a expressão, que parece consagrada, de violência contra a mulher fundada no gênero.

A 4ª Conferência sobre Mulheres ocorreu em Pequim no ano seguinte (1994), onde teria sido possível avançar em relação a evento semelhante, ocorrido anteriormente em Nairóbi. A *Declaração* de Pequim e sua *Plataforma de Ação*[312] reiteraram que os direitos das mulheres são *direitos humanos*, além de buscarem *comprometer* os países com ações específicas para sua garantia. No tema da violência doméstica, chama a atenção uma das ações previstas, a ser adotada pela *mídia, organizações não-governamentais e setor privado*[313], qual seja:

> "Strategic objective J.2. Promote a balanced and non-stereotyped portrayal of women in the media - Actions to be taken (…)
> By the media, non-governmental organizations and the private sector, in collaboration, as appropriate, with national machinery for the advancement of women:
> (a) Promote the equal sharing of family responsibilities through media campaigns that emphasize gender equality and non-stereotyped gender roles of women and men within the family and that disseminate information aimed at eliminating spousal and

[311] "Artigo 1º. Para os fins da presente Declaração, a expressão 'violência contra as mulheres' significa qualquer ato de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais atos, a coação ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada".
[312] Disponíveis em http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf. Acesso em 29.07.2018.
[313] Esta subscritora tem sérias dúvidas sobre a possibilidade de uma declaração, adotada no seio da Organização das Nações Unidas, possa criar *obrigações exequíveis* a entidades privadas dos Estados- Membros. Certamente os países poderão criar tais obrigações, por exemplo, em cumprimento à declaração. No entanto, o aprofundamento desta discussão foge ao escopo da presente tese.

> child abuse and all forms of violence against women, including domestic violence; (…)"[314].

Embora não se trate de tema pacificado, conforme mencionado anteriormente, a doutrina vem apontando que as declarações adotadas no âmbito das Nações Unidas carecem de natureza jurídica mandatória, ideia a qual esta tese adere. Além disso, e sob a ótica da classificação proposta neste estudo, tais documentos não parecem instrumentos relevantes à interpretação da *exceção de grave risco*, pelas razões que vem sendo enunciadas no decorrer desta tese.

A Assembleia Geral da ONU manteve em sua agenda, com regularidade, o tema da intensificação dos esforços para eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, também no período de 2006-2012. O Secretário-Geral desta organização internacional apresentou, periodicamente, relatórios – em princípio, a partir das informações fornecidas pelos Estados-Membros – sobre as medidas adotadas por estes últimos, além daquelas ocorridas no âmbito da ONU, endereçadas à violência contra a mulher[315].

Por fim, e fazendo referência ao Comentário Geral nº 13 (2011) do CRC (Comitê sobre os Direitos da Criança)[316], o Relator Especial sobre Violência contra a Mulher, em sua manifestação anual, emitida no ano de 2017 - com foco em abrigos e ordens de proteção - ao Comitê de Direitos Humanos[317], considerou, por primeiro, que *a violência contra a mulher fundada no gênero* poderá ter crianças como *testemunhas* – não foi utilizado o vocábulo *expostas*, que se considera mais adequado. Além disso, defendeu que tal exposição poderá ter diferentes efeitos em relação *a cada uma* das crianças envolvidas, garantindo que *não há como se presumir danos ou efeitos a tais sujeitos*, posição que parece correta a esta subscritora.

Ao final, o Relator Especial sobre Violência contra a Mulher *recomendou* aos Estados-Partes que criassem métodos institucionais de avaliação sobre se uma criança testemunhou violência contra a mulher, oferecendo recursos apropriados para identificar, prevenir e reagir à violência contra crianças. Dentre outros aspectos, este documento também *flerta* com a ideia

---

[314] Disponível em http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf. Acesso em 29.07.2018

[315] Informação disponível em http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/v-work-ga.htm#in. Acesso em 29.07.2018.

[316] Disponível em Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f13&Lang=en. Acesso em 04.08.2018. Vide, ainda, Capítulo 1.3.1.

[317] Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/162/08/PDF/G1716208.pdf?OpenElement. Acesso em 01.08.2018.

de que as crianças e adolescentes seriam, tão-somente, testemunhas, e não vítimas de violência contra a mulher, no seguinte trecho:

> "104. Children *witnessing gender-based violence against women have a right to be heard and to have their best interests taken into account* by all decision makers as a primary consideration, taking also into account the existence of a context of domestic violence.[nota de rodapé omitida]" (…)
> it is a breach of State obligations when State agents disregard the best interests of children. [nota de rodapé omitida] Visitation by the violent parent must be carefully regulated to ensure that victims and their children are safe[318]. An integrated child safety approach needs to be taken into account in the provision of shelters and in enforcing protection orders" (grifos nossos)[319].

Rememora-se, mais uma vez, que tais relatórios e estudos consubstanciam manifestações *unilaterais* de órgãos, divisões ou indivíduos indicados pela Secretariado das Nações Unidas e, em decorrência, não seriam relevantes à interpretação de tratados, nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Do mesmo modo, as recomendações do Comitê CEDAW, a maior parte das decisões e resoluções da Assembleia Geral da ONU, as decisões e resoluções do ECOSOC e demais órgãos da ONU, seus Grupos de Trabalho, etc., conforme pormenorizado no decorrer deste capítulo.

C. Organização Mundial da Saúde: adequação terminológica progressiva da violência doméstica?

O presente tópico voltará seus olhos para outra organização internacional, a Organização Mundial da Saúde (OMS)[320], que também tem produzido documentos relacionados à prevenção e proteção de mulheres (e crianças, especialmente meninas) contra os efeitos da violência, mas que, ao contrário da ONU, parece aproximar-se da conceituação adequada do fenômeno da violência doméstica a partir da publicação de estudos, sem a

---

[318] Interesse notar, neste ponto, que mesmo quando um dos genitores é violento, não há vedação, "a priori" da ocorrência de visitas dele à criança; deve-se, no entanto, regulamentar tais visitas adequadamente, para garantir a integridade desta última e do outro genitor, sempre que necessário. A Convenção da Haia de 1980, para além de objetivar prevenir e combate a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, também se debruça sobre a garantia e regulamentação do direito transnacional de visitas, *aplicável a situações em que não se discute a subtração de uma criança,* mas é necessário regulamentar, no país em que ela se encontra residindo com habitualidade, o acesso dela a outro(s) membro(s) da família, que reside em país estrangeiro. O aprofundamento do tema da visitação transnacional de crianças e adolescentes, no entanto, não se inclui no escopo desta tese.

[319] Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/162/08/PDF/G1716208.pdf?OpenElement. Acesso em 01.08.2018.

[320] A OMS é organização internacional criada no ano de 1948, no formato de *agência especializada das Nações Unidas* e, atualmente, conta com 194 Estados-Partes e um corpo de mais de 7.000 pessoas, originárias de mais de 150 países, que exercem suas atividades em 150 escritórios nos territórios de Estado, em 6 escritórios regionais e na sede desta organização, em Genebra (Suíça). Informações disponíveis em https://www.who.int/countries/en/ e https://www.who.int/about/who-we-are. Acesso em 09.10.2019.

pretensão de *regulamentá-lo unilateralmente*. No entanto, os conceitos operacionais adotados pelas publicações da OMS ainda padecem, entende-se, de falhas e limitações, conforme será visto.

Assim como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial da Saúde – OMS - tem devotado relevantes recursos à abordagem do tema da violência doméstica. Contudo, em relação aos esforços identificados no âmbito daquela são notáveis algumas diferenças, em especial:

> a) a OMS tem preferido a estratégia de publicação de *estudos*, ao invés de declarações ou decisões. A organização internacional, portanto, assume que seu conteúdo é produzido unilateralmente por um órgão ou divisão incluído em sua estrutura, sem que seu conteúdo necessariamente reflita a posição de seus Estados-Membros;
>
> b) a OMS também parece aderir, com maior *linearidade*, à conceituação do fenômeno da violência doméstica encontrada no seio das ciências sociais, inclusive em relação aos seus efeitos, embora adotado viés de gênero; e, por fim,
>
> c) a partir de estudo global sobre a violência, os documentos da OMS têm sido elaborados, aparentemente, sob o pálio de apenas 1 programa, relacionado à saúde sexual e reprodutiva e por um mesmo grupo – com poucas alterações – de pesquisadores. Esta circunstância, em especial, parece auxiliar a garantir a maior uniformidade quanto ao conteúdo das informações produzidas.

Detectou-se que o ponto de partida para a inserção da OMS no cenário da prevenção e combate à violência estaria na Resolução WHA49.25, de 1996, denominada "Prevention of violence: a public health priority"[321]. Este documento, *aprovado* pelos Estados-Membros da OMS, é inaugurado com a constatação do incremento dramático na incidência de lesões intencionais que afetam *pessoas de todas as idades e ambos os sexos*, *mas especialmente mulheres e crianças,* para *declarar* que a violência é um problema de saúde pública prioritário.

---

[321] Disponível em https://www.who.int/violence_injury_prevention/resources/publications/en/WHA4925_eng.pdf. Acesso em 12.10.2019.

Dentre outras considerações, o documento determina ao Secretariado da OMS que inicie atividades voltadas ao problema da violência, caracterizando seus diferentes *tipos*, definindo sua magnitude e avaliando suas causas e consequências no campo da saúde pública, *incluindo-se perspectiva de gênero nesta análise*. Desde o início das atividades da OMS no tema da violência parece claro que: a) não se desconsidera que pessoas de *ambos os gêneros* podem ser vítimas de tal fenômeno; b) a adoção *deliberada* de perspectiva de gênero para *analisar* o fenômeno.

Desde então a OMS vem *analisando* as principais formas de violência, especialmente aquelas cometidas contra *mulheres (adultas, incluindo idosas, crianças ou adolescentes)* e sua incidência pelo globo, bem como buscando desenhar ferramentas, especialmente voltadas aos profissionais de saúde – mas também aos "decision-makers", para sua prevenção e combate. Segundo informações colhidas em seu sítio eletrônico:

> "WHO works worldwide to promote health, keep the world safe, and serve the vulnerable. Our goal is to ensure that a billion more people have universal health coverage, to protect a billion more people from health emergencies, and provide a further billion people with better health and well-being"[322].

Nota-se nos documentos produzidos em seu âmbito e assim como visto anteriormente, a *complementariedade* da proteção da infância e das mulheres, especialmente quando as potenciais vítimas podem ser meninas (crianças ou adolescentes do sexo feminino).

Em atenção à Recomendação WHA49.25, acima mencionada, o primeiro "World report on violence and health"[323] foi publicado pela OMS em 2002. Fazendo referência à documento da OMS do ano de 1996[324], *violência* foi definida como "the intentional use of physical force or power, threatened or actual, against oneself, another person, or against a group or community, that either results in or has a high likelihood of resulting in injury, death, psychological harm, maldevelopment or deprivation"[325].

Tal definição, por primeiro, associa a intencionalidade da prática do ato de violência com seu cometimento, independentemente do resultado produzido. Em segundo lugar, a

---

[322] Informações disponíveis em https://www.who.int/about/what-we-do. Acesso em 09.10.2019.
[323] Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf?sequence=1. Acesso em 12.10.2019.
[324] "WHO Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority", publicado em 1996 pela Organização Mundial da Saúde (Documento WHO/EHA/ SPI.POA.2).
[325] Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf?sequence=1. Acesso em 12.10.2019.

utilização da palavra *poder* ao lado de *força física*, amplia o escopo do ato violento para incluir a prática resultante de qualquer *relacionamento de poder*, incluindo ameaças, intimidação e *omissões*. Neste ponto, em alguma medida, parece contemplada a necessidade, *no caso de violência doméstica*, de identificação do elemento de *controle coercitivo*[326].

Nota-se, também, que violência foi definida de forma objetiva, sem deixar espaço para a consideração de características culturais (de tolerância à violência entre indivíduos) encontráveis, ainda, em alguns espaços do globo – o que parece, no mínimo, ingênuo, tendo em vista a realidade fática das diferenças multiculturais e de sistemas jurídicos. Além disso, a definição também ampliou o leque de *resultados possíveis* de tal violência: para além de lesões físicas, ficam incluídos os danos psicológicos, além de:

> "deprivations and maldevelopment. This reflects a growing recognition among researchers and practitioners of the need to include violence that does not necessarily result in injury or death, but that nonetheless poses a substantial burden on individuals, families, communities and health care systems worldwide" (KRUG et al., 2002, p. 5).

Ainda neste ponto, reconhece-se que muitas formas de violência *contra a mulher, crianças e idosos* podem resultar em problemas físicos, sociais e psicológicos que não geram, necessariamente, lesões físicas, deficiências ou óbito, mas que geram consequências "imediatas, latentes e que podem perdurar por anos após o abuso" (KRUG et al., 2002, p. 5). O tema da intensidade e duração dos efeitos do ato de subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, *como ato de violência cometido contra elas*, será discutido no Capítulo 2 desta tese.

Em capítulo dedicado à violência cometida por parceiros íntimos, Krug e seus colaboradores consideraram, para justificar a *adoção de abordagem da violência entre parceiros íntimos exclusivamente quanto à prática de violência cometida por homens contra mulheres,* a *prevalência numérica de tal fenômeno*, apontando que:

> "Intimate partner violence occurs in all countries, irrespective of social, economic, religious or cultural group. Although women can be violent in relationships with men, and violence is also sometimes found in same-sex partnerships, the overwhelming burden of partner violence is borne by women at the hands of men [nota de rodapé omitida]. For that reason, this chapter will deal with the question of violence by men against their female partners" (KRUG et al., 2002, p. 89, grifos nossos).

---

[326] Conforme será visto e de acordo com marco teórico adotado nesta tese, a presença do elemento de *controle coercitivo* mostra-se essencial à conceituação do fenômeno da violência doméstica.

Este estudo evitou, ao que parece, veicular *conceituação* para a violência entre parceiros íntimos, preferindo apontar 2 *dinâmicas de tal violência*:

a) uma forma severa e escalada de violência caracterizada por múltiplas formas de abuso, provocação de terror e ameaças, além de comportamento crescente de possessividade e controle por parte do abusador;
b) forma mais moderada de relacionamento violento, onde frustração e raiva contínuas ocasionalmente eclodem na forma de agressão física. (KRUG et al., 2002, p. 93)

Tais autores consideram, ainda, que:

> "Recent research *from industrialized countries* suggests that the forms of partner violence that occur are not the same for all couples who experience violent conflict. (…)
> Researchers hypothesize that community-based surveys are better suited to detecting the second, more moderate form of violence – also called 'common couple violence' – than the severe type of abuse known as battering" (KRUG et al., 2002, p. 93).

A partir do "World report on violence and health" passaram ser publicados, também dentro do escopo do Programa de Saúde Sexual e Reprodutiva da OMS, outras análises (doravante estudos), relacionadas *especificamente* à violência contra a mulher, sob diferentes perspectivas[327]:

a) a violência como fator de risco hábil a contribuir à vulnerabilidade do contágio de mulheres ao vírus do HIV (2000, 2006 e 2010);

b) relações sexuais sem consentimento, outras formas de violência sexual e suas consequências, envolvendo mulheres, crianças e adolescentes (do sexo feminino);

c) guias para pesquisadores, tanto para proteger a segurança das mulheres entrevistadas quanto para utilizar as conclusões alcançadas para *influenciar tomadores de decisões*;

d) as determinantes sociais da saúde sexual e reprodutiva; - proteção às mulheres em contextos de conflitos ou de necessidades humanitárias, dentre outros.

---

[327] A lista completa de publicação da OMS sobre violência contra a mulher pode ser acessada em https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/en/. Acesso em 09.10.2019.

A Assembleia da OMS *adotou*, em 2003 e 2014, as resoluções WHA56.24[328] e WHA67.15[329], respectivamente, ambas relacionadas ao tema da violência. Na primeira, os Estados foram *concitados* a apontar pontos focais em seus ministérios da saúde e utilizar as conclusões e recomendações do "World report on violence and health". Nove anos depois, esta assembleia apontou a importância dos sistemas de saúde em endereçar a violência, *em particular contra a mulher, meninas e crianças,* requerendo ao Diretor-Geral da OMS o desenvolvimento de um plano global de ação para fortalecer o papel dos sistemas de saúde no tema da *violência interpessoal*, *em particular contra mulheres, meninas e crianças*[330].

Nota-se que a violência *entre parceiros* vem, ao lado da violência sexual, sendo os temas em que a OMS, sob o pálio do Programa de Saúde Reprodutiva, tem dedicado intensos esforços, permanecendo em discussão no âmbito desta organização internacional por mais de 2 décadas.

i. A constatação de ausência de conceituação unívoca

Os tópicos seguintes se voltarão à discussão dos principais documentos que se debruçaram sobre o tema da violência *doméstica* no âmbito desta organização internacional. Preferiu-se sua apresentação em ordem cronológica, na medida em que parece possível detectar-se certo grau de *evolução* das ideias veiculadas, para maior aproximação da conceituação do fenômeno da violência doméstica que vem sendo adotada nesta tese.

Em 1998 foram iniciados estudos por grupo de pesquisadoras da "International Research Network on Violence Against Women"[331]. Esta organização não governamental envolveu-se em um projeto de larga escala, custeado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e denominado "The WHO Multi-Country Study on Women's Health and Domestic Violence

---

[328] Disponível em http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA56/ea5624.pdf. Acesso em 12.10.2019.
[329] Disponível em http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA67/A67_R15-en.pdf. Acesso em 12.10.2019.
[330] Disponível em https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/en/. Acesso em 12.10.2019. Também em 2014 ocorreu a publicação do documento "Global status report on violence prevention 2014". Segundo informações extraídas do sítio eletrônico da OMS, "The Global status report on violence prevention 2014, which reflects data from 133 countries, is the first report of its kind to assess national efforts to address interpersonal violence, namely child maltreatment, youth violence, intimate partner and sexual violence, and elder abuse". Não se encontrou, no entanto, em tal documento, referências relevantes à conceituação da violência doméstica.
[331] Trata-se de organização não governamental que funcionou entre os anos de 1995 a 2005 e, aparentemente, se relacionava exclusivamente com a Organização Mundial de Saúde. Uma vez que ela não estaria mais em funcionamento, foram encontradas, em pesquisas na internet, poucas e indiretas referências a ela.

Against Women: Initial results on prevalence, health outcomes and women's responses", doravante Estudo da ONU 2005 (Completo) (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005b)[332].

Durante a elaboração deste estudo foram sendo publicados, por intermédio do Departamento de Gênero, Mulheres e Saúde da OMS, seus subprodutos, tendo sido identificado o "Putting women first: Ethical and safety recommendations for research on domestic violence against women"[333] o primeiro deles. Esta publicação, datada de 2001, fundou-se primordialmente na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher, que foi *proclamada* pela Assembleia Geral da ONU por intermédio da Resolução nº 48/104, em dezembro de 1993, e que buscou veicular, conforme visto em tópico anterior, *conceito para a violência contra a mulher*[334]. Relembra-se que tal declaração, com visto em relação à todas as *Declarações de* Direitos da ONU, não é dotada de natureza mandatória em relação aos Estados-Membros desta última organização.

Apoiando-se em conceito formulado por Heise e colaboradores (HEISE, et. al., 1999), o Estudo da OMS de 2005 (Sumário) concluiu, por primeiro, que "a violência doméstica é o tipo mais comum de violência contra a mulher" em todo o globo, consubstanciando-se em abuso físico, emocional e/ou sexual da mulher, cometido por seu parceiro íntimo ou ex-parceiro. Outras modalidades de violência doméstica ainda seriam identificadas em regiões específicas ou comunidades, "such as downry harassement and wife inheritance" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 5).

Considera-se que tal conceito possui, pelo menos, duas falhas importantes: por primeiro, limita-se à ocorrência de violência tendo apenas a *mulher* como vítima. Conforme discute-se

---

[332] No mesmo ano ocorreu a publicação de *Relatório Sumário, contendo os resultados inicias sobre a prevalência, efeitos à saúde e respostas de mulheres*, denominado "WHO multi-country study on women's health and domestic violence against women: Summary Report - initial results on prevalence, health outcomes and women's responses", doravante Estudo da OMS de 2005 (Sumário). (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a).

[333] Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/65893/WHO_FCH_GWH_01.1.pdf;jsessionid=1910D9764568BA18EA006D4442B3C987?sequence=1. Acesso em 09.10.2019.

[334] "Article 1. *For the purposes of this Declaration*, the term "violence against women" means any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life". Disponível em https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.21_declaration%20elimination%20vaw.pdf. Acesso em 09.10.2019.

no decorrer desta tese[335], o fenômeno da violência doméstica pode envolver, na condição de autores ou vítimas, *adultos de qualquer dos gêneros*. Em segundo lugar, não é feita menção a elemento considerado essencial deste fenômeno, qual seja, a identificação de *padrão de controle coercitivo*, exercido (ou que se busca exercer) pelo agressor(a) em desfavor da vítima. Por outro lado, entende-se positiva a porção do conceito, que limita o fenômeno da violência doméstica à relação *entre parceiros*, ainda que não tenha sido explicitado que tais parceiros deverão ser *adultos*.

O Estudo da OMS de 2005 (Sumário), então, volta-se à apresentação de *recomendações* relacionadas à conduta ética na condução de *pesquisas* sobre violência doméstica. Não há menção, entretanto, à existência de escrutínio ou aprovação de seu conteúdo pelos Estados-Membros da OMS. Este estudo apontou, ainda, sua intenção de desafiar a noção de que os atos de violência contra mulheres seriam apenas questões familiares – e, portanto, privadas -, escolha individual ou fatos inevitáveis da vida[336].

Além disso, novamente foi feita menção à Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher (1993), para concluir-se, por exemplo, que a violência contra a mulher seria tanto consequência quanto causa da *desigualdade de gênero*[337]. Confirmando uma das hipóteses desta tese, o Estudo da OMS de 2005 (Sumário) reconhece as dificuldades de análise do fenômeno da violência em razão das divergências *terminológicas*, apontando que "The many diferences in the way violence was *defined* and measured in different studies made it difficult to make meaningful comparisons between studies or make reliable estimates in different settings" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 1, grifos nossos).

Buscando aproximar-se dos desenvolvimentos mais recentes das ciências sociais, o documento apontou que "The term 'domestic violence' is now being replaced by 'intimate-partner violence'", passando o documento a utilizá-los, aparentemente, como sinônimos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 1). No entanto, embora seja possível

---

[335] Vide, em especial, o Capítulo 2, abaixo.
[336] Foram coletados dados de cerca de 24.000 mulheres, em 10 países diferentes – incluindo o Brasil, que teriam confirmado que a violência contra a mulher é um relevante problema social, além de fator de risco à saúde feminina, devendo receber maior atenção (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. viii). Os demais países em que a coleta de dados ocorreu foram Bangladesh, Etiópia, Japão, Namíbia, Peru, Samoa, Sérvia e Montenegro, Tailândia e a República da Tanzânia.
[337] Sobre o tema, vide Capítulo 1.3.2.A, acima.

compreender-se, parcialmente, esta aproximação conceitual, considera -se que o *conceito operacional adotado em ambos os estudos da OMS de 2005, para a violência doméstica* apresenta, ainda, algumas dificuldades, na medida em que o termo violência doméstica é considerado, adotando-se viés de gênero, como *sinônimo* de *violência cometida por um parceiro íntimo masculino* ("violence by a male intimate partner") (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 5).

Conforme será pormenorizado em tópico próprio[338], a violência doméstica pode ter como vítimas, ao menos teoricamente, *homens ou mulheres*, não sendo, portanto, um fenômeno que acomete exclusivamente mulheres – ainda que não se desconhece que, numericamente, elas são suas maiores vítimas. O Estudo da OMS de 2005 (Sumário) reconheceu, assim como nesta tese, que um dos maiores desafios para a pesquisa internacional sobre violência contra mulheres diz respeito ao desenvolvimento de definições claras para os diferentes *tipos* de violência, que permitam a comparação adequada entre diferentes contextos: "Given that the way people think about violence differs between individuals and communities, the Study used conservative definitions of violence [nota de rodapé omitida]" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 3).

Constatou-se que o foco dos estudos da OMS de 2005 (Sumário e Completo) limitaram-se à *experiência de mulheres* que relataram ser vítimas de atos de violência cometidos por parceiros íntimos do gênero masculino, incluindo violência física, sexual, abuso emocional e *comportamentos controladores* perpetrados por atuais ou ex-parceiros[339]. Embora tenha sido identificado que a violência doméstica ocorreria em todo o globo[340], foram notadas variações entre os países analisados, assim como entre diferentes ambientes dentro de um mesmo Estado[341].

---

[338] Em especial, Capítulo 2, abaixo.

[339] Também foram considerados, neste estudo, para além da violência entre parceiros, o abuso físico e sexual cometido por terceiros, que não parceiro da vítima, inclusive em relação a adolescentes a partir dos 15 anos de idade e a violência sexual envolvendo crianças com até 15 anos incompletos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 12).

[340] Há estudos que apontam que em algumas regiões do planeta, como "the Wape of Papua New Guinea" a violência doméstica mostra virtualmente *inexistente* (ELLSBERB e HEISE, 2005, p. 24).

[341] Enquanto, por exemplo, no Japão, menos mulheres teriam sofrido violência física ou sexual (cometida por um parceiro masculino), a maior incidência deste fenômeno foi identificada junto às comunidades provinciais – em sua maioria rurais – de Bangladesh, Etiópia, Peru e República da Tanzânia. As variações na incidência de violência *doméstica* foram consideradas de grande monta, oscilando de 16% (Japão, quanto à violência física) a 61% (em regiões provinciais do Peru); em relação à violência sexual, novamente o Japão apresentou o menor percentual

A identificação do elemento ou padrão de *controle coercitivo*, considerado essencial, por esta tese, para configuração da violência doméstica, parece ter sido tangenciado *apenas indiretamente* pelos estudos da OMS de 2005, na medida em que se afirma, por exemplo, que:

> "Far from being an isolated event, *most acts of physical violence by an intimate partner reflect a pattern of continuing abuse*. The vast majority of women who had ever been physically abused by partners experienced acts of violence more than once, and sometimes frequently. With the exception of the most severe types of physical violence – choking, burning, and the threatened or actual use of a weapon – in each site, over half of women who had experienced a violent act in the past 12 months had experienced that act more than once" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 7, grifos nossos).

Em trecho seguinte do Estudo da OMS de 2005 (Sumário) parece restar claro que o conceito de violência doméstica adotado em tais estudos *não incluiu como seu requisito essencial a identificação de padrão de controle coercitivo* do abusador em relação à vítima. Apurou-se, por primeiro, que "controlling behaviour Men who physically abuse their partners also exhibit higher rates of controlling behaviour than men who do not" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 10). O controle de comportamento (da mulher) pelo abusador, poderia, segundo este estudo, acompanhar *ou não* a ocorrência de violência física ou sexual, posicionamento ao qual esta tese não adere.

Sob esta ótica, embora a presença de controle coercitivo seja uma tendência na violência entre parceiros íntimos, ele não seria requisito essencial à conceituação do fenômeno, o que não parece adequado à definição de violência doméstica adotada nesta tese. Contudo, o documento apresentou interessante definição de comportamento controlador ("controlling behaviour") a partir do manejo de exemplo de tal comportamento, que serão pormenorizados no Capítulo 2.

No que diz respeito à *presunção* de efeitos às mulheres, da ocorrência de violência *entre parceiros* em seu desfavor, considera-se que os estudos da OMS de 2005 se aproximam da ideia que vem sendo ventilada nesta tese, segundo a qual os impactos, consequências ou efeitos da prática de violência não devem ser *presumidos*, na medida em que dependeriam tanto de circunstâncias objetivas do ato (cenário, frequência, forma, dentre outros) quanto de características subjetivas da vítima (em especial, seu nível de resiliência).

(6%), enquanto na Etiópia as mulheres relataram cifra que poderia alcançar 59% (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 6).

Nesse sentido, o documento publicado pela Organização Mundial da Saúde menciona que:

> "Although a cross-sectional survey cannot establish whether violence causes particular health problems (with the exception, obviously, of injuries), the results of the WHO Study strongly support other research which has found strong *associations* between violence and both physical and mental symptoms of ill-health" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 15, grifos no original).

Os prejuízos ("injuries") encontrados pelos estudos da OMS de 2005, de acordo com a experiência relatada pelas mulheres, incluiria danos físicos, mentais e reprodutivos[342]. Infelizmente, a maioria das mulheres fisicamente abusadas (entre 55% e 95%) relataram não terem procurado órgãos públicos ou privados de apoio ou repressão ao delito (polícia, abrigos, associações de proteção às mulheres, etc.). Entre 19% e 51% das mulheres que participaram do estudo e que teriam sido fisicamente abusadas por seus parceiros informaram que deixaram o lar conjugal por pelo menos uma noite. Entre 8% e 21% ocorreram de 2 a 5 saídas de casa, sendo que a procura por outro lugar (abrigo ou casa de familiares, amigos ou vizinhos) estaria relacionada à severidade da violência sofrida (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, pp. 18-20).

Ao final, os estudos da OMS de 2005 apresentaram série de *recomendações* que podem ser agrupadas nos seguintes grandes temas:

a) fortalecimento do compromisso nacional e ação;
b) promoção de Prevenção primária;
c) envolvimento do setor educacional;
d) fortalecimento das respostas do setor de saúde;
e) apoio às mulheres vivendo com a violência;
f) sensibilização dos sistemas de justiça penal; e, por fim,
g) apoio à pesquisa e colaboração. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 22).

---

[342] Concluiu-se, neste ponto, que embora muitas mulheres nunca tenham conversado sobre a violência sofrida com ninguém – para além de seu entrevistador, no momento da pesquisa – aquelas que falam sobre o assunto o fazem, via de regra, dentro de suas famílias (família estendida, não com o parceiro abusador), amigos(as) ou vizinhos. O estudo encontrou, no Brasil e na Tailândia, o maior percentual de mulheres que compartilhou relato da violência física sofrida com outra(s) pessoa(s): 80% (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005a, p. 18). Foi no Brasil, ainda, que os pesquisadores encontraram o maior volume de mulheres que *revidaram* da violência sofrida (79% em regiões urbanas brasileiras, em relação a 6% em partes provinciais de Bangladesh).

Tais recomendações foram dirigidas a amplo espectro de destinatários, dentre os quais as autoridades locais de saúde, líderes comunitários, governos nacionais e doadores internacionais. Resta evidente, tanto por seu conteúdo quanto no que diz respeito a seus receptores, que elas objetivam *sensibilizar* atores públicos e privados, sem a criação de obrigações (de natureza mandatória) a países. Em alguma medida, considera-se que a estratégia da OMS parece ser um *meio-termo* entre a "advocacy" (observada, por exemplo, no âmbito da Liga das Nações, em relação ao sistema protetivo internacional da infância) e a tentativa de *naturalização de ideias formatadas por órgãos unilaterais* da Organização das Nações Unidas.

Ellsberg e Heise[343] coordenaram a elaboração de extensa brochura publicada em 2005e voltada à atuação prática de pesquisas sobre violência conta a mulher. Mais uma vez foram apontadas dificuldades na conceituação unívoca – agora do conceito de violência contra a mulher, uma vez que "Many of the most commonly used terms have different meanings in different regions, and are derived from diverse theoretical perspectives and disciplines" (ELLSBERB e HEISE, 2005, p. 10).

O esforço de conceituação da violência doméstica também foi considerado dificultado em razão da existência de diferentes conteúdos, a depender da legislação de cada país, bem como de concepções culturais. Nessa sentido apontou-se que:

> "In many parts of the world, the term 'domestic violence' refers to the abuse of women by current or former male intimate partners. However, *in some regions, including Latin America, 'domestic violence' refers to any violence that takes place in the home, including violence against children and the elderly*. The term 'battered women' emerged in the 1970s and is widely used in the United States and Europe to describe women who experience a pattern of systematic domination and physical assault by their male partners. The terms 'spouse abuse', 'sexualized violence', 'intimate partner violence', and 'wife abuse' or 'wife assault' are generally used interchangeably, although each term has weaknesses. 'Spouse abuse' and 'intimate partner violence' do not make explicit that the victims are generally women, whereas 'wife abuse' and 'wife assault' can be read to exclude common law unions and dating violence. For the purposes of this manual, we use the terms 'violence against women' (VAW) and 'gender-based violence' (GBV) interchangeably to refer to the full range of abuses recognized by the UN Declaration and other international agreements. *We use the terms 'intimate partner violence', 'wife abuse' and 'domestic violence' interchangeably to refer to the range of sexually, psychologically, and physically coercive acts used against adult and adolescent women by current or former male intimate partners*" (ELLSBERB e HEISE, 2005, pp. 11-2, grifos nossos).

O trecho acima colacionado, apesar de longo mostra-se bastante elucidativo. Por primeiro, resta confirmada hipótese desta tese, quanto à ausência de conceito *único para o*

[343] Estas pesquisas também foram custeadas pela Organização Mundial de Saúde.

fenômeno da violência doméstica – o que, entende-se, dificulta sobremaneira a compreensão dos *discursos* sobre a Convenção da Haia de 1980 e a interpretação uniforme de sua *exceção de grave risco*. Além disso, nota-se que, ao menos no âmbito da Organização Mundial de Saúde, a violência doméstica é compreendida como fenômeno que envolvem *parceiros* adultos.

No entanto, defende-se que a conceituação acima ainda seria insuficiente, na medida em que percebe apenas mulheres como suas vítimas (incluindo adolescentes), além de não mencionar, explicitamente, a necessidade de identificação de padrão de controle coercitivo, exercido (ou tentado) do agressor em relação à vítima. Por fim, o espaço de ocorrência de tal violência (público ou privado) também não resta pormenorizado. Este último elemento, entretanto, aparecerá em momento posterior do estudo, conforme será visto.

As autoras indicaram compreender o abuso sexual de meninas e da *violência entre parceiros íntimos* a partir da moldura da *violência familiar*, "desenvolvida primariamente a partir dos campos da sociologia e psicologia". O conceito de violência familiar manejado, segundo o qual "'family violence' refers to all forms of abuse within the family regardless of the age or sex of the victim or the perpetrator" (ELLSBERB e HEISE, 2005, p. 11) aproxima-se, conforme será visto, daquele adotado por esta tese.

Reconhecem as autoras que a violência contra a mulher pode ocorrer fora do *lar*, como em espaços públicos, privados (o local de trabalho) ou cujo acesso é franqueado ao público (como "shoppings centers"). Nesses cenários, não há que se falar em violência *familiar.* Quando ocorrida no espaço do *lar,* a violência familiar poderá ser cometida por pessoa de qualquer idade ou gênero, desde que membro da família.

A partir da conceituação de violência contra a mulher incluída em declaração das Nações Unidas de 1993, mais uma vez buscou-se defender a *presença de consenso internacional* de que o abuso de mulheres e meninas, independentemente do local de sua ocorrência, deve ser considerado *violência fundada no gênero*, "as it largely stems from women's subordinate status in society with regard to men" (ELLSBERB e HEISE, 2005, p. 11). Conforme apontado acima, a existência de tal *consenso, no âmbito da comunidade internacional,* deve ser considerada com cautela – ao menos se os Estados forem considerados como integrantes de tal comunidade.

Chama a atenção, por primeiro, que todos os estudos analisados acima fundam-se na afirmação de que o *conceito de violência contra a mulher* encontrar-se-ia em *Declaração das Nações Unidas*. De fato, a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher foi *proclamada* pela Assembleia Geral desta última organização, por intermédio da Resolução nº 48/104, em dezembro de 1993. No entanto, conforme discutido em tópico anterior, esta *declaração não parece possuir natureza mandatória* em relação aos Estados-Membros da ONU. Em decorrência, o conceito de violência contra a mulher, nela veiculado não parece encontrar a *ressonância global* que a OMS pretende conferi-lo.

Além disso, nota-se maior aproximação do conceito de violência doméstica adotado no âmbito das análises da OMS àquele encontrado nas discussões mais modernas das ciências sociais e adotado como marco teórico desta tese. Entretanto, a limitação das vítimas da violência doméstica apenas ao gênero feminino parece merecer reparos; além disso, também se considera que a conceituação manejada pelos estudos analisados deixa de incluir importantes elementos: ora nota-se ausência de menção ao "locus" de ocorrência de tal violência, ora nota-se a falta de menção à detecção de padrão de controle coercitivo no comportamento do agressor.

ii. O *reconhecimento* de que seres humanos de ambos os gêneros podem ser vítimas de violência entre parceiros

Após três anos de consultas com especialistas, a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou, em conjunto com a "London School of Hygene and tropical Medicine" (LSHTM), no ano de 2010, o documento "Preventing intimate partner and sexual violence against women: taking action and generating evidence" (Estudo OMS de 2010) (OMS; LSHTM, 2010).

Por primeiro, o documento reconheceu a *sobreposição de abordagens*, *embora complementares,* voltadas ao reconhecimento da violência sexual e entre parceiros ("partner and sexual violence"). Apontou-se que, enquanto a *perspectiva de gênero* enfatiza a figura do patriarcado, relações de poder e construções hierárquicas da masculinidade e feminilidade como motriz predominante e penetrante do problema, gerando controle das mulheres que resulta em desigualdade de gênero estrutura, a abordagem de *direitos humanos* funda-se na obrigação dos países em respeitar, proteger e efetivar os direitos das pessoas, prevenindo, erradicando e punindo a violência contra a mulher. Esta última perspectiva *enxergaria* o fenômeno da

violência sob a ótica da violação aos direitos à vida, liberdade, autonomia e segurança; igualdade e não-discriminação; de não ser vítima de tratamento ou punições torturantes, cruéis, desumanas ou degradantes; à privacidade e ao mais alto padrão de saúde disponível (OMS; LSHTM, 2010, p. 6)[344].

Nota-se, a partir da enunciação acima apresentada, que a abordagem adotada nesta tese parece tangenciar, em especial, a perspectiva de direitos humanos, ao propor a aplicação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados à interpretação da exceção de grave risco, sem descuidar de ventilar, ainda que de forma abreviada, perspectivas de gênero e, em certa medida, também de saúde pública, ao adotar conceituação do fenômeno da violência doméstica a partir de ramo não-jurídico, como as ciências sociais.

Ao contrário de análises publicadas anteriormente pela OMS, no entanto, deixou-se de fundamentar a necessidade de proteção à mulher na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Violência contra a Mulher (*proclamada* pela Assembleia Geral desta última organização, por intermédio da Resolução nº 48/104, em dezembro de 1993), preferindo-se fazer menção à Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação à Mulher (CEDAW, *aprovada* pelos Estados Estados-Membros da ONU em 1979 e que se encontra em vigor, internacionalmente, deste o ano de 1981)[345].

É possível perceber a *opção metodológica* adotada pelo Estudo da OMS de 2010 – tendência esta identificada, ainda que de forma sutil, nos documentos anteriormente publicados

---

[344] Contudo, outras percepções da violência doméstica também são notáveis, como aquela da *justiça penal*, que considera ser sua atribuição a resposta à violência entre parceiros e sexual, fazendo cumprir a legislação em vigor para garantia de efetivação da justiça. As atividades relevantes, nessa medida, envolvem a investigação, persecução penal, punição e, eventualmente, reabilitação do agressor. A abordagem *de saúde pública*, que se afirma ter sido adotada pelo Estudo da OMS de 2010 e descrita especialmente em Krug et al. (2002), adotaria metodologia "science-driven, population-based, interdisciplinary, intersectoral approach based on the ecological model which emphasizes primary prevention". Prevenção primária, para tais autoras, diz respeito à "abordagens que objetivam prevenir a violência antes de sua ocorrência" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; LONDON SCHOOL OF HYGENE AND TROPICAL MEDICINE, 2010, p. 6). Em outro trecho o modelo ecológico foi assim explicado: "In this document, WHO has chosen to use the "ecological model" (…) as presented in the World report on violence and health (Dahlberg & Krug, 2002) because it allows for the inclusion of risk and protective factors from multiple domains of influence. Thus, if there is evidence from psychological models on individual risk factors and from gender models on societal risk factors, this can be incorporated in the same ecological model" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; LONDON SCHOOL OF HYGENE AND TROPICAL MEDICINE, 2010, p. 18).

[345] Também foi mencionada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, *adotada* no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 1994, e em vigor internacionalmente – para seus Estados-Partes, desde 1995). Disponível em http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-61.htm. Acesso em 10.10.2019.

pela OMS, que evitou utilizar a terminologia violência doméstica, preferindo tratar da violência entre parceiros íntimos e sexual ("intimate partner and sexual violence"), conceituando a primeira como:

> "Intimate partner violence – behaviour within an intimate relationship that causes physical, sexual or psychological harm, including acts of physical aggression, sexual coercion, psychological abuse and controlling behaviours. This definition covers violence by both current and former spouses and partners. (…)[346]
> Intimate partner violence occurs mainly from adolescence and early adulthood onwards, most often in the context of marriage or cohabitation, and usually includes physical, sexual and emotional abuse as well as controlling behaviours" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; LONDON SCHOOL OF HYGENE AND TROPICAL MEDICINE, 2010, p. 11).

No entanto, apesar do afastamento à utilização da expressão violência ser considerado proposital, não se deve perder de vista que os estudo da OMS de 2005 apontaram, expressamente, a utilização dos termos "*'intimate partner violence', 'wife abuse' and 'domestic violence' interchangeably"* (ELLSBERB e HEISE, 2005, pp. 11-2). Assim, embora o Estudo da OMS de 2010 tenha tentado se esquivar à utilização da expressão violência doméstica, preferindo o manejo da terminologia "intimate partner and sexual violence", ao que parece estes termos seguiriam sendo análogos. A confirmação para esta hipótese foi encontrada a publicação, também da OMS, datada de 2013 e intitulada "Responding to intimate partner violence and sexual violence against women: WHO clinical and policy guidelines"[347]segundo a qual:

> "Intimate partner violence: Behaviour by an intimate partner that causes physical, sexual or psychological harm, including acts of physical aggression, sexual coercion, psychological abuse and controlling behaviours. This definition covers violence by both current and former spouses and other intimate partners. *Other terms used to refer to this include domestic violence*, wife or spouse abuse, wife/spouse battering. Dating violence is usually used to refer to intimate relationships among young people, which may be of varying duration and intensity, and do not involve cohabiting" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013, p. vii, grifos nossos).

Entretanto, o conceito de "intimate partner", no Estudo da OMS de 2010 documento, *foi restringido ao agressor do gênero masculino*, nos seguintes termos "Intimate partner: A

---

[346] Violência sexual, por sua vez, foi assim definida no documento "Sexual violence – any sexual act, attempt to obtain a sexual act, unwanted sexual comments or advances, or acts to traffic, or otherwise directed against a person's sexuality using coercion, by any person regardless of their relationship to the victim, in any setting including but not limited to home and work. This definition includes rape, defined as the physically forced or otherwise coerced penetration of the vulva or anus with a penis, other body part or object – however the legal definition of rape may vary in different countries" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; LONDON SCHOOL OF HYGENE AND TROPICAL MEDICINE, 2010, p. 11).

[347] Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85240/9789241548595_eng.pdf?sequence=1. Acesso em 10.10.2019.

husband, cohabiting partner, boyfriend or lover, or ex-husband, expartner, ex-boyfriend or ex-lover" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; LONDON SCHOOL OF HYGENE AND TROPICAL MEDICINE, 2010), objetivando obstaculizar, entende-se que possa se falar em violência entre parceiros íntimos – e, analogamente, à violência doméstica - *cometida* por pessoa do gênero feminino, o que não se considera, adequado.

Nota-se, portanto, que o Estudo da OMS de 2010, enquanto faz uma *concessão* à admissão de que homens também poderão ser vítimas de violência doméstica, *nega-se* a utilizar a expressão violência doméstica, mesmo tendo manejado, em ocasiões anteriores, as expressões *violência doméstica* e *violência entre parceiros* como sinônimos. Em conclusão, este ponto parece adequadamente ilustrar argumento utilizado nesta tese, de que parece existir uma tensão – ou disparidade - entre o *desejo daqueles que integram os quadros de organizações internacionais* (e que, entende-se, deveriam atuar como fiéis mandatários de seus Estados-Membros) *e o nível de sensibilidade efetiva que os países puderam alcançar – ou de obrigações mandatórias dispostos a assumir, até o momento, em relação à conceituação, prevenção e combate à violência doméstica*.

Em publicações abreviadas da OMS, entre os anos de 2011 e 2012, a tendência de *substituição* da expressão violência doméstica por violência entre parceiros íntimos ("intimate partner violence") restou mantida. Nesse sentido, vide os panfletos "Intimate partner violence during pregnancy – information sheet" (2011)[348] e "Intimate partner violence – Understanding and addressing violence against women" (2012)[349]. Este ultimo documento menciona, em especial que:

> "Intimate partner violence is one of the most common forms of violence against women and includes physical, sexual, and emotional abuse and controlling behaviours by an intimate partner.
> Intimate partner violence[350] (IPV) occurs in all settings and among all socioeconomic, religious and cultural groups. The overwhelming global burden of IPV is borne by women.
> *Although women can be violent in relationships with men*, often in self-defence, *and violence sometimes occurs in same-sex partnerships*, the most common perpetrators

[348] Disponível em https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/rhr_11_35/en/. Acesso em 10.10.2019.
[349] Disponível em https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/rhr12_36/en/. Acesso em 10.10.2019.
[350] "The term *'domestic violence'* is used in many countries to refer to partner violence but the term can also encompass child or elder abuse, or abuse by any member of a household. 'Battering' refers to a severe and escalating form of partner violence characterized by multiple forms of abuse, terrorization and threats, and increasingly possessive and controlling behaviour on the part of the abuser" (grifos no original).

> of violence against women are male intimate partners or ex-partners (…). By contrast, men are far more likely to experience violent acts by strangers or acquaintances than by someone close to them (…)"[351] (grifos nossos).

Os estudos acima permitem explicar, ao menos em parte, o evitamento da utilização da terminologia da violência doméstica: a *expansão do gênero das vítimas da* violência entre parceiros ou sexual, para incluir, para além de mulheres, *também homens.* Defende-se, nesta tese, que a violência *doméstica* poderá ocorrer entre pessoas de qualquer dos gêneros, tanto na posição de vítimas como agressores. Os documentos elaborados no âmbito da comunidade internacional, no entanto, têm se mostrado reticentes quanto ao reconhecimento de que não apenas mulheres, mas também homens, poderão ser vítimas deste tipo de violência.

Outro ponto do Estudo da OMS de 2010 que merece atenção diz respeito ao afastamento da *presunção de efeitos* da violência entre parceiros ou sexual em relação a crianças e adolescentes que sejam expostos a esta circunstância, o que se considera adequado, conforme já mencionado em ocasiões anteriores[352]. Sob esta ótica, a análise aponta que:

> "(…) it is important to keep in mind how such violence [intimate partner and sexual violence] is related to other forms of interpersonal, self-directed and collective violence. For example, experiencing child maltreatment1 – in particular physical, sexual and emotional abuse by parents and caregivers – increases the likelihood during adolescence and adulthood of both intimate partner and sexual violence (OMS; LSHTM, 2010, p. 12)

O panfleto da OMS publicado em 2012, brevemente mencionado acima ("Intimate partner violence – Understanding and addressing violence against women"[353]) considerou que muitos estudos já teriam revelado associação entre a violência entre parceiros íntimos *contra a mulher* e consequências negativas, sociais e de saúde, para crianças, incluindo ansiedade, depressão, baixo rendimento escolar, dentre outros. Além disso, já existiram evidências suficientes de que a *exposição* a este *tipo* de violência cometida contra a mãe seria um dos fatores mais comuns associados à perpetuação masculina e experiência feminina desta violência em estágios mais avançados de suas vidas.

Também segundo esta publicação, outras análises já teriam encontrado associações entre a ocorrência de violência entre parceiros íntimos e o abuso de crianças que residem no

---

[351] Disponível em https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/rhr12_36/en/. Acesso em 10.10.2019.

[352] Na sequência, o documento segue discutindo seus principais objetivos: a identificação de fatores de risco para a ocorrência de violência entre parceiros e sexual e estratégias para sua prevenção.

[353] Disponível em https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/rhr12_36/en/. Acesso em 10.10.2019.

mesmo local. Em países mais pobres, incluindo Nicarágua e Bangladesh, ter-se-ia detectado que crianças que tiveram suas mães abusadas seriam menos vacinadas; teriam maiores taxas de diarreia e/ou maior risco de falecer antes dos 5 anos de idade. Considera-se, por primeiro, que o relacionamento entre pobreza e violência, conforme apontado em tópico anterior, deve ser analisado com cautela. Além disso, defende-se, neste estudo, a impossibilidade de que quaisquer efeitos originados de violência, especialmente em crianças e adolescentes, sejam *presumidos*, devendo ser apurados em cada caso concreto.

A publicação intitulada "Health care for women subjected to intimate partner violence or sexual violence: a clinical handbook" em sua *versão de campo*[354] disponibilizada no sítio eletrônico da OMS em 2014[355], pretendeu, novamente, restringir a incidência da violência entre parceiros íntimos à fenômeno integrante do *gênero da violência contra a mulher,* ao lado do ataque sexual ("sexual assault"), da violência sexual, física, do abuso emocional ou psicológico e dos comportamentos controladores. Conforme vem sendo discutido nesta tese, tal abordagem parece, respeitosamente, *desastrosa*, em especial ao confundir tipologias de violência com formas em que ela pode ser praticada e seus requisitos (como o comportamento controlador).

Em publicação de "follow up" à "WHO publication Putting women first: ethical and safety recommendations for research on domestic violence against women" (2001), a OMS publicou, em 2016, análise denominada "Ethical and safety recommendations for intervention research on violence against women"[356]. Nesta última a noção de violência entre parceiros parece ter buscado reduzir o viés de gênero observado em documentos que o antecederam, ao adotar linguagem que pode ser considerada "gender neutral" para descrever o gênero do abusador ("partner" ou "spouse"), *reconhecendo que esta violência pode ser perpetrada por pessoal de qualquer gênero e independentemente de sua orientação sexual*. O conceito operacional para a "intimate partner violence", adotado em tal estudo foi:

> "Intimate Partner Violence (IPV): Threatened, attempted or completed physical, sexual or psychological harm by *a current or former partner or spouse*. This includes physical violence, sexual violence, threats of physical or sexual violence, and

---

[354] Aparentemente o documento não alcançou, até o momento, sua versão final.

[355] Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/136101/WHO_RHR_14.26_eng.pdf?sequence=1. Acesso em 10.10.2019.

[356] Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/251759/9789241510189-eng.pdf?sequence=1. Acesso em 13.10.2019.

> psychological or emotional violence. *IPV can occur among partners of any sexual orientation and does not require sexual intimacy*"[357]

Em atenção à Resolução WHA67.15[358], adotada pela OMS em 2014, foi publicado, em 2016, o documento "Global plan of action to strengthen the role of the health system within a national multisectoral response to address interpersonal violence, in particular against women and girls, and against children"[359]. Ao contrário de instrumentos que o antecederam, o conceito de violência entre parceiros íntimos adotado *retrocede* à ideia de que este fenômeno teria apenas *homens como autores*, o que se considera *absolutamente* equivocado.

Enquanto o documento adota linguagem aparentemente "gender neutral"[360] na descrição a violência íntima entre parceiros, incluindo o comportamento controlador como uma das possíveis formas de execução da violência[361], o papel de parceiro íntimo (aquele que executa o ato de violência, o abusador) parece ser restringido a pessoas do gênero masculino, nos seguintes termos:

> "Intimate partner refers to a husband, cohabiting partner, boyfriend or lover, ex-husband, ex-partner, ex-boyfriend or ex-lover. The definition of intimate partner varies between settings and studies, and includes formal partnerships, such as marriage, as well as informal partnerships, including cohabiting, dating relationships and unmarried sexual relationships. In some settings, intimate partners tend to be married, while in others more informal partnerships are more common"[362]

Por fim, em 2017, novamente a OMS veiculou publicação que *restringe* a posição de vítimas de violência entre parceiros íntimos às mulheres. Segundo o glossário do documento "Strengthening health systems to respond to women subjected to intimate partner violence or sexual violence: a manual for health managers"[363], "intimate partner violence refers to ongoing or past violence by an intimate partner or ex-partner (a husband, boyfriend or lover). Women

---

[357] Disponível em Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/251759/9789241510189-eng.pdf?sequence=1. Acesso em 13.10.2019.
[358] Enunciada em tópico acima e disponível em http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA67/A67_R15-en.pdf. Acesso em 12.10.2019.
[359] Disponível em https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/global-plan-of-action/en/. Acesso em 13.10.2019.
[360] Breves considerações sobre a noção de linguagem "gender neutral" foram efetuadas no item 1.2.2, acima.
[361] "Intimate partner violence refers to 'behaviour by an intimate partner or ex-partner that causes physical, sexual or psychological harm, including physical aggression, sexual coercion, psychological abuse and controlling behaviours'". Esta definição teria aparecido, pela primeira vez, no folheto "Violence against women. Intimate partner and sexual violence against women". Publicado pela OMS em 2014 e disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112325/1/WHO_ RHR_14.11_eng.pdf?ua=1. Acesso em 13.10.2019.
[362] Disponível em Disponível em https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/global-plan-of-action/en/. Acesso em 13.10.2019.
[363] Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259489/9789241513005-eng.pdf?sequence=1. Acesso em 13.10.2019.

may suffer several types of violence by a male partner: physical violence, sexual violence and emotional/ psychological abuse".

Em conclusão, nota-se que, em suas publicações mais recentes, a OMS vem afastando o uso da terminologia violência doméstica, preferindo sua substituição pela expressão *violência entre parceiros íntimos*. Tal escolha parece proposital: o manejo de termo mais *moderno*, cuja conceituação encontra-se menos explorada do que a violência doméstica, torna possível à OMS conferir amplitude conceitual que ora inclui homens como vítimas, ao lado de mulheres, ora exclui os primeiros, mantendo marcado viés de gênero também encontrado em suas publicações anteriores. Ainda assim, parece possível concluir que, *progressivamente*, a OMS reconhece, embora sem *linearidade perfeita*, que seres humanos de ambos os gêneros podem ser vítimas de violência *intima entre parceiros*.

A partir da análise, realizada neste capítulo, dos principais documentos elaborados no âmbito do Direito Internacional Público e Privado e voltados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres, especialmente contra a violência, percebe-se, por primeiro, que um *alto número* de documentos foi produzido, indicando que a comunidade internacional se preocupa, efetivamente, com a proteção de tais indivíduos.

Entretanto, a maior parte dos documentos elaborados não parece relevante à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, *nos moldes do método interpretativo adotado nesta tese*, a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. O capítulo interpretativo da CVDT, incluído entre seus artigos 31 a 33, confere relevância, *via de regra*, apenas aos instrumentos, documentos, práticas e regras que recebam, *inequivocamente*, aceitação ou aderência dos Estados-Partes da convenção a ser interpretada – no caso a Convenção da Haia de 1980.

A maior parte dos documentos analisados, conforme visto, foi produzida *unilateralmente* por órgãos das Nações Unidas que, conforme visto, não contaram com *aprovação* dos Estados-Membros desta organização. A exceção, no âmbito do Direito Internacional Público, disse respeito apenas à Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança que, tratado dotado de caráter mandatório que veicula normas programáticas. Em razão

de sua potencial relevância à interpretação da *exceção de grave risco*, sua análise será pormenorizada, em especial, no Capítulo 5 desta tese[364].

No campo do Direito Internacional Privado, nota-se que, enquanto a HCCH vem silenciando em relação à proteção de mulheres enquanto grupo específico, os Estados-Membros desta organização internacional têm se preocupado, desde o início de seus trabalhos, com a proteção dos direitos mais fundamentais da infância, como a adoção internacional, a garantias de recebimento de verbas alimentares e a prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes.

Este último tema será objeto de análise, enquanto fenômeno social, no Capítulo 2 deste estudo. Sua regulamentação internacional, por intermédio da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, será analisada no Capítulo 3. A Convenção da Haia de 1996 sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em relação à responsabilidade parental e medidas para proteção de crianças, também identificada como potencialmente relevante à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, de acordo com a CVDT, será discutida no Capítulo 5.

Por fim, aponta-se que a análise empreendida no Capítulo 1 também permitiu identificar a marcante ambiguidade do conceito de violência doméstica no âmbito da comunidade internacional. O Capitulo 2, na sequência, buscará apresentar proposta de conceituação da violência doméstica, em reação às ambiguidades terminológicas encontradas no âmbito da comunidade internacional sobre o tema.

---

[364] O final do capítulo 3 também tangenciará a Convenção da ONU de 1989, durante as discussões sobre a supralegalidade da Convenção da Haia de 1980.

Capítulo 2 - Uma proposta conceitual para a *violência doméstica* e a subtração como ato de violência à criança

Conforme constatado no capítulo anterior deste estudo, a maior parte dos documentos elaborados no âmbito da Organização das Nações Unidas e da Organização Internacional do Trabalho, apesar de aprofundados e de longa extensão, não seria relevante à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, nos termos do capítulo hermenêutico da Convenção e Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Além disso, no âmbito da Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado notou-se o silêncio quanto à proteção de mulheres enquanto grupo específico e identificou-se, a Convenção da Haia de 1996 como potencialmente relevante à interpretação da exceção contida na Convenção da Haia de 1980. Apesar da violência doméstica ser fenômeno relevante e de alta incidência, a análise dos documentos incluído no capítulo 1 permitiu identificar divergências sobre sua definição, modalidades e consequências. Inexistiria, até o momento e por exemplo, por exemplo, uma *Convenção para Combate à Violência Doméstica*. A ambiguidade do termo violência doméstica, aliada a esta última constatação, indica, defende-se, um baixo grau de *sensibilidade* dos países, no que diz respeito à assunção de obrigações internacionais efetivamente mandatórias, para prevenção e combate à tal fenômeno.

Enquanto para alguns – conforme apurado - a violência doméstica parece apresentar-se como termo análogo ou (até mesmo) sinônimo de violência familiar, tal aproximação parece gerar confusões (terminológicas) relevantes que, em decorrência, dificultam a adequada interpretação da *exceção de grave risco da* CH80. Os fenômenos da violência doméstica, familiar e contra a mulher (fundada no gênero) não devem ser compreendidos como sinônimos, embora um mesmo ato de violência possa ser classificado sob mais de uma rubrica, conforme será visto. Entende-se mais adequado considerar que a *violência doméstica*, em alguns cenários, poderá ser *espécie* do *gênero* violência familiar. Por fim, na hipótese da violência doméstica (familiar ou em âmbito não privado), cometida contra a mulher, alcança-se, via de regra, a ideia de *violência contra a mulher, fundada no gênero*.

Diante da ausência de conceito unívoco para a violência doméstica – especialmente nos *discursos* relacionados à CH80, mostra-se necessária a adesão a um marco teórico. Neste ponto, e para os fins do presente estudo, adotar-se-á a corrente teórica que prefere (re)conceituar este

fenômeno sob a noção de *controle coercitivo*, encontrado, em especial, nas obras de Edleson e seus colaboradores, que vem se debruçando sobre o tema da exposição de crianças e adolescentes à violência doméstica há várias décadas, sendo reconhecidamente um dos maiores especialistas no assunto.

Assim, o marco teórico adotado por este estudo, no esforço de conceituação do fenômeno da violência doméstica, encontra-se especialmente consolidado na obra "Battered Women, Their Children, and International Law: The Unintended Consequences of the Hague Child Abduction Convention", publicada em 2012"[365]. Outros autores, assim como outras obras de Edleson e Lindhorst também serão utilizados no exercício ora proposto.

Ainda que noção acima enunciada indique que a violência *doméstica* diz respeito exclusivamente a atos cometidos e sofridos por adultos, considera-se absolutamente possível que tais atos, ainda que não dirigidos *diretamente* à criança, gerem *efeitos ou impactos* nesta última. E, no caso de sua subtração internacional ilícita, sempre que tais impactos gerarem, quando do retorno da criança, sua colocação em situação de perigos de ordem física, psicológica (ou, de qualquer outra forma, em situação intolerável) e restar comprovado que o Estado de residência habitual não dispõe de condições para *efetivamente* reduzir ou eliminar tais riscos, seu retorno ao país de residência habitual poderá restar obstaculizado.

Em conclusão, o objetivo inicial deste capítulo – itens 2.1 a 2.3 - é apresentar, a partir da constatação das dificuldades terminológicas que envolvem o tema da violência doméstica, *proposta conceitual, fundada nas mais modernas e balizadas discussões travadas no âmbito das ciências sociais, ao fenômeno da violência doméstica, distinguindo-o das violências familiar e contra a mulher fundada no gênero*.

No cenário desta tese a condição de vítimas *diretas* e agressores como adultos e a posição de crianças e adolescentes como *vítimas* indiretas também serão discutidas, bem como a necessária distinção entre os termos violência doméstica, familiar e contra a mulher fundada no gênero e a imperiosa presença do elemento do controle coercitivo. Com isso, pretende-se delimitar o uso da terminologia violência doméstica apenas para as situações que tecnicamente estão incluídas em seu escopo, contornando os *discursos* sobre a Convenção da Haia de 1980

[365] Esta pesquisa, conduzida por Edleson e Lindhorst, parece conter o amadurecimento do pensamento crítico de Edleson quanto ao tema, incluído em suas obras anteriores.

que acabam, pela ampliação de tal conceito, apresentar críticas que não parecem adequadas à interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* contida neste último tratado.

Na sequência, o item 2.4 abordará a subtração (internacional) ilícita de crianças e adolescentes como fenômeno que, *em si mesmo*, é um ato *violência contra estas últimas*. A retirada abrupta – e muitas vezes sem conhecimento, de uma criança de seu ambiente de residência habitual pode gerar, em muitos casos e segundo os estudos analisados, efeitos deletérios a ela, que podem ser inclusive permanentes. Em vários casos foi possível aos pesquisadores identificarem, inclusive, a prática de atos de alienação pelo genitor subtrator contra a criança, especialmente *durante* o período em que esta restou subtraída[366].

Na sequência – item 2.5, será apresentada proposta *inédita*, de autoria desta subscritora, de aplicação "a contrario sensu" da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 às situações em que for possível *comprovar* que *a manutenção da criança (ou adolescente) na companhia do genitor subtrator, no país de refúgio, é situação apta a causar-lhe riscos de dano físico, psíquico ou, de qualquer outra forma, colocar-lhe em situação intolerável.* Em casos tais, a autoridade judicial do país de refúgio deverá determinar, inclusive "inaudita altera parte", o imediato retorno da criança subtraída (e vulnerabilizada pelo genitor subtrator, qualquer outro terceiro ou o próprio Estado, no país de refúgio) ao seu país de residência habitual.

Alcançando seu final, este capítulo – item 2.6 - se debruçará na discussão sobre a impossibilidade de *presunção* de quaisquer danos às crianças ou adolescentes, *antes, durante ou após* sua subtração internacional ilícita e inclusive em casos de efetiva ocorrência de violência direta contra outros membros da família (violência doméstica, em especial). Cada criança e adolescente, como sujeitos autônomos que são, possuem características pessoais (físicas e emocionais, como a resiliência), que indicam que sua *experiência* à exposição à violência doméstica pode gerar impactos maiores, menores ou, ainda, *nenhum impacto*.

Do mesmo modo, ainda que sua subtração seja (ao menos potencialmente) um ato violento contra si, cada criança experimentará essa violência de forma diferente, não sendo adequada a aplicação de qualquer presunção sobre tal tema. Por fim, o retorno da criança ao seu país de residência habitual ou sua manutenção do Estado de Refúgio – caso o pedido para

---

[366] O sensível tema da alienação parental foi, propositadamente, excluído do escopo desta tese.

seu retorno ao primeiro seja indeferido pelas autoridades competentes do último – também pode gerar-lhe impactos, positivos ou negativos, que, defende-se, devem ser analisados em cada um dos casos concretos.

Iniciando os esforços almejados para este Capítulo passar-se-á, na sequência, à discussão sobre os adultos como únicos agressores e vítimas diretas da violência *doméstica*, bem como do elemento de *controle coercitivo* como requisito essencial para sua configuração.

2.1. Adultos como Agressores e Vítimas *diretas*: o controle coercitivo

Conforme constatado no Capítulo 1, a violência doméstica ainda se encontra fortemente marcada por confusões terminológicas, que dificultam a mais adequada e uniforme interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes. As diferenças nos resultados e soluções para os casos de subtração internacional ilícita de crianças são consideradas absolutamente indesejáveis (KING, 2013, p. 302).

Reconhece-se, ao menos em âmbito teórico, que o uso da expressão violência doméstica, em casos envolvendo a aplicação da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, inclusive por órgãos judiciais de seus Estados-Partes, mostra-se inadequado. Nesse sentido, Edleson e Lindhorst apontam que:

> "nós utilizamos [nesta obra] o termo violência doméstica ao invés de violência entre parceiros ["intimate partner violence"] ou violência baseada no gênero ["gender-based violence"] porque este é o termo mais prevalente no discurso jurídico dos Estados Unidos da América. Entendemos que existem limitações conceituais a este termo, particularmente quanto ao seu foco no lugar ["focus on place"] (que é a casa, mesmo quando a vitimização ocorre fora da coabitação), na violência (que é usualmente definida como prejuízo ["harm"] físico, embora o prejuízo emocional possa ser igualmente ou mais perturbador, e sua neutralidade de gênero embora as evidências demonstrem que as mulheres, pelo globo, suportam o peso da vitimização" (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 3).

Em obra que amadurece ideias iniciadas em estudos anteriores, Edleson e Lindhorst realizaram estudo com 22 mulheres que foram acusadas de realizar subtração internacional ilícita de seus filhos para os Estados Unidos da América, nos termos da Convenção da Haia de 1980. Estas mulheres, em suas defesas perante as autoridades judiciais daquele país, alegaram que sua situação, antes da subtração, no país de residência habitual da família, seria de vítima de *violência doméstica*.

Embora o número de casos de subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes que envolvem a ocorrência de violência doméstica como motivo para esta subtração seja desconhecido, aponta-se que tanto a jurisprudência quanto a experiência prática dos operadores jurídicos envolvidos em tais casos indicam que algumas mulheres vão aos Estados Unidos com seus filhos todos os anos porque temem por sua segurança (WEINER, 2003).

Foram excluídos da amostra de Edleson e Lindhorst os genitores abandonados que residiam nos Estados Unidos no momento da pesquisa e que teriam sido vítimas de violência doméstica e cujos parceiros seguem "perpetrando violência [agora] por intermédio da subtração da criança" (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 6). Neste ponto, chama a atenção o fato dos autores considerarem que o *ato de subtração da criança, em si mesmo, é uma violência* (praticada, segundo este trecho, ao menos contra o genitor abandonado). Para além desta subscritora aderir a esta ideia, defende-se que, não apenas o genitor abandonado, mas também a *criança* poderá ser vítima *direta* do ato de violência que é sua subtração (internacional) ilícita[367].

Segundo Joyce, a mulheres são vítimas em 95% dos incidentes reportados de violência doméstica (JOYCE, 1997, p. 449). Aponta-se que, no Brasil:

> "as mães, embora figurem como agressoras quando se trata de crianças, também são vitimadas de forma significativa a partir da adolescência, sobretudo por cônjuges e companheiros. (...) em qualquer das idades, a violência doméstica ultrapassa largamente todo outro tipo de violência [nota de rodapé omitida]" (BIROLI, 2018, p. 113).

Neste ponto, Flávia Birole[368] parece aproximar, inadequadamente, a ideia de que a violência doméstica pode ser cometida contra crianças (meninas) e mulheres "em qualquer das idades" (BIROLE, 2017, p. 113). Entende-se que tal abordagem desconsidera a conceituação deste fenômeno pelas mais modernas ciências sociais. Não é apenas no âmbito dos documentos produzidos pela comunidade internacional que as confusões terminológicas relacionadas à violência doméstica são notáveis, mas também em âmbito acadêmico.

A confusão terminológica envolvendo os termos violência doméstica, familiar e contra a mulher fundada no gênero parece presente, ainda, na seara do Direito Penal brasileiro (em

---

[367] Tal tema será pormenorizado em tópico específico – Capítulo 2.4, abaixo.
[368] Teórica brasileira do campo da ciência política.

que vigora o relevante princípio da tipicidade estrita). Por exemplo, Bittencourt (2017), ao comentar a qualificadora ao homicídio denominada feminicídio, assim se manifestou:

> "nem toda violência doméstica é familiar e vice-versa. Na verdade, poderá haver violência doméstica que não se inclua na [violência] familiar, por exemplo, alguém estranho a relação familiar que, por alguma razão, esteja coabitando com o agressor, ou então, que a violência recaia sobre um empregado ou empregada que presta serviços à família etc. Pois essa relação, a despeito de caracterizar-se como doméstica, não é estritamente familiar, e, com a ligação com a preposição aditiva 'e' [o parágrafo 2º-A do Código Penal menciona 'violência doméstica E familiar'], poderá gerar intermináveis discussões sobre a necessidade de a referida violência abranger as duas circunstâncias, 'doméstica e familiar', em obediência ao princípio da tipicidade estrita. Por isso, a nosso juízo, teria andado melhor o legislador se tivesse adotado uma fórmula alternativa, qual seja, "violência doméstica ou familiar"[369].

Conforme mencionado, no desenvolvimento de proposta de conceituação para o fenômeno da violência doméstica, esta tese volta-se à marco teórico encontrado *fora* do âmbito jurídico – mais propriamente, na esfera das ciências sociais. Considera-se, por primeiro, que a violência doméstica é fenômeno adstrito aos espaços privados – mais especificamente, ao ambiente familiar[370]. Além disso, ela dependeria da constatação cabal da existência de elemento denominado *controle coercitivo*. De acordo com a corrente teórica adotada neste estudo, controle coercitivo seria assim conceituado:

> "padrão persistente de comportamento [empregado] pelo *parceiro* dominante que usa intimidação, ameaças indutoras de medo, e agressões físicas e sexuais episódicas para *controle* o comportamento de outrem, relacionamentos com outras pessoas e ação independente no mundo" (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 29, grifos nossos).

Uma leitura atenta desta definição parece indicar que, para além de cometida *exclusivamente* em âmbito privado específico, o lar, a casa ou o domicílio[371], ela também seria fenômeno envolvendo *diretamente* adultos (parceiros, do termo inglês "partners") e que, em tese, poderá ser cometida por pessoas de qualquer dos gêneros[372]. Além disso, ganha relevo a *finalidade* dos atos de violência, que devem estar atrelados à *obtenção ou manutenção de controle (coercitivo) de um parceiro contra o outro*. Sob este prisma, a violência doméstica perpetrada coincidirá, em muitas situações, com a violência familiar[373].

---

[369] Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual. Acesso em 13.10.2018.
[370] Sobre a tipologia das violências nos espaços público e privado e suas vítimas, vide tópico abaixo.
[371] No decorrer do estudo, tais termos vêm sendo utilizados como sinônimos.
[372] Pesquisas estatísticas, no entanto, apontam que a vítimas, na maioria esmagadora dos casos, por todo o globo, são mulheres.
[373] Em geral, sob tal prisma, a violência entre membros adultos de uma família será a violência *direta* entre parceiros adultos.

Assim, a violência doméstica seria fenômeno melhor descrito pelas figuras do *abuso conjugal* ou da *violência entre parceiros* (exclusivamente adultos, em princípio), via de regra praticada em âmbito doméstico (privado) e que pode, ao menos em tese, atingir *diretamente* qualquer membro *adulto* da família, *independentemente de seu gênero*. A constatação da presença do elemento de controle coercitivo mostra-se essencial. Em obra anterior, Edleson e seus colaboradores indicaram que controle coercitivo:

> "is a pattern of behavior that utilizes intimidation and terror-inducing threats aimed at the goal of controlling a woman's (and sometimes her children's) behavior, relationships with other people, and independent action in the world. This pattern of coercive control is often produced through inflicting physical harm. Once physical violence has happened, it is possible to control a person with the threat of its reoccurrence, so physical violence may diminish as an overt behavior since emotional intimidation may produce the desired outcome. The dynamics of coercion differ from the kind of conflict found in other couples in which there is occasional violence, but whose violence is not clearly associated with an ongoing effort to control the other person's behavior. Some examples of coercive behavior include: isolating the woman from other people; threats to harm the woman, children or other people she loves; denigrating, degrading or demeaning statements to the woman; and enforced economic dependence" (EDLESON et. al., 2010, p. 17).

Retoma-se, neste ponto, trecho do Estudo da OMS de 2005 (Completo), apresentado no capítulo anterior desta tese, segundo o qual, *para os fins daquele estudo*, comportamento controlador ("controlling behaviour"), cometido pelo parceiro de uma mulher, incluiria as seguintes circunstâncias:

a) impedir que a mulher visite ou tenha contato com seus amigos(as);
b) restringir o contato com sua família biológica;
c) insistir em saber onde a mulher está em todos os momentos;
d) ignorar ou tratá-la com indiferença;
e) zangar-se se a mulher fala com outros homens;
f) acusações reiteradas de infidelidade da mulher; e/ou
g) controle do acesso da mulher a cuidados médicos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005b, p. 14).

Ainda Segundo a Organização Mundial da Saúde, parceiros íntimos (de qualquer dos gêneros) que são fisicamente ou sexualmente violentos tendem a adotar comportamento altamente controlador. A proporção de mulheres, no estudo da OMS, que reportaram um ou mais dos comportamentos acima elencados *variaram enormemente*: de 21% no Japão a quase 90% em áreas urbanas da República da Tanzânia, o que sugeriria grande variação nos níveis

em que tal comportamento é considerado *aceitável* em diferentes *culturas*. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005b, pp. 27 e 36)

Em conclusão e a partir da discussão dos conceitos de violência familiar e violência contra a mulher fundada no gênero, entende-se que a violência doméstica é dotada, *necessariamente,* dos seguintes elementos:

a) ocorrerá em espaço privado;

b) será cometida apenas por um adulto, de qualquer dos gêneros;

c) terá como vítima direta apenas adultos, de qualquer dos gêneros;

d) deverá apresentar a figura do *controle coercitivo*, que demandaria, ao menos em tese, a existência de uma relação *prévia* entre agressor e vítima.

Na década de 70, Leonore Walker desenvolveu tema pelo qual ficou conhecida como seu maior expoente, nas décadas seguintes: a Síndrome da Mulher Espancada, marcado pela configuração de ciclos de violência[374]. Segundo esta teórica, trata-se de *mito* a afirmação de que um homem que agride sua parceira será, obrigatoriamente, violento em todos os seus relacionamentos. Suas pesquisas apontaram que apenas 20% das mulheres espancadas conviveriam com parceiros homens violentos não apenas com elas, mas também com qualquer outra pessoa que o contrariar, embora este seja o grupo de homens violentos mais estudado (WALKER, 1979, p. 24)[375].

Outro mito *equivocado*, constatado pela pesquisadora, diz respeito à outra presunção muito comum sobre homens agressivos/violentos: a de que estes homens também agrediriam seus filhos, sempre. Seu estudo apurou que aproximadamente um terço dos agressores-homens realmente agrediram seus filhos. No entanto, em outro terço da amostra, *as mães, agredidas por seus parceiros, foram responsáveis por cometerem agressões contra seus filhos*, e não os genitores-homens. Confirmando sua conclusão inicial, Walker apurou, em análises posteriores, que 28% das mulheres entrevistadas confirmaram que cometeram abusos contra seus filhos

[374] O aprofundamento destes temas, no entanto, foge ao escopo deste estudo. Sugere-se leitura das duas principais obras de Leonore E. Walker (1979 e 2017).
[375] Em 2017, Walker alterou esta conclusão para mencionar percentual maior de homens que seriam agressivos também com outras pessoas, para além de sua parceira (WALKER, 2017, p. 281).

quando residindo em lar violento. Outros 6% mencionaram terem ameaçado abusar de seus filhos (WALKER, 2017, p. 147).

Finalmente, o último terço das crianças analisadas – em razão de suas mães terem sido diagnosticadas como vítimas da Síndrome da Mulher Espancada – teria sido vítima de uma violência *mais sutil*, originada do fato de residirem em um lar em que seus pais agrediam suas mães (WALKER, 1979, p. 27, 148-9). Trata-se, portanto, da confirmação de que crianças e adolescentes poderão ser vítimas *indiretas* da violência entre os adultos em seu lar (WALKER, 1979, p. 157).

Assim como será discutido em relação à crianças e adolescentes, entende-se que também em relação a adultos não devem ser efetuadas *presunções, jurídicas ou comportamentais*. Segundo comprovado por Walker, nem sempre um genitor que comete violência contra sua parceira será violento com seus filhos; por vezes será a parceira vítima da Síndrome da Mulher Espancada que irá agredir seus filhos. Também foi possível constatar que por vezes, as mulheres agredidas em ciclos repetidos de violência *perdem o controle de sua raiva suprimida* e agridem de forma séria, seus parceiros homens (WALKER, 1979, p. 69).

Durante o processamento de uma demanda sobre a subtração internacional de crianças e adolescentes em que a subtratora efetuar alegação da prática de atos de violência doméstica pelo pai abandonado, parece possível o aproveitamento de contribuições de Walker sobre a constatação da presença da Síndrome da Mulher Espancada. Assim, poderá o juízo[376], buscando apurar a veracidade e impactos da violência alegadamente sofrida, determinar ao perito judicial que apure, dentre outros aspectos, se o *agressor*:

a. possui baixa autoestima;
b. acredita em todos os mitos, normalmente difundidos em debates não técnicos, sobre relacionamentos agressivos[377];
c. tem imbuído, em si, valores tradicionalistas, como a supremacia masculina e no papel sexual familiar estereotipado do homem;
d. culpa terceiros por suas ações;

---

[376] "(...) courts are capable of recognizing the behaviours that abusers might exhibit, and they are capable of trying to determine whether the underlying cause of the abuser's actions is legitimate or not" (PRZEKOP, 2011, p. 1096).
[377] Para descrição dos 21 mitos identificados por Walker sobre a agressão de mulheres por seus parceiros vide Walker (1979, pp. 18-31).

e. é patologicamente ciumento;
f. apresenta personalidade dual ou dúplice;
g. adota reações severas ao estresse, durante os quais faz uso de álcool e comete agressões contra sua parceira;
h. faz uso frequente do sexo como ato de agressão para aumentar sua autoestima;
i. é bissexual; e,
j. não acredita que seu comportamento tem consequências negativas (WALKER, 1979, p. 36).

Em relação às características da *mulher* vítima da Síndrome da Mulher Espancada (SME), a autora considerou não ter sido possível, até o momento, a identificação de traços de personalidade específicos (WALKER, 2017, p. 6). Interessante apontar que, enquanto em sua obra anterior Walker não fez menção ao termo violência doméstica, seu mais recente trabalho, repetindo esta tendência, preferiu aproximar as discussões sobre a SME à *violência entre parceiros íntimos*, seguindo a linha vista anteriormente, por exemplo, pela Organização Mundial de Saúde. Para Walker, a SME seria subcategoria da Síndrome do Estresse Pós-Traumático (WALKER, 2017, p. 76).

É possível, ainda contribuir com a acuidade das perícias judiciais em situações que contam com alegações de violência – inclusive em demandas envolvendo a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes – a partir dos seguintes quesitos, a serem adaptados aos casos concretos:

a) questões de poder e controle perpassam diferentes áreas da vida do agressor?
b) o modelo de comportamento agressivo também é aplicado às crianças?
c) em caso positivo, o agressor é capaz de modificar seu comportamento?
d) o agressor tornou-se mais instável, psicologicamente, durante o período de separação?
e) ele aumentou seus comportamentos de perseguição e vigilância a sua ex-parceira?
f) ele usou a criança para obter informações sobre sua mãe?
g) a mãe usou da criança para obter informações sobre seu ex-parceiro?
h) ele impede o alcance de consenso na tomada de decisões sobre a criança, obrigando a ocorrência de discussão judicial de todos os aspectos da vida da criança?

i) quais os tipos de manipulações utilizadas pelos genitores buscando impactar as decisões sobre a criança?
j) algum dos genitores faz uso de substância como álcool ou entorpecentes para lidarem com a situação?
k) há preocupações quanto à segurança da criança ou de seus genitores?
l) há períodos em que algum dos genitores rejeita aceitar a verdade ou contá-la?
m) algum dos genitores tem dificuldades em aceitar ou solicitar auxílio para suas dificuldades comportamentais? (BANCROFT; SILVERMAN, 2002).

O Governo do Reino Unido, desde o ano de 2013, adota interessante definição de comportamento controlador, comportamento coercitivo e violência doméstica – embora inclua menores de idade, entre 16 e 18 anos[378] e considere que a violência doméstica poderá ser configurada a partir de 1 agressão - segundo a qual:

> "Any incident or pattern of incidents of controlling, coercive, threatening behaviour, violence or abuse between those aged 16 or over who are or have been intimate partners or family members regardless of gender or sexuality. The abuse can encompass but is not limited to:
> - Psychological;
> - Physical;
> - Sexual;
> - Financial;
> - Emotional.
> Controlling behaviour is: a range of acts designed to make a person subordinate and/or dependent by isolating them from sources of support, exploiting their resources and capacities for personal gain, depriving them of the manes needed for Independence, resistance and escape and regulating their everyday life.
> Coercive behaviour is: an act or a pattern of acts of assault, threats, humiliation and intimidation or other abuse that is used to harm, punish, or frighten their victim. This definition includes so called 'honour' based violence, genital mutilation (FGM) and forced marriage, and is clear that victims are not confined to one gender or ethnic group" (GILMORE; GLENNON, 2016, pp. 97-8).

A partir do exposto, menciona-se que será adotado, nesta tese, como *conceito operacional de violência doméstica* o padrão *continuado* de comportamento intimidatório pelo qual a ameaça de violência (física, psíquica, sexual ou econômica) está presente e deve ser praticada com o objetivo de controle do parceiro. Trata-se da prática de atos de violência por adulto, contra outro adulto, de qualquer natureza, em espaço privado e que é possível a constatação, por parte do agressor, de padrão de controle coercitivo em relação à vítima.

---

[378] A inclusão destes ocorreu após consulta pública entre o governo e a sociedade civil.

Tal definição indica que a violência doméstica impõe o reconhecimento de um cenário mais amplo do que uma experiência *isolada* de violência, bem como que qualquer ato de violência deve ser avaliado dentro do contexto geral da dinâmica do relacionamento dos adultos envolvidos. Assim, "uma única agressão física, durante um desentendimento intenso, embora violento, não deverá constituir violência doméstica (...) a menos que a tal comportamento se possa apurar a existência de comportamentos que tencionam controlar a outra pessoa" (EDLESON et. al., 2010, p. 17).

Identificados os principais elementos do fenômeno da violência doméstica, bem como seu conceito, o tópico seguinte se debruçará sobre uma das principais decorrências de tal conceituação, qual seja, a impossibilidade de que crianças e adolescentes sejam vítima *diretas* de violência doméstica.

2.2. Crianças e Adolescentes como vítimas *indiretas*: os efeitos da *exposição* à violência doméstica

A conclusão alcançada no tópico anterior permite avançar na ideia de que, enquanto a violência doméstica é fenômeno que envolve, *diretamente,* apenas adultos, as crianças e adolescentes poderão ser *impactados* por este fenômeno, na condição de vítimas *indiretas*. As mais modernas teorias sobre o tema indicam que a fenomenologia desta violência teria crianças e adolescentes como *expostos*, na medida em que, embora não possam ser vítimas *diretas* dele, poderão ser *testemunhas* ou *observadores*. Modernamente, tais termos vêm sendo substituídos pela expressão *exposição* (à violência doméstica). Mesmo nesta última condição, defende-se que os *impactos* da *exposição* de tais sujeitos em desenvolvimento nunca poderão ser presumidos, devendo ser cabalmente comprovados.

Muitos termos têm sido manejados para definir a modalidade de participação da criança em tal fenômeno – ou seja, sua *exposição* a ele, dentre os quais *testemunha* ou *observadores* têm sido os mais comuns (FANTUZZO; MOHR, 1999; KITZMANN et al., 2003). Conforme mencionado, modernamente os termos *testemunha ou observador* têm sido substituídos pela expressão, mais ampla, de *exposição à violência doméstica*. Por exposição deve-se compreender uma ampla variedade de experiências das crianças em suas casas, onde um adulto executa ações violentas contra outro adulto (FANTUZZO e MOHR, 1999).

Para Kitzmann et al. (2003), a definição de *testemunhar violência* deve ser expandida para incluir a escuta do episódio violento e a observação das consequências do abuso como, por exemplo, os machucados no corpo de um do genitor atingido ou a saída de casa para um abrigo. Em alguns casos, sua exposição poderá levar ao envolvimento *direto* da criança no episódio de violência[379]. Em outros, as crianças poderão buscar distrações para isolarem-se de seus genitores (GARCIA O'HEARN et al., 1997; PELED, 1998). Neste sentido, *exposição* à violência parece melhor enquadrar as possibilidades de envolvimento da criança com a violência doméstica do que os termos *observador ou testemunha*.

Já se identificou que em ambientes familiares onde ocorreu violência as crianças se envolveriam 9 vezes mais nos conflitos parentais, quando comparadas com crianças vivendo em ambientes com ausência de violência (ADAMSON; THOMPSON, 1998). Baseado em relatos de 111 mulheres espancadas, Edleson et al. (2003) concluiu que 36% das crianças frequentemente (ou muito frequentemente) gritavam para tentar obstaculizar os conflitos violentos entre seus genitores; 11,7% delas frequentemente (ou muito frequentemente) contatavam um terceiro, pedindo ajuda, durante um evento violento; enquanto 10,8% frequentemente (ou muito frequentemente) intervinham fisicamente para tentar parar a violência.

Também segundo Edleson et al. (2010, p. 26), o grau de exposição de crianças norte-estadunidenses à episódios de violência doméstica teria sido adequadamente compreendido apenas *recentemente*, por intermédio de pesquisa nacional com amostra randômica. No ano de 2008, e a partir de entrevistas com 4.549 genitores e crianças (e adolescentes, com até 14 anos de idade), constatou-se que (apenas) 6,2% de crianças norte-estadunidenses teriam sido expostas à violência doméstica no ano anterior. A mesma pesquisa apurou que 16,3% das crianças de todas as idades teriam sido expostas à violência doméstica em algum momento desde seu nascimento. Ao questionar diretamente adolescentes entre 14 e 17 anos, cerca de 27%

[379] Se o ato de violência, cometido entre adultos, no ambiente familiar, se dirigir à criança ou atingi-la diretamente, entende-se que não estaremos diante apenas de violência doméstica, mas, tecnicamente, de violência familiar (e, eventualmente, de violência contra a mulher – a criança ou adolescente do sexo feminino – fundada no gênero). Enquanto que na violência doméstica e conta a mulher fundada no gênero a criança (ou adolescente) poderá ser vítima *direta*, defende-se que no âmbito da violência doméstica a criança (ou adolescente) poderá ser, tecnicamente, apenas vítima *indireta*. Além disso, tal condição – de vítima indireta de violência doméstica, não poderá ser, em nenhuma circunstância, *presumida*, devendo ser cabalmente comprovada.

relataram ter sido expostos à violência doméstica em pelo menos 1 momento de suas vidas (FINKELOR et al., 2009).

Outro estudo, realizado a partir da atuação policial em casos de violência doméstica apontou que, em 5 cidades dos Estados Unidos da América, crianças mais jovens são mais comumente encontradas pela polícia quando de sua abordagem a uma denúncia dessa natureza (FANTUZZO et al., 1997). Edleson et al. concluem que crianças de "todas as idades podem ser *expostas* à violência extrema" (EDLESON et. al., 2010, p. 26, grifos nossos). Em alguns casos, a exposição da criança à violência doméstica pode alça-las à condição de vítimas *diretas* de atos de violência (embora tal violência não será, tecnicamente, conceituada como violência *doméstica*; mais propriamente, será esta violência contra a criança).

Além disso, foi possível constatar concorrência entre maus tratos a crianças e violência doméstica (entre adultos) em cerca de 41% dos casos (APPEL; HOLDEN, 1998), com a maioria das análises apontando para coincidência dos 2 eventos entre 30% a 60% dos casos (EDLESON, 1999; HOLDEN, 2003; LEE et al., 2004; McGUIGAN; PRATT, 2001). No entanto, reconhece-se a ausência de estatísticas semelhantes em casos de subtração *internacional* de crianças e adolescentes, inferindo-se, entretanto, que a situação poderia ser semelhante (EDLESON et al., 2010, p. 27).

Ainda no que diz respeito ao impacto da exposição de crianças (e adolescentes) à violência doméstica, aponta-se que "as crianças podem ser significativamente prejudicadas pela *exposição* à violência mesmo quando eles não são alvos diretos da violência física ou sexual" (EDLESON et al., 2010, p. 27, grifos nossos). Neste ponto, deve-se notar que os autores, cuidadosamente, não mencionam que as crianças podem ser vítimas diretas dos atos de violência *doméstica*, embora possam sê-lo quanto a atos de violência (em sentido amplo). A preocupação com a linguagem é elemento que também norteia esta tese. Estudos consistentes têm demonstrado que para as crianças que são *ao mesmo tempo*, vítimas de violência *e expostas à violência doméstica*, tais fatores *podem contribuir* para problemas de comportamento (por todos, LITROWNIK et al., 2003).

Os *efeitos* específicos e *concretos* da exposição de crianças e adolescentes à violência doméstica vêm sendo aprofundados em muitos estudos[380]. Em especial, aponta-se que a frequência da exposição violência doméstica pode estar altamente associada a problemas comportamentais das crianças, incluindo a externalização de comportamentos como agressividade e desobediência, bem como comportamentos de internalização como depressão, tristeza e falta de autoconfiança (JOURILES et al., 1996). Em geral, tem se constatado que crianças expostas à violência doméstica podem demonstrar funcionamento cognitivo rebaixado (ROSSMAN, 1998) e habilidades de resiliência reduzidas, incluindo baixa capacidade nas áreas de competência social, solução de problemas, autonomia e auto eficiência (APPEL; HOLDEN, 1998; EDLESON; GRAHAM-BERMANN, 2001).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) também se debruçou sobre o tema da *exposição* de crianças e adolescentes violência *marital*, notando que a exposição de crianças à violência *marital* podem ser a causa de uma ampla gama de problemas emocionais e comportamentais, tais como:

> "anxiety, depression, poor school performance, low self-esteem, disobedience, nightmares and physical health complaints [nota de rodapé omitida]. Indeed, studies from North America indicate that children who witness violence between their parents frequently exhibit many of the same behavioural and psychological disturbances as children who are themselves abused [nota de rodapé omitida].
> Recent evidence suggests that violence may also directly or indirectly affect child mortality [nota de rodapé omitida]" (KRUG at al., 2002, p. 103).

Em trecho anterior deste estudo, considerou-se que a exposição da criança *a qualquer forma de violência* também teria impactos potenciais negativos:

> "For instance, children who witness violence are more likely to reproduce, as adults, dysfunctional relationships within their own families. As with cases of direct physical or sexual assault, children who witness violence may exhibit a range of symptoms, including behavioural, emotional or social problems and delays in cognitive or physical development, although some may not develop problems at all. Given this variability, different intervention strategies and treatment methods have been developed, taking into account the developmental age of the child" (KRUG at al., 2002, p. 73).

Entretanto, resta evidenciado que as consequências ou efeitos da *exposição* de crianças e adolescentes à violência não deverão ser presumidos, conforme se extrai do seguinte trecho de estudo publicado no âmbito da OMS em 2002:

---

[380] E que parecem aproximar-se, em muitos aspectos, daqueles observados como consequência do *ato de subtração de crianças e adolescentes.*

> "The evidence to date for the effectiveness of these programmes is limited and often contradictory. Two evaluations, for example, of the same 10-week group counselling programme produced differing results. In one, the children in the intervention group were able to describe more skills and strategies to avoid getting involved in violent conflicts between their parents and to seek out support than the children in the comparison group, while in the other, no differences between treatment and comparison groups were observed [nota de rodapé omitida]" (KRUG at al., 2002, p. 73).

Em decorrência, mostra-se relevante a disponibilização de serviços de saúde em favor de *adultos vítimas de abuso enquanto crianças ou adolescentes*, na medida em que:

> "a number of studies have found a link between a history of child abuse and a range of conditions, including substance abuse, mental health problems and alcohol dependence [nota de rodapé omitida]. In addition, victims of child abuse may not be identified as such *until later in life and may not have symptoms until long after the abuse has occurred*. For these reasons, there has been a recent increase in services for adults who were abused as children, and particularly in referrals to mental health services. Unfortunately, few evaluations have been published on the impact of interventions for adults who were abused during childhood. Most of the studies that have been conducted have focused on girls who were abused by their fathers [nota de rodapé omitida]" (KRUG at al., 2002, p. 73).

Conforme apurado no Capítulo 1 desta tese, entre os anos de 2002 e 2006 foi elaborado estudo por especialista independente apontado pelo Secretariado da Organização das Nações Unidas[381]. A análise, que foi apenas *comunicada* pela Assembleia Geral da ONU aos seus membros[382] considerou dentre outros contextos, *a casa e a família* como espaços em que a ocorrência de violência contra crianças e adolescentes seria expressiva.

O autor da análise partiu da importante premissa de que *toda violência contra a criança pode ser prevenida*[383]. Seria possível – ao menos em tese – o deferimento do retorno de criança ou adolescente, vítima de subtração internacional ilícita, ao seu Estado de residência habitual, *sempre que as autoridades deste último tiverem condições de prevenir* violência contra a criança. O estudo constata que a violência contra a criança é circunstância que ainda conta com elevada invisibilidade, além de apresentar diversas modalidades e ser influenciada por

---

[381] Disponível em https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/un_documents/a_61_299_un_study_on_violence_against_children.pdf. Acesso em 24.09.2019.

[382] Razão pela qual seu entende-se que seu conteúdo não seria relevante para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, a partir da moldura hermenêutica contida na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

[383] Conforme mencionado, essa consideração relaciona-se diretamente à interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da CH80, na medida em que este dispositivo deve, entende-se, ser combinado ao conteúdo do artigo 18 deste mesmo tratado, segundo o qual "As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento".

múltiplos fatores, desde as características pessoais da vítima e do agressor, *bem como seu ambiente cultural e físico*.

Sua análise teria demonstrado que, em muitos Estados – em todas as regiões do globo-, a punição física de crianças *em suas casas*, alcançaria a cifra de 80 a 98% (com 1/3 destas experimentando punição física severa). O especialista considerou, conforme visto, a convivência saudável e dotada de laços fortes com *ambos os seus genitores,* aliados à participação efetiva destes últimos e à disciplina não violenta seriam fatores de *proteção e prevenção* à violência contra a criança.

Além disso, estimou-se que entre 133 e 275 milhões de crianças *testemunhem* episódio de violência doméstica anualmente, apontando que os efeitos da exposição *reiterada* de crianças a violência doméstica[384] deve ser avaliado *individualmente*, na medida em que as crianças apresentam diferentes graus de resiliência, além de que a violência entre adultos, em si, pode adotar múltiplas formas[385].

Embora defenda-se, nesta tese, que crianças e adolescentes não poderão ser vítimas *diretas* de atos de violência doméstica, não se discute que tais sujeitos poderão – e ainda o são, infelizmente, vítimas de atos de violência no *âmbito familiar* e nos espaços públicos. Aponta-se que, no Brasil:

> "mais de 70% dos casos notificados de violência contra crianças e adolescentes têm como local a casa da vítima ou do suspeito, que em mais de 60% das notificações é alguém da família[386]. Na infância das meninas, os *agressores são, na ampla maioria dos casos registrados, as mães* (42,4%), seguidas pelos pais (29,4%), e só depois por desconhecidos (15,6%) e padrastos (9,7%)" (BIROLI, 2018, p. 113).

A partir do marco teórico adotado por esta tese, considera-se restar esclarecido que, apesar das dificuldades terminológicas que os *discursos* sobre violência doméstica têm adotado, nos campos teórico, perante o grande público e até mesmo em documentos elaborados no âmbito da comunidade internacional, este fenômeno poderá ter, como vítimas *diretas*, apenas adultos em que seja possível detectar-se a presença do elemento de *controle coercitivo*.

---

[384] Ocorrida, direta e exclusivamente entre adultos, nos termos que vem sendo apontado nesta tese.
[385] Conforme apontado anteriormente, o estudo apresenta confusão terminológica, ao indicar que a violência doméstica poderia ser cometida contra mulheres *e crianças*.
[386] Nota de rodapé no original "Disque-Denúncia da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, de 2014. Ver Julio Jacobo Waiselfisz, *Mapa da violência 2015,* cit., p. 50)".

Em decorrência, reitera-se que crianças e adolescentes não poderão, tecnicamente, ser classificados como vítimas *diretas de violência doméstica,* embora atos de violência (familiar, no espaço público ou, nos espaços público ou privado, quando vitimarem meninas – crianças e adolescentes – a violência contra a mulher fundada no gênero) possam, por óbvio, lhes acometer de forma *direta.* Entende-se que resta devidamente esclarecido que crianças (e adolescentes) poderão ser, tão-somente, vítimas *indiretas* de violência *doméstica*.

Ainda que tais sujeitos possam ser, tão-somente, vítimas *indiretas* da ocorrência deste tipo de violência, eles poderão sofrer os *impactos* de tais atos e, nessa medida, a prática de violência doméstica *poderá ser relevante à interpretação da exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980*, na medida em que esta última garante proteção à crianças e adolescentes vítimas de quaisquer riscos de danos físicos, psíquicos ou sujeitos à situação intolerável *quando do seu retorno* ao país de residência habitual – desde que tal Estado não possua mecanismos eficazes para reduzir ou eliminar tais riscos. A comprovação dos *impactos* oriundos da *exposição* à violência doméstica cometida e sofrida, diretamente, por outros membros da família à criança, defende-se, deverá ser cabal e nunca poderá ser presumida.

Ultrapassado este ponto, mostra-se relevante a consolidação das definições que vem sendo construídas no decorrer deste estudo, a partir dos marcos teóricos adotados, dos deletérios fenômenos da violência familiar, doméstica e contra mulheres fundada no gênero. Buscar-se-á empreender tal esforço no tópico abaixo.

2.3. As relações entre violência doméstica, familiar e contra a mulher fundada no gênero

Constatadas as frequentes confusões terminológicas que o termo *violência doméstica* vem enfrentando – seja no âmbito da comunidade internacional, pela academia e, em especial, pelo grande público -, buscar-se-á apresentar proposta de classificação da violência, contra mulheres e crianças, a partir, das discussões especialmente travadas nos capítulos 2.1 e 2.3, acima. Esta tese vem buscando apresentar proposta de conceituação dos três fenômenos acima mencionados, buscando resposta à seguinte indagação: *como a violência doméstica se relaciona com a violência familiar e contra a mulher fundada no gênero?*

Por primeiro, deve-se perceber que a violência contra quaisquer seres humanos poderá ocorrer tanto no espaço público quanto privado. A violência doméstica, por sua vez, diz respeito à prática de atos violentos, em ambiente privado específico, o lar, cometido e que vitima apenas adultos, de qualquer gênero. Para fins deste estudo, serão considerados como espaços *públicos*:

a) aqueles *formalmente constituídos como tal*, como a rua, a praça e os parques;

b) os espaços públicos com *restrição de acesso ao público*, nos quais a circulação pode ser controlada, monitorada ou restrita a algumas pessoas, como os edifícios públicos; e,

c) os espaços privados, desde que acessíveis ao público, em que se faculta o acesso e, em algumas circunstâncias, pode-se exigir o preenchimento de condições (para seu ingresso), como "shopping centers", cinemas, lojas.

Em consequência, considerar-se-á como *espaço privado*, essencialmente, os *ambientes de propriedade privada, não acessíveis ao público*. Fundamentalmente, para este estudo, a violência doméstica ocorre em espaço privado *específico* o lar. Além disso, não se deve perder de vista que a distinção entre público e privado – inclusive quanto aos espaços, proposta nesta tese, não pretende ser estanque[387]. Considera-se, no entanto, que sua utilidade é indissociável do esforço de distinção dos fenômenos de violência familiar, *doméstica* e contra a mulher fundada no gênero, objeto deste capítulo.

Nos espaços *públicos*, a prática de *atos violentos* poderá ser cometida diretamente:

a) contra crianças, adolescentes e adultos, mulheres ou homens; ou
b) por crianças, adolescentes ou adultos, mulheres ou homens.

---

[387] Neste ponto, esclarece-se que não se desconhecem as 3 principais teorias nacionais que divergem quanto à distinção entre público e privado (por todos, SARMENTO, 2010, pp. 30-31; LÔBO, 2013, p. 22) – sejam eles interesses, bens ou até o ramo jurídico, quais sejam:
a) Teoria da prevalência do interesse, por intermédio da qual a preponderância do interesse público ou privado levará à correspondente classificação do espaço;
b) Teoria das relações jurídicas, pela qual será pública a relação imposta pelo Estado a um particular, que a ela deverá se submeter. Nas relações privadas seria possível observar paridade entre as partes; e
Teoria subjetiva, que olha para os atores envolvidos, integrando o Direito Público a figura do Estado em sentido amplo, enquanto o Direito Privado contaria com a participação de sujeito particular, em suas relações com outro sujeito privado ou com o Estado.

A violência cometida em espaços públicos, contra adultos *e* fundada em gênero, *em desfavor do gênero feminino* (mulheres)*,* alcança-se a figura da *violência contra a mulher fundada no gênero*. Na hipótese desta não ser fundada em discriminação ao gênero feminino, tem-se a ocorrência de violência contra adulto cometida em espaço público. Um homicídio perpetrado em espaço público, por exemplo, poderá ser classificado, sob este viés, tanto como violência contra a mulher fundada no gênero, quanto violência contra adulto (mulher ou homem) meramente ocorrida em ambiente público.

A violência contra a mulher fundada no gênero é modalidade que *pode permear* as demais figuras analisadas, quais sejam, a violência contra a criança (ou adolescente) no espaço público – violência contra menina (adolescente ou criança) fundada no gênero. No espaço privado, ela também poderá estar presente nas violências familiar e doméstica, sempre que for possível a comprovação cabal de que sua prática se fundou no gênero da vítima e em desfavor de mulheres ou meninas.

Na hipótese de sua ocorrência no ambiente familiar, ter-se-á *simultaneamente*, a ocorrência de violência contra a mulher fundada no gênero com a violência familiar[388]. Se ocorrida no ambiente familiar *e* contiver elemento de *controle coercitivo,* a violência contra a mulher fundada no gênero será *coincidente* com a violência doméstica. Não se deve perder de vista que a violência contra a mulher fundada no gênero também poderá ocorrer fora do ambiente familiar como, por exemplo, em espaços públicos, cometida por pessoas conhecidas ou desconhecidas da vítima, conforme mencionado acima. Em decorrência, propõe-se a conceituação do fenômeno da *violência contra a mulher, fundada no gênero* nos seguintes termos:

a) qualquer ato de violência cometido contra mulheres ou meninas, até 18 anos incompletos;

b) praticado por crianças, adolescentes ou adultos, de qualquer gênero;

c) em espaços públicos ou privados; e, por fim,

---

[388] "Family violence significantly impacts the prevalence of youth violence" (GONZALEZ; CORBIN, 2010, p. 431).

d) desde que seja possível comprovar, cabalmente, que a violência se fundou no gênero da vítima.

Relembra-se, no entanto, que embora os documentos produzidos no âmbito da comunidade internacional – e pormenorizados no Capítulo 1 desta tese – façam várias menções à violência de gênero, foram poucos os esforços encontrados para sua conceituação. Uma destas tentativas foi aprovada no âmbito do Comitê CEDAW em 1992 - a Recomendação Geral nº 19[389], que apontou que a violência de gênero incorporaria toda forma de violência dirigida contra a mulher *por ela ser mulher* ou aquela que afetaria desproporcionalmente as mulheres. Em 2017 este documento foi substituído pela Recomendação Geral nº 35[390] que, dentre outros aspectos, afirmou que violência contra a mulher fundada no gênero constituiria *discriminação contra a mulher.*

Entende-se que, embora a Recomendação nº 19 reconheça que a violência contra a mulher, fundada no gênero, atinge as mulheres *por serem mulheres*, não parece adequada a inclusão, em tal conceito, da ideia de que também se estará diante desta modalidade em qualquer violência que *afete, numericamente, mais mulheres do que homens*. Resta corroborada a hipótese, defendida neste estudo, de que os Estados-Partes não parecem ter alcançado grau de consenso multilateral suficiente se comprometerem com a utilização de um conceito específico de violência contra a mulher fundada no gênero.

Ainda no âmbito do espaço público, considera-se que a *violência praticada diretamente contra crianças (ou adolescentes)*, cometida tanto por adultos quanto por outro adolescente ou criança, configurarão *violência contra criança ou adolescente no espaço público*, com exceção da prática de atos violentos cometidos contra criança ou adolescente *fundada em gênero e em desfavor do gênero feminino* – ou seja, cometida contra meninas, até 18 anos incompletos. Neste último caso, alcança-se, novamente, o fenômeno da *violência contra a mulher fundada no gênero*.

---

[389] Disponível em https://unhrt.pdhj.tl/por/violencia-contra-as-mulheres/. Acesso em 20.09.2019.

[390] Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf . Acesso em 31.07.2018.

Avançando a análise para as tipologias da violência nos espaços privados temos que esta poderá ser, assim como a violência nos espaços públicos, ser cometida diretamente:

a) contra crianças, adolescentes e adultos, mulheres ou homens; ou
b) por crianças, adolescentes ou adultos, mulheres ou homens.

Sob tal perspectiva, considera-se que no âmbito do espaço privado (no caso, *a família, a casa, o lar ou o domicílio*), teríamos a noção de violência *familiar*, que poderá ser dirigida *diretamente* à criança ou a quaisquer outros membros da família – inclusive adultos. Além disso, a violência familiar também poderá ser cometida por qualquer pessoa, adulto, criança ou adolescente, ao menos em tese, tendo como vítima pessoa de qualquer gênero. Conforme mencionado acima, se a violência familiar for cometida em desfavor de mulheres ou meninas (crianças ou adolescentes) *em razão de seu gênero*, por adulto ou menor de 18 anos, de qualquer dos gêneros a violência familiar coincidirá com a ocorrência de violência contra a mulher fundada no gênero.

A violência familiar poderá vitimar crianças e adolescentes, inclusive a prole de genitor que é vítima de violência doméstica. Em estudo da década de 70, citado por Agopian, constatou-se que cerca de 38% de mulheres vítimas de violência fundada no gênero *abusavam fisicamente de seus filhos*. Além disso, 54% dessas mulheres alegaram que seus maridos também prejudicavam fisicamente seus filhos (AGOPIAN, 1980, p.17). Em tópico anterior deste estudo foi apresentado percentual de mulheres vítimas da Síndrome da Mulher Espancada.

Não se deve perder de vista, neste ponto, a crítica feminista ao manejo da expressão *violência familiar* que, a partir de uma linguagem supostamente "gender neutral" (neutra quanto ao gênero, em tradução literal) não realçaria a circunstância de que tal violência seria perpetrada, "em maior volume, por homens contra mulheres e crianças" (ELLSBERB e HEISE, 2005, p. 11). A utilização de linguagem "gender neutral" foi brevemente discutida, sob outros aspectos, em tópico anterior desta tese[391].

Propõe-se, neste ponto, que a violência *familiar, exclusivamente entre adultos e em que seja possível a comprovação da existência de controle coercitivo*[392], seja denominada,

[391] Capítulo 1.2.2.
[392] Parece possível, ao menos em tese, a ocorrência de violência familiar, *diretamente* dirigida a outros membros da família que não a criança, sem a detecção de padrão de controle coercitivo.

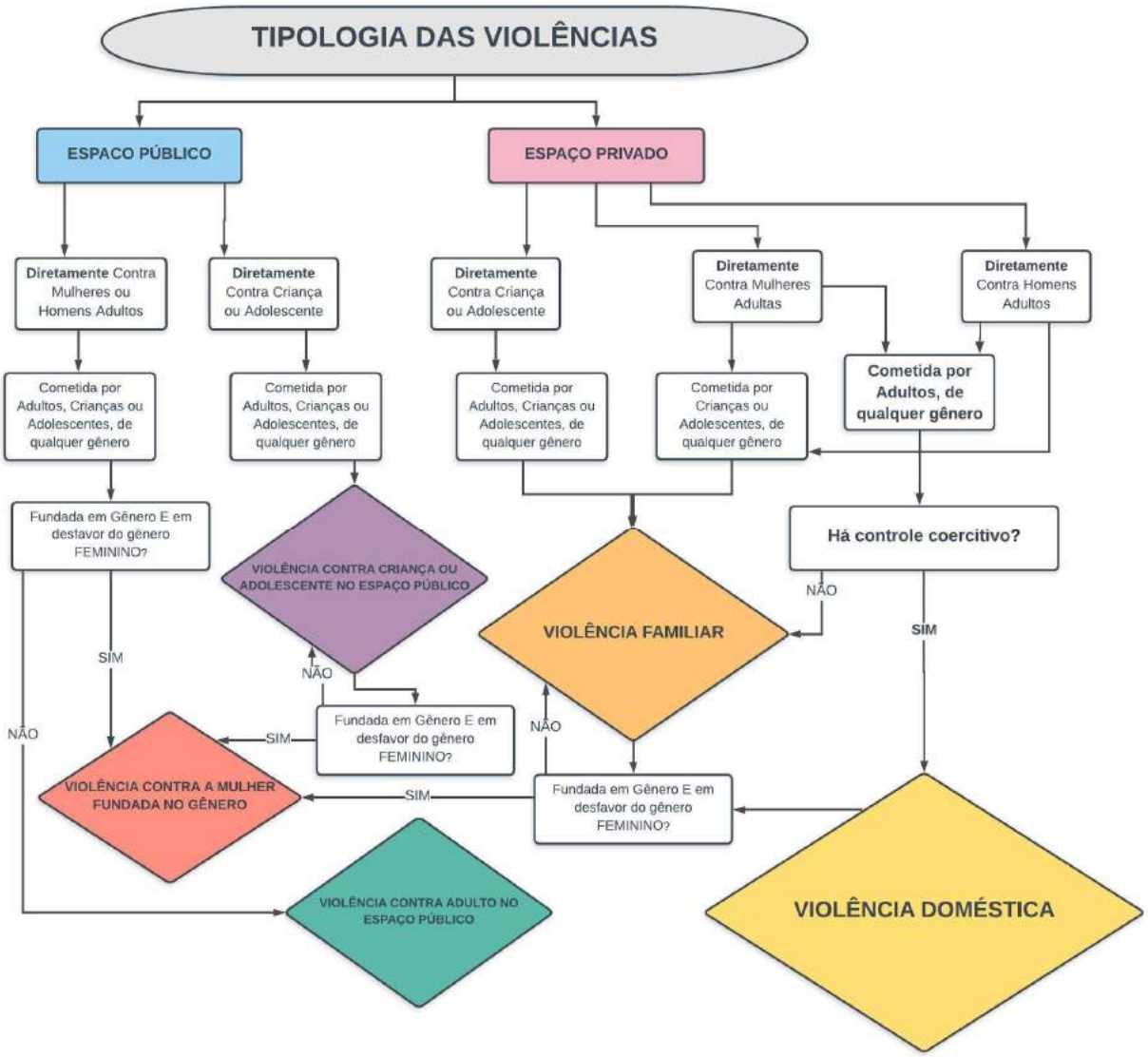
propriamente, *violência doméstica*. De acordo com esta proposta, portanto, a violência *doméstica* poderá, em tese, ser perpetrada por mulheres e homens (adultos), assim como ter ambos como vítimas diretas. Em consequência, *a violência doméstica seria fenômeno restrito à perpetuação de atos de violência dotados de padrão de controle coercitivo, praticada exclusivamente entre adultos, de qualquer dos gêneros e que também apresentará apenas adultos como vítimas diretas*.

Sob esta definição, que busca aproximar-se dos mais modernos estudos sobre o tema, as crianças ou adolescentes não poderiam ser sujeitos ativos ou passivos *(diretos*) da violência. Além disso, ainda que em número muito reduzido de casos – para alguns, em quantidade inexpressiva (por todos, EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 24) – *homens adultos* também poderiam ser vítimas de violência doméstica.

Tanto a violência contra a mulher fundada no gênero quanto a violência familiar poderão contar, *ou não*, com presença do elemento de *controle coercitivo*. A constatação da presença do elemento de *controle coercitivo* na violência familiar que gera sua categorização como violência doméstica. Na hipótese de violência doméstica cometida contra a mulher, fundada em seu gênero, novamente teremos, simultaneamente, a prática de violência doméstica (espécie da violência familiar) e violência contra a mulher fundada no gênero). O conceito de controle coercitivo, como elemento essencial à configuração de violência *doméstica* foi analisado em tópico anterior deste capítulo, acima.

Não se deve perder de vista, ainda, que embora crianças e adolescentes não possam ser vítimas *diretas* de violência doméstica, elas poderão, em razão de sua exposição a tal circunstâncias, serem impactadas. Tais impactos, defende-se, não poderão ser presumidos, devendo ser apurados em cada caso concreto, conforme será visto no decorrer deste capítulo.

As considerações acima discutidas podem ser compreendidas a partir do quadro sinótico abaixo:



Fonte: Elaborado pela autora.

Em conclusão, os fenômenos da violência doméstica, familiar e contra a mulher fundada no gênero não serão, *em hipótese alguma, sinônimos*. Cada um deles possui conteúdo próprio e "locus" de ocorrência específico – com exceção da violência contra a mulher fundada no gênero, que poderá ocorrer tantos em espaços públicos quanto privados. Esta última, ainda, poderá ocorrer simultaneamente, em espaço privado, às violências familiar e doméstica, conforme visto. Um mesmo episódio de violência, no entanto, poderá configurar, simultaneamente, mais de um tipo de violência.

Tais distinções, conforme mencionado, mostram-se extremamente relevantes para o debate esclarecido da violência doméstica no âmbito da CH80, em especial porque se nota, com

frequência, a confusão (proposital ou não) dos atos de violência cometidos diretamente contra a criança, daqueles cometidos diretamente entre adultos, levando o leitor desavisado à confusão de conceitos e à adesão, inadvertida, a críticas à CH80. Na sequência, a análise se debruçará sobre tema ainda pouco discutido em âmbito teórico, prático ou pelo público em geral: a subtração internacional de crianças e adolescentes como ato, em si de violência contra estes últimos.

2.4. A subtração como como *ato de violência inicial* à criança e seus os efeitos

Infelizmente as crianças nem sempre foram consideradas sujeitos (autônomos) de direitos. Encontrou-se, posição teórica que considera que a proteção autônoma às crianças teria se desenvolvido a partir da proteção dos *animais* (MONACO, 2009, p. 444-5). Apenas em tempos relativamente recentes é que crianças e adolescentes deixaram ser encarados como *objetos exclusivamente sujeitos aos desígnios de seus genitores – inicialmente, o genitor varão e, progressivamente, ambos os seus pais – e, eventualmente dos Estados,* para serem compreendidos como *verdadeiros sujeitos de direitos, dotados de interesses próprios e titulares de interesses que podem inclusive conflitar com aqueles de seus genitores (ou do Estado), além de receptores necessários de proteção especializada, que tome em conta sua condição especial de pessoas em formação.*

Aponta-se, ainda, que "a ideia moderna de infância tem suas origens fundadas na 'paidéia', palavra de origem grega cujo significado remete à busca por uma educação que vise a construção do homem enquanto homem e cidadão" (DUARTE, 2011, p. 31). Apesar de parecer óbvio que as crianças são seres humanos autônomos que merecem proteção especial por sua condição de pessoas em desenvolvimento, no ano de 1994 a Organização das Nações Unidas, por intermédio de seu Comitê sobre os Direitos da Criança (CRC), precisou relembrar os países que:

> "Traditionally, the child has been seen as a dependent, invisible and passive family member. Only recently has he or she become 'seen' and, furthermore, the movement is growing to give him or her the space to be heard and respected. Dialogue, negotiation, participation have come to the forefront of common action for children" [393].

[393] Disponível em https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Documents/Recommandations/family.pdf. Acesso em 03.08.2018.

Os documentos produzidos em âmbito internacional analisados, em especial no Capítulo 1 deste estudo, reproduzem, em grande escala, movimento (cultural e jurídico) de reconhecimento *progressivo* das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e interesses próprios – independentes e, eventualmente, conflitantes com os interesses de seus genitores. Durante as negociações da Convenção da Haia de 1980 houve grande ênfase nas implicações negativas, ao desenvolvimento e bem-estar da criança, decorrentes do *ato (violento) de sua subtração internacional*.

Percebida a *evolução* do "status" das crianças e adolescentes, de *objetos* vinculados ao destino que é decidido exclusivamente por adultos (e, eventualmente, pelo Estado), para *sujeitos* plenos, titulares de direitos e posições próprias[394], passar-se-á, à importante discussão da subtração de crianças e adolescentes como ato, por si só, de *violência* a estes últimos, cometidos – via de regra – por um de seus genitores.

A relevância de tal discussão se liga, em especial, ao fato de que, muitas vezes, as discussões (judiciais) envolvendo subtrações internacionais não parecem levar em consideração que as crianças são verdadeiramente sujeitos autônomos, titulares de direitos próprios, como aquele de conviver, idealmente, com ambos os genitores, de não ser removida, contra sua vontade, de seu país de residência habitual e, em especial, o de ter *suas opiniões levadas em consideração*, antes e após a subtração[395].

Na maior parte das vezes, conforme estudos que serão analisados na sequência, as crianças não são comunicadas previamente dos intentos do subtrator de removê-las de seu país de residência habitual. Além de não serem avisadas de tal circunstância, também tem sido comum que, durante o processo judicial em que se discute sua subtração internacional, não é deferida sua representação autônoma (guardião "ad litem")[396] e, ainda, outras tantas vezes elas não são sequer ouvidas – pelo juízo e/ou profissionais (ou equipe multidisciplinar) especializada.

---

[394] Que inclusive podem conflitar com os interesses de seus genitores, considerados em conjunto ou unilateralmente ou com interesses estatais.

[395] Conforme analisado no Capítulo 1 do presente estudo, tais direitos já se encontram consagrados em documentos internacionais, especialmente em tratados, dentre os quais se destacam, nesta tese, a Convenção da Haia de 1980 e a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança.

[396] Discussão breve sobre a designação de guardião "ad litem" em favor de crianças e adolescentes nos processos judiciais que digam respeito à sua subtração internacional ilícita será apresentada no Capítulo 5 desta tese.

Rememora-se que a Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança indica, em seu artigo 12, ser dever de seus Estados-Partes assegurar "à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos" a ela relacionados, "levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função" de sua "idade e maturidade". A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de crianças e adolescente, em dispositivo imediatamente posterior a sua *exceção de grave risco*, também prevê a relevância da manifestação da criança, ao dispor que "a autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto"[397].

O presente tópico irá analisar a subtração internacional sob a perspectiva dela configurar ato que, em si mesmo, é uma *violência contra a criança.* Embora ainda em número reduzido, foram realizados estudos empíricos com crianças, adolescentes e adultos envolvidos, diretamente, em casos de subtração internacional, seja na condição de subtraído, subtrator ou genitor abandonado, em que foi possível a apuração dos efeitos da subtração em relação às primeiras.

Em comum, tais estudos parecem demonstrar que, *via de regra*, a remoção ilícita de uma criança (ou sua retenção) para país diferente daquele em que possui residência habitual gera-lhe efeitos *negativos*, especialmente de natureza psicológica – como agressividade, dificuldades no (re)estabelecimento de relações de confiança, depressão, ansiedade – que podem, inclusive, persistir até a vida adulta. Aponta-se que o *estado de guerra* entre os genitores, em razão da subtração da criança (ou adolescente), "will generate psychological problems and behavioral maladjustments in children, including resentment of both parents. As a result of these serious harms, some experts advocate that parental abduction should be viewed as a form of child abuse" (WILLS, 2006, P. 429).

A violência da subtração não poupa as crianças mais jovens, como alguns podem imaginar; elas também podem apresentar reações negativas perenes, manifestadas a partir de sua subtração. Mostra-se relevante, neste ponto, que tanto os momentos seguintes à subtração

---

[397] Convenção da Haia de 1980, artigo 13, parágrafo 2º.

(no país de refúgio) quanto a restituição de uma criança ou adolescente (ao país de residência habitual) sejam acompanhadas, de perto, por *profissionais especializados*, para garantir que o restabelecimento do bem-estar – especialmente emocional – da criança – possa ser prioritariamente resguardado. Aponta-se que a subtração de uma criança, "mesmo quando perpetrada por um de seus genitores, irá provavelmente confundir, perturbar e assustar uma criança" (FRAIDSTERN, 2005, p. 684).

A subtração não tem apenas crianças e adolescentes como vítimas. Também o genitor abandonado – e, em alguma medida, o subtrator – podem sofrer os efeitos negativos da violência gerada pela subtração, em especial quando esta é acompanhada da abrupta interrupção do contato da criança com o primeiro (o que os estudos parecem demonstrar que ocorreria com frequência, infelizmente). Tais danos podem ser de natureza física, psíquica e, ainda, financeira.

O primeiro estudo sobre o sequestro[398] de crianças e adolescentes que recebeu certa notoriedade[399] data do ano de 1981 (AGOPIAN, 1981). A análise, voltada aos aspectos *criminológicos* do *sequestro* de crianças na região de Los Angeles, Estados Unidos da América, no período de 1977 a 1978[400], é comumente citada em outras publicações sobre os aspectos *civis* da subtração internacional de crianças e adolescentes. O estudo concluiu, por primeiro, que os homens cometeram mais frequentemente o crime de subtração de criança (quase duas vezes mais que mulheres), aparentemente por estarem descontentes com o deferimento da custódia exclusiva da criança em favor de sua mãe, fruto da visão tradicional – e paternalista, entende-se – que coloca enorme valor nos poderes do *instinto materno* (AGOPIAN, 1980, pp. 59-61).

---

[398] Adota-se, nesta tese, o termo subtração para tratar do fenômeno disciplinado pela Convenção da Haia de 1980, em seus aspectos *civis*¸ reservando a terminologia sequestro para a conduta criminal (que poderá ter) de natureza semelhante a primeira. A literatura técnica em inglês, também parece distinguir, via de regra, os 2 cenários, utilizando-se dos termos "child abduction" (para subtração civil) e "child kidnapping" (para o sequestro penal).

[399] Conforme discutido em tópico específico, quando da negociação da CH80 os Estados-Partes tiveram acesso a um estudo estatístico, elaborado pelo ISS – "International Social Service". No entanto, tal estudo não teria se aprofundado nos *efeitos* da subtração internacional de crianças e adolescentes, razão pela qual não será discutido neste ponto.

[400] O corte temporal adotado pelo autor diz respeito ao primeiro ano de vigência de legislação penal do estado da Califórnia sobre o crime de subtração interparental: 1º de julho de 1977 a 30 de junho de 1978 (AGOPIAN, 1981, p. 2).

Além disso, o autor concluiu que o crime de subtração de incapaz[401] não ocorreria *imediatamente* após a decisão de custódia da criança que privilegiaria um genitor em detrimento do outro. Ao contrário, existiria um estágio de *planejamento* – premeditação, na linguagem penal – em que o futuro subtrator buscaria ganhar a confiança do genitor que detém a custódia exclusiva da criança, cumprindo integralmente o regime de visitação que lhe foi deferido. Segundo o autor, cerca de 40% dos crimes de subtração de incapazes, em sua amostra, ocorreram após 2 ou mais anos da decisão (judicial) de divórcio (AGOPIAN, 1980, p. 94).

Segundo este mesmo autor, o cometimento do crime seria gerado pelo "profundo amor e desejo do genitor de manter um relacionamento em tempo integral com a criança ou usar seu sequestro como mecanismo de influenciar o reestabelecimento da relação marital rompida" (AGOPIAN, 1980, p. 95). Além disso, seu estudo teria comprovado que, ao contrário do que considerado por muitos, o sequestro de crianças *não* seria motivado por raiva ou vingança do ofensor contra sua (seu) ex-parceiro (AGOPIAN, 1980, p. 97).

Na difícil arena pós divórcio, os conflitos sobre a custódia dos filhos seriam os mais relevantes[402]. Também segundo Agopian, cada um dos esposos está vulnerável ao outro em razão do compartilhamento do contato com a criança. Além disso, a criança poderá ser *utilizada* para ferir o outro genitor ou como troféu[403]. Nesse sentido:

> "O genitor que titularizar a custódia da criança poderá, ainda, criar obstáculos ou limites restritos para as visitas, como permitir a visitação apenas na presença do guardião ou em horários absolutamente inconvenientes. O genitor desapossado da custódia da criança poderá comprar presentes excessivamente caros ou apontar

[401] O crime de sequestro de incapaz encontra-se incluído no Código Penal brasileiro, artigo 249, que assim dispõe: "Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:
Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.
§ 1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.
§ 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena".

[402] Esta afirmação parece perder força na medida em que, na atualidade, a legislação brasileira prevê, como regra, a custódia compartilhada dos filhos em comum, em caso de divórcio ou separação. Na época da publicação do Estudo de Agopian, no entanto, a guarda compartilhada ainda não era uma realidade efetivamente implementada no Brasil, nos Estados ou no Reino Unido. Até o momento, não Brasil, o compartilhamento da custódia de crianças e adolescentes ainda pende de amadurecimento dos operadores jurídicos e das próprias famílias.

[403] Para críticas à presunção em favor da custódia compartilhada em situações de violência doméstica, vide Greenberg (GREENBERG, 2005). O Alaska, por exemplo, adotou presunção contrária àquele que perpetrou violência doméstica e, uma vez aplicada tal presunção (relativa), o abusador não poderá titularizar a custódia da criança (unilateralmente ou de forma compartilhada), até que ele comprove sua reabilitação, ausência de abuso substantivo e/ou que o melhor interesse da criança demanda o deferimento da custódia em seu favor (BOLOTIN, 2008, p. 263).

> qualidades negativas do outro genitor. (...) Tais comportamentos encorajam um genitor a decidir exercer controle total sobre a criança e, a hostilidade criada pode dar aso ao seu sequestro" (AGOPIAN, 1980, p. 26).

Considera-se que a visitação e acesso direto, da criança ou adolescentes, aos seus genitores, família estendida encontra-se à serviço do desenvolvimento sadio da personalidade da criança e, sua ausência, podem ser como consequência danos a sua esfera psicológica. Além de tais decorrências, também se encontra o "sofrimento específico causado pela frustração, em razão da falta de convívio com o pai ou com a mãe" (LAURIA, 2002, p. 150).

A subtração internacional não parece ser a única situação em que a criança é vítima *direta* de atos de violência. Seja no país de residência habitual ou, com mais frequência, na sequência de sua subtração, crianças e adolescentes podem ser também vítimas de atos de alienação parental, cometidos por qualquer pessoa, com o objetivo de criar na criança ou adolescente uma *indisposição* ao genitor que está sendo privado, pelo subtrator, de sua companhia, inclusive pela implantação de falsas (ou difamantes) memórias pelo subtrator, na criança (ou adolescente), acerca do outro genitor[404]. Segundo Duarte, "normalmente o sequestro tem como consequência direta a implantação da chamada Síndrome da Alienação Parental (DUARTE, 2011, p. 84).

A distância física normalmente imposta por subtrações internacionais parece agravar tal fenômeno, o que se pode perceber, por exemplo, do relato dos entrevistados pelos estudos analisados. Em um dos casos, a mãe subtratora buscou convencer a criança que seu pai havia falecido, razão pela qual teria sido *necessário* deixar o país de residência habitual. O relato de quando a verdade foi descoberta pela criança é impressionante, dando uma clara ideia dos efeitos nefastos que a alienação parental pode ter, conforme será visto abaixo.

Foram realizadas, até o momento, poucas pesquisas sobre os *efeitos* da subtração internacional em crianças e adolescentes, tendo sido constatado – dentre outros aspectos - que, via de regra, a transferência da criança para outro país (ou sua retenção, fora de seu Estado de residência habitual) pode, efetivamente, *configurar ato de violência contra a criança*. Por óbvio

---

[404] A prática de atos de alienação parental e as discussões sobre a existência (ou não) de Síndrome de Alienação Parental poderão, tecnicamente, ocorrer antes, durante ou após a subtração internacional de crianças e adolescentes. Sua visibilidade maior, no entanto, parece ocorrer *durante* a subtração, momento em que o genitor subtrator deseja, muitas vezes, romper quaisquer laços da criança com o genitor abandonado e seu país de residência habitual. O aprofundamento das discussões sobre a alienação parental, entretanto, foram propositadamente excluídos do escopo desta tese.

– e assim como nas demais hipóteses de violência (direta ou indireta) que podem envolver criança, *mostra-se indispensável a investigação, em cada um dos casos, sobre os efetivos impactos das condutas a ela dirigidas*. Defende-se, neste estudo, que *em nenhuma hipótese* (seja quanto aos motivos que teriam levado à subtração, durante esta ou em momento posterior) *os danos ou perigos à crianças e adolescentes podem ser presumidos*.

Embora alguns estudos – e ponderações unilaterais - sobre os impactos da violência, sob vários ângulos, tenham sido realizados por organizações internacionais (especialmente por agências e órgãos da ONU, conforme visto no Capítulo 1), as principais análises sobre os impactos da *subtração internacional* foram realizadas por organizações não-governamentais e especialistas independentes[405].

Conforme será visto, apesar das dificuldades metodológicas que podem ser observadas em muitos destes estudos, constata-se que a subtração interacional de crianças (e eventos que dela decorrem) apresentam, em geral, *efeitos deletérios sérios e perenes às crianças e adolescentes* (além de também impactarem negativamente seus pais e família estendida, como avós). Muitos deles parecem aproximar-se, ainda, daqueles descritos na literatura médico-psicológica como atos de alienação parental, conforme mencionado.

Na sequência serão apresentados os principais estudos identificados sobre o tema da subtração (ou sequestro, quando o caso) *doméstico* de crianças e adolescentes – ou seja, aquelas cometidos dentro de um país, sem consequências, em princípio, internacionais.

2.4.1. Subtrações Domésticas

Por primeiro, serão analisados os estudos que se debruçaram sobre subtrações *domésticas* – via de regra, crime de sequestro interparental, que não é, propriamente, o objeto da Convenção da Haia de 1980 que, como sabido, lida com as consequências de natureza *civil da subtração internacional* de crianças e adolescentes. Na introdução deste tópico já se abordou

[405] Normalmente custeadas por órgãos estatais domésticos, como o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e órgãos públicos do Reino Unido, como seu Ministério da Justiça, seu Departamento de Assuntos Constitucionais e a agência "Foreign and Commonwealth Office".

o pioneiro estudo de Agopian, publicado em 1980, razão pela qual não será ele repetido nas considerações que seguem[406].

Por primeiro, apontam-se algumas pesquisas que analisaram sequestros *mais longos.* Por exemplo, Forehand et al. (1989), estudou 23 crianças sequestradas em 17 famílias, a partir de questionários respondidos pelos genitores abandonados, após o retorno das crianças[407]. Os genitores abandonados classificaram seus filhos em uma Escala Parental de 48 itens, com sub escalas focadas no comportamento e dificuldades de aprendizagem, reclamações psicossomáticas, hiperatividade impulsiva e ansiedade. De acordo com os genitores abandonados, seus filhos demonstraram significativamente mais problemas *após* o sequestro (em relação a *antes* deste evento) em *todas* as sub escalas. Além disso, *após o retorno da criança* (entre 3 e 26 meses) teriam sido observadas melhoras progressivas.

Outra pesquisa, realizada por Sagatun e Barrett (1990) a partir do estudo de 43 sequestros no norte do estado da Califórnia (EUA) seria *um dos poucos estudos em que a maioria das subtrações foi cometida por mulheres* (25 mães e 18 pais). Os profissionais que se envolveram com estas crianças mencionaram que seu sequestro lhes teria causado os seguintes efeitos:

> "Some [children] longed to remain with the abducting parent, while others were happy to return to the victim parent. Some children had been *severely traumatized by the abduction or concealment, and many will be unable to recover from the loss of a long separation from one parent*. Some were *terrorized or tortured through the lies they were told and by the manipulation of their identities in the process of concealment*. In some cases *their childhood had been stolen from them by parents who severely over-identified with them*. A few children weathered the abduction experience relatively unscathed, these were usually children whose separation from their other parent was short and whose removal was nonviolent" (SAGATUN; BARRETT, 1990, p. 440, grifos nossos).

Segundo Edleson et al. (2010), o estudo melhor sistematizado sobre sequestros interparentais teria sido elaborado por Finkelhor et al., no ano de 1988[408] (Pesquisa NISMART-1). Alcançando 89,2% de taxa de resposta, foram pesquisadas 10.544 residências[409], nas quais os cuidadores de crianças e adolescentes com menos de 17 anos foram solicitados a informar

---

[406] Duvall e Moscowitz apontam que as notícias publicadas pela mídia, sobre subtrações nos Estados Unidos acabam por gerar mitos, não indicando amostra aleatória ou representativa (DUVALL; MOSCOWITZ, 2011, p. 147).
[407] De 48 questionários enviados, apenas 17 foram completados (taxa de resposta de 35%, considerada baixa).
[408] E publicado em 1991.
[409] Todas nos Estados Unidos da América e selecionadas randomicamente.

as experiências de 20.505 crianças. Destas, 59 crianças foram sequestradas (por um de seus genitores) em até 12 meses antes da pesquisa.

Em relação aos efeitos *do sequestro,* não ocorreu *nenhum* relato de abuso sexual da criança, enquanto *5% delas teriam sido fisicamente abusadas, 8% foram reportadas como tendo sofrido dano ou ferimento, 17% teriam sofrido danos mentais sérios e 35% teriam sido vítimas de danos mentais leves ou moderados* (FINKELHOR et al., 1991, p. 814). Tem-se que a maioria absoluta (65%) das crianças vítimas de sequestro teria sofrido, efetivamente, danos físicos e/ou psíquicos *originados exclusivamente do ato de sua subtração.*

Em 1993, Greif e Hegar encontraram efeitos negativos substanciais em crianças e adolescentes, causados por seu sequestro. A análise foi feita a partir do envio de questionários a 2.666 genitores abandonados, tendo sido recebidas 371 respostas, envolvendo 519 crianças[410]. Das 371 respostas, cerca de *metade* dos genitores ainda não tinha logrado alcançar o retorno de seus filhos (GREIF; HEGAR, 1993, p. vi). Independentemente da idade das crianças e adolescentes envolvidos, os pesquisadores apontaram que:

> "foi dolorido entrevistar as vítimas de sequestro e compreender seu passado e seus medos. Muitas vezes confusas e feridas pela experiência, por vezes emocionalmente despedaçadas e *nunca sem efeitos*, as crianças que foram restituídas carregam o legado duplo de um relacionamento parental fracassado e o estresse de viver em fuga. Como eles lidaram com o sequestro varia de acordo com sua idade, relacionamento com o subtrator e o genitor abandonado, e suas experiências enquanto subtraídos" (GREIF; HEGAR, 1993, p. vi).

Embora os pesquisadores tenham concluído que "nem todas as crianças são irreparavelmente afetadas" (GREIF; HEGAR, 1993, p. 140), *todas são afetadas*, em maior ou menor grau, a depender, em especial, de sua *resiliência pessoal* e de relacionamentos positivos e reforçadores.

Retomando clássico estudo de Bowlby (1969) sobre a experiência de crianças separadas de suas mães e levadas a hospitais durante a 2ª Guerra Mundial, a idade da criança foi considerada, por Greif e Hegar, o *principal* fator na avaliação dos efeitos de seu sequestro. Além disso, os autores afirmaram que "estudos recentes tem concluído que crianças mais jovens

[410] Uma taxa de resposta também baixa, assim como no estudo anteriormente analisado. Em casos envolvendo crianças com idade reduzida, os pesquisadores não as entrevistaram diretamente.

precisam de um cuidado consistente, provido por um adulto, *seja tal adulto a mãe, o pai, avós ou pais adotivos*" (GREIF; HEGAR, 1993, p. 141, grifos nossos).

Os relatos dos genitores abandonados a estes pesquisadores indicaram que 54% das crianças sequestradas apresentaram declínio funcional (comportamento em casa, saúde, performance e comportamento escolar) *após* o sequestro, quando comparado seu comportamento *antes* de tal evento. A ampla maioria dos genitores abandonados – como era de se esperar, considerou que o período passado com o sequestrador (genitor) teria sido muito aborrecedor para a criança (48%) ou algo aborrecedor (45%).

Em relação às crianças sequestradas na faixa dos 6 anos de idade, restou claro que as dificuldades lhes são agudas, na medida em que elas já apresentam percepção sobre o tempo, permitindo-lhes estimar quando tempo permaneceram em fuga (ou ocultadas). Além disso, foi possível observar seu crescente senso de diferenciar o certo do errado, o que foi evidenciado por seus sentimentos de culpa, ao perceberem que um de seus genitores cometeu uma conduta errada ao subtraí-los. Ao serem treinadas para evitar contato com autoridades, contar suas histórias e, eventualmente, mentir sobre seus sobrenomes, embora pudesse ser visto como um jogo, no início do sequestro, posteriormente acabou por testar o desenvolvimento moral da criança e sua habilidade em confiar em qualquer de seus genitores (GREIF; HEGAR, 1993, pp. 142-3). Conforme será visto na sequência, a culpa e a falta de confiança em seus genitores são efeitos presentes nas subtrações internacionais.

No que diz respeito às crianças acima dos 7 anos de idade (e especialmente entre 7 e 10 anos), o desenvolvimento moral da criança resta seriamente ameaçado por seu sequestro, na medida em que esta seria a fase principal em sua diferenciação entre certo e errado e afirmação de sua identidade. O senso ético da criança é diminuído, na medida em que ela acaba por se tornar cúmplice, normalmente sem querer, do ato criminoso, passando (ou sendo compelida) a evitar contatos com o genitor abandonado e não procurando ajuda em outros adultos (ou autoridades) para solucionar seu problema.

No caso de adolescentes, o sequestro pode gerar-lhes confusão mental significativa. No entanto, exatamente porque os adolescentes têm maior percepção e possibilidade de se manifestarem, a ocorrência de crime dessa natureza que os envolva parece ser – no campo

doméstico e na subtração internacional – estatisticamente muito menor (em relação à subtração ou sequestro de crianças).

Cole e Bradford realizaram, em 1992, estudo com 20 famílias canadenses e suas 37 crianças que foram sequestradas[411] *em sua maior parte, pelos genitores varões*[412] *que não titularizavam a custódia da criança*. Concluiu-se que *poucas* diferenças foram encontradas (quanto aos efeitos do sequestro) nas crianças sequestradas em relação à grupo de controle, *quando tais subtrações foram breves* (65% delas teria durado *menos de 1 semana*), *todos os irmãos foram subtraídos em conjunto e as crianças (1/3 delas) não percebeu que o que lhes aconteceu foi uma subtração.*

2.4.2. Subtrações Internacionais

Analisados alguns dos principais estudos sobre os efeitos do sequestro doméstico, o presente tópico se debruçará sobre as coincidências – e eventuais afastamentos – dos estudos vistos no item anterior em relação à subtração internacional de crianças e adolescentes. Os principais e mais recentes estudos[413] no campo da subtração *internacional* de crianças e adolescentes foram elaborados no âmbito do organismo não-governamental "Reunite International Child Abduction Centre" (doravante "Reunite International" ou "Reunite")[414], nos anos de 2003, 2006 e 2009, com custeio pelo governo do Reino Unido. Nos Estados Unidos, Edleson et. al. (2010) realizaram suas análises também com custeio governamental. Conforme será visto, a subtração internacional, via de regra, gera efeitos negativos em crianças e adolescentes e também seus genitores.

---

[411] Embora o estudo não seja claro, aparentemente teriam sido cometidas abduções domésticas, e não internacionais.
[412] Esta é uma das poucas pesquisas que se aproximaria com o Estudo da ISS, realizado na década de 70 e que embasou as negociações para redação e adoção da CH80, segundo o qual a maior parte das subtrações, no período estudado, foi cometida por genitores do gênero masculino.
[413] Apesar das dificuldades metodológicas que serão observadas na sequência, este estudo recebeu repercussão no meio acadêmico. Nesse sentido, por todos, EDLESON et al., 2010.
[414] Organização não governamental britânica envolvida na prevenção, aconselhamento e produção científica no campo da subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes. Para mais informações veja http://www.reunite.org/aboutus.asp. Acesso em 20.10.2019.

O primeiro dos estudos analisados, denominado "The Outcomes for Children Returned Following an Abduction", data do ano de 2003 (Estudo da Reunite de 2003)[415] (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003) e se debruçou, dentre outros temas, sobre os efeitos da subtração internacional. Passar-se-á a sua análise na sequência.

A. Estudo Reunite de 2003: os efeitos negativos da subtração às crianças e seus pais

A partir de uma primeira fase de pesquisa (2001), o projeto piloto deste estudo foi conduzido por intermédio da distribuição de questionários e teria sido apresentado – segundo informado pelo próprio estudo - à 4ª Comissão Especial sobre a Operação Prática da CH80, no ano de 2001[416]. O Estudo da Reunite de 2003 (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003) realizou entrevistas pessoais estruturadas (com ambos os genitores, sempre que possível; as crianças, no entanto, não foram entrevistadas)[417], pelo período de 2 anos, relacionadas a 22 casos de subtração internacional que envolveram 33 crianças, nos quais foi determinado seu retorno a país europeu.

Aponta-se que os objetivos da pesquisa foram investigar os resultados, *para as crianças*, tendo em conta os motivos para a subtração; o estabelecimento de executoriedade das salvaguardas (ou condições para o retorno seguro da criança); a prestação de assistência jurídica e representação judicial no país de residência habitual para (retomada ou início) das discussões sobre a custódia das crianças; e, por fim, a manutenção (ou não) do contato com o genitor que não detinha, de forma compartilhada ou exclusiva, a custódia da criança[418].

Por primeiro, não se pode perder de vista que a amostra estatística do estudo se mostra bastante reduzida, envolvendo apenas 22 casos (e 33 crianças). Tal universo mostra-se ainda menor do que aquele apresentado aos negociadores da CH80, no final da década de 80, e realizado pelo ISS – "International Social Service", que será discutido no Capítulo 3 desta tese.

---

[415] Disponível em http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Outcomes%20Report.pdf. Acesso em 06.08.2018.

[416] No entanto, o sítio eletrônico da HCCH, no tópico relativo à 4ª Comissão Especial sobre o Funcionamento da CH80, em 2001, não faz qualquer menção à apresentação de tal estudo, nem tampouco o menciona em suas conclusões e recomendações finais.

[417] Em 2001 a "Reunite International" teria enviado questionário às Autoridades Centrais da CH80. Contudo, a adesão à pesquisa teria sido baixa.

[418] Verifica-se que apenas a última parte do estudo voltou-se aos efeitos da subtração (e da devolução ou não) da criança, razão pela qual esta última parte será discutida, em especial, no presente tópico.

Além de amostra reduzida, apenas foram analisadas subtrações que diziam respeito ao Reino Unido (de forma ainda mais restrita, subtrações tendo o Reino Unido como país de refúgio). Foram realizadas 30 entrevistas: 22 com a pessoa que o Reunite contatou primeiro ("primary interview")[419] e 8 com o outro genitor da criança/adolescente ("spouse interview")[420]. Neste ponto, também merece atenção o baixo número de casos que contaram com entrevistas a ambos os genitores (36%)[421].

Em relação aos *efeitos gerados às crianças pela subtração, a maior parte dos genitores* abandonados teria considerado que a subtração gerou efeitos *negativos* à primeira. Do ponto de vista dos *genitores abandonados*:

a) 12 deles consideram que a criança sofreu *danos* como resultado da subtração;
b) 3 consideraram que a criança não sofreu danos como resultado da subtração;
c) em 4 casos não havia informação disponível.

Nos 12 casos em que os genitores abandonados consideraram a ocorrência de dano efetivo à criança (ou adolescente), *como resultado da subtração,* teriam sido observados os seguintes sintomas comportamentais nas crianças:

a) insegurança;
b) depressão;
c) nervosismo;
d) estresse;
e) sentimento de ausência do genitor subtrator enquanto este esteve longe;
f) dano emocional, inclusive pela prática de alienação parental pelo subtrator que, por exemplo, teria mencionado à criança que o genitor abandonado teria *morrido*, gerando intenso sofrimento na criança, até que esta descobriu que o genitor subtrator mentira e que seu pai ainda estava vivo;
g) desconexão ("dettachment") perigosa da criança quando do seu retorno;

---

[419] 15 entrevistas no Reino Unido e outras 7 em outros países europeus e na Austrália.
[420] Ao contrário das "primary interviews", somente 1 delas ocorreu no Reino Unido (porque o genitor viajou até o Reino Unido para participar do exercício). As demais foram realizadas na Croácia, Portugal, Grécia, França, Itália, Escócia e Austrália.
[421] Das 22 "primary interviews", 10 delas foram com subtratoras (todas sendo mães das crianças) e 12 foram com genitores abandonados (8 mães e 4 pais). Em relação às "spouse interviews" (8) apenas 1 delas foi realizada com o subtrator. As outras 7 foram realizadas com pais abandonados.

h) confusão mental;
i) sofrimento pela perda do genitor subtrator, com quem uma conexão ("attachment") cresceu como parte de necessidade de sobrevivência;
j) perturbações no desenvolvimento escolar;
k) alienação parental;
l) raiva do genitor abandonado por não ter *resgatado* a criança (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, pp. 39-40).

Uma das mães subtratoras indicou, com satisfação, que a criança, em seu retorno, passou a receber atendimento em grupo de terapia. Em um dos casos em que o pai abandonado considerou que a subtração não teria gerado efeitos negativos na criança, a criança teria afirmado a ele que "seu tempo no exterior foi uma aventura". Um outro pai (abandonado) mencionou que, embora não tenha detectado dano na criança, "esta teria aprendido como manter segredos e ser manipuladora" ((REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, p. 40).

Neste ponto, importante reiterar que muitos dos sintomas identificados parecem aproximar-se, claramente, daqueles descritos com frequência pela literatura (da área da saúde) relacionados à prática de atos de alienação parental ou, ainda, da Síndrome de Estresse Pós-Traumático[422].

---

[422] Em atenção ao corte metodológico adotado no presente estudo, a hipótese de cometimento de atos de alienação parental e/ou a detecção da ocorrência da Síndrome de Estresse Pós-Traumático em casos de subtração internacional ilícita não será aprofundada. Serão apenas enunciados, brevemente, seus principais aspectos, à título ilustrativo, quando considerado necessário.
A prática de atos de alienação parental diz respeito à alteração do comportamento de uma criança (ou adolescente) em relação a um de seus genitores – ou membros da família específica – "passando do amor, saudade, carinho e companheirismo para a aversão total sem que tenha havido algum acontecimento real que motivasse tal mudança" (DA SILVA, 2016, p. 170). No Brasil, a vedação à prática de atos de alienação parental encontra disciplina na Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 27.09.2019). De acordo com o artigo 2º da Lei nº 12.318/2020, "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".
Embora a Síndrome de Alienação Parental não conte, até o momento, com reconhecimento oficial no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV e sua versão atual, o DSM-V) e sua configuração como síndrome autônoma seja objeto de intensos debates, inclusive no Brasil, considera-se que a prática de atos de alienação parental contra crianças ou adolescentes, é realidade inegável, em muitas circunstâncias. Segundo Da Silva, tais atos podem ser "evidenciados em inúmeros casos em que a criança passa a rejeitar o pai sem motivo plausível, e para isso cria, distorce ou exagera situações cotidianas para tentar 'justificar' da necessidade de afastamento do pai, inclusive reproduzindo falas de outras pessoas. A pessoa que induz a criança a rejeitar

Sob o ponto de vista dos subtratores, conforme mencionado, apenas 1 delas teria afirmado *que o retorno* da criança *não* teria lhe causado danos. As outras 10 subtratoras apontaram, *de acordo com sua percepção pessoal*, os danos sofridos com *o retorno da criança*, após sua subtração:

a) estresse enquanto aguardando a decisão de mérito do processo de guarda;
b) testemunho de violência contra a mãe;
c) piora na condição de saúde, incluindo pesadelos;
d) assunção de responsabilidade pela situação infeliz da mãe, levando ao auto suplício;
e) falta de estabilidade;
f) negativa em conectar-se (emocionalmente) ("dettachment");
g) danos emocionais e psicológicos que demandavam tratamento;
h) perturbações no desenvolvimento escolar; e, por fim,
i) separação de irmãos (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, p. 40).

A comparação dos pontos de vista dos genitores abandonados e subtratores chama a atenção em pelo menos dois pontos. Por primeiro, a mudança ambiental da criança, abrupta, pode trazer, indiscutivelmente, efeitos negativos a ela. Além disso, ambos os grupos coincidiram na descrição de alguns desses efeitos, como a detecção de perturbações no desenvolvimento escolar, danos emocionais, estresse, piora na condição de saúde, dificuldades no estabelecimento de conexões emocionais.

No entanto, enquanto os genitores abandonados imputaram tais efeitos *à subtração*, as mães subtratoras consideraram que os mesmos teriam, como causa, o *retorno da criança ao seu país de residência habitual* – negando-se a perceber que o ato de subtração poderia ter sido sua

---

imotivadamente o outro pai (sic), inclusive mediante relatos inverídicos de molestação sexual, apresenta um distúrbio psicopático gravíssimo, uma sociopatia crônica, porque não tem nenhum respeito e consideração pelo outro, importando-se apenas com seus próprios interesses egoísticos e narcísicos. Acusam o outro pai (sic) de agressões à criança, mas quando manipulam emocionalmente a criança para verbalizar acusações infundadas, tornam-se eles sim os verdadeiros agressores das crianças, não se conscientizando de que os vínculos parentais são essenciais para o equilíbrio psíquico da criança enquanto ser em formação" (DA SILVA, 2016, p. 170).

causa. Entende-se, no entanto, que tais comportamentos na criança não existiam *antes* da subtração, razão pela qual, *se ela não tivesse ocorrido, provavelmente a criança não os teria vivenciado*.

Por fim, também chama a atenção que o estudo tenha deixado, neste ponto, de considerar a *resposta* de um grupo em relação às alegações do outro (grupo), preferindo dar a impressão de que estava comparando eventos semelhantes[423] quando, em verdade, estava comparando eventos distintos. Infelizmente, tal circunstância parece macular gravemente o estudo neste ponto, uma vez que metodologicamente inadequado[424].

Apesar de o estudo não deixar claro, em seu início, também foram considerados os *efeitos nos pais e mães das crianças*, tanto em relação à subtração quanto às circunstâncias que se seguiram ao retorno da criança. Os genitores abandonados (pais e mães) indicaram, em especial, que tiveram efeitos financeiros sérios na busca do retorno da criança, direta (com os procedimentos de retorno, em si mesmos) e indiretamente (pela dificuldade de trabalhar adequadamente neste período, inclusive por força de sucessivas licenças médicas). Dois genitores informaram que venderam suas casas para custeio dos honorários e custas judiciais dos processos de restituição das crianças (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, p. 41).

Além disso, muitos deles também se descreveram como se sentindo estressados e deprimidos. Uma das mães abandonadas mencionou que "se sentia uma viúva deixada com uma terrível solidão". Um dos pais teria dobrado a dose recomendada de pílulas para dormir, ingeridas com álcool, chegando a pensar cometer homicídio contra as pessoas envolvidas na subtração. Muitos deles mencionaram o isolamento, a impotência e a falta de esperança sentida (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, p. 41).

Duas mães discorreram sobre o efeito negativo da subtração de seu(s) filho(s) sob sua autoestima, na medida em que se sentiram culpadas pela subtração, bem como sua percepção de que precisavam evitar contatos sociais, que sempre as lembrava de sua perda. A maior parte dos genitores sentia *medo e pânico* pela perda dos filhos, mas nem todos puderam lidar com

---

[423] Não teria sido averiguado, junto aos genitores abandonados, quais os efeitos que eles consideravam como derivados *do retorno da criança*. Tampouco teria sido perguntado às subtratoras quais os *efeitos derivados da subtração* que elas gostariam de comentar.
[424] Para não dizer tendencioso.

tais sentimentos, uma vez que deveriam dirigir seus esforços para obter o retorno das crianças. Uma vez retornadas, os esforços passaram a se concentrar nas necessidades da criança de readaptação (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, p. 41).

Enquanto um dos pais indicou não existirem palavras para descrever os efeitos da subtração nele, outro disse que preferia "perder um braço a passar pela dor de perder seu filho". Pensamentos sobre nunca mais ver a criança e sobre uma nova subtração se mostraram recorrentes durante as entrevistas – assim como os efeitos da subtração nos avós das crianças. Um dos pais, de forma positiva, considerou que após o retorno da criança foi possível a eles passarem mais tempo juntos (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, p. 41).

O Estudo da Reunite de 2003 também apresentou, quanto ao último ponto, metodologias diversas para avaliação das considerações dos genitores: as subtratoras não teriam sido questionadas sobre *os efeitos da subtração em si*, mas tão-somente sobre sua perspectiva quanto ao *retorno* da criança (acompanhado ou não pelo subtrator), ao país de residência habitual.

Uma mãe subtratora apontou que "pensava que seu pesadelo tinha terminado quando ela chegou ao país de refúgio e que, nunca pensou que poderia perder a custódia de seus filhos". Além disso, considerou que, em seu retorno ao país de residência habitual, ela lograria obter ordem judicial de realocação, na companhia das crianças, novamente no país de refúgio (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, p. 42).

Outra mãe indicou que os "efeitos [do retorno da criança ao seu país de residência habitual] foram horríveis": ela considerou que *seus desejos de começar uma nova vida estavam sendo ignorados* e que ela estava sendo levada a uma vida que ela não queria mais e onde ela não poderia se desenvolver. A decisão de retorno da criança foi considerada, por ela, uma interferência indevida em suas *escolhas pessoais*. Outra mãe disse considerar-se chocada com a decisão de retorno, que não lhe permitiria sair definitivamente do país de residência habitual acompanhada de seu filho[425]. Por fim, outra mãe considerava que não estava sendo *ouvida*, enquanto várias outras teriam indicado sentimento de isolamento (semelhante a relatos de

[425] Pelo relato apresentado no estudo não existiria uma restrição legal à saída desta mãe do país de residência habitual. No entanto, sua fala parece indicar que deixar este último país, *sem a criança* não seria opção possível para ela, como se a criança, aparentemente, fosse uma *parte ou objeto seu, inseparável.*

genitores abandonados) e ausência de apoio familiar (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, p. 42).

Além disso, as subtratora indicaram perceber, em si, sentimentos de ansiedade; algumas teriam adoecido, enquanto outras teriam se tornado "raivosas ou azedas" (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003, p. 42). *De forma geral, as subtratoras consideraram que estes sentimentos estariam impactando negativamente seus filhos*. Apesar das dificuldades metodológicas do Estudo da Reunite de 2003, acima apontadas, considera-se inconteste que tanto as crianças, como seus pais, são *vítimas de um contexto violento, inaugurado pela subtração internacional das primeiras, por decisão unilateral de um dos seus genitores*[426]. Os relatos dos envolvidos, no entanto, parecem enxergar os efeitos negativos *sempre – e exclusivamente – em relação ao comportamento do outro genitor, e nunca em relação ao seu próprio comportamento*.

Com isso e, infelizmente, as crianças e adolescentes parecem seguir à mercê das decisões unilateralmente tomadas por seus genitores (ou, no caso do retorno, por autoridades judiciais) que, em muitos casos não levam em consideração sua opinião sobre o assunto. Enquanto os subtratores parecem ver motivos legítimos para sua conduta, praticam-na *sem buscar respaldo judicial prévio*, levando as crianças consigo para onde decidirem ir, quase que como se objetos pessoais fossem.

Os genitores abandonados, por sua vez, preferem enxergar *apenas* na subtração todos os efeitos negativos que seus filhos estão vivenciando. Sem um adequado equilíbrio de posições (que devem ser trianguladas entre criança, pai e mãe), dificilmente será possível o alcance de solução saudável para tais crianças e adolescentes, hábil a reparar (ou, ao menos reduzir), os efeitos negativos da situação a que – involuntariamente – foram impostas.

[426] Por óbvio, o cenário pré-subtração também poderá ser violento, quando configuradas as modalidades de violência identificadas em tópicos anteriores deste capítulo.

B. Estudo Freeman de 2006: crianças subtraídas tornam-se adultos traumatizados

Em 2006, Marilyn Freeman[427] elaborou outro estudo que vem recebendo atenção, inclusive no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH)[428]. Denominado "Internacional child abduction: the effects" – doravante, Estudo Freeman de 2006 (FREEMAN, 2006) – ele afirma voltar-se à análise dos efeitos de curto e longo prazo das subtrações internacionais.

Durante 2 anos teriam sido acompanhadas as experiências de 10 crianças subtraídas[429] e de 25 genitores diretamente envolvidos em subtrações internacionais de crianças e adolescentes. Foi utilizado o mesmo grupo de pessoas do Estudo Reunite de 2003, quando possível. Novamente, a amostra do estudo mostra-se pequena e parece, da mesma forma que o estudo que o antecedeu, embora em menor medida, permeada por *viés de gênero*.

Após alongadas considerações sobre a experiência dos genitores a partir da subtração internacional e a partir dos 22 casos identificados no Estudo Reunite de 2003, foram novamente entrevistados 25 genitores (dos 30 entrevistados no estudo de 2003), sendo 16 mães[430] e 9 pais[431]; 3 adultos que foram vítimas de subtração internacional quando crianças, 1 avô de uma criança subtraída e 1 irmão (não subtraído) adulto de uma criança que foi vítima de subtração internacional.

Em apenas 6 casos (de um universo de 19) foi possível entrevistar ambos os genitores – novamente, um baixo número (31,6%) de oportunidades para que ambas as partes pudessem apresentar suas considerações[432]. Por força dos novos adultos incluídos na pesquisa, o estudo passou a incluir, além de subtrações no âmbito europeu, também 1 subtração envolvendo os Estados Unidos da América (FREEMAN, 2006, p. 8).

Uma das primeiras conclusões de Freeman diz respeito à melhora do relacionamento dos genitores, passados 3 anos das primeiras entrevistas. Em muitos casos foi possível a eles estabelecerem relações mais cordiais e, em alguns, verdadeira cooperação na realização de seus

---

[427] Pesquisadora da "Reunite International Child Abduction Centre".
[428] Por todos, CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 36 e EDLESON et al., 2010.
[429] Entre 10 e 18 anos de idade.
[430] Dentre estas, 9 teriam cometido a subtração internacional e 7 eram mães abandonadas.
[431] Todos os pais entrevistados tinham sido genitores abandonados.
[432] Em muitos casos, o genitor contatado diretamente pela equipe de pesquisadores se negou a fornecer o contato do outro genitor, decisão que foi respeitada.

papeis como mães e pais (FREEMAN, 2006, p. 9). Relembra-se que, na maior parte dos casos, as crianças retornaram aos seus países de residência habitual[433]. Neste ponto, parece possível defender-se que *a restituição da criança* (ou do adolescente) ao seu país de residência habitual pode ser importante incentivo para a retomada do diálogo entre os envolvidos, com vistas ao adequado atendimento ao bem-estar da criança (ou adolescente) vítima da subtração internacional[434].

Uma outra inovação relevante do Estudo Freeman de 2006 foi a decisão de entrevistar as crianças *desacompanhadas de seus pais*, quando autorizadas por estes últimos. Foram entrevistadas crianças e adolescentes entre 10 e 18 anos de idade. Conforme mencionado, 3 adultos que foram subtraídos enquanto crianças (e que não participaram do Estudo da Reunite de 2003), também foram ouvidos.

Apesar de cerca de 60% dos *genitores entrevistados* não ter mais lembrança exata das datas mais importantes envolvendo a subtração internacional de seus filhos, a maior parte deles ainda mantinha muito presente o tempo em que permaneceram sem contato com a criança, seja porque não conheciam sua localização, seja porque o contato foi interrompido pelo genitor subtrator, até que determinado o retorno da criança ao seu país de residência habitual (FREEMAN, 2006, p. 12).

Os relatos dos adultos entrevistados que foram *vítimas* de subtração internacional ilícita (quando crianças ou adolescentes) são verdadeiramente impactantes. Por exemplo, uma das entrevistadas mencionou que não pode ter nenhum contato com o outro genitor (abandonado) durante todo o período em que esteve subtraída em outro país. E continua:

> "She explained that she began to believe what the abducting parent told her about the other parent regarding the purported domestic violence that the abducting parent had suffered. She said that she forgot about the left-behind parent and that the time away felt like a holiday but, when she saw the left-behind parent again, she realised how much she had missed him" (FREEMAN, 2006, p. 18).

Um outro adulto (vítima de subtração quando criança) lembra-se que lhe era dito que o pai abandonado *era uma pessoa muito perigosa* e, em pouco tempo, ele passou a acreditar nisso. Uma das crianças entrevistadas mencionou que ela imaginava que o motivo pelo qual ela foi

---

[433] Em alguns outros casos, infelizmente, relata-se que a relação entre os genitores teria se deteriorado ainda mais.
[434] Por óbvio, tal conclusão é parcial, na medida em que não existiram estudos disponíveis sobre a retomada do diálogo saudável entre os genitores nos casos em que as crianças (e adolescentes) *não* são retornados ao seu país de residência habitual.

subtraída tão jovem era precisamente culpa sua, porque *ela não teria conseguido manter contato com o genitor abandonado e não tinha um telefone celular ou qualquer outra forma de fazer contato autônomo com ele.*

Os adultos-vítimas, mesmo após muitos anos (e até décadas), ainda lembram de sua subtração com *remorso e culpa*, sendo que o período sem contato com o outro genitor ainda permanecia como uma questão negativa vívida. As crianças entrevistadas também relevaram seu arrependimento pela ausência de contato com o genitor abandonado – que lhes foi, em geral, imposta pelo subtrator. Tais relatos parecem deixar claro que a prática de atos de alienação parental é uma realidade em muitos casos de subtração internacional de criança e adolescentes, infelizmente, e dotada de efeitos devastadores[435].

Em muitos casos, mesmo após o retorno da criança ao país de residência habitual, os genitores seguiam discutindo judicialmente a extensão dos direitos de custódia e visitas. A *ambos* os genitores foram oferecidas, em regra[436], *as mesmas condições para representação judicial* - independentemente de sua nacionalidade. Em geral, eles concordaram que as crianças *desejavam* ter contato com ambos os pais e *se divertiam* em tais períodos, ainda que um dos genitores, por vezes, criticasse a forma que o outro teria escolhido para os períodos de visitação da criança (FREEMAN, 2006, p. 17).

Muitos genitores que não residiam com as crianças mencionaram a progressiva alteração no comportamento destas últimas, passando de um início de contato em que elas se mostravam mais tensas e inquietas, para a compreensão de que seus pais têm vidas próprias, não sendo mais um casal[437]. Muitos dos genitores abandonados, assim como no Estudo da Reunite de 2003, seguiam com receio de uma nova subtração.

---

[435] "(...) in other cases, it [the abduction] is a misguided attempt to subvert the child and ensure the child's whole-hearted support for the abducting parent. Those parents interviewed who had suffered this loss of contact remember it vividly and with horror" (FREEMAN, 2006, p. 19).

[436] Apontou-se que alguns países ainda não dispõem de "legal aid" para nenhuma das partes em casos de natureza civil, como os Estados Unidos da América. Neste país, portanto, ambos os genitores devem, em princípio, contratar advogados particulares para discussão da custódia, visitação, alimentos, etc.

[437] "One father described how the child could not initially deal with going back after a contact visit to her residential parent because she 17 thought that she was being abandoned. A mother described the aggressiveness of the child(ren) towards her after having spent the weekend with the non-residential father but still accepted that (s)he enjoyed being with him. Another parent spoke of the light in the child's eyes when she knows she is going to see the other parent and the melancholy that she seems to suffer afterwards" (FREEMAN, 2006, p. 21-2).

A maior parte dos genitores entrevistados (63%) afirmou que as crianças evitavam perguntar e discutir os eventos relacionados a sua subtração. Em 2 dos 6 casos em que ambos os genitores foram entrevistados, suas opiniões divergiram. Em um deles a subtratora considerava que seus filhos "estavam bravos no momento da subtração e, desde então, a perguntavam porque ela os tinha subtraído e porque ela não os tinha preparado para o que ela tinha planejado". Já o outro genitor mencionou que seus filhos não discutem com ele seus sentimentos sobre a subtração, inclusive dizendo ao pai que não se lembram de nada que ocorreu durante aquele período (FREEMAN, 2006, p. 20).

Em outro caso o genitor subtrator afirma que a criança fala sobre o local em que ficaram durante a subtração, mas não sobre as questões subjacentes que os levaram até lá. O outro genitor, por sua vez, não teria tido qualquer discussão com a criança sobre a subtração. Neste ponto, e possível notar os *impactos de longo prazo* que a subtração de crianças e adolescentes pode ter e as dificuldades das crianças, adolescentes – mesmo quando atingem a fase adulta - e seus pais, tem em tratar do assunto.

Infelizmente, a atuação prática e estudos teóricos desta subscritora têm demonstrado que a subtração internacional *enquanto violência à criança,* não vem recebendo, até o momento, atenção adequada da academia e dos operadores jurídicos, sendo estes capazes de *presumir* que o retorno da criança ao país de residência habitual poderá lhe gerar riscos de danos graves; no entanto, sequer cogitam a possibilidade de que *a subtração internacional da criança, ao menos potencialmente, já pode ter-lhe causado danos de grave monta*[438].

Na visão dos demais genitores entrevistados, os *efeitos nas crianças*, em sua subtração eram evidentes e sérios:

> "(i) expressions of anger from the child towards the interviewed left-behind parent for not coming to collect the child,
> (ii) the distress of the child when hearing people refer to the interviewed abducting parent as an abductor,
> (iii) questions from the child to the left-behind interviewed parent about the possible consequences for the other parent as a result of the abduction,
> (iv) statements from the child(ren) to the interviewed parent regarding their confidence of seeing that parent again and reports of excitement at being the centre of attraction while away with the other parent,

[438] Defende-se, nesta tese, que não deve ser aplicada qualquer forma de presunção, absoluta ou relativa, aos impactos que a subtração da criança, os eventos que a antecederam ou o seu retorno, podem possuir. Diante do fato de que cada criança – assim como cada ser humano – percebe e reage de forma diferente aos eventos que com ela se relacionam, qualquer forma de presunção de tais efeitos parece absolutamente inadequada.

> (v) discussions of the uncertainty the child felt about ever seeing the left-behind interviewed parent again and the loneliness (s)he experienced while being away and alone,
> (vi) explanations from the child(ren) to the interviewed parent of the reasons that the child(ren) had not been able to contact that parent and the amount of times the child(ren) had asked to see that parent during the time away,
> (vii) descriptions from the child(ren) to the interviewed parent of the "holiday feeling" experienced during the time away,
> (viii) confirmation from the child(ren) to the abducting interviewed parent of understanding the reasons why that parent had abducted the child(ren)" (FREEMAN, 2006, pp. 24-5).

No caso dos adultos vítimas de subtração (enquanto crianças), estes "expressed *anger with the abducting parent and guilt towards the left-behind parent*, as well as feelings of excitement experienced during the time away" (FREEMAN, 2006, p. 25, grifos nossos). Novamente, reitera-se que os relatos destes adultos mostram com intensidade os efeitos, inclusive de longo prazo – e por vezes permanentes – que ainda sofreriam por força da subtração[439].

Dos 25 genitores entrevistados, 18 (72%)[440] concordaram que a subtração teve efeitos *negativos na criança*, sendo que a idade da criança não teria se mostrado como fator relevante para a prevalência de um ou outro tipo de dano. Novamente, os principais efeitos citados pelos entrevistados foram:

> "(a) physical symptoms of stress, for example sickness, headaches for several weeks after return, alopecia, clinginess, rashes, crying, stomach pains, bedwetting, nervous coughs, high temperatures;
> (b) nonphysical effects, for example:
> (i) the lack of faith felt by the child(ren) as a result of having been failed, in the child(ren)'s view, by the legal system and the adults involved,
> (ii) the feeling of helplessness experienced by the child(ren) in the events in which they were involved,
> (iii) the unwillingness of the child(ren) to take any risks and wanting everything to 'feel safe',
> (iv) the unwillingness to sleep alone,

[439] "One of the adults abducted as a child says that the abduction, and the feelings of unworthiness it created in her, made her 'incredibly lonely as a teenager' and led to incidents of self-harming and drug overdose. She describes how, even when she was taken to hospital by ambulance, she refused to talk to anyone about what was making her feel the way that she did. As an adult, she has had drink problems, has had to take anti-depressants and thinks of herself as a depressed person. She still uses drugs and says that she would like to stop because 'it doesn't seem right to need to smoke pot every night after work' (…). She explains that she has a problem trusting people, which she attributes to the abduction. She gets very angry and feels very insecure each time her boyfriend goes away, although at other times she wants him to go away and leave her alone. She says that these feelings of insecurity come from the abduction and the thought that you can just be picked up and moved on at any moment and that there is no point in trying to settle because 'it can all be undone at any time'. Another of the adults abducted as a child describes how he became involved with football violence and excessive drinking and that this continued until about 20 years after the abduction. He says that he 'spent a long time fighting back' and that for many years he did not understand himself" (FREEMAN, 2006, p. 54).

[440] 6 subtratoras e 12 genitores abandonados.

> (v) the learning of coping strategies like 'blanking out', or distancing, from the unhappy circumstances and the resultant ability to cut off from those they love so that they do not miss them and are unable to show affection to them,
> (vi) guilt towards one or both parents for not 'choosing' to be with that parent[441],
> (vii) the loss of childhood which has been 'stolen' by the events that occurred so that the children have to be older than their years,
> (viii) the acceptance of conflict as normal and the attitude that there is no need to get on with the people in their lives, instead fighting their way through these problems,
> (ix) the inability to deal with stress,
> (x) a lack of trust,
> (c) difficulties with schooling due to time missed,
> (d) extremely bad behaviour with regression to toddler type temper tantrums,
> (e) nightmares and disturbed sleep,
> (f) apprehension towards males where the abductor had been the male parent,
> (g) hostility towards the nationality and to things associated with the nationality of the abductor,
> (h) general lack of confidence and a need for constant reassurance from the interviewed parent,
> (i) a need to be fully aware at all times of the movements and whereabouts of the interviewed parent,
> (j) a need to test the interviewed parent in terms of the parent/child relationship,
> (k) the failure to keep up with the language of the left behind parent so that a practical barrier exists now between that parent and the child(ren),
> (l) general insecurity and a need for acceptance and to be the centre of attention,
> (m) sibling jealousy where living with others who were not abducted and which is related to the attention the abducted child(ren) receives" (FREEMAN, 2006, pp. 27-30).

Constatou-se que muitos destes efeitos teriam perdurado pelo período de 6 meses a 1 ano, a partir do retorno da criança ao país de residência habitual. Outros, no entanto, foram descritos pelos entrevistados como ainda existentes, perdurando por *vários anos após a subtração*. Os adultos[442] que foram vítimas de subtração afirmaram que alguns dos seus efeitos são verdadeiramente *duradouros* – por vezes, para sempre.

Assim como no estudo anterior (Estudo Reunite 2003), os genitores abandonados teriam ficado mais chocados com a subtração em si, enquanto os subtratores teriam se chocado com a notícia de que deveriam retornar ao país de residência habitual, tendo a maior parte deles (subtratores e abandonados) sofridos danos físicos, psíquicos e financeiros de grande monta[443]. *Muitos dos subtratores conseguiram, após seu retorno, autorização judicial para alterar a*

---

[441] Denominado conflito de lealdade.
[442] "One described him/herself having had problems at school and subsequently with violence and drinking and of being 'a functioning, miserable, non-diagnosed depressive for many years'; another describes the extreme confusion and guilt that (s)he feels towards the abducting parent and the pattern of loneliness and self-harm in which (s)he has engaged and the insecurity that (s)he feels today, entirely attributable, in his/her view, to the abduction which, in his/her words, 'destroys your life'. (S)he is sure that the feelings of shame and self-hate which (s)he experiences emanate from the abduction and from being torn and having to make decisions which destroy the lives of those you love" (FREEMAN, 2006, p. 30).
[443] A decisão do retorno da criança, em um dos casos, levou o genitor abandonado à hospitalização.

residência habitual da criança, definitivamente, para outro país[444]. Nos casos em que tal autorização judicial não foi concedida, os subtratores sentiram-se "restringidos em sua liberdade de movimentação" (FREEMAN, 2006, p. 28). Em 25% dos casos os genitores abandonados não sabiam a localização da criança durante todo o período de ausência.

Ambos, genitores subtratores e abandonados, parecem compartilhar sentimentos como falta de confiança e depressão. A maior parte das constatações alcançadas no Estudo da Reunite de 2003 foram repetidas no Estudo Freeman de 2006, em especial quanto à prestação de assistência jurídica para discussão do fundo do direito de guarda, o cumprimento das condições ao retorno da criança, a importância de acompanhamento psicossocial da criança após seu retorno, dentre outros. Em relação aos adultos, o Estudo Freeman 2006 concluiu, em especial, que:

> "There is some evidence in the parent interviews, as well as very substantial anecdotal evidence, to suggest that the lack of contact between abducted children and the left-behind parent is often deliberately contrived by the abducting parent in the hope that that child will forget the left-behind parent (…)
> This is parental alienation in its most extreme form and is deeply counterproductive. It might be argued that abductors are, by definition, alienators but such alienation does not usually work. In most cases, the child(ren) will be returned and the rejection of contact will often count against the abductor in subsequent welfare proceedings. In the extremely rare cases where a return order is not made, such alienation will only work where contact is not ensured between the child and the left behind parent and, in these circumstances, it is imperative that efforts are made to secure contact arrangements between the child and the left behind parent in line with the best interests of the individual child" (FREEMAN, 2006, p. 51).

Conforme mencionado, para além dos adultos, 10 crianças (de 7 famílias diferentes) também foram entrevistadas, sem a presença de seus pais, mas com o consentimento expresso do genitor com quem ela morava. As entrevistas ocorreram, em sua maioria, no Reino Unido; apenas em 3 casos tais entrevistas foram realizadas em outro país. A maior parte dos irmãos foi ouvida em conjunto, por escolha das crianças envolvidas. O período de subtração das crianças envolvidas na análise variou entre 6 semanas a 14 meses e, em um caso, ela não foi restituída ao seu país de residência habitual. Apenas com uma exceção – criança negra originária do Caribe Africano, todas as crianças eram europeias e brancas (FREEMAN, 2006, p. 55).

---

[444] Tal afirmação vem contrariar posições, normalmente apresentadas em discussões públicas ou, por vezes, enraizadas no sendo comum, de que o subtrator, após o retorno da criança ao país de residência habitual, *nunca mais logrará obter a custódia da criança em seu favor ou autorização de realocação definitiva da criança em outro país*. O tópico seguinte constatará, a partir do Estudo de Freeman de 2009, que a maior parte das subtratoras logrou obter, após o regresso da criança ao seu país de residência habitual, a custódia desta última.

A análise concluiu, por primeiro, que questões de *idade e gênero* não se mostraram fatores determinantes para apuração dos efeitos da subtração[445]. Notou-se, especial, que "*all* of the children were adversely affected in different ways notwithstanding their age and stage of development" (FREEMAN, 2006, p. 55, grifos nossos).

Apurou-se que 80% das crianças lembravam-se, claramente, das circunstâncias de sua subtração, apesar de alguns (ou muitos) anos terem se passado desde tal evento até a entrevista para a pesquisa. A exceção foi apenas em relação a uma criança que, *subtraída duas vezes pelo mesmo genitor*, foi comunicada das intenções deste último em ambos os casos. Todas as crianças lembravam-se de seus sentimentos sobre a subtração de forma bastante clara, embora não fosse possível discernir quanto desta *memória* era pessoal e independente ou, ao contrário, a aceitação da versão familiar dos eventos (FREEMAN, 2006, p. 57).

Durante a subtração, a maior parte das crianças teve o contato com o genitor abandonado e outros irmãos absolutamente *negado* pelo genitor subtrator, o que teria lhes causado, segundo seu relato, tristeza e arrependimento. Todas elas desejaram que seus genitores confiassem um no outro novamente. O Estudo Freeman de 2006 constatou que a subtração internacional de crianças e adolescentes é fenômeno ainda mais complexo do que a subtração doméstica, no seguinte trecho:

> "The lessons for parents in this situation are similar to those going through separation and divorce without the added complication of different countries of residence, i.e. that children need to be protected from conflict and not to have parental burdens and pressures placed on them. Children value having comprehensible and age appropriate explanations of what is happening in their lives. They dislike being made to feel that they have been misled. They want to be listened to and to have a say in decisions that affect their lives" (FREEMAN, 2006, p. 60).

A análise também concluiu que *todas* as subtrações internacionais tiveram efeitos adversos longos e permanentes, para *todas as crianças* – com exceção, aparentemente, de 2 irmãos, abduzidos enquanto bebês e retornados ainda muito jovens ao seu país de residência habitual:

> "dawning realisation that this was not a holiday and that they were to live with the abducting parent permanently came to feel like betrayal, a deception. This together with anxiety about the left-behind parent had long lasting, adverse consequences for all of the children. Even those children who did not see themselves as having been abducted felt angry and confused by the court battle and the insecurity of their living arrangements. Their trust in one of their parents, and sometimes both, was compromised. For one child in particular her anxiety has been long lasting. This was

[445] Conclusão semelhante foi alcançada no Estudo Reunite de 2003, acima discutido.

> absent for those children whose abductors had been clear with them about their intentions. Two children were similarly unaffected as they were too young. Both were only three years old at the time of the abduction, younger than those children who had more clear memories" (FREEMAN, 2006, p. 60).

O impedimento do contato da criança com o genitor abandonado, durante a subtração, foi, ao menos para 3 crianças incluídas na amostra, corrosivo a sua habilidade de desenvolver sentimentos de confiança (FREEMAN, 2006, p. 60). As crianças também demonstraram muito claramente seu ressentimento de serem envolvidas em um conflito entre adultos, *negando-se* a ouvir alegações negativas sobre qualquer dos pais ou sentindo que tinham que defender um dos seus genitores das acusações do outro. Resta claro, neste ponto, que o envolvimento da criança em todos os eventos que lhe digam respeito, incluindo-se a subtração em si, mantendo-a informada das circunstâncias posteriores, mostra-se essencial, inclusive para que elas possam desenvolver estratégias para lidar com esta estressante situação.

O Estudo Reunite 2006 confirma que *todas* as subtrações internacionais ilícitas são, ao menos potencialmente, prejudiciais às crianças e adolescentes envolvidos. Além disso, a amostra – reduzida, conforme mencionado inicialmente – desta análise pode concluir que *todas as crianças sofreram "dislocation and stress"*. A incerteza, insegurança e conflito entre seus pais foram os fatores que mais lhe causaram estresse. (FREEMAN, 2006, p. 62). Nos casos em que, durante sua subtração, a criança teve negado, pelo subtrator, o contato com o genitor abandonado, o desconforto psicológico da criança mostrou-se ainda mais elevado, "as doubts begin to enter the child's mind about the justification of being away from home and the well-being of the left-behind parent" (FREEMAN, 2006, p. 63).

O regresso da criança ao seu país de residência habitual, *após* sua subtração, é circunstância que também gera efeitos duradouros em crianças e adolescentes. O estudo considera que tal regresso traz à tona os problemas familiares que foram evitados durante a subtração, bem como a própria subtração que deverão ser endereçados. No entanto,

> "it is more than just facing up to these issues which creates the effects which have been detailed in this report; the abduction incident creates an additional dimension to the difficulties which these families face and which is, then, thrown into this already boiling cauldron" (FREEMAN, 2006, p. 63).

Em conclusão, considera-se que a subtração internacional de crianças e adolescentes é, inequivocamente, ato de violência contra estes, cometido pelo genitor subtrator. Seus efeitos, no entanto, devem ser apurados em cada caso concreto, já que poderão variar. Além disso, apurou-se que o efeito mais comum nas crianças, adolescentes e adultos envolvidos em

subtrações internacionais ilícitas foi a perda da capacidade de criar laços de confiança entre si e, especialmente em relação às crianças (e adolescentes), estabelecer relações de confiança com outras pessoas, inclusive quando atingiram a idade adulta, muitos anos depois. A comunicação deficitária entre a criança, seus irmãos e genitores, durante ou após a subtração, é efeito deletério para a manutenção de sua saúde psíquica. A perda de confiança vem acompanhada, infelizmente, da perda do interesse no estabelecimento de conexões interpessoais – em alguns casos, para sempre.

C. Estudo Reunite de 2009: as subtratoras obtém ou permanecem com a custódia das crianças após a subtração

Três anos depois a mesma organização não governamental internacional Reunite International Child Abduction Centre publicou análise empírica sobre a realocação de crianças. Tal estudo será analisado no presente tópico. No ano de 2009, foi publicado estudo sobre a realocação de crianças, conduzido, mais uma vez, por Marilyn Freeman[446] (FREEMAN, 2009) – denominado, doravante, Estudo Reunite de 2009. Seu objetivo principal foi discutir a *abordagem* que deve ser adotada pelos órgãos judiciais dos países de residência habitual das famílias a pedidos de *realocação* apresentados por um dos genitores - pedido de alteração definitiva do país de residência de crianças e adolescentes. Assim, o estudo buscou debruçar-se sobre os *efeitos da realocação* de crianças e adolescentes, por ordem judicial ou acordo entre os genitores, no período de 1999 a 2009.

O Estudo Reunite de 2009 realizou 36 entrevistas, sendo que apenas em 2 casos foi possível entrevistar ambos os genitores. Dos 34 casos de realocação, apenas 1 deles dizia respeito a país diferente do Reino Unido. Foram entrevistados 25 genitores (em 2 destes casos era o pai quem pleiteou a realocação da criança para outro local, tendo 1 delas sido deferida e a outra indeferida). Nos demais 23 casos, as mães apresentaram o pedido de realocação. Das 36 entrevistas, 33 disseram respeito a realocações internacionais[447]país de residência habitual.

[446] Novamente custeado por órgão governamental, o Ministério da Justiça do Reino Unido

[447] Relacionadas a 4 pedidos para alteração do país de residência habitual para Inglaterra e País de Gales; 26 pedidos de fixação da residência habitual da criança fora do Reino Unido e 1 sobre realocação entre países que não compunham o Reino Unido.

Ao contrário do que muitos cogitam, especialmente no âmbito de debates públicos sobre a CH80, e reforçando conclusão alcançada no Estudo Freeman de 2006[448], a maior parte das mães *logrou obter autorização judicial para levar a criança definitivamente para outro país*. O Estudo Reunite de 2009 constatou que, de 23 casos apresentados por mães – em que os genitores foram entrevistados, em 16 deles foi possível alterar o país de residência habitual da criança: aproximadamente 70% dos casos (número mais alto do que os 50% de deferimentos obtidos por homens)[449]. Um dos pedidos foi objeto de desistência pela mãe, após forte oposição do pai; 5 pedidos foram negados (e em 1 deles a mãe subtraiu a criança após a negativa) e, por fim, 1 dos pedidos foi extinto porque a subtração ocorreu antes da prolação de decisão judicial (FREEMAN, 2009, pp. 12-3).

No que diz respeito as 11 entrevistas feitas com mães, todas elas tinham apresentado pedido judicial para realocação da criança em outro país. Em 7 casos o pedido foi *deferido*, enquanto em 4 deles ocorreu negativa judicial. Em conclusão, por primeiro, tem-se que as mães foram autoras dos pedidos de realocação em 32 dos 34 casos analisados pelo estudo (94.11%) – situação que, em parte, parece relacionar-se com o mais alto número de subtrações cometidas por mulheres. Além disso, destes 32 pedidos (que contaram com as mães como autoras), 23 ordens judiciais em *favor* da realocação foram emitidas, alcançando um total de cerca de 72%, número que pode ser considerado bastante alto em favor do pleito das mães de alteração do país de residência habitual de crianças e adolescentes.

Em conclusão, pode-se afirmar que *mais de 2/3 das mães que solicitaram a realocação de crianças e/ou adolescentes para outro país, após o término da relação conjugal, teve seu pedido deferido pelas instâncias judiciais*. No que diz respeito exclusivamente aos 27 pedidos de realocação de criança para fora do Reino Unido, esta foi permitida em 16 casos (59.2%) e os novos países de residência habitual das crianças e adolescentes passaram a ser, os Estados Unidos da América (25.9%), Alemanha (11.11%) e Suécia, Espanha, Países Baixos e Nova Zelândia (com 7,4% cada um) (FREEMAN, 2009, pp. 12).

---

[448] Visto acima.

[449] Parece relevante o aprofundamento dos estudos sobre os motivos que levaram as autoridades judiciais dos países de residência habitual da criança (ou adolescente) a deferirem, percentualmente, mais autorizações de realocação definitiva em favor de genitores do gênero feminino do que a genitores do gênero masculino. Dados os limites deste estudo, tal aprofundamento não ser realizado, por ora.

Em pelo menos 1 dos casos a realocação da criança para o *Brasil*[450] foi autorizada. Dos 4 casos em que foi pleiteada a realocação da criança da Suíça, Itália e França para o país do Reino Unido, em apenas 1 dos casos o Poder Judiciário italiano negou o pedido. Somando-se tais número, alcança-se a cifra de 64,7% dos pedidos de realocação efetivamente deferidos (22 de 34 casos), por cortes do Reino Unido, França, Suíça e Itália[451] (FREEMAN, 2009, pp. 12-3).

Nessa medida – considerando a amostra do Estudo Reunite de 2009 – não merece guarida, em princípio, a crítica – comum nos debates, especialmente orais, sobre a CH80 – de que *por óbvio nenhum país irá autorizar a alteração do país de residência habitual de crianças e adolescentes, acompanhados apenas da mãe*. Os dados, ao menos das autoridades judiciais do Reino Unido, parecem contraditar diametralmente tal afirmação.

No entanto, mesmo a realocação com autorização judicial poderá ter efeitos *negativos*, tanto em relação às crianças quanto no que diz respeito aos seus pais (ao, menos, a um deles) e, em decorrência, à família estendida das primeiras. De acordo com o Estudo Reunite de 2009, a principal queixa apresentada pelos genitores que ficaram no país onde a criança inicialmente tinha residência habitual disse respeito à perda de contato com a criança uma vez que esta deixou tal jurisdição, sendo que as garantias de acesso de visitação que eventualmente teriam sido prestadas pelo genitor que solicitou a alteração de residência habitual não teriam sido cumpridas.

Visitas físicas e contatos indiretos (por telefone e/ou meios eletrônicos) eram reiteradamente obstaculizados ou protelados. Segundo os relatos, os genitores que estavam na companhia da criança dificultavam, em geral, o contato de um dos genitores, o que demonstra que a realocação da criança, mesmo com autorização judicial não teria o condão, ao menos em alguns casos, de eliminar (ou reduzir) a litigiosidade entre os genitores, especialmente em relação aos contatos com a criança[452].

---

[450] Assim como para a Índia, Japão, Tanzânia, Austrália, África do Sul, Cingapura, Malásia e Hong Kong. À primeira vista nota-se que as cortes inglesas não têm dificuldades em autorizar a alteração definitiva de residência da criança para países do Sul em desenvolvimento.

[451] Além disso, considera-se relevante mencionar que em relação à situação marital dos genitores, em 27 casos (de 34) os pais eram casados. A amostra envolveu 52 crianças e, na maior parte dos casos a decisão de realocação envolveu crianças entre 3 e 4 anos de idade.

[452] Em um dos casos a genitora logrou a obtenção de ordem judicial para realocar a criança em outro país. Após o pai constatar as dificuldades de contato com seu filho, ele se mudou para o novo país de residência habitual da

Diante da ausência de mecanismos de cooperação jurídica internacional eficientes, no antigo e no novo país de residência habitual da criança, os genitores *abandonados*[453] tiveram que, nos mais das vezes, buscar a contratação de advogados no novo país de residência da criança, para (re)estabelecer seu contato[454].

Além dos eventuais custos de representação jurídica em outro país, os genitores (*abandonados*) também passaram a ter um (sério) incremento nos custos de acesso a seus filhos, na medida em que para visita-los pessoalmente passaram a ter que empreender viagens internacionais. Em muitos casos em que o genitor que se mudou com a criança se comprometeu (voluntariamente ou por ordem judicial) a viajar com a criança para seu antigo país de residência, ele (ou ela) simplesmente deixaram de cumprir tal comando (FREEMAN, 2009, p. 16).

Muitos genitores – inclusive uma mãe que foi autorizada a alterar o país de residência de seu filho – criticaram a abordagem muitas vezes adotada por autoridades judiciais, segundo a qual se a mãe não for autorizada a mudar de país com a criança, a frustração da primeira irá impactar negativamente a segunda ("the distress argument") (FREEMAN, 2009, p. 16). Conforme mencionado, para além dos genitores *abandonados,* uma mãe também afirmou que a ênfase que algumas cortes estariam dando ao interesse do genitor que pede a realocação da criança não seria adequada, sendo certo que deve ser avaliado – em concreto, *e não de forma presumida* – o bem-estar da criança.

---

criança, tendo obtido decisão judicial ampliando seu acesso ao filho. Logo após tal decisão judicial ser deferida (por autoridade judicial do novo país de residência habitual da criança), a mãe subtraiu a criança para o antigo país de residência habitual da família. A criança foi retornada ao novo país de residência habitual pelas cortes do país para qual ela foi subtraída e o contato foi retomado. No entanto, ela seguiu apresentando múltiplas solicitações judiciais para proibir o contato da criança com seu pai, que não foram acolhidas (FREEMAN, 2009, p. 14).

[453] Genitor abandonado é utilizado, neste parágrafo, em sentido figurado, na medida em que não se deve confundir com o genitor abandonado em sentido técnico, figura que aparece apenas quando configurada subtração internacional, para os fins do presente estudo.

[454] No âmbito da União Europeia, o Regulamento Bruxelas IIbis busca endereçar tal questão, especialmente por intermédio de seu artigo 9º. Contudo, a solução incluída neste regulamento ainda não seria ideal (FREEMAN, 2009, p. 15). Considera-se que a facilitação de acesso à justiça, em sentido amplo, é outra vantagem crucial da CH80. Nos casos envolvendo países que não são Estados-Partes deste tratado, o genitor abandonado acaba sendo obrigado, se tiver condições financeiras, a buscar a contratação de advogado privado no país de refúgio (onde, em geral, ele não conhece a língua ou o sistema jurídico) para discutir a custódia da criança (escopo processual muito mais alargado do que aquele previsto na CH80, podendo envolvendo, via de regra, avaliações extensas e aprofundadas sobre o bem-estar da criança ou adolescente).

Esta mãe afirmou considerar existir presunção em *favor* das mulheres[455], para que estas possam mudar de país com a criança, se assim desejarem. E essa mãe segue afirmando que, em sua visão, "os homens não receberiam o mesmo tratamento se desejassem se mudar para outro país para se casar com alguém no exterior, acompanhados da criança". A mãe entrevistada, que *se arrependeu* de ter sido autorizada a realocar a criança para local tão longe de seu pai, também afirmou que existiria uma "presunção velada de que mães seriam melhores cuidadoras primárias de seus filhos, e que os pais são capazes de seguir suas vidas sem seus filhos" (FREEMAN, 2009, p. 17)[456], presunção esta que se considera, respeitosamente, equivocada.

Grande parte dos entrevistados, neste ponto, considerou que o mais adequado seria a indicação de um representante "ad litem" para a criança, incumbido de defender os interesses desta última *de forma absolutamente independente dos interesses de qualquer dos genitores*[457]. Considera-se que tal mecanismo mostra-se relevante e sua adoção deve ser encorajada, especialmente por força na imperiosa necessidade de que crianças e adolescentes sejam considerados *sujeitos autônomos de direitos e interesses*, bem como tenham, nos termos da Convenção da Haia de 1989 sobre os Direitos da Criança, direito de serem ouvidas e participarem *efetivamente* de todos os procedimentos que lhe digam respeito.

---

[455] Blanco constatou que "the treatment that the laws of some Member States of the European Union give to the custody rights of unmarried fathers should be regarded as contrary to the ECHR [European Convention on Human Rights] and the Charter of Fundamental Rights, insofar as the unmarried father who is responsible for the child cannot prevent the removal of said child to another state just because of the absence of his automatic acquisition of rights of custody under national laws" (BLANCO, 2012, p. 157).

[456] No mesmo sentido, também se apontou existir presunção em favor do genitor que reside com a criança que, apesar da legislação que prevê a guarda compartilhada como arranjo preferencial no Reino Unido, desde os anos 80, ainda seria a mãe. As mães são vistas, em geral, como em melhor posição para obter a autorização judicial para realocação em outro país com a criança, sendo que os pais seriam "encorajados a não contestar tal pedido, para guardar energias para a implementação do acesso à criança em outro país". Um dos pais entrevistados pelos Estudo Reunite 2009 chega a descrever a presunção em favor da realocação de crianças solicitadas pelas mães como uma "subtração internacional patrocinada pelo Estado" (FREEMAN, 2009, p. 21).

[457] No caso do Reino Unido, o "Children and Family Court Advisory and Support Service" (CAFCASS) pode ser nomeado pelo Juízo como representante "ad litem" da criança, em pedidos de realocação. No entanto, tal órgão é muito criticado: por primeiro, sua participação não é mandatória, cabendo ao Juízo decidir por sua ocorrência ou não; além disso, quando ela ocorre, o CAFCASS acaba por exercer não propriamente a função de representante autônomo da criança, mas mais próximo de um perito do Juízo, apresentando relatório com recomendações à corte; por fim, aponta-se que, infelizmente, alguns profissionais da CAFCASS não teriam especialização suficiente para realizar uma avaliação adequada sobre os impactos da realocação em crianças e adolescentes. Ao contrário, a atuação do CAFCASS em casos de subtração internacional de crianças e adolescentes é considerada excelente (FREEMAN, 2009, p. 19).

De fato, embora o equilíbrio entre as posições dos pais e da criança seja o ideal, ele é de difícil alcance prático[458]. Se a possibilidade de realocação for muito restritiva, o genitor que deseja mudar de país (acompanhado da criança) poderá se ver encorajado a subtraí-la, deixando o país de residência habitual sem o consentimento do outro genitor ou da autoridade judicial competente; por outro lado, se a realocação for facilitada, o genitor *abandonado* é quem poderá ser sentir incentivado a subtrair a criança, *antes* que seja emitida decisão judicial autorizando a mudança da criança para outro país. Defende-se que a possibilidade aparentemente mais segura para equacionar tal conflito é conferir à criança a centralidade em tais processos, para que seus interesses sejam efetivamente apurados e representados, inclusive judicialmente, de forma autônoma em relação aos desejos e intenções de seus pais[459].

Além disso, ganha relevo a importância do diálogo entre as famílias, desde o início de sua formação. Apesar da amostra do Estudo Reunite 2009 envolver 24 casos de genitores com nacionalidades diferentes, em 16 casos os entrevistados afirmaram que *nunca* tinham conversado, durante sua união, sobre o destino da criança na hipótese de separação. Em apenas 1 caso a entrevistada afirmou que já tinha sido concordado previamente que, caso a relação tivesse fim, a criança seguiria com ela de volta para o país de sua nacionalidade. Em outro caso, o fim do relacionamento foi acompanhado da discussão de que a criança ficaria sob os cuidados da mãe, *no país de residência habitual da família*. Ainda assim, ela pleiteou, tempos depois, autorização para mudar de país com a criança (FREEMAN, 2009, p.22-3).

Em conclusão, o Estudo Reunite de 2009 confirmou que, também no tema da realocação os *reais* interesses e desejos das crianças e adolescentes não foram adequadamente atendidos. Os efeitos de sua mudança de país, por primeiro, não parecem resolver o alto grau de litigiosidade que envolvem, em muitos casos, seus genitores. Além disso, é muito comum que, com a saída da criança da jurisdição de residência habitual, os contatos entre ela e seu outro

---

[458] A amostra do Estudo Reunite de 2009 apontou que, na grande maioria dos casos (27), a decisão de alterar o país de sua residência habitual, por um dos genitores, fundou-se em sua vontade unilateral de voltar para *casa* (em regra, seu país de nacionalidade que pode ser, ou não país de nacionalidade da criança. Na maior parte das vezes a criança possui dupla nacionalidade, sendo também nacional de seu país de residência habitual o que, entende-se, enfraquece o argumento do genitor que pretende realoca-la sobre o argumento de estarem *voltando para casa*). Em 5 casos o genitor que desejava mudar-se o estava fazendo em razão de novo casamento (ou união estável) e, por fim, em 7 casos o genitor desejava realocar-se por razões profissionais ou vontade de mudar seu estilo de vida. Interessante notar que, *em nenhum dos casos analisados no Estudo Reunite de 2009 foi mencionada a ocorrência de violência – contra a criança ou o genitor que desejava mudar-se - como motivo para a realocação*.

[459] A necessidade de designação de representante autônomo em favor da criança, durante a demanda judicial em que se discute sua subtração, será discutida no Capítulo 5 desta tese.

genitor (assim como com a família estendida que ficou no país que era de sua residência habitual) fiquem obstaculizados ou, ao menos, precarizados, o que violaria – nos termos da Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança – seu legítimo direito fundamental de acesso, contato e convivência familiar ampla.

Além disso, o Estudo Reunite de 2009 também constatou a *existência de presunção em favor da opção unilateral da mãe de realocar-se com a criança, em detrimento dos interesses dos pais – e, eventualmente, da própria criança ou adolescente*. Os casos analisados comprovam que, mesmo quando uma mãe subtrai uma criança e retorna ao país de residência habitual (voluntariamente ou por ordem judicial do Estado de Refúgio), sua conduta anterior (a subtração) não teria impactos concretos em seu pedido de realocação – o que, entende-se, seria positivo, permitindo adequada e imparcial avaliação do bem-estar da criança. Nesse sentido estudo apontou, como questões sistêmicas, encontradas nas entrevistas realizadas:

> "Generally, it was felt that children are not well served by the current relocation system and that insufficient attention has been paid, to date, to the effects of relocation on the child. At the same time, the over-emphasis on the happiness of the mother means that the system is apparently stacked against fathers, even custodial fathers, who feel that they suffer a serious legal injustice through the relocation system in this country. Fathers complained that mothers who abduct, and are returned under the Hague Convention to the State of habitual residence, and who then make applications to lawfully relocate, are not penalised for having abducted the child. The court ignores this serious wrong-doing on behalf of the mother, concentrating instead on all the failures of the father" (FREEMAN, 2009, p. 25).

Apesar dos genitores (*abandonados*) considerarem, em geral, que a abdução anterior deveria impactar negativamente a visão da corte sobre o pedido da mãe de realocação, esta subscritora considera mais adequada a posição que não leva tal circunstância em consideração, preferindo focar, *exclusivamente,* na investigação, pelas autoridades do Estado de residência habitual da família, de qual país (e qual genitor) possui condições mais adequadas de atendimento do melhor interesse da criança envolvida, naquele momento de seu desenvolvimento.

Alcançando seu final, o Estado Reunite 2009 debruçou-se sobre os efeitos da realocação de crianças e adolescentes *exclusivamente* sob a ótica dos adultos envolvidos. Ao contrário do estudo anterior realizado por esta organização, não foram realizadas entrevistas com as *crianças e adolescentes*. Assim, embora mencionado no início do trabalho, os *efeitos da realocação de crianças e adolescentes, em relação a estas últimas, não foi efetivamente aprofundado*, infelizmente.

D. Estudo Edleson de 2010: interpretação restritiva da *exceção de grave risco pelas cortes norte-estadunidenses*

Alguns anos após a publicação dos Estudos da Reunite, extensa análise sobre a relação do fenômeno da violência *doméstica* com a subtração internacional de crianças e adolescentes[460], patrocinado pelo Departamento de Justiça dos EUA que, teceu considerações, dentre outros aspectos, sobre os *efeitos* da subtração em crianças e adolescentes (EDLESON et al., 2010, pp. 18-20). Reconheceu-se, por primeiro, que os efeitos da subtração parental em crianças poderão *variar*, a depender da *natureza e duração* da subtração, *idade da criança*, se ela foi cometida envolvendo todos os irmãos e a *compreensão da criança* sobre tal evento[461].

Mais uma vez encontra-se a afirmação, em tom crítico, à redação da *exceção de grave risco*, que teria sido redigida, na compreensão destes autores, "muito antes da literatura das ciências sociais sobre violência doméstica e seus riscos para crianças emergissem", para concluir que o artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" da Convenção da Haia de 1980, realmente, *não inclui* em sua linguagem a *exposição* da criança à violência doméstica, impedindo a aplicação desta exceção à tais situações (EDLESON et al., 2010, p.14). Discorda-se parcialmente desta afirmação, na medida em que a exposição da criança à violência doméstica, se puder ser cabalmente comprovada (em relação à sua ocorrência *e efeitos*) sendo impossível ao país de residência habitual mitigar ou eliminar riscos de danos (físicos, psíquicos ou situação intolerável) à criança, em seu retorno, poderá, efetivamente, obstaculizar o regresso desta última.

Diante da alegada ausência de proteção efetiva às crianças e adolescentes envolvidos, indiretamente, em situações de violência doméstica, aponta-se que a Suíça, por exemplo, teria recentemente expandido a definição de *situação intolerável* (um dos componentes da *exceção de grave risco*), em seu ordenamento jurídico doméstico, para que seja levado em consideração

[460] Assim como os Estudos da Reunite analisados, a análise de Edleson et. al. (2010) foi elaborada a partir de entrevistas com pessoas envolvidas em casos de subtração internacional e pesquisa jurisprudencial, relacionadas a decisões judiciais adotadas por Juízos norte-americanos.
[461] No mesmo sentido, GREIF, 2009.

os interesses da criança, exercendo relevante papel de "advocacy" internacional nesta questão (WEINER, 2008a, p. 336)

Segundo o Estudo Edleson de 2010, as pesquisas realizadas[462] não parecem esclarecer *qual dos genitores - o abandonado ou o subtrator* – seriam mais inclinados a utilizar violência em seus relacionamentos (EDLESON et al., 2010, pp. 23-4). Outras análises demonstraram que, *ao lado da violência doméstica* cometida pelo genitor abandonado contra o subtrator, convivem situações em que o genitor subtrator também usa de violência *contra o genitor abandonado* – ambas *antes* da ocorrência da subtração. Ainda assim, o estudo considera que "it is clear that patterns of domestic violence characterize a significant portion of the families involved in parental abduction cases" (EDLESON et. al., 2010, p. 24).

A amostra escolhida pelo Estudo Edleson de 2010 pode ser descrita a partir do seguinte diagrama, em que os elementos em realce amarelo indicam *exclusão* da análise e o elemento em realce verde indica *inclusão* na análise:

<table>
<tr><td colspan="4">Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes – Estados Unidos da América</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Casos sem relação com a CH80</td><td rowspan="2">Casos de Cooperação Jurídica Internacional ATIVOS, fundados na CH80</td><td colspan="2">Casos de Cooperação Jurídica Internacional ATIVOS, fundados na CH80</td></tr>
<tr><td>Sem alegação de violência doméstica</td><td>Com alegação de violência doméstica</td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>Genitor Homem (Réu)</td><td>Genitora Mulher (Ré)</td></tr>
</table>

Fonte: Adaptada de Edleson et. al, 2010, p. 41.

O "sample" deste estudo, portanto, disse respeito aos casos de subtração internacional de crianças e adolescentes que foram *transferidas ou retidas* nos Estados Unidos da América, *por subtratoras mulheres* (mães) em que ela alegou, perante as cortes deste país, a ocorrência de violência doméstica *antes* (e, ainda, como motivo principal) da subtração.

Ao final do recrutamento para a pesquisa, foram entrevistadas 22 mulheres, 15 advogados das Rés[463] e 8 advogados de genitores abandonados. Em relação à participação dos advogados, estes efetuaram a *ponte* entre os relatos das mulheres envolvidas e os pesquisadores

[462] Especialmente em situações de subtrações domésticas de crianças e adolescentes,
[463] Que receberam $100 dólares americanos por sua participação.

(EDLESON et al, 2010, p. 57). A partir das entrevistas realizadas, a análise identificou os *tipos* de atos de violência sofridos pelas mulheres:

Terror emocional	95% das mulheres relataram sua ocorrência
Dano físico	73% das mulheres relataram sua ocorrência
Ameaças/Temor por sua vida	68% das mulheres relataram sua ocorrência
Isolamento intencional	54% das mulheres relataram sua ocorrência
Controle econômico	45% das mulheres relataram sua ocorrência
Ameaça de delação às autoridades migratórias	41% das mulheres relataram sua ocorrência
Estupro	23% das mulheres relataram sua ocorrência

Fonte: Adaptada de EDLESON et. al., 2010, p. 70.

No que diz respeito ao *cometimento de atos de violência direta ou à exposição das crianças e adolescentes* à violência doméstica alegadamente sofrida pelas mulheres, os *relatos destas últimas* apontaram que:

Abuso físico intencional da criança	18% das mulheres relataram sua ocorrência
Perigo físico à criança durante o ataque à mãe	18% das mulheres relataram sua ocorrência
Presença da criança aos ataques físicos à mãe	27% das mulheres relataram sua ocorrência
Terror emocional *sem* presença da criança às agressões físicas à mãe ou sem agressões físicas à mãe	23% das mulheres relataram sua ocorrência
Não foi possível apurar	14% das 22 entrevistas (3 casos)

Fonte: Adaptada de EDLESON et. al., 2010, p. 70.

A relação entre a violência doméstica sofrida pela mãe e a exposição da criança à violência doméstica também foi apurada na análise:

Mãe e criança vítimas de agressões físicas	36% das mulheres relataram sua ocorrência
Agressão física à mãe na presença da criança	32% das mulheres relataram sua ocorrência
Agressão física à mãe sem presença da criança	14% das mulheres relataram sua ocorrência
Terror emocional sem ou com mínima violência física	14% das mulheres relataram sua ocorrência
Não foi possível apurar	4% das 22 entrevistas (1 caso)

Fonte: Adaptada de EDLESON et. al., 2010, p. 105.

A partir das considerações acima, o Estudo Edleson de 2010 conclui, por primeiro, que "mulheres e crianças muitas frequentemente enfrentam exposição à violência doméstica de forma severa e sustentada, antes da decisão da mãe de fugir para outro país". Além disso, aproximando-se de discussão que vem sendo travada no âmbito do Comitê sobre Tortura da Organização das Nações Unidas, vista no Capítulo 1 desta tese, os autores apontam que *em contextos fora da família*, as agressões sofridas pelas mulheres que participaram de sua análise

seriam consistentes com as definições das ciências sociais de *tortura* (EDLESON et. al., 2010, p. 107).

No entanto, e apesar de retratar situações graves, os números acima apresentados parecem indicar que menos da metade das crianças (36,6%) foram diretamente agredidas, de forma intencional ou não; em 27,3% das famílias as mães reportaram que as crianças testemunharam a violência física por ela sofrida – menos de 1/3 da amostra, portanto. Em 22,7%, embora as crianças não tenham testemunhado episódio de violência conta sua mãe, estas últimas consideravam que as primeiras conheciam a situação.

Aplicando conceituação adotada pelo estudo para *exposição* de crianças à violência doméstica, no entanto, Edleson e seus colaboradores concluíram que 86,4% das crianças da amostra teriam sido expostas a esta circunstância. Também segundo relato de suas mães, os *efeitos* de tal exposição incluíam:

> "night terrors, intrusive memories, separation anxiety, depression and increased aggression. The literature on child exposure to domestic violence indicates that even without direct physical harm to the child, being an eye witness to their mother's abuse or even experiencing the events before and after abusive incidents in a family can result in profound emotional distress for children (…). In these contexts, the father's abuse of the mother is harmful to the child" (EDLESON et. al., 2010, p. 108).

O Estudo Edelson de 2010, por fim, afasta a possibilidade de aplicação de qualquer *presunção* em relação ao *impacto* ou *efeitos* da violência doméstica em relação às crianças ou adolescente que a testemunham ou, de qualquer outra forma, são a ela expostas – ideia à qual esta tese adere. No que diz respeito aos resultados dos processos judiciais, perante as cortes dos Estados Unidos, envolvendo as mulheres incluídas neste estudo, foi possível apurar que, *não apenas pela aplicação da exceção de grave risco*, mas em razão de outros dispositivos da Convenção da Haia de 1980[464], em 10 casos o pedido de retorno da criança aos seus países de residência habitual foi *negado*, mantendo-se as crianças nos EUA e, em princípio, na companhia de suas mães.

A tabela abaixo sumariza as razões para o julgamento de improcedência dos pedidos de retorno fundados na CH80, quando estas puderam ser apuradas:

Acordo para permanência da criança no Estado de Refúgio	3 casos
Anuência do pai abandonado com a fixação de residência habitual em outro país	1 caso

[464] A possibilidade de manejo de outros dispositivos, que não a *exceção de grave risco*, da Convenção da Haia de 1980 a contextos de violência doméstica será abordada no Capítulo 6.

Aplicação da *exceção de grave risco*	1 caso
Fixação de residência habitual coercitiva no país de residência habitual	1 caso
Não ocorreu subtração, mãe comprovou ter obtido, junto às autoridades do país de residência habitual, autorização judicial para realocação da criança em outro país	1 caso
Aguardando decisão de 1ª instância ou julgamento de recurso de apelação	3 casos
Total	10 casos

Fonte: Adaptada de EDLESON et. al., 2010, p. 156-60)

As informações compiladas acima permitem o alcance de algumas conclusões. Por primeiro, na maioria dos casos incluídos na amostra (54,5%), apesar das alegações de violência doméstica apresentadas pelas mães subtratoras, o retorno da criança ou adolescente incluído na subtração internacional ilícita foi ordenado e, aparentemente, efetivado.

No que diz respeito aos casos em que a criança (ou adolescente) foi mantida no país de refúgio[465], em apenas 1 deles (10% de 10 casos) ocorreu a aplicação, pela autoridade judicial dos Estados Unidos da América, da *exceção de grave risco* contida na Convenção da Haia de 1980. Nos demais casos ainda era aguardada decisão final do Poder Judiciário norte-estadunidense; os genitores alcançaram acordo que incluía, dentre outros aspectos, a manutenção da criança em território dos EUA; não ocorreu, tecnicamente subtração; o pai abandonado anuiu com a alteração do país de residência habitual ou, por fim, em um caso teria restado configurada a fixação coercitiva de residência habitual – tema esta que se brevemente discutido no Capítulo 6 desta tese.

Aprofundando-se na análise do único caso em que o Poder Judiciário dos Estados Unidos considerou aplicável a *exceção de grave risco* contida na Convenção da Haia de 1980 para decidir pela manutenção da criança naquele país, aponta-se que o advogado da Ré logrou apresentar vasto conjunto probatório documental da violência doméstica de natureza séria, cometida pelo pai abandonado e testemunhada pela criança, em diferentes ocasiões, "including his multiple threats to kill her, the time he put the unloaded gun to her head and pulled the trigger, (…) and the ongoing emotional terror he instilled in the family" (EDLESON et.al., 2010, p. 159).

Além disso, durante o processamento do feito, o genitor abandonado foi ouvido pela autoridade judicial e sua manifestação não teria sido considerada crível. Os pesquisadores,

[465] De acordo com a amostra adotada pelo estudo, apenas os Estados Unidos da América.

então, concluíram que "it appeared that this judge based his ruling on the possibility of harm to the children because of the father's repeated attempts to harm Marina" (EDLESON et. al., 2010, p. 159).

Alcançando seu final, o Estudo Edleson de 2010 apresentou conclusão considerada contestável ou, ao menos, ainda controversa, tendo em vista o nível de consenso dos Estados-Partes da CH80 sobre o conteúdo e alcance de sua *exceção de grave risco*, que vem sendo discutido no decorrer deste estudo. Apontam Edleson e seus colaboradores:

> "When the Hague Convention was developed in 1980 there was no literature on the impact of exposure to domestic violence on children's physical and psychological well-being. The social science research in the intervening three decades has clearly established possible risks to children exposed to domestic violence that may be as significant as those to children who have been directly victims of physical or sexual abuse (…).
> The interpretations of what constitutes a grave physical or psychological risk or an intolerable situation for a child need to be revised based on the current social science available. Even if a narrow definition of grave risk is maintained, the evidence strongly argues that exposure to adult domestic violence be part of such a definition of risk to the child. (EDLESON et. al., 2010, p. 262).

Análise elaborada por Vesneski de 47 decisões judiciais adotadas em demandas sobre a Convenção da Haia de 1980 nos Estados Unidos da América, comparou o número de vezes em que foram apresentadas alegações, pelos genitores subtratores, buscando evitar a emissão de ordem de retorno da criança com o número de casos em que tais alegações foram acolhidas por aquelas autoridades judiciais. Os dados colhidos pelo pesquisador apontam para:

Defesa	Casos em que ocorreu a alegação		Casos em que a alegação alcançou sucesso	
	Número	Percentual	Número	Percentual
Grave Risco – artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b"	38	81%	12	26%
Consentimento ou Concordância Posterior – artigo 13, parágrafo 1º, alínea "a", 2ª parte	14	30%	1	2%
Adaptação da criança após 1 ano sem apresentação de requerimento de seu retorno – artigo 12, parágrafo 2º	12	26%	3	6%
Opinião da Criança dotada de idade e grau de maturidade suficientes – artigo 13, parágrafo 2º	9	19%	2	4%
Direitos Humanos – artigo 20	7	15%	0	0

Fonte: Adaptada de EDLESON, 2010, p. 281.

É possível notar que a *exceção de grave risco* seria, ao menos na amostra analisada, a exceção com *maior* número de alegações –representando mais do que o dobro da exceção sobre consentimento do genitor abandonado, a segunda mais recorrente. Além disso, seu percentual de sucesso, apurado pelo pesquisador, foi mais de 4 vezes maior do que o sucesso da comprovação da exceção que restou posicionada em segundo lugar, a exceção que diz respeito à adaptação da criança ao novo país, nos casos em que o genitor abandonado leva mais de um ano para apresentar seu requerimento, às autoridades (administrativas ou judicial) do país de refúgio.

No entanto, apesar de alegada em 81% dos casos, a *exceção de grave risco* foi acolhida pelas autoridades judiciais dos EUA em 26% deles, o que parece comprovar que esta exceção, apesar de largamente invocada pelos genitores subtratores, estaria recebendo – ao menos no âmbito dos Estados Unidos da América – a interpretação restritiva que, conforme será visto no decorrer desta tese, lhe é permitida pelo capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

*

Os principais estudos produzidos sobre o tema da subtração interparental (em âmbito doméstico e internacional), comprovam, por primeiro, o enorme potencial *de danos físicos e psíquicos* às crianças e adolescentes – para além dos adultos envolvidos -, gerados *exclusivamente por sua subtração*. A subtração de crianças e adolescentes, é por si só, é um *ato de violência* que pode ter efeitos inclusive perenes (alcançado até suas vidas adultas).

Tais efeitos podem alcançar, para além da criança ou adolescente, também o genitor abandonado e até mesmo suas famílias estendidas – e, por vezes, o genitor subtrator. Portanto, inegável que a subtração de crianças e adolescentes deve ser prevenida e combatida, com o máximo rigor. No entanto, conforme enunciado no início deste tópico, pouca atenção tem-se dado a tal tema, nas discussões envolvendo a CH80.

Em especial, desconhece-se tenha sido emitida, ao menos em território brasileiro, até o momento, qualquer decisão judicial que tenha aplicado a *exceção de grave risco em desfavor do genitor subtrator*, quando cabalmente comprovado que o ato de subtração da criança lhe causou riscos de danos físicos, psíquicos ou, de qualquer forma, situação intolerável. A ausência de consideração da *subtração como ato de violência* faz com que se observe, no mais das vezes,

uma completa ausência de investigação, pelas autoridades (judiciais do país de refúgio), dos *efeitos* da subtração internacional em cada uma das crianças ou adolescentes vítimas desse fenômeno.

Além disso, observou-se que os estudos que mais tem recebido atenção, tanto pelo Secretariado da HCCH, como pela academia, produzidos por organização internacional do Reino Unido (financiados por órgãos públicos ingleses), parecem dotados, em certa medida, de *viés de gênero* que pode comprometer a metodologia do trabalho e, em consequência, suas conclusões. Embora os efeitos da subtração internacional de crianças e adolescentes (e dos eventos que daí decorrem) sejam inegáveis, segue-se defendendo que, *em qualquer circunstância*, seus impactos devem ser objeto de investigação específica, em cada caso, *mostrando-se impossível a aplicação de qualquer presunção – absoluta ou relativa – em relação às crianças.*

Na sequência, a análise se debruçará sobre uma hipótese derivada da hipótese principal desta tese, que diz respeito à aplicação "a contrario sensu" da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 aos casos em que, durante sua subtração, a criança sofre violência ou é colocada, de qualquer outra forma, em situação de vulnerabilidade.

2.5. A necessária aplicação "a contrario sensu" da *exceção de grave risco*: o efetivo e imediato combate *às violências* durante a subtração

O presente tópico será dedicado à breve discussão da *necessidade* de aplicação "a contrario sensu" da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 às situações em que, durante o curso das discussões sobre à ilicitude de sua transferência (ou retenção) internacional, é possível constatar que a *permanência* da criança no país de refúgio é fator gerador de vulnerabilidade(s) em seu desfavor. Em situações tais defende-se que a criança ou adolescente, vitimado *no país de refúgio*, deve ser imediatamente restituído ao seu país de origem.

Nos casos em que for possível à autoridade judicial constatar que, para além da violência originada da subtração internacional (cujos impactos se farão presentes, em maior ou menor grau, conforme constatado), a criança (ou adolescente) também foi (ou vem sendo) vítima de atos de alienação parental e/ou Síndrome do Estresse Pós-Traumático; atos de violência, física

ou psíquica, no país de refúgio (cometida pelo subtrator ou por terceiros); ou encontra-se, de qualquer outra forma em situação intolerável (também no país de refúgio), deverá ocorrer a aplicação *imediata e "a contrario sensu"* da *exceção de grave risco*, *para determinar o imediato retorno da criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual, inclusive por decisão antecipatória dos efeitos da tutela, emitida em qualquer grau de jurisdição, que deverá ser imediatamente cumprida.*

Nas situações acima descritas, considera-se que a *permanência* da criança *na companhia do subtrator (ou de terceiros), no país de refúgio* é circunstância com *relevante potencial violento e/ou ofensivo* em relação à criança ou adolescente. A adoção de tal posição pelo Poder Judiciário brasileiro poderia, por exemplo, ter evitado a *morte* de uma criança austro-brasileira que, ao ser subtraída pela mãe com destino ao Brasil, em 2008, acabou por ficar sob os *cuidados* de uma tia materna que, infelizmente, teria (em conjunto com sua filha, prima da criança) alegadamente espancado a criança até causar-lhe traumatismo craniano, o que levou ao seu falecimento, no ano de 2009, no Estado do Rio de Janeiro[466].

Maristela, mãe de duas crianças e alegadamente portadora de doença de Huntington[467], deixou a Áustria 2 anos após seu divórcio, na companhia de seus filhos, sem autorização paterna (ou judicial) para realocação definitiva de Sophie e seu irmão fora da Áustria[468]. Após algum

---

[466] As informações do caso chegaram ao conhecimento desta subscritora em razão de sua atuação como Advogada da União, entre os anos de 2008 e 2015, no Departamento de Assuntos Internacionais da Advocacia-Geral da União. Em razão da ampla divulgação que o caso recebeu, à época, pela imprensa, tais informações tornaram públicas.

[467] Desordem de natureza neurológica degenerativa que afeta movimentos, habilidades mentais e aspectos da personalidade.

[468] A subtração foi de 2 crianças, um casal de irmãos. Quando foram retirados da Áustria, em fevereiro de 2008, a menina (Sophie Zanger) contava com 3 anos e o menino (R. Zanger) com cerca de 10 anos. Segundo relato do pai das crianças, no ano 2000 o menino, com 3 anos e meio, teria caído de janela com 12 metros de altura – na Áustria – e quebrado os 2 braços. A mãe, Maristela, teria saído para fazer aulas de autoescola e deixara o menino em casa, sozinho e dormindo, segundo afirmado pelo pai. Com o fim do casamento e divórcio, em 2006, o pai passou a visitar as crianças semanalmente, na Áustria. Segundo alega, Maristela passou então a apresentar denúncias contra o pai junto às autoridades austríacas, afirmando ser vítima de atos de violência cometidos pelo pai das crianças, Sacha Zanger. Com a saída de Maristela da Áustria, sem autorização do pai ou judicial, ao genitor foi deferida, pelo Poder Judiciário austríaco, a custódia exclusiva das crianças. No Brasil, o pai teria iniciado, sem sucesso, ação judicial com fundamento na Convenção da Haia de 1980 para restituição das crianças à Áustria. Em paralelo, teria passado a discutir, perante o Judiciário estadual, a custódia das crianças. No entanto, a morosidade no julgamento de tais demandas não teria sido capaz de evitar o desfecho trágico para os envolvidos.
As crianças, no Brasil, teriam sido vítimas de constantes maus tratos e espancamentos, segundo alegam o pai e a avó (materna) de criação, Sra. Anayá. Em uma ocasião a Sra. Anayá teria conseguido, após denúncias de maus-tratos, autorização judicial para que as crianças fossem retiradas da casa dos tios maternos e levadas a um abrigo. Entretanto, no dia seguinte os tios teriam ido ao abrigo, ocasião na qual teria sido deferida a guarda das crianças, por decisão judicial, novamente em seu favor.

tempo vivendo em um apartamento no Rio de Janeiro, Maristela se mudou, com as crianças, para a casa de sua irmã Geovana, em Duque de Caxias, onde a pensão de cerca de €1.400,00 (mil e quatrocentos euros) mensais, teria passado a ser compartilhada entre Maristela e a família de sua irmã (Geovana, seu marido e filha, Lílian).

No entanto, Maristela teria sido espancada e expulsa da casa da irmã um mês após a mudança, passando a vagar pelas ruas do Rio de Janeiro - enquanto o dinheiro da pensão alimentícia em favor das crianças seguia sendo pago pelo genitor austríaco e recebido pela tia materna das crianças. As crianças foram deixadas com Geovana (sua filha e marido), embora a própria Maristela tenha admitido à sua *mãe de criação*, a Senhora Anayá Rocha[469], que Sophie e seu irmão eram constantemente espancados (pela família materna) e não recebiam comida.

Este caso demonstra que é indispensável a aplicação da *exceção de grave risco*, *"*a contrario sensu*"*, para permitir o *imediato* retorno da criança ao seu país de origem – inclusive em caráter "inaudita altera parte"[470]*, quando indispensável:* por exemplo, em situações de violência comprovada diretamente perpetrada contra a criança, risco de dano físico, psíquico ou situação intolerável (inclusive situação de abandono material ou emocional pelo subtrator

---

No momento de seu falecimento, em junho de 2009, a menina estava com 4 anos, tendo dado entrada no Hospital Estadual Adão Pereira Nunes, na cidade de Duque de Caxias/RJ, em coma, com traumatismo craniano, com seu corpo e cabeça cobertos de hematomas e pesando apenas 14 quilos (peso aproximado de uma criança de 2 anos e meio). Na ocasião, o irmão de Sophie Zanger, aos 11 anos, chegou ao hospital com Sophie em seus braços, afirmando que ele tinha batido na irmã. Uma das enfermeiras do hospital desconfiou da versão do menino e, ao examiná-lo, constatou que ele também teria sido espancado e orientado pela tia (e prima) a assumir a culpa pelos ferimentos de Sophie. O corpo de Sophie ficou mais de 2 meses no Instituto Médico Legal, aguardando liberação para o enterro na Áustria, bem como conclusão das investigações, na medida em que as acusadas negaram as acusações e os depoimentos do irmão de Sophie teriam sido considerados contraditórios pela polícia local.
O irmão de Sophie foi retornado à Áustria apenas em agosto de 2009, aos 12 anos de idade. Durante o período em que Sophie ficou internada, o menino seguiu residindo na casa dos tios maternos e as autoridades (criminais) brasileiras insistiram em negar ao garoto autorização para deixar o Brasil, na medida em que ele seria testemunha-chave do caso. A denúncia criminal contra Giovana e Lílian, pelos crimes de maus tratos e tortura, teria sido apresentada pelo Ministério Público apenas 9 meses depois do falecimento da criança. Além disso, o processo penal teria ficado 1 ano aguardando julgamento de conflito de competência (entre o juízo criminal e o juizado de violência doméstica).
O laudo cadavérico da menina apontou para a ocorrência de pancada com objeto contundente, além de hematomas de até 15 centímetros nas pernas, braços, ombros e nádegas. Também segundo notícias veiculadas pela imprensa, o delegado responsável pela investigação teria mencionado que a Sophie era agredida constantemente, em datas diferentes. Uma vez que o caso tramitaria em segredo de justiça junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, não foi possível apurar seu desfecho. No entanto, ao que parece, não teria ocorrido qualquer condenação criminal pela morte de Sophie. Segundo notícia veiculada na imprensa, até o ano de 2010 não teria ocorrido nenhuma prisão ou julgamento do caso.

[469] Que criou Maristela entre os 13 e 19 anos, aparentemente antes dela passar a exercer atividades de prostituição no Rio de Janeiro e, após, na Espanha.

[470] Concessão de medida judicial antecipatória dos efeitos da tutela sem oitiva da parte contrária.

ou qualquer terceiro com o qual a criança se encontre), *no país de refúgio*. Entende-se que tal providência poderia minimizar e evitar os demais danos que podem ser agregados à subtração internacional, em casos excepcionais. Entretanto, sua aplicação prática no Brasil – ou, ao menos, reflexão aprofundada sobre o tema - até o momento, parecem inexistentes.

O Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança – Mediação, aprovado no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado no ano de 2012[471], reforça a necessidade de retorno imediato (ao seu país de residência habitual) de crianças que estão em risco grave *na companhia do genitor subtrator*. Nesse sentido, este documento aponta que:

> "Where a child abduction has occurred, Central Authorities are under the obligation 'to prevent further harm to the child or prejudice to interested parties by taking or causing to be taken provisional measures' in accordance with Article 7(2) b) of the 1980 Hague Child Abduction Convention. Thus, if there is a risk that the taking parent could harm the child, the Central Authority could, depending on the powers given to it by the relevant Contracting State, take provisional measures or cause the competent authority to take such measures. This provision works hand in hand with Article 11 of the 1996 Hague Child Protection Convention which, in cases of urgency, confers jurisdiction to take necessary protective measures on the authorities of the Contracting State where the child is present" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, p. 74).

Este trágico caso novamente traz relevo à importância de ser deferido, em favor da criança e adolescente, representação judicial autônoma (guardião "ad litem") em relação ao patrono do genitor subtrator – ou do genitor abandonado – na medida em que seus interesses podem conflitar com aqueles dos seus pais, especialmente quando ela se encontrar em situação de vulnerabilidade perpetrada pelo genitor subtrator ou por ele tolerada, quando cometida por terceiros[472].

No entanto, uma vez que quaisquer impactos ou efeitos, antes, durante ou após a subtração (internacional) em relação à crianças e adolescentes não devem ser presumidos[473] , considera-se que em caso de denúncia ou indício da perpetuação de atos diretos ou indiretos de violência, física, psíquica ou a colocação da criança (ou adolescente) em situação intolerável – como, por exemplo, a prática de atos de alienação parental ou o desenvolvimento, pela criança,

---

[471] A análise de tal documento e sua relevância na interpretação da CH80, a partir do artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados será objeto de tópico específico no Capítulo 5 desta tese.

[472] Conforme mencionado em nota de rodapé anterior, a necessidade de designação de representação judicial autônoma em favor das crianças e adolescentes envolvidas em demandas relacionadas à sua subtração internacional será discutida no Capítulo 5, abaixo.

[473] Na medida em que cada indivíduo percebe (e é impactado) de forma específica, em razão tanto de suas características pessoais quanto em função de circunstâncias objetivas do ato *violento,* conforme será visto na sequência.

da Síndrome de Estresse Pós-Traumático – a(s) autoridade(s) competente(s) do país de refúgio deve(m) investigar os fatos.

Comprovado que a criança se encontra em situação de vulnerabilidade gerada pelo subtrator, por terceiros ou até mesmo pelo Estado – no país de refúgio, antes ou durante o processamento da demanda relacionada à sua subtração, considera-se que, mesmo antes do julgamento final de tal demanda, a criança (ou adolescente) deverá ser imediatamente restituído ao seu país de alegada residência habitual, a menos que as autoridades do primeiro (Estado de Refúgio) sejam efetivamente capazes de eliminar tais impactos.

Em breve conclusão defende-se, nesta tese, que *as violências* que podem acometer crianças e adolescentes, *durante* sua subtração, deverão ser endereçadas, com urgência e efetividade, pelas autoridades do país de refúgio, especialmente por intermédio da sua devolução, em sendo o caso "inaudita altera parte", ao país de sua residência habitual aplicando-se, "a contrario sensu", a *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis, em desfavor do genitor subtrator, objetivando-se cessar (ou mitigar, dentro do possível), a perpetuação da grave violação à criança ou o risco de sua perpetuação.

Na sequência, a análise se voltará a outra sub hipótese derivada dos esforços empreendidos no presente capítulo para adequada conceituação do fenômeno da violência doméstica: a impossibilidade da adoção de quaisquer presunções – absolutas ou relativas – em relação aos danos, impactos ou efeitos por ela sofridos, antes, durante ou após sua subtração ilícita.

2.6. A impossibilidade de presunção de danos à criança antes, durante ou após a subtração

Os estudos e análises discutidos no decorrer deste capítulo apontam para outra conclusão relevante, que diz respeito à *impossibilidade* de *presunção* (absoluta ou relativa) dos impactos às crianças ou adolescentes, em qualquer circunstância (e em especial, *antes, durante ou após* sua subtração, quando de seu retorno ao país de residência habitual). Conforme visto, cada criança (e, por óbvio, cada ser humano) é dotada de características intrínsecas únicas, que lhe conferem maior ou menor grau de *compreensão e suscetibilidade* aos eventos dirigidos

diretamente a ela ou que sejam por ela testemunhados. Com a violência doméstica – objeto imediato deste estudo - isso também não parece ser diferente.

Nessa medida, *seja em sua subtração, na ocorrência de violência doméstica entre adultos, durante sua permanência no país de refúgio ou em seu retorno ao Estado de residência habitual, defende-se ser impossível – tanto porque inadequada, quanto por não contar com respaldo legal* (no âmbito da Convenção da Haia de 1980) – a adesão a qualquer presunção de risco de dano físico, psíquico ou situação intolerável, devendo ocorrer *comprovação cabal* de sua ocorrência. Isso, em especial, porque os estudos especializados[474] demonstram que os efeitos de eventos supostamente negativos são percebidos e internalizados de forma *única* por cada criança que, em decorrência, reagirá de diferentes maneiras.

Defende-se, nesta tese, que em qualquer circunstância – ao menos dos casos envolvendo a CH80 – o impacto da violência cometida *direta ou indiretamente* contra a criança (ou adolescente) deve ser adequadamente avaliado. Neste cenário incluem-se as violências *antes, durante ou após sua subtração (doméstica ou internacional)*. Assim, devem ser abandonadas as posições que militam em favor da aplicação de presunção (absoluta ou relativa) de impacto à criança, sempre que alegada a existência de violência doméstica pelo genitor subtrator, como motivo pretendido por este último para obstaculizar o regresso da criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual.

O desenvolvimento das pesquisas nas ciências sociais tem demonstrado a possibilidade de averiguação, com alto grau de certeza e segurança, dos reais impactos da exposição da criança ao fenômeno da violência doméstica[475]. Além disso, as mais modernas pesquisas indicam que o grau e tipo de exposição da criança à violência (inclusive doméstica) são variáveis, assim como seus efeitos. Por tais razões, deve-se insistir na avaliação concreta, efetiva e adequada do impacto, na criança, da alegada violência doméstica – sofrida ou testemunhada – na busca de interpretação e aplicação coerente e uniforme da *exceção de grave risco* da CH80.

---

[474] Vistos, em especial, no decorrer deste capítulo.

[475] Relembra-se que, conforme terminologia que vem sendo adotada nesta tese, o fenômeno da violência doméstica envolve, como sujeitos passivo e ativos, apenas adultos. Além disso, é indispensável a detecção de padrão de controle coercitivo. Em decorrência, crianças e adolescentes não poderão ser vítimas *diretas* de violência doméstica, mas apenas *testemunhas* ou vítimas (indiretas), quando possível se averiguar, se forma objetiva e sem o manejo de presunções, os impactos da violência entre adultos em relação às estas últimas.

Mesmo nas hipóteses em que a criança é a vítima *direta* de atos de violência (familiar ou fora do ambiente familiar), também se mostra necessária a avaliação de seus impactos, na medida em que suas consequências podem variar, de acordo com a natureza do ato violento, sua severidade e repercussões de longo prazo. Estudo realizado no âmbito da Organização das Nações Unidas, no ano de 2006[476], apontou que:

> "36. Although *the consequences of violence for children may vary according to its nature and severity,* the short- and long-term repercussions are very often grave and damaging. Violence may result in greater susceptibility to lifelong social, emotional, and cognitive impairments and to health-risk behaviours [nota de rodapé omitida], such as substance abuse and early initiation of sexual behaviour [nota de rodapé omitida]. Related mental health and social problems include anxiety and depressive disorders, hallucinations, impaired work performance, memory disturbances, as well as aggressive behaviour. Early exposure to violence is associated with later lung, heart and liver disease, sexually transmitted diseases and foetal death during pregnancy, as well as later intimate partner violence and suicide attempts [nota de rodapé omitida]" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006a, p. 12, grifos nossos).

No que diz respeito à *exposição* da criança (*testemunha/observador*) à violência doméstica (entre adultos), este documento reitera a ideia de que os eventuais efeitos negativos às crianças decorreriam, em especial¸ de sua exposição *frequente* e não, necessariamente, de sua exposição *eventual* (ou episódica):

> "The exposure of children to violence in their homes *on a frequent basis*, usually through fights between parents or between a mother and her partner, can severely affect a child's well-being, personal development and social interaction in childhood and adulthood [nota de rodapé omitida]. Intimate partner violence also increases the risk of violence against children in the family, with studies from China, Colombia, Egypt, Mexico, the Philippines and South Africa showing a strong relationship between violence against women with violence against children.(…)" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006a, pp. 14-5, grifos nossos).

Por fim, referido estudo, conforme visto[477], também teria alcançado a conclusão de que, em muitos países, de todas as regiões do globo terrestre, a punição física de crianças, em seus lares, oscilaria entre 80 a 98%. O autor do estudo apontou, por fim, que a convivência saudável e dotada de laços fortes com *ambos os seus genitores,* aliados à participação efetiva destes últimos e à disciplina não violenta seriam fatores de *proteção e prevenção* à violência contra a criança.

---

[476] Discutido, sob outros aspectos, em tópicos anteriores da presente tese. Disponível em https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/un_documents/a_61_299_un_study_on_violence_against_children.pdf. Acesso em 04.08.2018.

[477] Capítulo 1.3.1.

Os impactos da violência *direta* à criança foram considerados, também no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), no Comentário Geral nº 13[478], de 2011, do Comitê sobre os Direitos da Criança (CRC). Tal documento não é um tratado, nem tampouco teve seu conteúdo aprovado pelos Estados-Membros da ONU[479]. Embora ele não represente o consenso dos Estados-Membros da ONU, apresenta considerações que tangenciam o assunto ora em discussão. Em especial, o documento considera que a violência *direta* contra a criança pode ter impacto devastador, ameaçando sua sobrevivência e desenvolvimento[480].

Outros documentos produzidos no âmbito da ONU – embora não relevantes, fundamentalmente, para a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, conforme proposto nesta tese - parecem negar a existência de presunção *absoluta* da ocorrência de impactos à criança que *testemunha* (ou, tecnicamente, que é *exposta* à) violência contra a mulher fundada no gênero ou que, ela mesma, seja vítima *direta* de atos de violência cometidos contra si.

Por todos, cita-se trecho do Relatório Anual do Relator Especial para Mulheres, do ano de 2017, segundo o qual o testemunho ou exposição de crianças a atos de violência familiar já foi descrito pelo Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU (CRC) e pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (Comitê CEDAW) como formas de negligência e violência psicológica[481]. Este relatório também fez menção a caso envolvendo o

---

[478] Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f13&Lang=en. Acesso em 04.08.2018. Vide, ainda, Capítulos 1.3.1 e 1.3.2.

[479] Razões pelas quais ele não foi considerado, em tópico anterior deste estudo – Capítulo 1 -, como relevante à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, nos termos do capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

[480] "(a) The short- and long-term health consequences of violence against children and child maltreatment are widely recognized. They include: fatal injury; non-fatal injury (possibly leading to disability); physical health problems (including failure to thrive, later lung, heart and liver disease and sexually transmitted infections); cognitive impairment (including impaired school and work performance); psychological and emotional consequences (such as feelings of rejection and abandonment, impaired attachment, trauma, fear, anxiety, insecurity and shattered self-esteem); mental health problems (such as anxiety and depressive disorders, hallucinations, memory disturbances and suicide attempts); and health-risk behaviours (such as substance abuse and early initiation of sexual behaviour);
(b) Developmental and behavioural consequences (such as school non-attendance and aggressive, antisocial, self-destructive and interpersonal destructive behaviours) can lead, inter alia, to deterioration of relationships, exclusion from school and coming into conflict with the law). There is evidence that exposure to violence increases a child's risk of further victimization and an accumulation of violent experiences, including later intimate partner violence" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011a).

[481] Comitê sobre os Direitos da Criança, Comentário Geral nº 13 (2011), sobre o direito da criança à Liberdade contra todas as formas de violência, parágrafos 20(b) e 21. Disponível em

cometimento de violência contra criança e sua mãe, analisado pelo Comitê CEDAW, contra a Espanha, nos seguintes termos:

> "Children witnessing gender-based violence against women
> 99. (…)
> The Committee on the Elimination of Discrimination against Women made a number of determinations about the standards required for protection orders with respect to a child's safety, in the case of Angela González Carreño against Spain. The case concerned a 7-year-old girl who was murdered by her father during a court-approved visit in a context where the mother had *repeatedly* sought protection against her husband, who had threatened and physically abused *them*. The Committee observed that the authorities did not conduct a comprehensive evaluation of possible benefits or harms of this regime for the child; on the contrary, the elements of the case indicated a pattern of action which responded to a stereotyped conception of visiting rights based on formal equality"[482] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017, grifos nossos).

Alcançando seu final, o relatório de 2017 do Relator Especial para Mulheres da ONU *recomendou aos* Estados-Membros desta organização uma série de providências para abordagem sistêmica da segurança de crianças. Em especial, afirmou que as crianças que testemunhem violência contra a mulher fundada no gênero têm o direito de serem ouvidas e terem seus melhores interesses considerados por todos os tomadores de decisão[483]. Além disso, sugeriu-se aos países a adoção de métodos para avaliação, bem como providências para prevenção e combate à violência contra crianças, considerando que a desconsideração, por agentes estatais, dos interesses de cada uma das crianças envolvidas em tais cenários configuraria violação das obrigações assumidas internacionalmente pelos Estados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017).

Embora defenda-se, nesta tese, que os comunicados unilateralmente emitidos por órgãos da ONU[484], careçam de relevância, nos termos da CVDT, para a interpretação da *exceção de grave* risco da Convenção da Haia de 1980, a manifestação acima mostra-se interessante, na medida em que, defende o direito da criança de participar ativamente nas decisões que lhe dizem respeito – mandamento contido, inclusive, na Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da

---

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f13&Lang=en. Acesso em 29.03.2019.

[482] Sob o pálio do Protocolo Adicional à CEDAW, o Comitê CEDAW adota *decisões* que formam sua *jurisprudência.* No ano de 2014 foi *julgado* caso González Carreño vs. Espanha. Disponível em https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/JurisprudenceSession58.aspx. Acesso em 01.08.2018.

[483] Menciona-se, neste ponto que, conforme identificado em tópico anterior deste estudo, alguns documentos elaborados em âmbito internacional confundem os conceitos de violência doméstica com outras modalidades de violência. Neste documento, por exemplo, a violência doméstica parece ser tratada como sinônimo de violência contra a mulher fundada no gênero.

[484] Com exceção de algumas decisões e resoluções da Assembleia Geral, bem como aquelas oriundas do Conselho de Segurança, conforme discutido no Capítulo 1.

Criança. Corrobora-se, assim, a ideia defendida no presente tópico, segundo a qual não se mostra adequada a adoção de presunção *absoluta ou relativa* de impacto à criança, quando da ocorrência de violência dirigida diretamente a ela ou a outros membros de sua família.

Em conclusão, seja quanto aos efeitos da *subtração de crianças* ou nos casos em que elas são vítimas *diretas* de atos de violência (aliados à *exposição* à violência doméstica) – praticadas antes, durante ou após a sua subtração internacional alegadamente ilícita, suas expectativas de segurança consistente e cuidados podem ser frustradas e substituídas pela instabilidade entre seus cuidadores (EDLESON; GEWIRTZ, 2007), para além de potencialmente criarem dificuldades sérias de desenvolvimento, incluindo problemas emocionais, comportamentais, e dificuldades acadêmicas[485].

Por outro lado, muitos elementos auxiliariam o incremento de *resiliência* de crianças vítimas de violência, como os *laços seguros dela com (pelo menos) um adulto da família (que não precisaria ser, necessariamente, um de seus genitores), altos níveis de cuidados parentais durante a infância, um relacionamento terno e apoiador com o parente não abusivo* e, por fim, relacionamentos reforçadores com outros pares (desde que estes últimos estejam envolvidos em comportamentos ilícitos ou sejam usuários de substâncias ilícitas).

Reitera-se que características pessoais de cada criança – dentre estas, seu nível de *resiliência*, a frequência e/ou periodicidade dos atos de violência, o tipo de violência empreendida, entre outros – parecem obstaculizar o manejo de quaisquer *presunções* sobre os impactos por ela sofrido em situações de violência. De acordo com pesquisas apresentadas em tópicos anteriores, para além da idade, *outros* fatores devem ser levados e consideração na avaliação dos efeitos da subtração (e, por analogia, às demais formas de violência as quais crianças e adolescentes podem ser submetidas, direta ou indiretamente). Dentre estes, em apertada síntese, encontram-se:

a) se a criança foi subtraída pelo genitor com o qual ela tinha relações mais estreitas;

b) o tempo que durou a subtração;

---

[485] Nesse sentido vide SKOPP et al., 2007; TURNER et al., 2006; BOGAT et al., 2006; CARLSON, 2000; SCHEERINGA; GAENSBAUER, 2000; FANTUZZO et al., 1997.

c) se a criança manteve contato com outros membros da família (incluída a família estendida) e qual a natureza de tais contatos;

d) quão amedrontadora foi a experiência de ocultação da criança, para ela mesma;

e) qual o nível de instabilidade residencial durante a subtração;

f) se houve a ocorrência de abuso; se foram incutidas na criança ideias negativas sobre o genitor abandonado;

g) se a subtração envolveu todos os irmãos; e, por fim,

h) como a idade da criança interage com estas variáveis. (GREIF; HEGAR, 1993, pp. 143-4).

Discutida a ideia de que qualquer risco ou violência contra a criança ou adolescente não podem ser objeto de presunções de qualquer natureza se consideram concluídos os objetivos do Capítulo 2 desta tese.

Conclusões da Parte I

A análise empreendida na Parte I desta tese permitiu concluir, por primeiro, que a comunidade internacional avançou consideravelmente na compreensão e sensibilidade nos temas da violência contra crianças, adolescentes e mulheres, prevendo proteção (jurídica, econômica, social, etc.) a tais sujeitos, ainda que, em certa medida e em especial no âmbito do Direito Internacional Público, de forma fragmentada[486] e complexa[487].

Foi possível concluir, também, que ao contrário dos esforços da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado - HCCH - de cuidado com os interesses da infância, a proteção a *mulheres* enquanto grupo especial, *distinto* do grupo de homens, *não parece vir recebendo atenção específica dos Estados-Membros da HCCH*, que têm preferido, pelo menos até o presente momento histórico, a adoção de instrumentos de proteção a direitos fundamentais de *adultos em geral*, sem distinção de gênero. Os esforços da HCCH ainda parecem *limitados,* no combate direto e imediato a *atos de violência* cometidos contra *adultos ou crianças (e adolescentes)*, aos seguintes temas:

a) à *violência* gerada pelo ato de subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes[488], incluída na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes; e

b) à proteção à infância oferecida, ao menos em tese, contra tais atos, por intermédio da Convenção da Haia de 1996 sobre "Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em relação à responsabilidade parental e *medidas para proteção de crianças"*[489] (doravante, Convenção da Haia de 1996 ou CH96).

---

[486] Embora primordialmente originada no seio das Nações Unidas, há elevado conjunto de órgãos, no âmbito internacional, produzindo documentos, cumulativamente: Comitês (para diferentes tratados), Conselhos, Comissões, Relatores Especiais (para diferentes tratados), ONU Mulheres, Assembleia Geral, Conferências Mundiais, etc. Além disso, países, em seus âmbitos domésticos, também discutem e produzem documentos sobre o tema. A retroalimentação recíproca dos espaços domésticos e internacional é abordada por Varella (2012).

[487] Conforme constatado, apesar de ser possível perceber alguma *evolução*, nas noções contidas nos documentos elaborados em âmbito internacional, levando em conta a compreensão das ciências (sociais e médicas, por exemplo) e o conhecimento acumulado pelos diversos órgãos da ONU, o fato é que ainda são notáveis algumas incongruências e divergências.

[488] Tal discussão foi pormenorizada no Capítulo 2.4 desta tese.

[489] "Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children", disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70. Acesso em 19.09.2019.

Enquanto no Direito Internacional Privado a preocupação com a infância é marcante, em suas relações privadas, específicas, plurilocalizadas e reguladas por *tratados*, o Direito Internacional Público vem veiculando documentos voltados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres de forma mais numerosa. No entanto lembra-se, que os *tratados* ainda são em número reduzido no âmbito do Direito Internacional Público, quando comparados com os instrumentos – de natureza jurídica semelhante - produzidos pela HCCH, no ramo do Direito Internacional Privado. Não se deve perder de vista, no decorrer de toda a presente tese, que especialmente no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos a separação estanque entre os Direitos Internacionais Públicos e Privados não é estanque, ocorrendo necessária complementariedade entre ambos, para alcance de níveis mais altos de proteção às pessoas.

Sob a perspectiva da participação da comunidade internacional aos *tratados*, tem-se que no âmbito da HCCH a CH80 é uma das convenções internacionais que conta com o maior número de Estados-Partes, atualmente 101 países. Já as convenções da CEDAW e dos Direitos da Criança, ambas da ONU, possuem quase o dobro de tais membros, o que parece demonstrar maior adesão (numérica) a seu conteúdo[490].

Em contrapartida, a adesão mais ampla às convenções da ONU pode ser explicada, ao menos parcialmente, pelas diferenças em seu conteúdo: enquanto as convenções da HCCH apresentam regulamento razoavelmente *pormenorizado* de temas específicos, a ser *adotado de forma uniforme* pelos países, os tratados da ONU enunciam, no mais das vezes, *princípios e regras de conteúdo amplo e/ou programático*, evitando detalhar ou impor uniformização quanto ao endereçamento (doméstico) das questões. Os Estados, nestas últimas, ficam razoavelmente mais livres para decidir a forma mais adequada, de acordo com suas características sociais, culturais, econômicas, políticas e jurídicas, dentre outras, de cumprir com seu conteúdo.

Para além dos tratados – e ao contrário da ONU - a HCCH também teria logrado produzir instrumentos que, embora não sigam, integralmente, o rito de conclusão de tratados da

---

Conforme será em tópico específico desta tese (Capítulo 5.3.1), o artigo 5º deste tratado, dentre outros, garante às autoridades judiciais e administrativas de seus Estados-partes o exercício de jurisdição para a "adoção de medidas dirigidas à proteção *da pessoa da criança* ou de sua propriedade" (grifos nossos). O Brasil ainda não é Estado-Parte deste tratado.

[490] As Convenções da OIT, dotadas de densidade normativa *alta*, também contam com grande número de Estados-Partes.

CVDT, contam, via de regra, com a *aprovação* dos Estados – como as conclusões, recomendações e, em alguma medida, guias de boas práticas -, tendo, como principal decorrência para esta tese, a confirmação de sua *relevância* na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80[491], nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, marco normativo metodológico adotado nesta tese.

Foi possível constatar que *nem todos* os documentos, instrumentos e práticas elaborados em âmbito internacional serão relevantes, para a Convenção de Viena de 1969, na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, especialmente por terem sido, em sua maioria, elaborados unilateralmente por órgãos que integram organizações internacionais, sem que tenha sido possível constatar a anuência ou adesão dos países a seu conteúdo. Conforme enunciado durante o Capítulo 1, os documentos, instrumentos e práticas que não contarem, dentre outros elementos, com a *aprovação* dos países (incluída aprovação quanto ao seu *valor* enquanto elementos interpretativos de um tratado) não serão, ao menos em tese, *relevantes para a interpretação da exceção de grave risco da CH80, nos termos do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados*. Tal consideração e suas principais consequências serão pormenorizadas nos capítulos 4 e 5 desta tese.

Comprovou-se *inexistir consenso suficiente*, entre os países, quanto à criação de obrigações efetivas para os Estados-Partes, ilustradas, por exemplo, na não aceitação – até o momento – de proposta de elaboração de convenção de combate à *violência* contra a mulher, em âmbito multilateral[492]. Em sentido análogo, também não se teria alcançado consenso, até o momento, consenso sobre a elaboração de emendas ou um Protocolo Adicional à CH80.

Assim, conclui-se que o arcabouço jurídico-normativo (quando associados documentos tradicionalmente dotados de caráter mandatório com aqueles que não teriam tal natureza) atualmente em vigor, no âmbito da comunidade internacional, já apresenta *relevantes* instrumentos para proteção de crianças, adolescentes e mulheres. Não se pode perder de vista, ainda, que a busca de interpretação uniforme e adequada à *exceção de grave risco* da CH80, em sua interação com o fenômeno da violência doméstica, deve considerar a complementariedade dos instrumentos produzidos em âmbito internacional, em seus diferentes

---

[491] Por opção metodológica, estes documentos serão analisados, exclusivamente, na Parte III desta tese.
[492] Em alguns cenários regionais, no entanto, tal proteção já foi alcançada.

âmbitos e organizações, que demonstram, por sua vez, o grau de consenso multilateral que foi possível ser alcançado, até o momento, pelos países. A conjugação, então, dos instrumentos produzidos no âmbito do Direito Internacional Privado e Público, então, mostra-se essencial.

Também foi possível constatar que muitos dos documentos elaborados no seio da ONU, em especial nos anos mais recentes (tanto no âmbito da proteção à infância quanto à mulher), parecem progressivamente se aproximar das mais modernas conclusões dos estudos das ciências sociais sobre a fenomenologia da violência doméstica como ocorrência *direta* entre adultos, tendo as crianças e adolescentes como possíveis *testemunhas* de tal evento. No entanto, assim como já apontado em tópico anterior, ainda são notáveis problemas terminológicos relevantes em relação à conceituação da violência doméstica, familiar e contra a mulher (fundada no gênero), razão que levou à necessidade de buscar-se definição unívoca a tais fenômenos, exercício que foi realizado no Capítulo 2 desta tese.

A conjugação dos documentos discutidos no Capítulo 1, com os estudos aprofundados no Capítulo permitiram constar, por primeiro, que vem sendo consolidado, em alguma medida, a noção de que os *impactos* da violência (*direta ou indireta*) a crianças e adolescentes não devem ser presumidos (embora, quando objetivamente constatados, possam ser de grande monta), devendo ser avaliados em cada caso e cuidadosamente, levando em consideração uma multiplicidade de fatores (dentre estes, o grau de resiliência da criança envolvida).

Diante das ambiguidades identificadas quanto ao conceito do fenômeno da *violência doméstica*, tanto no campo teórico, junto ao grande público e, em especial, nos documentos produzidos no âmbito da comunidade internacional, apresentou-se proposta de sua conceituação, fundada nos recentes desenvolvimentos das ciências sociais sobre o assunto que, em especial, diferenciam as situações de violência familiar, doméstica e contra a mulher fundada no gênero.

Em especial, considera-se que: o fenômeno da violência doméstica, envolve *diretamente* apenas adultos na condição de vítimas e agressores; a imperiosa necessidade de constatação da existência do exercício (ou tentativa) de *controle coercitivo* do agressor conta a vítima; a posição das crianças e adolescentes como vítimas *indiretas* da violência doméstica e, como consequência, os efeitos da *exposição* de crianças e adolescentes a tal fenômeno e a *impossibilidade* de presunção de danos à criança pela *exposição* à violência doméstica também

foram pormenorizados. Alcançou-se, assim proposta de conceituação dos fenômenos da *violência doméstica, familiar e contra a mulher fundada no gênero* que, entende-se merece ser aplicado à interpretação da *exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980.*

Na sequência, o Capítulo 2 analisou os principais estudos sobre os *efeitos* da subtração internacional ilícita em crianças e adolescentes, para concluir que sua subtração, via de regra, causa-lhe efeitos danosos sérios, que podem perdurar por muitos anos. No entanto, tais estudos apontam que cada criança sofre e reage de maneira única a todos os fenômenos a que são expostas, razão pela qual não é possível a presunção de danos a ela, físicos ou psíquicos, sejam oriundos de sua subtração, seja aqueles que poderão advir de seu retorno (após sua subtração) ao país de sua residência habitual. Assim, a impossibilidade de presunção de quaisquer danos ou riscos advindos da subtração da criança não poderão ser presumidos.

Também foram efetuadas considerações sobre os impactos *da subtração internacional,* propriamente dita*,* às crianças e adolescente, tema ainda pouco explorado em âmbito acadêmico ou prático. As principais críticas à CH80, na atualidade, parecem se concentrar no argumento – que se considera falacioso ou, no mínimo, ambíguo – de que a CH80 não protegeria adequadamente as *vítimas de violência doméstica*, desconsiderando, via de regra, que a subtração, em si mesmo, pode ser um ato de *violência* contra a criança[493].

Na linha de que, de acordo com vários documentos analisados no capítulo 1*, todas as formas de violência contra as crianças devem ser abolidas*, considera-se essencial, por primeiro, não se perder de vista que *o ato de subtração internacional pode ser, em si mesmo, encarado como inequívoco ato de violência contra a criança ou adolescente, sendo certo que esta última poderá sentir (ou, mais propriamente, sofrer) seus impactos em maior ou menor grau*.

Na sequência, apresentou-se ideia inédita, segundo a qual caberá a aplicação, pelo Juízo do país de refúgio, da *exceção de grave risco* "a contrario sensu", sempre que constatado *que a permanência da criança, na companhia do subtrator (ou de qualquer terceiro), enquanto pendente solução final para a demanda judicial de restituição, for circunstância hábil a gerar a incidência de alguma das circunstâncias incluídas na exceção de grave risco (da CH80) –*

[493] Tais críticas serão pormenorizadas, em especial no Capítulo 3.

por exemplo, se constada a prática de atos de alienação parental, que a subtração da criança gerou-lhe a síndrome de estresse pós-traumático ou, ainda, que quaisquer outros atos ou circunstâncias, praticados pelo genitor subtrator ou por terceiros, no país de refúgio, podem gerar riscos de danos físicos, psíquicos ou colocar a criança em situação intolerável.

Nessa linha, *constatada alguma circunstância, antes ou após o início de ação judicial relacionada à CH80 no país de refúgio, as autoridades deste último deverão determinar o retorno imediato da criança ao seu país de residência habitual,* inclusive "inaudita altera parte", se necessário.

Ao final o Capítulo 2 encerra-se com o tema da impossibilidade de presunção de quaisquer tipos de danos, às crianças e adolescentes, oriundos de fatos ou circunstâncias *antes, durante ou após* sua subtração internacional – assunto este que perpassou tanto o capítulo 1 quanto o capítulo 2 e seguirá sendo tangenciado, lateralmente, no decorrer desta tese, conforme será visto. Cada criança (ou adolescente) é um ser único, com características próprias que impedem que presunções ou ilações sejam efetuadas. Defende-se, nesta tese, ser absolutamente essencial que em todas as circunstâncias as crianças sejam ouvidas e submetidas a avaliações psicossociais por profissionais *especializados*, para que os impactos alegadamente sofridos por elas, antes da subtração, durante seu curso e após seu retorno não sejam apenas averiguados, *mas também cuidados*, tratados, permitindo-se às crianças o exercício livre e adequado de suas emocionalidades.

Por fim, o incremento de preocupação (global) com o fenômeno da violência doméstica indica que a *exceção de grave risco* da CH80 merece interpretação criteriosa, a partir do manejo de instrumentos hermenêuticos aceitos pelos países que são partes deste último tratado – a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, em seu capítulo hermenêutico - buscando-se evitar, potencialmente, eventual responsabilização de qualquer de seus Estados-Partes por descumprimento de seu conteúdo – no caso específico, pela inadequada aplicação da *exceção de grave risco* da CH80.

Parte II - A relação da Convenção da Haia sobre Subtração Internacional com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: interpretada e interpretante

O "destino natural" de uma regra jurídica "é ser aplicada às relações sociais para as quais foi estabelecida" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 230). Com a Convenção da Haia de 1980 essa situação não é diferente, devendo os operadores jurídicos, especialmente os integrantes de órgãos julgadores, legisladores, servidores estatais e o os genitores de crianças e adolescentes conhecer seu conteúdo para compreender e aplicar, adequadamente, seus dispositivos às relações sociais nas quais se vejam envolvidos.

A interpretação e aplicação da CH80 são realizadas, de forma *imediata*, pelos (órgãos julgadores de) seus Estados-Membros, especialmente em demandas judiciais envolvendo primordialmente particulares – os genitores da criança (ou adolescente) - ou, eventualmente, um dos Estados-Partes, em nome próprio, litigando contra o genitor (ou qualquer pessoa) que, alegadamente, tenha subtraído ou esteja retendo a criança em país diferente daquele em que ela possui residência habitual. Também os servidores públicos dos países interpretam e, eventualmente, aplicam a CH80. De forma *mediata*, este tratado regulamenta a conduta de pessoas (indivíduos) face à realização de atos unilaterais de transferência e retenção internacionais em desfavor de crianças e adolescentes.

A tarefa da interpretação é, segundo Quoc Dihn, Daillier e Pellet "evidenciar o sentido exato e o conteúdo da regra de direito aplicável numa determinada situação" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 231). A Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)[494], já no ano de 1927, confirmou essa noção, ao apontar que "pela expressão 'interpretação' deve-se entender a indicação precisa de 'sentido' e do 'alcance' que o Tribunal entendeu atribuir à sentença em questão" (CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, 1927, p. 10).

[494] Criada no seio da Liga das Nações em 1921, este tribunal funcionou entre os anos de 1922 e 1940, tendo sido formalmente extinto em 1946, quando foi substituído pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), criada no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Wood[495] considera que a interpretação de tratados difere da interpretação da legislação doméstica e dos contratos; além disso, discussões sobre a interpretação de tratados ocorreriam com cada vez mais frequência perante cortes domésticas (GARDINER, 2015, posição 378). Novamente, reitera-se que esse parece ser o cenário em relação à Convenção da Haia de 1980 que, primordialmente, regulamenta[496] a prevenção e o combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes pelo globo.

Pretende-se apresentar e discutir, na Parte II – Capítulo 3 – a Convenção da Haia de 1980 em seu protagonismo na proteção de crianças e adolescentes contra sua subtração internacional ilícita. A *exceção de grave risco* incluída neste tratado também será pormenorizada, com enfoque em situações envolvendo a ocorrência de violência doméstica. Buscando justificar a problemática que motivou a elaboração de tese, em relação à interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* à contextos de violência doméstica (familiar e contra a mulher, fundada no gênero), as principais críticas a tal exceção convencional serão apresentadas e discutidas. Em especial a alegada redação e interpretação *inadequadamente* restritiva desta exceção em casos envolvendo a ocorrência de violência doméstica e a propalada *alteração do gênero e do subtrator e dos motivos para a subtração,* desde a negociação da CH80 e até os dias atuais, especialmente a partir de análises estatísticas, serão pormenorizadas.

Por fim, o Capítulo 3 buscará aprofundar hipótese de pesquisa que vem sendo desenvolvida por esta subscritora, que defende que a Convenção da Haia de 1980, para além de integrar o ramo do Direito Internacional Privado, também poderia ser classificada como *tratado de direitos humanos*, com a principal decorrência, *para o ordenamento jurídico brasileiro*, da *supralegalidade* de seu conteúdo em relação a normas infraconstitucionais que eventualmente com ela conflitarem – como, por exemplo e no caso brasileiro, o Código de Processo Civil, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na sequência serão realizadas discussões –Capítulo 4 – sobre a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, em sua *teoria geral*: as fontes do Direito Internacional, sua relevância e as principais características de seu capítulo hermenêutico[497], incluído nos artigos

---

[495] Em prefácio à obra de Gardiner.

[496] Por intermédio de regras de cooperação jurídica internacional, de indicação de lei aplicável e de conteúdo material.

[497] Adota-se, para os fins desta tese, o conceito operacional de hermenêutica encontrado em Paul Ricoeur (1990, p. 17, segundo o qual "a hermenêutica é a teoria das operações da compreensão em sua relação com a interpretação

31 a 33 desta convenção, para a *adequada e uniforme* interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

Será possível confirmar as ideias apresentadas no Capítulo 1 da tese, sobre a relevância, para a CVDT, dos documentos, instrumentos e práticas que vem sendo desenvolvidos em âmbito internacional, mas, que, por vezes, não são necessariamente *aprovados* pelos países. Alcançando seu final, o Capítulo 4 discutirá as principais peculiaridades da interpretação de tratados de *direitos humanos*, a partir de decisões – quando emitidas - de tribunais internacionais regionais – Corte de Justiça da União Europeia, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos.

Findos os trabalhos da Parte II, a Parte III deste estudo poderá, a partir das ideias gerais apresentadas nas Parte I e II, realizar a aplicação *prática* da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

---

de textos". Embora não se desconheça a existência de divergências, os termos *interpretação* e *hermenêutica*, serão manejados como sinônimos.

Capítulo 3 – O protagonismo da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional na proteção de crianças e adolescentes

A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças (CH80 ou Convenção da Haia de 1980) é tratado multilateral finalizado na década de 80 sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado[498]. Seu protagonismo na prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes mostra-se evidente – apesar de suas dificuldades – em especial por força do grande número de Estados-Partes que integram seu campo de aplicação – atualmente 101 países – envolvendo a maior parte do globo[499], número substancialmente maior do que os cerca de 24 Estados, que participaram de sua elaboração e negociação[500].

A diversificação do número de Estados-Partes, por razões óbvias, gera incremento na complexidade de sua interpretação e aplicação, em especial quando se espera de tais atividades o alcance de soluções o mais uniformes e adequadas possível, objetivo primário do ramo do Direito Internacional Privado. Como tratado que é, a CH80 também deve receber a atenção da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, inclusive no que tange a sua interpretação.

Embora a Convenção da Haia de 1980 consagre o mecanismo do retorno imediato, ao seu país de residência habitual, de criança (ou adolescente) vítima de subtração internacional ilícita, o mesmo tratado prevê hipóteses em que tal mecanismo poderá deixar de ser aplicado, mantendo-se a criança no país de refúgio[501]. Dentre tais hipóteses e restringindo-se ao objeto direto deste estudo, a *exceção de grave risco* é elemento hábil a excepcionar o retorno da criança

---

[498] O Brasil não participou das negociações de referido tratado, depositando o instrumento de adesão à referida convenção em 19.10.1999, passando a mesma a vigorar, no plano internacional, para este país, a partir de 1o de janeiro de 2000. Em âmbito doméstico foi publicado, em 14 de abril de 2000, o Decreto nº 3.413, que promulgou a convenção. Referido decreto foi dotado de vigência imediata.

[499] Exceção importante, infelizmente, ainda diz respeito a países de cultura árabe, que não integram o grupo de Estados-partes da CH80. "The United States has not created a uniform approach on whether to extend comity to the decisions of foreign courts, especially those that are non-signatories of the Hague Convention" (HIGHTOWER, 2013, p. 666).

[500] Enquanto as negociações da Convenção da Haia de 1980 contaram com cerca de 24 países, em sua maioria oriundos do norte desenvolvido, atualmente o maior número de Estados-Partes é oriundo do Sul em desenvolvimento.

[501] Aquele para o qual ela foi levada, via de regra, pelo genitor subtrator.

ou adolescente, e encontra-se incluído no artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" da CH80, nos seguintes termos:

> "Artigo 13.
> Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado Requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:
> a) (...); ou
> b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável"[502].

Em sua redação original tal dispositivo parece dirigir-se, exclusivamente, à proteção de crianças e adolescentes, *em seu retorno* ao país de residência habitual, contra riscos de danos físicos, psíquicos ou sua colocação, de qualquer outra forma em situação intolerável. Além disso, uma leitura desconexa com os demais dispositivos da CH80 parece indicar que sua incidência levaria à impossibilidade absoluta de restituição da criança ao país de residência habitual, desde que cabalmente comprovada algum de seus elementos. Contudo, não se deve perder de vista o quanto contido no artigo 18 da CH80, segundo o qual:

> "Artigo 18.
> As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento"[503].

O presente capítulo pretende apresentar e discutir, por primeiro, os principais elementos da Convenção da Haia de 1980 e de sua *exceção de grave risco* para, na sequência, se debruçar sobre as principais críticas que este dispositivo recebe, junto ao teóricos e grande público[504].

Tais críticas dizem respeito, essencialmente, à redação e interpretação alegadamente muito restritivas desta exceção em situações que envolvem a subtração internacional de crianças como *solução* encontrada pelo genitor subtrator para a ocorrência de violência doméstica, bem como à suposta alteração do gênero do genitor subtrator e dos motivos para a subtração, desde a negociação da CH80, no final da década de 70 (do século passado), em relação aos dias atuais.

Por fim, o capítulo 3 voltar-se-á à discussão que vem sendo desenvolvida por esta autora, sobre a posição da Convenção da Haia de 1980 como tratado de natureza *híbrida*, integrante não apenas o ramo do Direito Internacional Privado, mas também do Direito Internacional

---

[502] Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, artigo 13.
[503] Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, artigo 18.
[504] Críticas estas que motivaram, em especial, a investigação conduzida nesta tese.

Público, mais especificamente, do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Considera-se que tal tratado veicula, para além da regulamentação de institutos como a lei aplicável, norma de jurisdição e a cooperação jurídica entre países, também a proteção a direitos humanos fundamentais de crianças e adolescentes, tais como o direito à convivência familiar e comunitária, a liberdade de locomoção, a proteção à vida familiar e contra a prática de atos de violência contra si e o direito de ter suas opiniões levadas em consideração nos assuntos que lhe digam respeito.

Com isso, pretende-se levar o leitor não ao aprofundamento de conhecimentos sobre o escopo, alcance e consequências da interpretação adequada da *exceção de grave risco* da CH80 em contextos de violência doméstica. Interpretação esta que, defende-se neste estudo, depende do correto manejo das regras do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, cuja apresentação ocorrerá, em seus aspectos gerais e quanto a sua aplicação prática, nos capítulos seguintes desta tese.

Passar-se-á, então, na sequência, à breve apresentação dos principais aspectos da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração de Crianças e Adolescentes e de sua *exceção de grave risco*.

3.1. A Convenção da Haia de 1980 e suas *exceções*

Conforme vem sendo mencionado no decorrer deste estudo, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (CH80 ou Convenção da Haia de 1980) é tratado multilateral elaborado sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) no final da década de 70 do século passado, tendo entrado em vigor em âmbito internacional no ano de 1983.

A prevenção e o combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, em seus aspectos civis, passaram a constar expressamente da agenda internacional desde pelo menos meados dos anos 70. Tais preocupações encontram-se atualmente disciplinadas, em

âmbito global, pela Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro[505] Internacional de Crianças[506].

Durante a 10ª Sessão Quadrienal da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, anos antes de 1980, percebeu-se que o fenômeno da subtração internacional de crianças e adolescentes era, ainda, *ocasional*, podendo ser solucionado diretamente pelas autoridades judiciais dos países por intermédio da Convenção da Haia de 1961[507] (MARTINS, 2013, p. 49). No entanto, as deficiências deste último tratado levaram à criação de um comitê de peritos, no âmbito do Conselho da Europa (DYER, 1980, pp. 241-5), que apresentou 2 propostas de novas convenções: a primeira voltada ao reconhecimento e execução de decisões de custódia; e outra prevendo a criação de um tribunal internacional para solução dos problemas originados de decisões conflitantes em diferentes Estados.

Os esforços do Conselho da Europa avançaram, tão-somente, no que diz respeito ao primeiro tratado, tendo sido aprovada em 1980, a "European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children" (Convenção de Luxemburgo). Progressivamente a Convenção de Luxemburgo foi substituída em âmbito europeu, por intermédio de regulamentação comunitária fundada na Convenção da Haia de 1980. A CH80 possui *jurisdição mais ampla* do que aquela, a partir da visão de *direitos* de custódia, e não apenas com *ordens* de custódia, sendo a CH80 aplicável a uma variedade maior de circunstâncias (REDDAWAY; KEATING, 1997, p. 77).

---

[505] A atual tradução para o vernáculo desta convenção utiliza-se do termo sequestro. Esta subscritora, entretanto, faz uso do termo subtração, buscando afastar tal tratado da conotação eminentemente penal que o termo sequestro possui.

[506] Este tratado tem aplicação temporal, nos termos de seu artigo 4º, às crianças até dezesseis anos incompletos. A legislação brasileira – Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, por sua vez, indica em seu artigo 2º que "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade". Para os fins do presente estudo, preferiu-se a utilização da expressão *criança e adolescente*, para referir-se aos indivíduos de até 16 anos incompletos que são protegidas por esta convenção.

[507] "Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants", que entrou em vigor, internacionalmente, em 1969. Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39. Acesso em 06.01.2020.

A Convenção da Haia de 1980 foi aprovada em 24 de outubro de 1980, na 14ª Sessão da Conferência da Haia, pela unanimidade dos países presentes[508]. Os objetivos principais, previstos no artigo 1º de seu texto, são:

> a) prevenir e combater a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, garantindo seu retorno imediato para o país onde tinham residência habitual[509];
>
> b) alcançar o respeito efetivo, nos demais países, dos direitos de guarda e visitação já existentes em um dos Estados-Partes[510].

No preâmbulo de seu texto os Estados signatários consideram como primordiais os interesses da criança em todas as questões relativas à sua guarda e, por isso, desejam protegê-la, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes da mudança de domicílio ou de sua retenção, sempre que ilicitamente realizadas[511].

Nota-se que CH80 veicula procedimentos para garantir o *retorno imediato* da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como para proteção do direito de visitas transnacional entre crianças e seus genitores (ou outros membros da família, como avós). Tanto o respeito aos direitos à convivência familiar e comunitária, à liberdade, nesta incluída a liberdade de locomoção, e à dignidade da pessoa da criança são direitos humanos fundamentais de crianças

---

[508] Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Japão, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suécia, Tchecoslováquia, Venezuela e Iugoslávia. Representantes do Egito, Israel e Itália, embora tenham participado ativamente durante os trabalhos de negociação (assim como delegados do Conselho da Europa, do Serviço Social Internacional – "International Social Service" - ISS) não participaram da votação. Marrocos, A Santa Sé e a União Soviética enviaram observadores. O texto foi adotado após razoável período de negociações, que contou com 13 sessões e a designação de um Comitê de Redação, incumbido de redigir o texto enquanto as negociações avançavam. Outras 7 reuniões ocorreram para discussão do texto elaborado pelo Comitê. O Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado também colaborou com a redação do texto do tratado (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 426).

[509] "O benefício do retorno sumário da Convenção da Haia [de 1980] é sua previsibilidade. Sendo possível antecipar o resultado pode, por si mesmo, desencorajar subtrações" (LUBIN, 2005, p. 444).

[510] O direito de visitação internacional também é disciplinado pela CH80. No entanto, este tema não será pormenorizado.

[511] Convenção da Haia de 1980, preâmbulo: "Os Estados signatários da presente Convenção,
Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda;
Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita;
Decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições: (...)"

e adolescentes, também reconhecidos expressamente no artigo 227 da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF88).

O tratado considera, no que diz respeito ao atendimento ao melhor interesse da criança, que seu retorno ao país de residência habitual, quando configurada sua subtração internacional ilícita (e ausentes as causas, previstas também no texto convencional, de possível indeferimento desta restituição[512]) mostra-se como a medida mais adequada ao atendimento dos mais relevantes interesses de crianças e adolescentes vítimas desta subtração. Também fica atendido seu melhor interesse quando lhe é permitido visitar – e ser visitado – por quaisquer membros de sua família que possuam, por acordo, decisão judicial ou por força do ordenamento jurídico de regência, direito de estar com a criança ou leva-la, temporariamente, para país distinto daquele em que ela possui residência habitual[513].

A Convenção da Haia de 1980 volta-se, primordialmente, à "prevenção da remoção internacional de crianças, incluindo no topo de seus objetivos a restauração do 'status quo' ante, por intermédio do retorno de crianças ilicitamente removidas ou retidas em qualquer dos seus Estados-Partes (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 435).

Entende-se que os 2 pilares da Convenção da Haia de 1980 são: a) a criação de um sistema de cooperação entre seus Estados-Partes, por intermédio de suas autoridades centrais; b) a previsão de um procedimento célere para a restituição da criança ao país de sua residência habitual (MARTINS, 2013, pp. 51-2). A ordem de retorno de uma criança vítima de subtração internacional ilícita ao seu país de residência habitual não diz respeito a uma determinação sobre a custódia (guarda) desta criança; trata-se de ordem de natureza diversa, determinando o regresso da criança para a jurisdição *mais apropriada* para averiguação e determinação relativas aos poderes familiares – tais como custódia, visitas, obrigações alimentares, etc.

---

[512] "A própria sistemática convencional aponta que a restituição de uma criança não é um princípio absoluto, sendo sempre excepcionado pelo atendimento ao 'melhor interesse da criança', uma vez que o próprio preâmbulo do tratado se baseia na ideia de defesa das crianças dos efeitos nocivos das transferências e retenções ilícitas. No entanto, enquanto a ideia apresentada pelo preâmbulo é a de que o 'melhor interesse das crianças', em geral, é sua restituição ao local de residência habitual, as exceções a tal restituição artigos 12, 13 e 20 da CH80) [e artigo 11 da CI89], aliadas ao poder discricionário conferido pela sistemática convencional aos órgãos julgadores do Estado Requerido (art. 18) [da CH80 e artigo 17 da CI89] passam a ter relevante papel no encontro da solução que melhor atenda, em cada caso concreto, ao 'melhor interesse da criança envolvida" (MARTINS, 2013, pp. 60-2).

[513] Nesse sentido vide artigo 5º e 21 da Convenção da Haia de 1980.

O instrumento para prevenção e combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, *escolhido* por seus Estados-Partes, durante os esforços de negociação, diz respeito ao *mecanismo de retorno imediato*. Foram abandonados os instrumentos clássicos da cooperação jurídica internacional: a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira, substituindo-os pela busca de uma decisão judicial, no país de refúgio que avaliará todos os elementos de prova apresentados e produzidos no decorrer do processo judicial, que decida sobre a ocorrência da subtração e, em decorrência, sobre o cabimento do regresso da criança ao seu país de residência habitual.

A adoção deste mecanismo para regresso célere de crianças e adolescentes aos seus países de residência habitual indica uma predisposição (ou *presunção* em favor) do regresso da criança e, em consequência, em desfavor de sua manutenção no país de refúgio (QUILLEN, 2014, p. 628). Aponta-se, entretanto, que o retorno sumário, *sem investigação clara*, carregaria o risco de ser prejudicial à criança. Do mesmo modo, *a negativa automática* de regressar a criança com fundamento em diferenças entre a legislação doméstica e a do Estado de residência habitual ignora o fato de que o dano causado à criança *pela sua não devolução* pode ser maior do que aquele gerado pela legislação estrangeira. Ainda neste último caso, o valor primordial da prevenção de danos às crianças desrespeitaria as normas culturais ou religiosas dos demais Estados-Partes da CH80 e, em decorrência, a teoria do pluralismo cultural (SCHUZ, 2010, p. 470).

Exatamente para evitar a ocorrência de *retorno automático* das crianças e adolescentes aos seus países de residência habitual, ao lado do mecanismo de retorno imediato foram previstas algumas hipóteses que, acaso cabalmente configuradas, poderão[514] obstaculizar o regresso da criança ao país de residência habitual. Tais hipóteses excepcionais encontram-se

[514] Mesmo a configuração cabal de qualquer das hipóteses de exceção não obriga o órgão julgado do Estado Requerido a indeferir o retorno da criança. Nos termos do artigo 18 da CH80, nesta hipótese poderá ser determinado o retorno *a qualquer momento*, mesmo que comprovada a incidência de qualquer das exceções convencionais à obrigação de retorno imediato. O artigo 18 ainda é dispositivo da CH80 pouco explorado pela teoria e prática.

previstas nos artigos 12[515], 13[516] e 20[517] da CH80. Nessa medida, admite-se que a transferência ou retenção de uma criança em país diverso daquele em que ela possui residência habitual pode estar estribada em razões objetivas, relacionadas com a pessoa da criança ou com o entorno em que estava inserida. São legítimas, portanto, algumas hipóteses em que o retorno da criança ao seu país de residência habitual poderá ser negado.

Tais regras de exceção à obrigação assumida pelos Estados-Partes, de regressar ao seu Estado de residência habitual uma criança ou adolescente vítima de subtração internacional seriam manifestações concretas do princípio que proclama que o interesse da criança é o critério vetor da matéria (PÉREZ-VERA, 1982, p. 6). As exceções estabelecem uma clara moldura de critérios a serem satisfeitos quando do processo de tomada de decisão judicial relativa à restituição de uma criança ou adolescente ao seu país de residência. Aponta-se, novamente, que a Convenção da Haia de 1980 traz uma *presunção (relativa) em favor do retorno* da criança, fazendo com que recaia sobre o subtrator um fardo elevado quanto à prova da configuração (cabal) de alguma das exceções. As evidências produzidas ou apresentadas por este último devem ser claras, tornando o caso *óbvio e incontroverso* (McCLEAN, 1992, p. 300).

---

[515] Convenção da Haia de 1980, "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".

[516] Convenção da Haia de 1980, "Artigo 13. Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado Requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

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

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

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

[517] Convenção da Haia de 1980, "Artigo 20. O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12° 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".

Segundo o artigo 12 da Convenção da Haia de 1980, a adaptação da criança ao novo ambiente, nas hipóteses em que entre a subtração e o início dos procedimentos para seu retorno tiver decorrido mais de um ano poderá obstaculizar seu retorno ao país de residência habitual, à critério do órgão julgado do país de refúgio. Ao contrário, se entre o momento do início da subtração internacional da criança e o início dos procedimentos (administrativos ou judiciais), junto ao país de refúgio, decorrer menos de 1 ano, não parece possível, segundo a CH80 sequer discutir-se a ocorrência de eventual adaptação da criança ao novo ambiente[518].

O artigo 13 da CH80, por sua vez, apresenta em seu bojo 3 hipóteses que podem excepcionar a obrigação de restituição imediata, ao seu país de residência habitual, de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional. Por primeiro, o parágrafo 1º, alínea "a" do artigo 13 indica que a aquiescência prévia ao deslocamento da criança (ou adolescente) ou o consentimento posterior à realocação no novo país, emitido pelo genitor abandonado, também podem obstaculizar, a critério do órgão julgador do Estado de Refúgio, o retorno da criança ao seu país de residência habitual.

Em segundo lugar, o parágrafo 1º, alínea "b" do artigo 13 do tratado veicula a *exceção de grave risco*, que indica, em suma, que a restituição da criança poderá deixar de ser ordenada pelo Estado de Refúgio caso comprovado que, em seu retorno ao Estado de residência habitual, a criança ficará sujeita a risco grave de perigos de ordem física ou psíquica ou, de qualquer outro modo, ficar em situação intolerável. Uma vez que tal exceção é o objeto imediato desta tese, ela será pormenorizada na sequência[519].

O parágrafo 2º do artigo 13 apresenta, também como hipótese que poderá impedir o regresso da criança ou do adolescente ao seu país de residência habitual, sua oposição ao seu retorno, quando esta (a criança ou o adolescente) apresentar idade e grau de maturidade suficientes para que sua opinião seja levada em consideração. Tal previsão vem dar cumprimento efetivo a comando inscrito na Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da

---

[518] Para aprofundamentos no tema da adaptação da criança ao novo ambiente, inclusive com a apresentação de jurisprudência comparada sobre o tema vide MARTINS, 2013.
[519] Capítulo 3.2.

Criança que, em seu artigo 12, prevê o dever de participação efetiva da criança (e adolescente) em todos os procedimentos que lhe digam respeito[520].

Em seu último parágrafo (parágrafo 3º), o artigo 13 da CH80 indica que a análise das circunstâncias (ou seja, das *exceções* à obrigação de retorno imediato da criança ou adolescente) incluídas nos parágrafos antecedentes (artigos 13, parágrafos 1º e 2º) *devem* levar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas por qualquer autoridade competente – incluindo-se a autoridade central – do *Estado de residência habitual* da criança. Nesta medida, a produção de elementos de prova sobre a situação e as condições que a criança (ou adolescente) encontrar-se-á, *caso e quando retornada ao seu país de residência habitual*, ingressam no espectro analítico da autoridade judicial do país de refúgio.

O atendimento de tais solicitações, defende-se, poderá seguir o trâmite da troca de informações entre autoridades centrais, ainda que estas sejam produzidas por outras autoridades, evitando-se, sempre que possível[521], a tramitação de cartas rogatórias, a emissão de "affidavits"[522] ou qualquer outra forma clássica de comprovação da validade do direito estrangeiro.

Por fim, o artigo 20 da CH80 apresenta dispositivo comumente identificado em regramentos de Direito Internacional Privado como *cláusula de ordem pública*. Assim, nas hipóteses em que a medida de restituição da criança não for compatível com os princípios fundamentais do Estado Requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, seu regresso poderá ser obstaculizado[523].

---

[520] Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, artigo 12, "1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional". Sobre a Convenção da ONU de 1989 vide, em especial o Capítulo 5 desta tese.

[521] A validade da produção probatória é tema sensível no âmbito da cooperação jurídica internacional, na medida em que a validade da prova, em geral, poderá precisar passar pelo escrutínio das 2 jurisdições envolvidas.

[522] "A voluntary declaration of facts written down and sworn to by the declarant before an officer authorized to administer oaths" (GARNER, 2009, p. 66).

[523] Para breve discussão sobre o artigo 20 da Convenção da Haia na potencial proteção de mulheres vítimas de violência doméstica, vide Capítulo 6.

Conforme mencionado, também incide na aplicação de quaisquer das *exceções* à obrigação de retorno imediato de crianças e adolescentes ao seu país de residência habitual o artigo 18 da Convenção da Haia de 1980. Segundo tal dispositivo, "As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento".

Considera-se adequado concluir, em relação ao artigo 18, que *ainda que a autoridade (judicial) do Estado de Refúgio entenda cabalmente comprovada a ocorrência de quaisquer das exceções à obrigação de regresso imediato de crianças (ou adolescentes) ao seu país de residência habitual*, *a ordem de retorno poderá ser emitida*. Ganha relevância, então, a troca de informações entre as autoridades de ambos os países[524], para que possa ser alcançada visão holística das circunstâncias em que a criança (ou adolescente) será inserida *quando de seu regresso ao seu país de residência habitual*.

Por fim, reitera-se que, "em se tratando de regras que vêm excepcionar o objetivo principal do tratado – (..) – elas [as exceções] devem, antes de tudo, ser aplicadas restritivamente, se se pretende evitar que o tratado [a CH80] se torne 'letra morta'" (MARTINS, 2013, p. 115). O manejo inadequado das regras de exceção ao regresso da criança, por exemplo, por sua demasiada ampliação, levará, no limite, à não aplicação do tratado a *nenhum caso* (ineficácia social), situação que além de contrariar o *melhor interesse da criança*, podem gerar consequências relacionadas à responsabilização internacional do Estado descumpridor.

Segundo Silva, a simplicidade e o rigor da sistemática e dos princípios da Convenção da Haia de 1980 podem ser, infelizmente, mitigados por nacionalismos estatais ou ao imperialismo do interesse da criança apreciado, unilateralmente, pela autoridade do país de refúgio:

> "atenuados pelo leque relativamente amplo de obstáculos reconhecidos pela Convenção à restituição imediata da criança e que, concretizando um conjunto de exceções cuja humanidade e 'sagesse' se anteveem como incontestáveis, apresentam o risco evidente de deixar o caminho aberto aos nacionalismos estaduais, isto é, ao imperialismo do interesse da criança soberanamente apreciado pelo juiz em função dos critérios em uso no país – e é, em suma, por essas 'cláusulas de salvaguarda' que têm passado muitas das frustrações do esforço convencional, visto elas permitirem, na prática discussões sobre o mérito da guarda, descurando-se desse modo a distinção

[524] Prevista no artigo 13, parágrafo 3º e, no que diz respeito às autoridades centrais, também no artigo 7º, parágrafo 1º, alínea "d" deste mesmo tratado.

> que a Convenção pretendeu manter entre a regulação do poder paternal e a restituição das crianças deslocadas ou retidas ilicitamente" (SILVA, 2005, p. 505).

Em breve conclusão, entende-se que as marcas fundamentais da Convenção da Haia de 1980 são a condenação unânime ao fenômeno da subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes e a convicção de que o melhor método para o combater, internacionalmente, consiste no reconhecimento de decorrências jurídicas a tal ato. Na prática, todas as autoridades de seus Estados-Partes devem se convencer que, apesar de suas diferenças (econômicas, políticas, culturais, sociais, etc.), participam de uma comunidade jurídica global, no seio da qual se reconhece que as autoridades do país de residência habitual da criança (ou adolescente) vítima de subtração internacional estão, via de regra, *melhor aparelhadas* para decidir, com justiça, o mérito dos direitos de guarda e visitas (MARTINS, 2013, p. 116). Invocar, sistematicamente as exceções contidas na CH80, substituindo-se à jurisdição do país de residência habitual, demolirá todo o edifício convencional, suprimindo o espírito de confiança mútua que o inspirou (PÉREZ-VERA, 1982, p. 8).

Segue válido o alerta de Dolinger, para quem "a atitude de tentar sempre manter a criança em nossa jurisdição, como se fosse invariavelmente o melhor para sua educação, principalmente quanto tem nossa nacionalidade, tem sido cognominada de 'chauvinismo nacionalista' ou até de 'narcisismo nacionalista'" (DOLINGER, 2003, p. 255).

Analisados os principais aspectos da Convenção da Haia de 1980, alcança-se sua *exceção de grave risco*, já enunciada acima, pormenorizando-a no tópico seguinte deste estudo, abaixo.

3.2. A *exceção de grave risco*: uma breve teoria geral

O grande desafio da CH80 é a manutenção de equilíbrio entre valores igualmente relevantes: o benefício ao infante, traduzido na busca de atendimento do *melhor interesse da criança*, e o cumprimento efetivo da avença internacional e da decisão que estabeleceu, no país de residência habitual, os critérios para exercício dos cuidados com a pessoa da criança[525] e o direito de decidir sobre seu local de residência.

[525] De forma compartilhada, unilateral, por terceiros, etc. – o regime de guarda.

Embora a Convenção da Haia encontre-se fundada na premissa de que a subtração de crianças ou adolescentes de seu local de residência habitual é danosa, *por si mesma*[526], desde o início das negociações de sua redação já se vislumbravam circunstâncias em que sua restituição poderia gerar perigos para ela. Na elaboração da CH80, buscou-se incorporar um mecanismo de segurança efetivo (em relação à criança) que fosse admitido por uma maior quantidade de países, sem arruinar o procedimento de retorno imediato, necessário ao combate adequado às subtrações internacionais (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 135).

Segundo Dolinger, ainda que a preocupação seja o bem-estar da criança, é possível, em algumas circunstâncias, deixá-la no país de refúgio, *desde que constatado que* "ela está bem com o genitor sequestrador, no novo local e ambiente em que se encontra agora" (DOLINGER, 2003, p. 242). No entanto, o autor adverte que:

> "diversa seria a solução de devêssemos observar *com rigor* o cumprimento do que ficou judicialmente decidido na jurisdição em que a criança tinha sua residência habitual, não compactuando com *fraudes à lei e desrespeitos a determinações judiciais*, pois se estas não forem respeitadas, estaremos permitindo que as partes venham a fazer *justiça com as próprias mãos* e, em última análise, que as *crianças se tornem joguetes na guerra pós-separação* dos pais, provocadas por frustrações, amarguras e ímpetos vingativos" (DOLINGER, 2003, p. 242, grifos nossos).

Retomando conclusão apresentada em tópico anterior deste estudo[527], considera-se que o bem-estar psicológico de uma criança depende, em grande monta, da continuidade dos laços de afeição e estimulação entre ela e ambos os seus genitores. A *manutenção* de tais laços, sem interrupções, é componente vital ao senso de segurança de crianças e adolescentes e, portanto, essencial ao seu bem-estar. Nesse sentido, as políticas de realocação de crianças devem minimizar os distúrbios gerados por seu distanciamento em relação aos seus *parentes psicológicos*, uma vez que o desenvolvimento de uma criança será melhor atendido por intermédio de relacionamentos contínuos, incondicionais e permanentes (SHAPIRA, 1989, p. 144).

De acordo com o conteúdo da *exceção de grave risco*, a autoridade do país de refúgio incumbida do julgamento da demanda envolvendo a aplicação da CH80 à situação de subtração internacional ilícita de criança ou adolescente *poderá* deixar de determinar seu regresso ao

---

[526] A subtração como ato de violência à criança foi tratada no Capítulo 2 desta tese.
[527] Capítulo 2.

Estado de sua residência habitual caso *tal retorno* tenha o condão de acarretar-lhe riscos de danos físicos, psíquicos ou colocar-lhe, de qualquer outro modo, em situação intolerável.

Conforme já é sabido a esta altura, referida exceção encontra-se assim redigida:

> "Artigo 13
> [§1º] Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado Requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:
> a) (...); ou
> b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.
> (...)"

Tal norma dirige-se a situações em que o retorno de uma criança (ou adolescente) vítima de subtração internacional mostra-se contrária, em um caso concreto, aos seus interesses. Já se afirmou que é judicialmente pacífico que o requisito de *gravidade* do risco deve ter natureza séria e prolongada, ultrapassando as temporárias e inevitáveis tristezas, ansiedades, problemas de ajustamento e aborrecimentos ordinariamente associados a um movimento forçado (CALDWELL, 2008, p. 175).

Embora todo o texto da Convenção da Haia de 1980 seja fruto de compromissos e adaptações discutidas por seus Estados-Partes, considera-se que a *exceção de grave risco* representa versão do *princípio do bem-estar da criança* construída de forma bastante estreita, restrita aos severos riscos de perigo e circunstâncias intoleráveis de perturbação sofridos pela criança em seu regresso ao país de sua residência habitual (SHAPIRA, 1989, p. 196). Neste ponto, não se pode perder de vista que as autoridades judiciais do país de refúgio devem evitar o chauvinismo estatal (SILBERMAN, 2005, p. 23).

Em obra anterior, comentou-se que o artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" compreenderia 3 elementos independentes: *risco grave de perigos de ordem física*, *risco grave de perigos de ordem psíquica* e uma categoria mais genérica, o *grave risco de que, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável*. Todas dizem respeito, entende-se, *exclusivamente à criança*. No entanto, cada uma destas categorias pode ser manejada de forma independente, bastando a configuração de qualquer uma delas para que seja possível negar-se a ordem de retorno imediato, ao menos em tese (MARTINS, 2013, p. 133).

Assim como nas demais exceções à obrigação de retorno imediato incluídas na CH80, caberá ao subtrator alegar e comprovar sua ocorrência, em cada caso concreto: as exceções não podem ser conhecidas *de ofício* pelas autoridades (administrativas ou judiciais) do Estado de

Refúgio. Contudo, aponta-se que não basta a existência de prova quanto à ocorrência da situação excepcional: o Estado de Refúgio, conforme será comprovado no decorrer desta tese, também deve se debruçar na análise da possibilidade (e probabilidade) de que a situação de risco (ou intolerável) seja removida pelas autoridades do Estado de residência habitual (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 140).

Todo aquele que defende a restituição da criança logrará alcançar sua pretensão se demonstrado que o país de residência habitual confere proteção hábil (e suficiente) a garantir a segurança e bem-estar da criança (ALANEN, 2007, p. 17). Portanto, ainda que comprovadamente exista *grave risco* (de dano físico ou psíquico) ou *situação intolerável*, o Estado de Refúgio poderá (e deverá, entende-se) determinar o retorno da criança, com fundamento no artigo 18 da CH80, sempre que for possível ao Estado de residência habitual tomar medidas (judiciais ou administrativas) para eliminar ou mitigar, a níveis toleráveis, tais riscos. Considera-se que a adequada aplicação do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados oferece esta interpretação como a mais adequada à *exceção de grave risco*, conforme se demonstrará no decorrer desta tese.

Embora possa parecer, ao intérprete menos avisado, que a *exceção de grave risco* confere ao subtrator as mais amplas oportunidades para opor-se ao retorno da criança ou adolescente ao seu país de residência habitual, não há dúvidas de que esta é a exceção regulada de forma bastante restritiva, reconhecida – ao menos nos anos iniciais de vigência da CH80 – apenas em raríssimas situações. Tal tratamento deve-se, para além da história de sua negociação, à presunção geral da convenção em favor do retorno imediato e ao receio de que ocorressem abusos no manejo de tal regra, seja pelos subtratores, seja pelas autoridades (administrativas e judiciais) dos países de refúgio (MARTINS, 2013, p. 133).

Em consequência, o nível de autonomia para investigação conferido às autoridades (administrativas e judiciais) do Estado de Refúgio, no âmbito desta exceção (assim como nas demais) se mostra limitado. Tenciona-se impedir que o Estado Requerente ingresse em discussões cujo objeto confunda-se com o fundo do direito de guarda – que só pode ser decidido pelo Juízo do local de residência habitual.

No mesmo sentido, Silva aponta que deve existir uma certa “contenção por parte das autoridades decidentes na apreciação de tal circunstancialismo, sob pena de entrarmos a passos

largos na apreciação do mérito da guarda que estava a ser exercida no estrangeiro" (SILVA, 2005, p. 522). Tratando do ambiente europeu, o autor menciona que:

> "O Regulamento (CE) [Comunidades Europeias] nº 2201/203, do Conselho, de 27 de novembro de 2003, estatui que o Estado onde a criança se encontra ilicitamente deslocada ou retida não poderá recusar o regresso ao abrigo da 'alínea b' [do artigo 13, parágrafo 1º], 'se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir sua protecção após o regresso (art. 11º, nº 4)" (SILVA, 2005, p. 522).

Por razões óbvias, investigações aprofundadas sobre o bem-estar da criança, além de indevidas, podem levar a delongas indesejáveis ao mecanismo de retorno imediato. Entretanto, também não é possível impedir-se certo grau de perquirição quanto à configuração desta exceção, sob pena de torná-la sem efeito.

Entende-se que mesmo em situações em que é apresentada alegação de fatos sérios, que incluem, por exemplo, ameaças de morte *contra a mãe* ou abuso sexual da criança, o órgão julgador não deverá concluir, necessariamente, pela manutenção da criança no local de refúgio. Na maioria dos casos, tais alegações somente reforçarão o imperativo de retorno da criança à jurisdição do Estado Requerente, onde as provas relevantes poderão ser apropriadamente produzidas, pesadas e investigadas – além de medidas de proteção adotadas. Percebe-se, portanto, que parece extremamente difícil para uma pessoa que se opõe ao retorno da criança obter, com sucesso, a configuração do *risco grave*, a aplicação do artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" e, em decorrência, obstar a restituição da criança ao seu Estado de residência habitual (REDDAWAY; KEATING, 1997, p. 90).

Conforme será visto no decorrer desta tese, e especialmente a partir do Guia de Boas Práticas sobre a *Exceção de Grave Risco* recentemente aprovado no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado[528], considera-se que, ao invés de aprofundarem-se demasiadamente as investigações acerca da ocorrência de *risco grave*, bem como de seus impactos na criança, as autoridades judiciais do Estado de Refúgio devem se concentrar em averiguar se as autoridades do país de residência habitual podem reverter tal risco – ou mitigá-lo a níveis razoáveis, caso a ordem de restituição seja deferida.

A questão central passa, portanto, a ser se o Estado de residência habitual é dotado de condições jurídicas de tomar, eficazmente, tais medidas e se não há indícios de que ele se furtará à avaliação da situação de forma imparcial e técnica, hábil a garantir a máxima proteção à

[528] Aprovado em dezembro de 2019, conforme será visto no Capítulo 5.

criança (SILBERMAN, 2001, pp. 235-6). Conforme discutido em tópico anterior[529], a criança possui direitos que são independentes em relação àqueles titularizados por seus genitores, não se podendo presumir que seu bem-estar e felicidade marcham, necessariamente, em conjunto com os do genitor sequestrador (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 149).

Nunca se deve perder de vista que, em Estados Democráticos de Direito que se pretendem igualitários, o pai e a mãe da criança devem titularizar, preferencialmente, exatamente os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos. Não se considerada adequada deferir a algum deles – normalmente à mãe – *mais direitos*, *direitos melhores ou privilégios (exclusivos)* em relação à criança. Assim:

> "Não parece haver mais espaço para a presunção de que a criança está 'sempre melhor ao lado de sua mãe'. Tanto que, no ordenamento jurídico pátrio (bem como em muitos outros) a convivência familiar, com ambos os genitores e com a família estendida, é princípio constitucional, previsto no artigo 227" (MARTINS, 2013, pp. 134-5).

Ganha relevo a posição que defende que os interesses específicos da criança sejam defendidos por pessoa ou órgão independente de seus genitores (PITMAN, 2009, p. 536). O tema da representação judicial autônoma da criança será abordado, brevemente, em tópico específico deste estudo[530].

Considerando que textos legais não contém (ou não deveriam conter) trechos inúteis, não se pode perder de vista que a sujeição da criança a perigos de ordem física ou psíquica (ou situação intolerável) não se refere às consequências que uma nova transferência pode gerar, mas, tão-somente, àquelas *que seu retorno* ao país de residência habitual pode lhe infligir. A *exceção de grave risco* pretende impedir o retorno ao local de residência habitual, apenas quando comprovadamente existirem elementos concretos (e objetivos) que indiquem que tal país e/ou a companhia do outro genitor (caso o genitor demandado não deseje retornar ao local de residência habitual) possam gerar riscos à criança e que as autoridades daquele país não tomarão as providências necessárias a afastar o problema. (MARTINS, 2013, p. 138).

Já se apontou que "o risco mencionado no artigo 13, parágrafo 1º alínea "b", não diz respeito aos resultados do retorno da criança ao local de residência habitual, mas, ao contrário, refere-se aos riscos que a vida no local de residência habitual poderia gerar" (MARTINS, 2013,

---

[529] Capítulos 1 e 2.
[530] Capítulo 5.3.1.

p. 138); trata-se, portanto, do risco de regresso *à jurisdição* do país de residência habitual (CALDWELL, 2000, p. 176). Já se reconheceu que:

> "É claro que qualquer alteração no local de residência traz consequências, positivas e negativas. No entanto, não são essas consequências, naturais a qualquer processo de mudança, que ensejam a aplicação desta exceção. Caso fosse essa a real intenção da Convenção, nenhum retorno de criança ao local de residência habitual seria deferido, vez que, conforme mencionado, qualquer alteração no local de moradia gera consequências às crianças. Os riscos mencionados no artigo 13, hábeis a impedir o retorno da criança ao Estado de residência habitual, dizem respeito a dados objetivos (nunca presumidos) relacionados a sua permanência no país de residência habitual.
> São riscos decorrentes da permanência da criança com o genitor que requer sua restituição (caso o sequestrador decida não retornar acompanhando a criança) e dizem respeito – fazendo-se referência, por exemplo, à jurisprudência internacional colacionada no sítio eletrônico do Banco de Dados da Conferência de Direito Privado da Haia, www.incadat.com – a situações caóticas, como conflitos armados, epidemias, severo desabastecimento de alimentos.
> Tal artigo, portanto, trata, tão-somente, dos riscos a que a criança possa ficar sujeita, caso o local de sua residência habitual não ofereça as condições de segurança e zelo para a manutenção de sua integridade. A distância entre a criança restituída e o sequestrador (que decidir não acompanhar o retorno daquela) não pode ser considerada óbice ao retorno, uma vez que foi o próprio sequestrador que, ao cometer o ilícito, gerou tal possibilidade[531]. Ora, o sequestrador subtrai a criança de seu local de residência habitual e, quando acionado para retorná-la, aponta que tal retorno gerará 'risco grave' à criança, por força da distância que passará a existir entre ela e o sequestrador" (MARTINS, 2013, pp. 139-40).

A interpretação adequada, nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados[532], da *exceção de grave risco* e a *confiança* entre os órgãos julgadores dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980, defende-se, é elemento chave para o alcance de soluções adequadas (e o mais uniformes possíveis) em casos de subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, inclusive em contextos de violência doméstica. Os juízos dos Estados de Refúgio, em especial, devem imbuir-se de absoluta confiança que seus pares, no Estado de Refúgio, tomarão todas as medidas necessárias à proteção da criança.

A confiança é a base fundamental ao sustento de todo o sistema de cooperação jurídica internacional. Enquanto não existirem dados objetivos de que o juízo natural (Estado de residência habitual) agiu (ou pretende agir) de forma parcial, em prejuízo ao *melhor interesse da criança* em apreço, não se considera razoável (e, ousa-se apontar, entende-se extremamente preconceituoso e perigoso) presumir-se que este último subverterá seus deveres de imparcialidade e proteção da infância e juventude. Já se apontou, em obra anterior, que:

---

[531] Nota de rodapé original: "É princípio do Direito que 'a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza'".
[532] Fundada essencialmente no princípio do "pacta sunt servanda".

> "Não parece adequado que o órgão julgador (ou demais autoridades) do Estado de Refúgio considere-se 'mais apto, competente, cauteloso, imparcial e preparado' para proteger a criança do que aquele do país de residência habitual – sem que exista qualquer dado concreto que leve à tal conclusão, para além dos pré-conceitos (pessoais) da autoridade do Estado Requerido. Ao contrário: a sistemática do tratado – firmado pelos Estados-Partes, cujas premissas, institutos, mecanismos e obrigações não podem ser desconsideradas pelos órgãos julgadores – limita a competência do Estado de Refúgio, em favor do país de residência habitual, quanto às questões direta ou indiretamente afetas ao fundo do direito de guarda" (MARTINS, 2013, p. 143).

Por fim, em relação ao trecho final da *exceção de grave risco*, que diz respeito às circunstâncias que coloquem a criança, de qualquer outra forma, em seu retorno ao país de residência habitual, em *situação intolerável*, tal trecho parece pretender abarcar outras situações que não se enquadram, tecnicamente, nas hipóteses de risco grave de danos físicos ou psíquicos. São, de acordo com a teoria, situações de tamanha seriedade que não podem ser toleradas (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 150).

Embora os teóricos e os documentos elaborados sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) não se debrucem com muito afinco ao esclarecimento do trecho final do texto da *exceção de grave risco* tem-se, exemplificativamente, que o retorno da criança para um país onde as condições materiais são piores do que aquelas do local de refúgio *não* tem sido admitida como *situação intolerável* (MARTINS, 2013, p. 147).

Entretanto, caso seu regresso leve-a morar nas ruas, sem acesso programas estatais de sustento ou apoio, tal circunstância já foi reconhecida como situação intolerável judicialmente. "A contrario sensu", se a criação da criança for custeada por auxílios governamentais (quando, por exemplo, a criança fica sob os cuidados do genitor abandonado que se encontra desempregado), não há que se falar em situação intolerável (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 152-4).

Dificuldades com o conteúdo do ordenamento jurídico do país de residência habitual já foram objeto de alegação, por genitores subtratores, como circunstâncias configuradoras de risco grave situação intolerável – por exemplo, em casos em que estariam em vigor normas jurídicas que impediriam, peremptoriamente, a alteração do local de residência de uma criança que tenha sido vítima, em momento anterior, de subtração ilícita. A alegação de que existiria risco grave de situação intolerável caso o subtrator retornasse ao país de residência habitual e não recebesse assistência jurídica gratuita foi rejeitada por órgão julgador de Estado-Parte da CH80 (MARTINS, 2013, p. 147).

Abordadas as principais características da Convenção da Haia de 1980 e de sua *exceção de grave risco*, o tópico seguinte poderá debruçar-se sobre as principais críticas, encontradas em âmbito teórico e junto ao grande público, à tal exceção.

3.3. As principais críticas à *exceção de grave risco*

A Convenção da Haia de 1980 é vista como experiência feliz – um dos produtos de maior sucesso da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (McCLEAN, 1992, p. 298). No entanto, para que fosse possível sua adesão por um número elevado de países, o texto deste tratado foi desenhado para acomodar diferentes tipos de sistemas jurídicos (REDDAWAY; KEATING, 1997, p. 77). Ao contrário do que se observa, por vezes, em discursos sobre a Convenção da Haia de 1980, este tratado não tenciona retirar as crianças, de forma permanente, do genitor subtrator, nem tampouco puni-lo (DOLINGER, 2003, p. 262). Todos os esforços, ao contrário, são voltados para que a criança mantenha contato com ambos os genitores (DYER, 1980, p. 253).

Quando do início de sua vigência, teóricos já anteviram algumas áreas problemáticas, como o alongado período para início das medidas visando a restituição e a aplicação das exceções à obrigação de retorno imediato (MARTINS, 2013, p. 59). Na prática, a aplicação destas exceções pode, infelizmente, transformar um procedimento criado para ser célere e sumário em sucessivas audiências e produção de provas – documentais, testemunhais e periciais – ligadas ao fundo do direito de custódia, o que contraria os propósitos do tratado (BODENHEIMER, 1980-1, pp. 99 e ss.).

Para que o texto deste tratado pudesse ser aceito pelo maior número de países, dotados de sistemas sócio jurídicos diferentes, tal instrumento foi construído a partir de compromissos e acomodações[533]. Além disso, sua interpretação e aplicação subsequentes dependem da influência de valores contidos nos sistemas domésticos de seus Estados-Partes. O relacionamento entre pais e filhos, assim como o nível de intervenção estatal em tal relação podem se mostrar fortemente marcadas por tradições específicas de cultura, moralidade, religião, etc. (MARTINS, 2013, p. 60). Apesar de suas complexidades e dificuldades

[533] Análise pormenorizada dos esforços de negociação da CH80 será efetuada no Capítulo 5.

inevitáveis, o esforço internacional cuidadosamente estruturado na Convenção da Haia de 1980, voltado ao combate da subtração internacional de crianças (e adolescentes) volta-se à geração de resultados positivos (SHAPIRA, 1989, p. 209).

Outras críticas à Convenção da Haia de 1980 também dizem respeito ao descumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-Partes, especialmente quanto à demora e falta de exequibilidade de decisões judiciais que determinam o retorno das crianças aos seus países de residência habitual; *recurso excessivo às exceções à obrigação de regresso*; falta de assistência jurídica ampla e global às famílias vitimadas; não aplicabilidade do tratado a uma ampla gama de países, especialmente do Oriente Médio e/ou de tradição islâmica, que ainda não fizeram sua adesão (SCOTT, 2004, pp. 234-5) e a ausência de uniformidade na interpretação de suas disposições, entre os seus mais de 100 Estados-Partes, dentre as quais a exceção de grave risco (TRIMMINGS, 2013, cap. 6.II).

A CH80 é criticada, ainda, por aqueles que consideram que seus princípios e procedimentos difeririam daqueles previstos na Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança. Tal tema será objeto de discussão pormenorizada, em especial no tópico final do presente capítulo. Também se encontrou menção, em tom crítico, ao suposto desequilíbrio entre a política de prevenção à subtração internacional de crianças e a proteção às vítimas de violência doméstica (KING, 2013, pp. 306-8).

Infelizmente inexiste, até o momento, *uniformidade* na aplicação da CH80 entre seus Estados-Partes. Não existe instituição ou tribunal supranacional apto a guiar ou solucionar controvérsias acerca da intepretação e aplicação deste tratado. Há teóricos, inclusive, que têm dúvidas quanto à viabilidade e propriedade do julgamento, por um órgão internacional, de questões ligadas à temas de família, em especial quanto à custódia, em que a celeridade e imparcialidade são essenciais (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, P. 239).

Os tópicos seguintes, por sua vez, focarão em 2 grandes grupos de críticas às Convenção da Haia de 1980 que se encontram mais especificamente ligadas à *exceção de grave risco* em sua interação com o fenômeno da violência doméstica, quais sejam:

a) a redação e interpretação *inadequadamente* restritivas da *exceção de grave risco*, especialmente pelos órgãos julgadores domésticos dos Estados-Partes deste tratado, em casos envolvendo a ocorrência de violência doméstica e;

b) a propalada alteração do *contexto* da conscientização e tratamento do fenômeno da violência doméstica, que poderia, segundo seus críticos ser observada especialmente a partir de estudos estatísticos realizados tanto no âmbito da HCCH quanto de organização não governamental (no caso, a "Reunite International Child Abduction Centre"[534]).

Passar-se-á, na sequência, à discussão sobre a crítica à *exceção de grave risco* da CH80 que diz respeito a sua redação e interpretação *inadequadamente* restritivas e casos de violência doméstica.

3.3.1. Redação e Interpretação *inadequadamente* restritivas em casos de violência doméstica

Repete-se, em diferentes foros, que *nenhuma* das exceções à obrigação de retorno imediato, previstas na CH80 mencionaria, de forma *explícita*, a violência doméstica como razão a ser considerada na decisão sobre se a criança deve ser retornada ao país de residência habitual. Em conclusão, para tais críticos, diante da ausência de previsão legal, aos tribunais domésticos seria deixada a (árdua) tarefa de avaliar o papel que a violência entre adultos deve ter em suas decisões sobre a subtração internacional de crianças e adolescentes (por todos, EDLESON et al., 2010, p. 3). Vem se tentando demonstrar a problemática da aplicação da Convenção da Haia de 1980 em relação às questões de gênero e violência doméstica, embora "a Convenção da ONU sobre os Direito da Criança não estejam diretamente relacionadas à tais assuntos" (STHOEGER, 2011, p. 530).

Kaye, por exemplo, desenvolve o argumento de que uma vez que as autoridades judiciais dos Estados de Refúgio sentem-se obrigadas a construir as exceções contidas na Convenção da Haia de 1980 de forma restritiva, elas não seriam *simpáticas* aos requerimentos

---

[534] Esta organização não governamental britânica, já mencionada em tópicos anteriores deste estudo, foi criada em 1987, como rede de apoio formada por genitores envolvidos em subtrações internacionais ilícitas de seus filhos. Segundo informações colhidas em seu sítio eletrônico "[we] are now recognised as the leading UK charity specialising in international parental child abduction and the movement of children across international borders. (…) reunite is part funded by the Ministry of Justice and the Foreign & Commonwealth Office, and the Ministry of Justice part funds our advice line. We also receive funding for specific projects from charities and trusts, as well as raising independent funds". Informações disponíveis em http://www.reunite.org/aboutus.asp. Acesso em 29.10.2019.

de uma subtratora mulher que alega ter sofrido abuso e se nega a regressar com a criança ao seu país de residência habitual (KAYE, 1999, p. 200). Outra crítica encontrada, por vezes, à Convenção da Haia de 1980 diz respeito à suposta *presunção*, adotada por algumas cortes, de que a criança sempre estará protegida pelas autoridades de seu país de residência habitual (LOWE; DOUGLAS, 2015, p. 1065).

O conteúdo textual da *exceção de grave risco* vem sendo, especialmente a partir do início dos anos 2000, recebendo críticas por seu alegado *inadequado* silêncio quanto à proteção de outros membros da família de atos de violência, para além da criança ou adolescente vítima da subtração internacional. No âmbito desta crítica menciona-se, por vezes, que não deveriam ser apenas os riscos de dano (físicos, psíquicos ou colocação em situação intolerável) *no retorno da criança* (ao país de sua residência habitual), que deveriam ser incluídos no escopo da *exceção de grave risco*. Para estes, os riscos de danos sofridos (ou potencialmente sofridos) pela criança *antes* de sua subtração deveriam também permitir a incidência desta exceção para impedir o regresso da criança. Para Bengoechea, os termos da *exceção de grave risco* conteriam conceitos jurídicos indeterminados (BENGOECHEA, 2002, p. 90).

Especificamente no que diz respeito à interação da *exceção de grave risco* com o fenômeno da violência doméstica, este tendo sido o tema em que os debates sobre a linguagem da CH80 mostram-se mais acirrados. Segundo Wills, tais questões não teriam sido antecipadas pelos negociadores do tratado porque sua visibilidade era muito menor naquela época, em relação à atual (WILLS, 2006, p. 458). Considera-se que tal posicionamento teórico não parece acurado: os países que participaram das negociações da CH80 conheciam a ocorrência de violência entre parceiros adultos, mas, teriam decidido, *deliberadamente*, não incluir este tema no âmbito da exceção de grave risco.

A partir dos estudos de Walker, abordados brevemente em capítulo anterior deste estudo[535], sobre o ciclo de violência e a Síndrome da Mulher Espancada, resta esclarecido que, *pelo menos desde a década de 70* a proteção às mulheres espancadas (por seus parceiros) vinha crescendo como *prioridade nacional* (WALKER, 1979, p. 185).

[535] Capítulo 2.

Refletir, juridicamente, um problema ou fenômeno social em uma regra escrita é tarefa, via de regra, difícil. Apesar disso, entende-se que a Convenção da Haia de 1980 tem funcionado adequadamente nas situações para as quais foi originalmente criada: subtrações por genitores que buscam retirar a criança de seu local de residência habitual para obter vantagens em nova jurisdição, por eles escolhidas; ou subtrações pelo genitor que não detém os cuidados com a pessoa da criança, buscando evitar a decisão de custódia tomada pelo país de residência habitual.

Em ambas as situações o subtrator age por motivos egoístas, gerando danos à criança vítima de sua conduta ilícita. No entanto, a intensificação do volume de casos em que a saída do país de residência habitual estaria estribada em atos de violência doméstica, cometidos pelo genitor abandonado contra o "taking parent"[536], a interpretação e aplicação deste tratado não poderá deixar de ter em conta esse novo cenário (WEINER, 2000, p. 630).

Muitos de seus críticos, conforme mencionado, consideram que as normas que veiculam exceções à obrigação de retorno, na Convenção da Haia de 1980, parecem conferir proteção *insuficiente* às vítimas de violência doméstica[537]. Para ilustrar tal questão, menciona-se que ainda são detectáveis divergências entre as cortes que reconhecem que o *risco grave* incluiria as situações em que a criança presencia atos de violência doméstica, enquanto outras que, indo além, dispensam a comprovação dos impactos da exposição da criança (ou adolescente) à violência doméstica, conforme será visto no decorrer desta tese. Os órgãos julgadores têm agido de forma inconsistente na determinação do que constituiria risco grave de ordem psíquica ou quais condições devem existir para que se conclua que a criança seria colocada em situação intolerável (MARTINS, 2013, p. 159). "Os Estados-Partes da Convenção não interpretam nenhuma de suas exceções de maneira uniforme", afirma-se (NORIS, 2010, p. 166).

Por óbvio, sendo ou não adequada a crítica, a existência de decisões judiciais, em diferentes Estados-Partes da CH80 (ou, até mesmo, em diferentes órgãos julgadores de um mesmo país) que divergem em torno de um cenário semelhante é, por si só, circunstância que dificulta a criação de um corpo jurisprudencial uniforme, em todo o globo, em relação a este

---

[536] Na tradução manejada por esta tese, genitor subtrator.

[537] " (...) à crítica ao retorno imediato como forma de solucionar o sequestro internacional de menores, sendo que a medida, quando diante de um caso que envolva violência doméstica, não atende nem o interesse do menor, muito menos promove a proteção à mulher, inclusive demonstrando forte potencial para a violação de direitos humanos" (RAMOS, 2015, p. 81).

tratado. Por exemplo, as cortes dos Estados Unidos relutam em considerar como riscos de ordem psíquica os casos em que a criança presencia abusos contra um de seus genitores. A menos que a criança também tenha sido vítima direta de tal abuso, dificilmente a aplicação do artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" ocorrerá, sob o argumento de que as situações que não envolvem violência direta à criança são situações exclusivamente travadas entre os genitores (WILLS, 2006, p. 450).

Segundo apurado em âmbito teórico, os órgãos judiciais norte-estadunidenses, via de regra, apenas consideram aplicável a *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 quando, *cumulativamente*, encontram-se presentes os seguintes elementos:

a) abuso direto à criança ou adolescente, especialmente de natureza física ou sexual;
b) ameaças de morte à criança ou adolescente, que também podem ser dirigidas, de forma cumulativa, ao genitor subtrator;
c) constatação de que a criança ou adolescente sofre de Síndrome do Estresse Pós-Traumático (SEPT), gerada pelo comportamento do genitor abandonado;
d) exposição ou testemunho da violência doméstica ocorrida entre seus genitores; e, ainda,
e) todas as questões acima devem ser, necessariamente, constatadas e comprovadas no âmbito de perícias judiciais (EDLESON, 2010, p. 282-90).

A cumulação de tais fatores como circunstância hábil a obstaculizar o retorno de crianças ou adolescentes aos seus países de violência habitual pode ser ilustrada a partir da tabela abaixo:

Caso	Aplicação da *Exceção de Grave Risco*	Abuso físico ou sexual à criança	Ameaças de morte à criança e ao genitor subtrator	SEPT	Exposição da criança à violência doméstica	Produção de Perícia (Judicial)	Total de fatores
W.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	5
E.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	5
B.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	5
R.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	5
O.	✓	✓		✓	✓	✓	4
S.	✓	✓		✓	✓	✓	4
T.	✓	✓		✓	✓	✓	4
D.	✓	✓	✓	✓		✓	4

DS.	✓	✓	✓		✓		3
F.	✓	✓			✓	✓	3
B.	✓	✓			✓		2
P.	✓					✓	1

Fonte: Adaptada de EDLESON, 2010, pp. 282-3.

Em todos os casos incluídos na análise acima e que contaram com manifestação de autoridade(s) judicial(is) dos Estados Unidos da América, constatou-se a ocorrência de abusos de natureza física ou psíquica em relação às crianças ou adolescentes – com exceção de 1 caso, alcançando-se o percentual de 91,7%. No único caso em que foi possível a obstaculização do retorno da criança em razão da aplicação da incidência da *exceção de grave risco* (Caso P.), apontou-se que:

> "In Panazatou v. Panazatou (1997), a child psychiatrist testified that the return of a child to her father supported a finding of grave risk. The psychiatrist testified that the 'separation of the [three-year old] child from the mother's care would cause grave risk of psychological harm to the child, both short and long term'"(EDLESON, 2010, p. 287).

Chama a atenção o fato de não se fazer menção na decisão judicial do Caso P. sobre a necessidade de apuração, junto às autoridades do Estado de residência habitual da família, das medidas potencialmente disponíveis ou que efetivamente poderiam ser manejadas para reduzir ou eliminar a alegada intolerabilidade da separação entre mãe e criança. Conforme será visto, os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980, quando da aprovação do Guia de Boas Práticas sobre a *Exceção de Grave Risco*[538], teriam concordado que a separação entre o genitor subtrator e a criança ou adolescente vítima de subtração internacional ilícita não deve ser, via de regra, razão para indeferimento da ordem de regresso desta última ao seu país de residência habitual.

Para outros, as alegações de dificuldades ou ameaças de violência a outros membros da família (que não a criança ou adolescente) seriam, necessariamente e em qualquer circunstância, óbices à restituição da criança, incluídas no escopo da *exceção de grave risco*. Pesquisas têm demonstrado existir um risco real de prejuízo e severos danos psicológicos que podem resultar da convivência de uma criança num lar onde ocorre violência doméstica, ainda que os atos materiais de violência sejam dirigidos a outros membros da família – e não a ela. Tais crianças, em geral, experimentam graves problemas emocionais, que podem incluir medo, insegurança,

[538] Aprovado em dezembro de 2019. Vide Capítulo 5, abaixo.

ansiedade, baixa autoestima e culpa. Também podem apresentar manifestações físicas de seu trauma emocional, como abuso do uso de drogas ou a internalização da necessidade de violência para solucionar conflitos (WILLS, 2006, pp. 453-4).

Além disso, outros estudos, de natureza social, apontariam que abusadores sérios de esposas poderiam tornar-se abusadores da criança, sendo que aumentam as chances de risco de danos físicos e psíquicos a ela quando esta estiver em contato recorrente com um abusador de esposa. Reconhece-se que os órgãos julgadores podem interpretar as disposições da Convenção da Haia de 1980 de modo a conferir maior proteção às vítimas de violência doméstica e suas crianças. (WEINER, 2000, p. 631). Discussões aprofundadas sobre o fenômeno da violência doméstica foram realizadas em capítulo anterior desta tese[539].

Resta clara a existência de críticas à textualidade da *exceção de grave risco*, assim como seu *alcance* e *destinatários da proteção nela incluída*. A observação apropriada, a adoção de princípios uniformes da hermenêutica dos tratados – a Convenção de Viena de 1969, conforme se defende nesta tese - e o reconhecimento do espírito da Convenção da Haia de 1980 em elevar os interesses da criança à categoria de preocupação sublime devem ser manejados para alcance de equilíbrio da proteção à crianças e adultos. Além disso, o alcance progressivo de uma interpretação uniforme e consistente deste tratado é necessária à manutenção de sua visibilidade e legitimidade por outros 40 ou mais anos. (WILLS, 2006, pp. 457-8).

3.3.2. A propalada alteração do contexto da subtração internacional desde a negociação da CH80: quando estudos estatísticos colaboram com a ambiguidade

O presente tópico discutirá os principais aspectos do segundo grande grupo de críticas a tal exceção, relacionadas à suposta alteração do *contexto* da subtração internacional desde a negociação da CH80, especialmente no que diria respeito:

a) à alteração do gênero do subtrator – a subtração internacional teria deixado, para muitos, de ser fenômeno cometido por homens para, *progressivamente*, passar a ser cometido por mães e;

---

[539] Capítulo 2.

b) em consequência, os *motivos* para seu cometimento também teriam se alterado, deixando a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes ocorrer em razão do *inconformismo do genitor varão com a perda da custódia da criança em relação à mãe* para *a necessidade de fuga de uma mulher motivada pela ocorrência de violência doméstica em seu desfavor*.

Os debates sobre a *adequação* da CH80, neste ponto, dizem respeito ao novo grau de conhecimento e sensibilidade ao fenômeno da *violência doméstica* como razão para a suposta alteração (estatisticamente demonstrada, para muitos) do gênero do subtrator. Conforme será visto, o único estudo disponível à época da negociação deste tratado refletiu análise estatística parcial e de validade discutível como descrição adequada do *contexto real* da subtração naquele momento histórico. Tal crítica encontra-se sumarizada, por exemplo, no trecho abaixo, segundo o qual:

> "a Convenção [da Haia de 1980] foi redigida muito antes dos legisladores [internacionais] compreendessem o impacto devastador que a exposição à violência doméstica tem em relação à crianças, ou compreendessem a dinâmica de genitores que levam suas crianças para o exterior para escapar de abusos" (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. x).

Além disso, a Convenção da Haia de 1980 teria sido concebida, "originalmente, para proteger crianças que foram retidas ilicitamente por um genitor que não detinha seus cuidados [custódia] em outro país" (WEINER, 2000, p. 599). Sua intenção, para esta autora, seria proteger, juridicamente, o genitor abandonado *e* cuidador primário (portador da guarda unilateral da criança de acordo com a legislação – decisão judicial ou acordo - do país de residência habitual da família), *normalmente a mãe*, a obter o retorno imediato da criança vítima de subtração internacional ilícita. Neste ponto considera-se que esta crítica teria passado a perder força, em especial, a partir da progressiva adoção, em muitos países (senão a maioria) do globo, do instituto da *guarda compartilhada*.

O avanço do manejo da guarda compartilhada de crianças e adolescentes em favor de seus genitores, indica que *ambos* deverão exercer, *em igualdade de condições*, os cuidados com a pessoa da criança, elemento que lhe garante a titularidade, nos termos da Convenção da Haia de 1980, do *direito convencional de guarda*[540]. Segundo Thèry, considerar pai e mãe como

[540] Convenção da Haia de 1980, artigo 3º: "Artigo 3. A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

iguais e complementares garante a permanência da família e, assim, o bem-estar da criança (THÈRY, 1989, p. 98).

A Convenção da Haia de 1980 já previa a qualquer dos genitores – titular ou não dos cuidados com a pessoa da criança, exclusivamente ou de forma compartilhada – o direito de pleitear seu retorno (quando ela é internacionalmente subtraída), apenas por titularizar o direito de decidir seu local de residência[541] – direito este que, via de regra, não se encontra incluído nos elementos constitutivos da guarda (ou custódia), mas é elemento integrante do próprio *poder familiar*.

Seja por força do poder familiar ou da guarda compartilhada, deixa de ter relevância, entende-se, o fato de o subtrator ser o cuidador *primário* ou *secundário* da criança ou do adolescente. Na guarda compartilhada, *ambos os genitores* exercerão, em igualdade de condições, todos os direitos e ônus, relativos à criança (ou adolescente) mesmo que, na prática, um deles permaneça *mais tempo* na companhia daquela. No entanto, conforme será visto, a comunidade acadêmica e alguns documentos internacionais, elaborados especialmente pela HCCH, ainda parecem preocupar-se com a distinção entre cuidador *primário e secundário*, embora com, novamente, dificuldades crônicas de sua conceituação.

Novas pesquisas estatísticas vêm sendo realizadas, também no âmbito da HCCH, que parecem trazer elementos mais sólidos sobre a alegada *evolução* do cenário da subtração internacional de crianças e adolescentes. Contudo, ainda que considerado que, atualmente, a maior parte das subtrações seja cometida por mães, que muitas vezes, posteriormente alegam que o motivo (principal) para a subtração teria sido a ocorrência de violência doméstica ou

---

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

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

[541] O denominado *direito de veto* integra o conteúdo do *direito convencional de guarda* disciplinado pela Convenção da Haia de 1980. Assim, poderá pleitear o retorno de criança ou adolescente subtraído qualquer pessoa, organismo ou instituição que, no momento da prática da ilicitude (retenção ou transferência ilícita da criança ou adolescente), titularizasse - e exercesse com efetividade – os cuidados com a pessoa da criança *ou* o direito de decidir sobre seu local de residência habitual. Assim, o genitor apenas dotado de direito de visitação, mas que não foi desconstituído de seu poder familiar em relação à criança é detentor do direito de *vetar* a alteração do país de residência da criança. O alcance do direito de veto ("veto power") foi pormenorizado, por exemplo, no julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no Caso "Abbot vs. Abbot". Para aprofundamento deste veja, por exemplo, MARTINS, 2011.

familiar, tal circunstância, por si só, é hábil a gerar a conclusão de que a CH80 não protege adequadamente as vítimas de tal fenômeno?[542]

Os tópicos seguintes, então, serão dedicados aos temas da suposta alteração do gênero do subtrator e dos motivos para a realização da subtração, desde a negociação da Convenção da Haia de 1980 até os dias, circunstância que leva alguns a contestar a *atualidade* da CH80 na proteção de crianças, adolescentes *e mulheres* envolvidos em subtrações internacionais (dos primeiros) em cenários de violência doméstica (contra as últimas).

A. Alteração do *gênero* do subtrator: alteração real ou estudo estatístico inicial parcial?

Quando das negociações para elaboração da Convenção da Haia de 1980, os integrantes das delegações dos países que estavam tomando parte em tal exercício tinham poucas informações estatísticas relacionadas ao número de subtrações de crianças e adolescentes por seus genitores, tanto em âmbito internacional quando dentro de seus próprios territórios (MARTINS; RIBEIRO, 2019, p. 185).

Havia, naquele momento histórico, apenas uma ideia de que existiria um "rápido aumento de tais ocorrências [subtração de crianças de adolescentes] nos últimos anos" especialmente motivado por "melhorias nas facilidades de transporte e desimpedimentos no cruzamento de fronteiras" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 18-19). Referida ausência de informações confiáveis também foi confirmada por teórico especializado, segundo o qual os negociadores da CH80 acreditavam que "as subtrações de crianças, cometidas principalmente por genitores divorciados ou em processo de divórcio tornou-se um problema mundial" (BODENHEIMER, 1980-81, p. 100).

No ano de 1978, Adair Dyer, Primeiro Secretário da HCCH enviou um questionário aos Estados-Membros[543] daquela organização, acompanhado de um estudo sociológico e relatório – elaborado a partir das respostas dos países ao questionário - sobre a subtração internacional

[542] Em tópico específico no Capítulo 2 discutiu-se a distinção entre vítimas *diretas* (adultos) e *indiretas* (crianças e adolescentes), segundo as mais modernas análises sobre o fenômeno da violência doméstica.
[543] Até o ano de 1978 a HCCH contava com cerca de 25 Estados-Membros. Informação disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=29. Acesso em 11.03.2019.

de crianças e adolescentes[544]. Lembrou-se, na ocasião, que a 13ª Sessão da HCCH, em 1976, incluiu o tópico da subtração internacional de crianças em seus trabalhos:

> "(…) which has become intercontinental in its scope with a pattern of abduction routes cross-hatched across the globe, from Australia to Austria, from Canada to France (and back, through the secondary abduction), from Berlin to Israel, England to Holland, Holland to Morocco and so on in a seemingly endless flow" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 12)

Cerca de 19 países apresentaram respostas ao questionário. Destes, a maioria foram países do norte desenvolvido, com exceção de Turquia, Tchecoslováquia e Iugoslávia. Nota-se, portanto, que a amostra obtida com tal questionário se limitaram a poucos países. Os comentários dos países não diferiram muito daqueles incluídos no Estudo elaborado pelo "International Social Service", razão pela qual serão analisados, em conjunto, no tópico abaixo.

i. Estudos do "International Social Service" e da "Reunite International": a ampla repercussão de amostras parciais

Questionário similar àquele enviado aos Estados-Membros da HCCH[545] foi transmitido pelo Serviço Social Internacional ("International Social Service" – ISS[546]) aos seus escritórios regionais e um breve relatório dos resultados colhidos foi apresentado no ano de 1979 e incluído nas discussões da 14ª Sessão da Conferência da Haia (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 135).

O objetivo do estudo do ISS (doravante, Estudo do ISS) foi a apresentação de dados *sociológicos* sobre o fenômeno da subtração internacional de crianças e adolescentes, aproveitando-se da vasta experiência das unidades desta organização internacional *não governamental*, espalhadas pelo globo (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 130). A metodologia aplicada determinou a apresentação de envio, por cada unidade regional do ISS de

---

[544] "Hague Conference, Legal Kidnaping, Preliminary Document No. 1, Questionnaire and Report on International Child Abduction by one Parent (1978)", denominado "Relatório Dyer".
[545] Vide tópico acima.
[546] O ISS é "an international federation of interconnected NGOs and partners that works towards re-establishing links within a family separated by borders". Informação disponível em https://www.iss-ssi.org/index.php/en/home/mission. Acesso em 11.03.2019.

não mais do que 3 exemplos de cada tipologia possível de subtração[547], com o envio de material sobre os casos ocorridos a partir de 1974. O questionário foi dividido em 5 partes:

a) informações sobre os genitores, a criança e a subtração;

b) motivos da subtração;

c) situação jurídica;

d) resultados e consequências; e

e) comentários adicionais.

No total foram recebidas informações sobre 110 casos, ocorridos entre 1974 e 1979. Descartados os casos enviados em duplicidade, alcançou-se o número de 99 casos, sendo que 5 re-abduções[548] foram analisadas em conjunto com as subtrações iniciais. Entretanto, tais casos envolveram apenas 11 países: Austrália, França, Alemanha, Reino Unido, Grécia, Itália, Japão, Países Baixos, Suíça, Estados Unidos da América e Venezuela.

A comparação do número de casos com os países envolvidos indica, por primeiro, que a vasta maioria das informações que compuseram o documento diziam respeito a crianças removidas, de maneira supostamente ilícita, de países do norte desenvolvido. Apenas 7 dos 99 casos envolviam a remoção de crianças da Venezuela, país do Sul em desenvolvimento (7% da amostra estatística) o que, entende-se, parece demonstrar que o *cenário* da subtração internacional ilícita de crianças no Sul em desenvolvimento não teria sido adequadamente dimensionado.

O próprio estudo parece confirmar esta hipótese ao reconhecer que:

> "(...) deve-se manter em vista que os dados apresentados *não constituem uma amostra representativa* de todas as subtrações de crianças realizadas por um de seus genitores. As conclusões deste relatório estão baseadas em um número limitado de casos nos quais o Serviço Social Internacional esteve envolvido" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 132, grifos nossos).

---

[547] As *tipologias* de subtração foram elaboradas por Adair Dayer em seu questionário. Dados os limites deste estudo, seu conteúdo não será aprofundado.

[548] Após a subtração internacional da criança ou adolescente o genitor abandonado logrou *subtraí-la* de volta ao seu país de residência habitual ou a 3º Estado, sem que tivesse sido emitida ordem judicial determinando o regresso da criança (ou adolescente).

Também foram identificados, pelo próprio Estudo do ISS, graves problemas metodológicos na coleta de informações, tais como: em alguns casos, a notícia da subtração foi feita quando o caso estava em andamento, enquanto outras respostas incluíram casos já encerrados; algumas questões foram respondidas pelos escritórios locais do ISS com alto grau de subjetividade – dentre estas, aquelas relacionadas aos *motivos* para a subtração - os *fatores que precipitaram sua ocorrência* e a *modalidade* de subtração realizada.

No que diz respeito ao gênero do genitor (ou parente) *abandonado*, o documento apontou que, no momento da subtração, em 53 casos as crianças residiam com sua mãe (e, por vezes, na residência da família estendida). Mencionou-se, ainda, que em apenas 20 casos as crianças residiam na companhia de ambos os genitores e que, em 10 casos a(s) criança(s) vivia(m) na companhia exclusiva de seu pai (dentre estes, na maior parte dos casos a residência da criança era também na companhia da família estendida paterna).

Em 5 casos a residência da criança era alternada entre seus genitores; em 4 casos a criança estava sob o cuidado exclusivo da família estendida materna; em 1 caso ela estava sob custódia exclusiva da família estendida paterna. Por fim, em 4 casos a criança estava abrigada e em 2 casos não foi possível apurar onde a criança estava residindo quando de sua subtração (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, pp. 133-4). Tal estudo parece indicar que cerca de 53% dos genitores abandonados seriam as mães[549].

No que diz respeito ao gênero do genitor *subtrator*, o estudo estatístico do ISS concluiu que em 80 casos a subtração internacional teria sido perpetrada pelo pai da criança "ou seus parentes"[550]. As mães (ou parentes maternos[551]) teriam sido responsáveis pela subtração em apenas 18 casos. A discrepância em tais números – apesar das dificuldades metodológicas acima apresentadas – levaram o documento a concluir que "parece que os pais tendem a subtrair suas crianças mais que as mães", bem como os pais cometeriam tal subtração supostamente contrariados com o fato de a custódia física da criança ter sido concedida à mulher (mãe da criança/adolescentes), restando àquele apenas o direito de visitação (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 134).

---

[549] Este percentual refere-se, exclusivamente, ao número de 53 casos em que a mãe estava, no momento da subtração, como cuidadora exclusiva da(s) criança(s).
[550] 3 casos.
[551] 3 casos.

Na sequência, o documento replica os comentários elaborados pelo escritório alemão do ISS sobre o tema, que considerou que apesar de os casos indicarem, em geral, que os pais (homens) cometeram mais subtrações, não se deve concluir, necessariamente, que as mães as cometem com menos frequência. Isso porque, naquela época – e, em certa medida, ainda, nos dias de hoje, entende-se – a transferência ou retenção de uma criança fora de seu país habitual não é vista, imediatamente, como uma subtração. Exemplificando tal argumento, o Estudo do ISS menciona:

> "(…) as demonstrated in the following example:
> 'The mother returns from the USA to Germany with her child as she does not get along with her husband anymore. She seeks our assistance in arranging for the divorce and in settling the maintenance problem. During the progress of our enquiries, we find out that the father disapproves of the child's stay in Germany.'
> There is probably another reason for the fact that, in our files, astonishingly few women appear as the abductor. We define a case as a matter of abduction whenever it was carried out against the will of the other parent and this parent takes measures against the abduction.
> Fathers from Western cultures often do not initiate actions after the abduction either because they consent to the transfer of the child or because they feel that their plight is hopeless to begin with. In our culture (and law), the mother is to a great extent responsible for the child's upbringing; thus parental rights are granted to her more often by the courts.
> The placing of the child with his mother does not apply to the Moslem culture where the extended family structure dominates and the child is usually raised within the parental extended family[552]. For this reason, a Moslem father has the tendency to take the child to his country of origin, so that the child will be educated according to the father's ideas within the parental extended family" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 134, grifos nossos).

O alerta incluído em tal estudo parece, neste ponto, bastante claro: existiriam, efetivamente, razões para o baixo volume de denúncias de casos de subtração internacional de crianças e adolescentes envolvendo mães-subtratoras, tanto fundadas em questões culturais quanto jurídicas.

Entretanto, desde tal estudo, muitas vozes – em âmbito teórico[553], em documentos elaborados no âmbito da HCCH e, em especial, junto ao público em geral – insistem em afirmar – quase com um *mito* - que a CH80 foi elaborada *buscando defender as mães das subtrações*

---

[552] Dos 80 casos em que o genitor subtrator foi o pai, em 15 deles a(s) criança(s) foi levada para um país de religião muçulmana. Até os dias atuais os Estados-Partes da CH80 lidam com o problema da falta de adesão de Estados de religião predominantemente muçulmana a este tratado, o que dificulta sobremaneira – e, em muitos casos, obstaculiza por completo – a restituição de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita aos seus países de residência habitual.

[553] Nesse sentido vide Beaumont e McEleavy, que afirmam que: "In so framing the Convention the drafters were no doubt driven by the belief that children would be ordinarily be removed from their primary carers by non-custodial parents" (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 32).

cometidas pelos homens, *situação que teria se modificado diametralmente desde a entrada em vigor deste tratado*. Assim, para tais críticos, na medida em que, na atualidade, o maior número de subtrações seria cometido por mulheres, a CH80 deveria ser alterada – ou *adequadamente* interpretada – para voltar a atender sua *suposta vocação original* de proteção de mulheres, em detrimento dos homens, ainda que seus papéis, como genitor subtrator e abandonado, tenham alegadamente se invertido.

Defende-se nesta tese que os resultados do Estudo do ISS seriam pouco representativos, além de parciais e metodologicamente discutíveis. As discussões que embasaram a elaboração do texto da Convenção da Haia de 1980 e que levaram em consideração as premissas de que o fenômeno da subtração ilícita de crianças estaria *aumentando* – apesar da ausência de estatísticas globais sobre o tema – e que a maior parte dos deslocamentos ilícitos de crianças e adolescentes seria perpetrada por genitores do *gênero masculino*, após decisão relativa à custódia da criança que garantia esta à genitora, teriam sido *contaminadas* pelo estudo parcial do ISS.

É exatamente a premissa de que, no momento das negociações da Convenção da Haia de 1980 os genitores-pais cometiam mais subtrações e, por isso, era necessário um instrumento que protegesse as mulheres, não parece adequada à realidade fática do fenômeno, seja à época da negociação da CH80 seja, certamente, à atual. No entanto, sua sucessiva repetição nos *discursos* sobre a Convenção da Haia de 1980 traz ambiguidade que dificulta a discussão técnica e imparcial do tema.

Defende-se, em conclusão, que a negociação da CH80, ao utilizar o estudo estatístico realizado pelo ISS, fez uso de ferramenta que apenas parcialmente refletiria a realidade do contexto da subtração internacional de crianças e adolescentes na 2ª metade da década de 70 (do século passado). Por essa razão, em princípio, a crítica à falta de *atualidade* da CH80 pela suposta alteração do *gênero do subtrator* – que seguirá pormenorizada na sequência – deve ser lida com a máxima cautela, já que seu embasamento teórico parece – ao menos parcialmente – falho.

Conforme discutido em tópico anterior desta tese[554], três décadas depois da entrada em vigor da CH80, a organização não governamental inglesa Reunite International realizou estudo (REUNITE INTERNACIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003) no qual foram analisados 22 casos de subtração internacional de crianças, a partir de entrevistas estruturadas com seus genitores (Estudo Reunite de 2003). Embora os objetivos da pesquisa diriam respeito à investigação dos *efeitos*, para as crianças, sobre a subtração, outros elementos – *com marcado viés de gênero* - foram analisados:

a) os motivos para a subtração;
b) o estabelecimento de executoriedade das salvaguardas (ou condições para o retorno seguro da criança);
c) a assistência jurídica e representação judicial no país de residência habitual para (retomada ou início) das discussões sobre a custódia das crianças, com o alcance de decisão judicial; e, por fim,
d) a manutenção (ou não) do contato com o genitor que não detinha, de forma compartilhada ou exclusiva, a custódia da criança[555].

Em relação aos resultados alcançados e no que diz respeito ao *gênero do subtrator* (*e sua relação com a criança ou adolescente* vítima da subtração internacional), o Estudo Reunite de 2003 constatou que:

a) 60% das subtrações ocorreram entre 1 a 3 anos da data da pesquisa/entrevista[556];
b) em 17 (de 22) casos, os pais eram casados no momento da subtração (77%), razão pela qual não existia ordem judicial de custódia em relação à criança, quando de sua remoção/transferência para outro país. Ao contrário do estudo realizado no âmbito da HCCH (relativo ao ano de 2003 e que será visto na

[554] Capítulo 2.
[555] Verificou-se que apenas a última parte do estudo voltou-se aos efeitos da subtração (e da devolução ou não) da criança, tema foi discutido em tópico anterior desta tese. Das 22 "primary interviews", 10 delas contaram com os relatos unilaterais das subtratoras (sendo todas mães das crianças) e 12 foram com as considerações dos genitores abandonados (8 mães e 4 pais). Apenas 1 das 8 "spouse interviews" foi realizada com o subtrator. As outras 7 foram realizadas exclusivamente com o pai abandonado. Nenhuma criança ou adolescente foi entrevistado.
[556] Ou seja, em 60% dos casos a decisão de retorno da criança (e seu cumprimento) foram obtidos nesse prazo (1 a 3 anos) o que parece, à primeira vista, bastante célere, quando se cogita comparar com o tempo de tramitação judicial brasileiro de tais demandas – conhecido a partir da atuação prática desta subscritora. No entanto, mesmo nos casos em que a subtração ocorrera anos antes das entrevistas, todos os entrevistados demonstraram altos níveis de estresse ao recontarem os eventos.

sequência), a pesquisa realizada pela Reunite International apontou para uma maioria esmagadora de casos em que, no momento da subtração ilícita os *genitores compartilhavam*, em igualdade de condições, os cuidados com a pessoa da criança (guarda compartilhada na constância da relação conjugal ou, após a separação de fato, ainda não fora emitida decisão judicial sobre a custódia legal);

c) em 63% dos casos, a subtração foi cometida pela mãe da criança. Nos demais casos, o subtrator teria sido o pai, cifra ligeiramente menor do que aquela encontrada nas 4 análises elaboradas sob os auspícios da HCCH[557];

d) quando ambos os genitores foram entrevistados, em geral não houve consenso sobre qual deles seria o *cuidador principal da criança*[558], na medida em que tal definição não é clara (na CH80) e, mesmo com a determinação legal de custódia compartilhada da criança, os genitores, em geral, tendem a considerar que são eles os principais responsáveis pelos cuidados com a criança. Quando apenas 1 dos genitores foi entrevistado, ele tendeu a afirmar que seria o cuidador primário. No entanto, em 13 casos (60%), envolvendo 19 crianças, estas viviam, no momento da subtração, com ambos os genitores;

e) 51,5% das crianças subtraídas tinham entre 0 e 5 anos de idade; 39,3%, entre 5 e 10 anos e apenas 9,09% tinham mais de 10 anos. Estes números demonstram que a subtração é menos comum em crianças mais velhas, na medida em que estas teriam, em tese, mais condições de se opor e frustrar os intentos do subtrator.

---

[557] Que será analisado na sequência.

[558] Não parece existir consenso, até o momento, sobre o conceito de *cuidador principal ou primário*. Não se trataria, apenas, da fixação de custódia compartilhada, para que os cuidados da criança sejam considerados como *verdadeiramente* compartilhados. O estudo da Reunite de 2003 considerou que será o cuidador principal da criança com quem ela passar a maior parte do seu tempo, segundo a *impressão* do entrevistado. Considera-se que o conceito manejado pela Reunite, neste estudo, reduziria indevidamente o *valor* da guarda compartilhada, modelo que não necessariamente implicará que a criança passe 50% de seu tempo com cada um dos genitores mas que, ao contrário, possa apresentar flexibilidades necessárias ao atendimento dos interesses da criança sem que, com isso, os genitores sejam categorizados em *cuidadores primários e secundários*, na medida em que seguem compartilhando tanto os cuidados com a pessoa da criança quanto as principais decisões a ela relativas. No entanto, muitos documentos da HCCH (especialmente os estatísticos), insistem em adotar a denominação *cuidador primário* o que, em geral acaba por reforçar o argumento de que *as mães, cuidadoras primárias, passaram a ser as principais subtratoras em termos numéricos*.

No ano de 2006 a Reunite International publicou outro estudo, elaborado sob supervisão de Marilyn Freeman (FREEMAN, 2006), também que foi analisado, sob outros aspectos, em tópico anterior deste estudo[559]. Esta pesquisa realizou novas entrevistas com 25 dos genitores que participaram do Estudo Reunite de 2003[560]. Uma vez que a maior parte da amostra (22 casos) dizia respeito aos casos já analisados quando do estudo de 2003, novamente as mães apareceram como subtratoras na maioria das vezes (68,18%). Em 2009, o Estudo Reunite (Estudo Reunite de 2009) observou as ocorrências na vida das famílias, especialmente dos genitores adultos, do deferimento ou indeferimento das ordens judiciais de realocação de crianças e adolescentes em outros países.

As análises elaboradas sob os auspícios das organizações internacionais não governamental "International Social Service" e "Reunite International Child Abduction Centre" vêm sendo repercutidas, sem a devida análise crítica, desde a negociação da Convenção da Haia de 1980. Conforme apurado, ambas as análises partiram de amostras reduzidas e parciais, além de, especialmente no que diz respeito aos estudos da "Reunite International Child Abduction Centre", profundamente marcadas por viés de gênero, em favor das subtratoras mulheres. Por tais razões, a suposta *força argumentativa* de tais documentos, entende-se, deve ser vista com redobrada cautela.

Na sequência serão analisados estudos mais amplos e, entende-se, dotados de maior rigor metodológico, mas que, no entanto, apenas puderam ser elaborados no âmbito da HCCH *após* a entrada em vigor da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

ii. Estatísticas Globais: confirmação do gênero do subtrator

Após o Estudo do ISS e em paralelo às análises capitaneadas pela organização não governamental "Reunite International Child Abduction Centre", acima discutidas, passaram a ser elaboradas estatísticas verdadeiramente *globais* sobre o número de pedidos de cooperação jurídica internacional envolvendo a aplicação da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos

[559] Capítulo 2.
[560] A estas, foram somadas 3 entrevistas com 2 adultos que teriam sido vítimas de subtração internacional quando crianças e com 1 avô de criança subtraída.

Civis da Subtração Internacional de Crianças, pela própria Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH). Foram publicadas por esta organização internacional, desde a entrada em vigor da CH80, 4 estudos dessa natureza, nos anos de:

a) 2001, relativo às estatísticas coletadas juntos aos países, relativas ao ano de 1999 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2001b);

b) 2006, quanto aos dados produzidos em 2003 (com atualização elaborada em 2007 e publicada em 2008) (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008b);

c) 2011, relativa a dados colhidos no ano de 2008 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011c);

d) 2018, com os dados dos pedidos apresentados no ano de 2015 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2018).

Referidas análises foram elaboradas a partir de questionário enviado às Autoridades Centrais dos Estados-Partes da CH80 e conduzidas por Nigel Lowe e seus colaboradores. Os dados foram obtidos a partir de informações sobre os pedidos de cooperação jurídica internacional *recebidos* por cada uma das Autoridades Centrais dos Estados participantes. Embora a HCCH incentive os países a participarem de tal exercício, ele não é obrigatório, nem tampouco a ausência de participação acarreta, ao menos em tese, qualquer sanção ao Estado não colaborativo.

A primeira pesquisa (publicada em 2001) contou com a participação de 39 Estados-Partes[561], enquanto o segundo estudo (2006) recebeu 45 respostas[562]; na terceira pesquisa (2011) puderam ser analisadas informações oriundas de 60 Estados-Partes[563]. Por fim, o último estudo estatístico (2018) se beneficiou de dados fornecidos por 76 Estados-Partes[564], sendo que os pesquisadores estimam que teria sido possível coletar dados sobre cerca de 97% dos pedidos de cooperação jurídica internacional recebidas pelos países no ano-base do estudo (2015)[565],

---

[561] Neste ano a CH80 contava com 57 Estados-partes. A taxa de resposta, portanto, foi de cerca de 68%.
[562] Em 2003 a CH80 já contava como 74 Estados-partes. A taxa de resposta foi de cerca de 60%.
[563] Em 2008 a CH80 tinha 81 Estados-partes. A taxa de resposta foi de cerca de 74%.
[564] No ano de 2015 a CH80 contava com 93 Estados-partes. A taxa de resposta, portanto, foi de cerca de 79%.
[565] Não se deve perder de vista que os Estados-partes da CH80 possuem diferenças significativas quanto ao volume de pedidos de cooperação que tramitam entre si. Países como Estados Unidos da América, por exemplo, tramitam elevadíssimo número de tais solicitações, quando comparados a outros Estados menores ou que, por outras razões, não são dotados de fluxos migratórios (imigração ou emigração) relevantes. Considera-se que a percepção adequada do *cenário* da subtração internacional em países com baixa tramitação de pedidos de cooperação jurídica

um impressionante universo de quase 3 mil pedidos de cooperação jurídica internacional *anualmente* tramitados entre os Estados-Partes da CH80 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2018, p. 2).

Nota-se que o universo de Estados que voluntariamente obrigaram-se ao cumprimento da CH80 vem se expandido e, atualmente, tem número muito maior – 101 países - do que os cerca de 24 Estados que aprovaram seu texto original. No entanto, o maior volume de pedidos de cooperação jurídica internacional teria sido recebido pelo norte desenvolvido - onde ocorreria – segundo os pesquisadores - o maior número de subtrações[566].

No que diz respeito ao *gênero dos envolvidos* em casos de subtração internacional de crianças, a pesquisa de 2008 demonstrou que 69% do total de casos de subtração são perpetradas pelas mães das crianças e adolescentes[567]. Os pesquisadores consideram que este percentual "tem se mantido virtualmente constante, desde o ano de 1999" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011c, p. 5). Em 1999, encontrou-se a mãe como subtratora em 69% dos casos; em 2003, elas teriam cometido 68% das subtrações.

No ano de 2015, entretanto, foi observado discreto aumento no percentual de mães-subtratoras, tendo alcançado a cifra de 73% (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2018, p. 3)[568]. Assim, se desde 1999 (há 20 anos) o percentual de mães-subtratoras se mantem constante – e

---

internacional resta *mascarada* tanto pelo alto número de pedidos informados pelos Estados de *maior porte*, quanto pelas dificuldades, ainda presentes, de Estados do Sul em desenvolvimento ou menores, de participação em tais exercícios estatísticos. O Brasil, por exemplo, passou a participar destes estudos apenas em sua 2ª edição, publicada no ano de 2008, ano no qual informou ter recebido apenas 10% do número de pedidos dos Estados Unidos da América.

[566] Diferentemente de anos anteriores, o ano de 2008 teria apresentado, pela 1ª vez, um país do Sul em desenvolvimento (México), no ranking dos 5 Estados-partes que recebem o maior número de pedidos de cooperação jurídica envolvendo a aplicação da CH80. Conforme mencionado em nota anterior o Brasil, por sua vez, teria recebido no ano de 2008 apenas cerca de 10% do volume de pedidos dos Estados Unidos. Em 2015 o México seguiu sendo o único país do Sul em desenvolvimento a compor o "ranking" dos 5 países – em 4º lugar - com o maior número de pedidos de cooperação jurídica internacional recebidos. No mesmo ano o Brasil recebeu cerca de 8% do volume de pedidos de cooperação jurídica internacional tramitados pelos Estados Unidos da América - EUA (597 pedidos, ocupando o 1º lugar no "ranking" de número de pedidos recebidos no ano de 2015) no mesmo período. O Brasil, no entanto, e ao contrário dos EUA, neste último estudo, informou apenas o número de pedidos *recebidos*, tendo deixado de informar o número de pedidos *remetidos* aos demais Estados-partes da CH80 no período.

[567] Em 2008, os pais-homens teriam cometido 28% das subtrações, enquanto em 3% dos casos estas foram perpetradas por outros membros da família da criança (ambos os genitores, quando as crianças estavam com a custódia deferida a terceiros; ou avós, outros parentes ou instituições) (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011c, p. 5).

[568] Em 2015, 24% dos subtratores eram homens, (comparado com 28% em 2008 e 29% em 2003) e os restantes 2% das subtrações envolveram avós, instituições ou outros parentes, como padrasto/madrasta ou irmãos. Sete pedidos envolveram casais homoafetivos, 4 casais femininos e 3 masculinos (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2018, p. 7).

significativamente superior àquele relativo aos homens-subtratores – é razoável seguir-se defendendo que, no final da década de 70 (ano do Estudo do ISS, discutido acima), essa situação era inversa? Parece que não.

Em 2015, a *proporção de pedidos de cooperação jurídica internacional envolvendo mães* variou entre os países. Enquanto 8 Estados receberam pedidos envolvendo exclusivamente mães-subtratoras e 13 países receberam mais de 85% de pedidos relacionados à estas[569], 4 Estados receberam pedidos envolvendo subtratores-pais (gênero masculino) – e nenhum deles recebeu mais do que 2 pedidos no total[570]. Um número consideravelmente alto de pedidos de cooperação jurídica envolvendo genitores-homens foi recebido, no ano de 2015, pela Suíça (17 pedidos, 43%), Turquia (31 pedidos, 39%) e México (28 pedidos, 34%) (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2018, p. 7).

Nota-se, neste ponto, que mesmo nos países que receberam, em 2015, um número considerado alto de pedidos de cooperação envolvendo o cometimento de subtrações internacionais por homens, em nenhum país esse percentual foi maior do que 50%, indicando

---

[569] Na Bielorrússia, Chile, Croácia, Honduras, Panamá, Romênia, Eslovênia e Venezuela, 100% dos subtratores eram do gênero feminino. Essa proporção ultrapassou os 85% na Argentina, Brasil, Canadá, Costa Rica, República Checa, Dinamarca, Irlanda, Japão, Lituânia, Nicarágua, Eslováquia, África do Sul e Ucrânia.
No ano de 2008, em alguns países todos os pedidos diziam respeito a subtrações cometidas por mães (China – Hong Kong; Chipre; Estônia; Lituânia; Luxemburgo; Paraguai; Escócia). Na Ucrânia, 97% dos pedidos diziam respeito a tal cenário; na Noruega, este percentual atingiu 90%. Ao contrário, em alguns países o número de subtrações alegadamente perpetradas por mulheres teria sido baixo: 20% em Montenegro; 29% no Uruguai; 38% na Letônia; 42% no Nordeste da Irlanda e 47% no México. Nestes casos, as crianças foram levadas majoritariamente pelos homens para tais países.
Em 2003, por sua vez e conforme mencionado, o percentual de mães-mulheres acusadas de cometer o ilícito (civil) alcançou a cifra de 68%. Neste ano 100% dos pedidos remetidos à Eslováquia, República Tcheca e Finlândia tinham a mulher como alegada subtratora; outros Estados que contavam com alta proporção de mulheres nesta situação, neste ano, foram Escócia, Polônia, Israel, Nova Zelândia, Chile e Austrália. Ao contrário, em 8 países o maior número de subtrações teria sido cometida por pais-homens. Dentre estes, Argentina (77%), Áustria (67%) e Turquia (60%). Nos pedidos de restituição de crianças e adolescentes enviados à Suécia notou-se uma queda no percentual de mães subtratoras, de 86% para 59%; na Dinamarca foi observado fenômeno semelhante (redução de 91% para 75%).
Por fim, em 1999, conforme apontado acima, cerca de 69% das subtrações teriam sido cometidas por pessoa do gênero feminino. Entre 88% e 100% dos pedidos recebidos pelos países escandinavos tinham as mulheres como supostas subtratoras. Todos os 8 pedidos recebidos pela Hungria também envolviam mulheres no papel de subtratoras. Ao contrário, todos os pedidos dirigidos à Hong Kong e Bósnia Herzegovina envolviam homens como subtratores. Os pesquisadores também apontaram, no estudo de 1999, uma "interessante diferença anglo-americana" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2001b, p. 9). Nos pedidos recebidos pela Inglaterra e Gales, 85% dos sequestradores vindos dos EUA seriam mulheres, enquanto que nos pedidos enviados pelos primeiros aos EUA apenas 58% envolviam mulheres na condição de supostas subtratoras.

[570] Estes países foram Armênia (2 pedidos), Burquina Faso (1 pedido), China-Macau (SAR) (um pedido) e Malta (1 pedido).

que, assim como nos anos pesquisados no âmbito da HCCH anteriormente – as mães perpetraram, *historicamente,* o maior número de subtrações[571].

Ao contrário da pesquisa de 1999, nos anos de 2003, 2008 e 2015 foram incluídos, nos questionários aos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980, informações sobre o tipo de relacionamento entre o genitor subtrator e a criança. Embora a taxa de respostas das Autoridades Centrais, no ano de 2003, tenha sido "desapontadamente baixa" no que diz respeito a este ponto, em 68% dos casos o subtrator era, quando do início da ilicitude na transferência ou na retenção da criança em país diferente daquela em que ela possuía residência habitual, o *cuidador primário* da criança *ou compartilhava* essa atribuição com o outro genitor. Em tais casos, as mães eram as cuidadoras primárias em 85% de suas subtrações ilícitas (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008b, p. 22).

Na pesquisa relativa ao ano de 2008, novamente a questão do relacionamento entre a criança e o suposto subtrator "mostrou-se uma questão difícil para muitas Autoridades Centrais", novamente com uma baixa taxa de respostas (17%) a este ponto. Os dados encontrados, por sua vez, mostraram-se próximos àqueles apurados no ano de 2003: 72% dos subtratores eram o cuidador primário (exclusivamente ou de forma compartilhada) da criança ou do adolescente. O percentual de mães-mulheres neste contexto cresceu de 85%, em 2003, para 88% em 2008 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011c, p.15).

Em 2015, por fim, apurou-se que nem todas as Autoridades Centrais registraram informações sobre o relacionamento entre a criança e o alegado subtrator – tal informação mostrou-se disponível em menos de 50% dos pedidos de cooperação jurídica internacional informados. Dentre estas, 20% dos genitores subtratores exerciam, no momento da subtração, os cuidados primários da criança com exclusividade (custódia exclusiva); em 60% dos casos o genitor subtrator compartilhava os cuidados com a pessoa da criança com o genitor abandonado (custódia compartilhada). Por fim, nos 20% dos casos relatados, o genitor subtrator não titularizava os cuidados com a pessoa da criança, mas, tão-somente, seria detentor de direito de visitação. Em suma, 80% dos genitores subtratores, no ano de 2015, detinham a custódia

[571] Chama a atenção, ainda, que os países em que o maior número de subtrações cometidas por mães foram, em sua grande maioria e no ano de 2015, países do Sul em desenvolvimento – embora cenário aparentemente diferente parece ter sido encontrado nos anos de 1999, 2008 e 2003, o que sugere cautela no alcance de conclusões peremptórias sobre o gênero do subtrator. O aprofundamento das razões para tais cenários, no entanto, foge ao escopo deste estudo.

exclusiva ou compartilhada (com o genitor abandonado) da criança ou adolescente. Tal cifra parece comprovar uma tendência de aumento deste cenário quando comparado com os anos anteriores (72% em 2008 e 68% em 2003).

Uma outra conclusão importante do estudo aponta para o aumento o número de famílias que, quando do término da relação conjugal, passam a ter a custódia *compartilhada* dos filhos. Assim, enquanto no ano de 2008 apenas 37% das mães subtratoras detinham a guarda compartilhada da criança (ou adolescente), em 2015 esse percentual saltou para 67%. Em relação aos pais (homens) subtratores, o percentual também sofreu incremento, passando de 20% em 2008 para 52% em 2015.

Entende-se, neste ponto, que o aumento do número de casos de subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes em cenários de *guarda compartilhada* da criança (ou do adolescente) parece, em grande medida, *enfraquecer* o argumento, ainda comum nas discussões relacionadas à CH80, de que a alteração do *contexto* da subtração deveria levar, necessariamente, a uma *releitura* da *exceção de grave risco*, para incremento da proteção de mulheres.

O progressivo incremento do instituto da guarda compartilhada, além de mais adequado ao atendimento dos interesses de crianças e adolescentes, reduz a importância do "status" do genitor que, em outras formas de arranjo (como na guarda unilateral) seria denominado *cuidador primário.* Por fim, considera-se que a difusão da guarda compartilhada como arranjo preferencial para a custódia de crianças e adolescentes deveria levar os pesquisadores (especialmente aqueles custeados pela HCCH) a reconsiderar a utilização de dados relacionados ao relacionamento da criança com o subtrator, abandonando-se, por completo, a categorização dos genitores de crianças e adolescentes em cuidadores *primários e secundários*.

As estatísticas acima apresentadas demonstram, por primeiro, que *pelo menos desde o ano de 1999* o maior número de subtrações teria sido cometido por mães, tanto quando estas teriam perdido a demanda de guarda no país de origem quanto – o que parece bastante surpreendente – estas ainda eram as cuidadoras primárias da criança, de forma compartilhada ou exclusiva, no país de residência habitual da família. É possível afirmar que o deferimento

(ou indeferimento) da guarda da criança ou do adolescente em seu favor não parece ser o motivo[572] principal para a decisão unilateral de remover a criança para outro país.

Além disso, estes resultados, reiteradamente repetidos nas pesquisas acima analisadas, parecem colocar em cheque uma das premissas que teriam incentivado, para alguns, os negociadores da CH80: *proteger as mulheres contra subtrações cometidas por homens inconformados com a perda da custódia da criança* (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 130-144). Uma vez que todas as pesquisas indicam que o grande número de subtrações é supostamente cometido por mulheres, não foram encontradas razões plausíveis para que tal cenário fosse inverso na década de 70, quando as negociações para elaboração da Convenção da Haia de 1980 ocorreram.

Conforme mencionado, a premissa que embasou as negociações da convenção teria sido fundada em estudo do ISS que envolveu número não apenas reduzido de casos, mas que teriam ocorrido entre um número ainda menor de países. Com isso, *entende-se que o estudo do ISS teria sido parcial (além de metodologicamente problemático), gerando nos negociadores do tratado, possivelmente, visão inadequada da real dimensão de gênero do fenômeno*.

Assim, se a CH80 foi hipoteticamente concebida como instrumento de proteção das mulheres, que na década de 70 seriam, em maior número, as genitoras abandonadas, tal premissa parece, tanto nos dias de hoje, quanto até mesmo na década de 70, equivocada. No entanto, defende-se que não parece adequado, ao menos à primeira vista, que um instrumento multilateral que objetiva sua aplicação *uniforme* em todo o globo possa ser fundado em distinção de *gênero*, ao menos quando os principais destinatários de proteção são crianças e adolescentes.

Por tais razões entende-se que a alegada – e não comprovada, conforme defendido acima – alteração do *gênero* do genitor subtrator não deve ser motivo hábil a levar à conclusão de que a CH80 não protege adequadamente vítimas de violência (inclusive doméstica) merecendo, em decorrência, seu abandono ou, ao menos, reformulação de seu texto. Em reforço a esta ideia, aponta-se que:

> "concebida como um tratado que foca exclusivamente na criança, a Convenção da Haia [de 1980] não reconhece, expressamente, a violência doméstica contra um

[572] Os motivos para a decisão unilateral do genitor subtrator discutidos na sequência.

> esposo ["spouse"] como razão para negar-se o retorno da criança a sua residência habitual [nota de rodapé omitida]. A violência doméstica não é mencionada na convenção, e nenhuma de suas exceções explicitamente menciona a violência doméstica como razão a ser considerada na tomada de decisão sobre se a criança deve ser retornada a[o país de] residência habitual. Com poucos andaimes ["scaffolding"] jurídicos, as cortes dos países vêm lutando com o papel que a violência entre adultos deve ter no processo decisório sobre o local de residência da criança. O número total de mulheres espancadas ["battered women"] sujeitas a processos judiciais com fundamento na Convenção da Haia [de 1980] é impossível de ser estimado, uma vez que inexiste repositório central de todos os casos da Haia, ou de divórcios internacionais e disputas de custódia [guarda] que incluem alegações da presença de violência doméstica. O número absoluto de casos da Haia nos Estados Unidos é pequeno, quando comparado ao número total de casos domésticos de custódia de crianças" (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 11).

Analisadas as dificuldades de fixação de interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 pelo *viés de gênero*, nesta feita no que diz respeito à suposta alteração do gênero do subtrator no tempo, passar-se-á à discussão semelhante, agora no que diz respeito à alteração dos motivos – desde a negociação da CH80 até os dias atuais - para o ato de subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes.

B. Alteração dos *motivos* da subtração internacional: (ir)relevância *numérica* da violência doméstica?

A pesquisa sobre os motivos que teriam levado, alegadamente, o genitor subtrator ao cometimento do ato de subtração internacional ilícita de seu filho ou filha conta, infelizmente, com menos elementos disponíveis. Por exemplo, nenhuma das pesquisas estatísticas realizadas no âmbito da HCCH, discutidas em tópico anterior, se debruçaram sobre o assunto.

O Estudo Reunite de 2003 (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2003) debruçou-se sobre os motivos para a subtração internacional de crianças, tendo sido encontradas as seguintes conclusões. Por primeiro, em 11 casos (50%), todos envolvendo mães-subtratoras, sua alegação para a subtração foi a ocorrência de *abuso*, por parte do genitor abandonado, contra a criança *ou contra o subtrator*. Nos casos em que foi possível entrevistar também o genitor abandonado, os abusos foram negados. Em cerca de 50% dos casos o casal já discutira, em ocasião anterior, que caso um dos genitores desejasse sair do país, o outro não anuiria com a alteração definitiva do país de residência habitual da criança.

Apenas em 1 dos casos a criança (maior de 10 anos) não foi restituída ao seu país de residência habitual[573]. Em outros 2 casos foi deferida ordem de restituição de crianças com mais de 10 anos, tendo a subtração durado, em média, 10 semanas (2 meses e meio). Nos 21 casos em que a restituição ocorreu[574], o tempo total de subtração foi, em média, de 18,8 semanas (cerca de 4 meses e meio), para as crianças entre 0 a 5 anos; e 21,9 semanas (5 meses e meio) para as crianças entre 5-10 anos. Em 66,6% dos casos (em que ocorreu demanda judicial), não teria sido realizada avaliação da criança (perícia judicial). Em um pouco mais da metade dos casos (54%) foram *oferecidas garantias, pelo genitor abandonado*, ao retorno seguro da criança. As mais comuns foram:

a) abster-se de iniciar procedimentos criminais contra o subtrator (8);

b) manter a criança residindo na companhia do genitor subtrator (após o retorno) (7); e,

c) abster-se da prática de violência/não molestar (6)[575].

Dos 12 casos em que foram oferecidas garantias, apenas em 7 deles foi obtida ordem espelho no país de residência habitual[576]. Entende-se que, em razão da ausência de exequibilidade das condições incluídas em sentença do país Requerido, as condições não foram cumpridas, em sua maior parte, no país Requerente, pelo genitor que as ofereceu.

Em relação aos motivos para a subtração, em somente 1 caso ambos os genitores apresentaram posição concordante em relação aos fatos que levaram à subtração (falta de recursos financeiros do subtrator para se manter no país de residência habitual da família). Nos

---

[573] Resta claro que os dados estatísticos alcançados neste estudo parecem diferir, em muitos pontos, de estatísticas globais realizadas – vistas em tópico anterior. A razão para isso, entende-se, relaciona-se à amostra pequena manejada pelo estudo.

[574] Em 19 casos foi proferida decisão judicial, em processo envolvendo a aplicação da CH80; em 1 caso o subtrator foi detido, por força da emissão de mandado de prisão; por fim em um caso a criança foi retornada também por ordem judicial, emitida em processo que não se relacionava com a aplicação da CH80. Neste último caso, no entanto, o entrevistado não estava certo se o retorno da criança ocorreu por força da decisão judicial ou de decisão voluntária do subtrator.

[575] Em muitos casos mais de uma condição para o retorno da criança foi oferecida.

[576] Ordens espelho ou "mirror orders", seriam comuns em países de "common law". Em países de "civil law", mostra-se necessária, em geral, a obtenção de homologação (ou concessão de "exequatur") a praticamente todas as decisões judiciais estrangeiras, para que estas possam produzir efeitos. Importante ressaltar que, em qualquer hipótese, a eficácia de tais condições deve cessar a partir do momento em que for proferida decisão judicial pelo Estado Requerente, na medida em que, nos termos do artigo 16 da CH80, a este último cabe, com exclusividade, a tomada de decisões sobre o fundo do direito de guarda, visitas e responsabilidade familiar da criança.

demais casos em que foi possível entrevistar as 2 partes, os motivos para a subtração diferiram diametralmente, no seguinte sentido:

> "Subtrator — Genitor Abandonado
> 1. uma vida melhor — punição
> 2. abuso do subtrator pelo genitor abandonado — pressão familiar
> 3. maus tratos à criança — retornar para casa
> 4. fim do casamento/qualidade de vida — pressão familiar
> 5. fim do casamento — novo namorado
> 6. abuso sexual da criança — pressão familiar
> 7. necessidades da criança — desejo de manter a criança"[577]
> (REUNITE, 2003, p. 23)

No entanto, quando apenas o genitor abandonado (homem ou mulher) foi entrevistado, os motivos alegados para a subtração foram:

> "1. Evitar o divórcio;
> 2. *controlar o genitor abandonado* (2 casos) e obsessão com a criança
> 3. pressão familiar (em 2 casos);
> 4. voltar para casa;
> 5. manter a criança;
> 6. punir o genitor abandonado (em 2 casos);
> 7. estar com novo namorado;
> 8. porque a criança desejava, ostensivamente, viver no país de origem do pai"[578]
> (REUNITE, 2003, pp. 23-4, grifos nossos)

Por fim, nos 2 casos em que apenas o genitor subtrator foi entrevistado, as razões alegadas para a subtração foram: medo do genitor abandonado (1 caso) e infelicidade e *desespero* (2 casos). Tomando-se em conta os motivos acima elencados, nota-se que alegações de violência doméstica aparecem, claramente, em apenas 1 (de 22 casos), o que representaria cerca de 4,5% da amostra – valores em muito inferiores do número de vezes que tais alegações parecem ocorrer em subtrações internacionais, na visão de alguns (por todos, EDLESON, 2010, p. viii).

Outros autores já comprovaram que os casos da Haia envolvendo violência doméstica são em número relativamente baixo, em comparação aos níveis globais estimados de violência doméstica (JOHNSON et. al., 2008). Além disso, e uma vez que o retorno da criança ocorreu na maior parte dos casos da amostra do Estudo Reunite de 2003, as *mães subtratoras*

---

[577] Nota-se que, quando ambos os genitores foram entrevistados, a alegação de violência doméstica (violência entre adultos) foi apresentada em apenas 1 dos casos (14%).
[578] Aparentemente, a maioria esmagadora dos genitores abandonados (homens e mulheres) considera que os motivos do subtrator para subtração seriam meramente egoísticos.

entrevistadas (14 subtratoras, entre 22 casos), em 9 casos, afirmaram que tinham receios quanto ao retorno de seus filhos ao país de residência habitual[579]:

> "(i) em 4 ocasiões a genitora subtratora alegou a ocorrência de violência doméstica [no retorno da criança] como preocupação; (ii) em 2 ocasiões as mães subtratoras levantaram a preocupação com abuso [da criança em seu retorno]; (iii) em 2 ocasiões as mães subtratoras apresentaram a preocupação com a separação da família e irmãos; (iv) em 1 ocasião da mãe subtratora apresentou a oposição da criança [ao seu retorno] como preocupação; (v) em 1 ocasião a genitora subtratora considerou preocupante a "unfitness" do outro genitor" (REUNITE, 2003, p. 29).

Quando o subtrator foi o pai (36,36% - 8 de 22 casos), em 5 deles teriam sido apresentados[580], por estes, receios quanto ao retorno da criança, nos seguintes termos:

a) abuso da criança, em 2 casos;

b) objeção da criança ao retorno, em 1 caso; e,

c) inabilidade do outro genitor, em 1 caso.

Chama a atenção, neste ponto, que os pais subtratores consideraram legítimo seu comportamento, na medida em que, em 50% dos casos (em que estes apresentaram receio quanto ao retorno da criança) eles estariam buscando, por intermédio da subtração, retirar a criança de ambiente alegadamente abusivo (supostamente gerado por comportamentos abusivos da mãe da criança).

Das 14 mães subtratoras, 13 regressaram ao país de residência habitual[581]; nenhum dos 8 pais subtratores regressou. As autoridades judiciais do Estado Requerente, após o retorno, *mantiveram a criança sob custódia da mãe em 12 casos (*57%) e, em outros 2, foi deferida guarda compartilhada. Com isso, tem-se que as mães (que em mais de 60% dos casos foi a subtratora, conforme visto) *lograram permanecer (ou receber) a guarda (exclusiva ou compartilhada, em 70,5% dos casos).*

Tal conclusão mostra-se surpreendente, na medida em que muitos críticos da CH80 insistem em afirmar que a mãe subtratora *não teria qualquer chance* de permanecer (ou receber)

---

[579] Em alguns casos, mais de um motivo foi alegado.
[580] Nenhum pai subtrator foi entrevistado. Suas considerações foram extraídas, pelos pesquisadores, a partir da fala das mães das crianças.
[581] Para alguns, tal postura parece reduzir o valor das alegações feitas pelas subtratoras durante o procedimento de retorno, que apontavam para a impossibilidade de restituição da criança ao país de residência habitual. Para outros, tais dados poderiam significar, ao contrário, a disposição das mães de sacrificarem suas ansiedades, para permanecerem perto dos filhos (REUNITE, 2003, p. 35).

a custódia da criança, caso a ordem de restituição fosse determinada. O estudo concluiu que, mesmo nos casos em que a mãe foi a subtratora, ela permaneceu como cuidadora *exclusiva da criança* em quase 59% dos casos[582].

Kruger publicou, em 2011, estudo que apresentou informações qualitativas e quantitativas sobre as famílias envolvidas em subtrações internacionais com a Bélgica. Segundo dados colhidos, a violência familiar seria situação visível em *alguns* casos de subtração de crianças e adolescentes, indicando que a violência entre os genitores seria um *sinal de alerta*, hábil a indicar um aumento no risco da ocorrência de subtração (KRUGER, 2011, p. 63-4, 215 e 224).

As dificuldades de realização de discussões aprofundadas sobre os motivos para o cometimento do ato de subtração internacional, em especial por força da ausência de análises metodologicamente confiáveis, parecem dificultar o alcance de conclusões seguras sobre o assunto. No entanto, ao contrário do afirmado, muitas vezes, pelo público em geral e alguns teóricos, a *violência* contra outros membros da família que não a criança parece ser o motivo principal para sua subtração em um número *absolutamente reduzido de casos*.

Conforme visto, no Estudo Reunite de 2003 tal alegação surgiu em apenas 4,5% da amostra o que, aparentemente, parece enfraquecer o argumento de que *a maior parte das subtrações ocorre em razão de violência doméstica perpetrada pelo genitor abandonado em desfavor de outros membros da família.* Entretanto, dado a reduzida amostra do Estudo Reunite de 2003, certamente o tema merece maiores aprofundamentos científicos. Resta claro que a operação prática da *exceção de grave risco* seguirá sendo objeto de debates (LOWE; DOUGLAS, 2015, p. 1066).

Analisadas principais críticas à CH80, quais sejam, aquelas relacionadas à interpretação e aplicação *restritiva* pelas cortes domésticas (e autoridades administrativas dos Estados-Partes) em casos de violência doméstica, bem como as dificuldades nos *discursos* relacionados à suposta alteração do *contexto* das subtrações internacionais de crianças e adolescentes, desde a

---

[582] Isso não quer dizer, por óbvio, que ela poderia, novamente, retirar a criança do país de residência habitual sem autorização (do outro genitor ou judicial). A conclusão de que muitas mães subtratoras logram obter, após o retorno da criança, a custódia desta última em seu favor, teria sido confirmada nos estudos seguintes realizados por Freeman (2006; 2009), no que diz respeito à autorização, concedida pelas cortes do país de residência habitual da criança, para realocação da última em outro país. Nesse sentido, vide Capítulo 2.

adoção da CH80, especialmente no que diz respeito ao gênero do subtrator e aos motivos para a subtração, passar-se-á, na sequência, à hipótese que vem sendo defendida por esta subscritora, que diz respeito à necessária classificação da Convenção da Haia de 1980 como *tratado de direitos humanos*, com sua consequente elevação ao "status" *supralegal* no ordenamento jurídico brasileiro.

3.4. A CH80 como *tratado de direitos humanos* e sua *supralegalidade* no ordenamento jurídico brasileiro

Modernas teorias do Direito Internacional têm apontado a existência de um novo Direito Internacional Privado (DIPr), no qual os direitos humanos passam a integrar suas reflexões. Uma vez que a proteção dos seres humanos seria o objetivo principal de todo o Direito, assumem relevância a interpretação (e concretização, adiciona-se) da proteção da pessoa humana e de sua dignidade, "em todas as áreas do direito, em especial no direito privado" (ARAUJO, 2018, p. 28).

Considera-se que a CH80 seria, para além de instrumento de DIPr, verdadeira convenção *híbrida*, de proteção à infância devendo, portanto, ser incluída ao seleto rol dos *tratados de direitos humanos*, para que possa ser adequadamente discutida no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com todas as decorrências (domésticas[583] e internacionais) daí advindas. Tal consideração vai de encontro às relativamente modernas concepções do *novo* Direito Internacional Privado, segundo as quais esse novo DIPr passou a preocupar-se com os resultados obtidos na aplicação da regra de conexão (ARAÚJO, 2018, p. 29).

Argumenta-se, no entanto, que o DIPr vai além da preocupação com a *justiça* das regras de conexão: criam-se, progressivamente, regras *materiais* que efetivam e/ou implementam direitos humanos fundamentais, oponíveis não apenas a indivíduos privados, mas também - e especialmente - a Estados[584]. Este último esforço parece possível de ser identificado no âmbito

---

[583] Em âmbito doméstico brasileiro tem-se como principal consequência da inclusão da CH80 no rol dos tratados de Direitos Humanos o necessário reconhecimento de sua natureza *supralegal,* afastando qualquer norma infraconstitucional que com ele conflitar.

[584] Conforme vem sendo reiterado no decorrer do presente ensaio, a obrigação de retorno imediato de uma criança vítima de subtração internacional ao seu país de residência habitual é obrigação imposta aos Estados-partes, recaindo indiretamente sobre o genitor subtrator.

da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH): a criação de verdadeiros arcabouços normativos que contém regras procedimentais (de conflitos de leis, jurisdição e cooperação jurídica internacional) *e materiais*, de proteção a interesses e direitos de crianças e adolescentes. (MARTINS, 2018a, p. 343)

Em tópico anterior[585] desta tese destacou-se que o Direito Internacional estaria progressivamente formando redes tão intrincadas e densas, fundadas essencialmente no vetor axiológico da proteção aos direitos humanos que, no futuro, poderá ser cogitada da *fusão* dos ramos do Direito Internacional Público e Privado.

Buscar-se-á comprovar, no presente tópico, que a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes não seria tratado incluído *apenas* o ramo do Direito Internacional Privado. Seria esta convenção um *instrumento internacional mandatório híbrido* que integraria, também, o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por *derivação direta da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança*.

Em consequência, e no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção da Haia de 1980 seria, nos termos de decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro datada do ano de 2008, um diploma normativo com "status" supralegal que derroga, em decorrência, toda e qualquer norma de hierarquia inferior que com ela conflitar. Pretende-se, portanto, avançar a noção teórica de que "a Convenção da Haia de 1980 é [apenas] norma de cooperação judicial, embora dotada de características 'lato sensu' de um tratado de direitos humanos", apresentada, dentre outros, por Manrique (MANRIQUE, 2017, pos. 618).

Tanto o respeito aos direitos à convivência familiar e à liberdade, nesta incluída a liberdade de locomoção, seriam, entende-se, direitos humanos fundamentais de crianças e adolescentes, reconhecidos expressamente no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (CF88)[586]. Além destes direitos, a CH80 considera, no que diz respeito ao atendimento ao melhor interesse da criança, que seu retorno ao país de residência habitual, quando configurada

---

[585] Capítulo 1.

[586] Constituição Federal brasileira de 1988, artigo 227, "caput": "Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

sua subtração internacional ilícita (e ausentes as causas, previstas também nos textos convencionais, de possível indeferimento desta restituição)[587] mostra-se como a medida mais adequada.

A justificativa para esta abordagem ter sido incluída no presente estudo diz respeito, primordialmente, ao fato de que as pesquisas empreendidas parecem levar à conclusão de que a interpretação de tratados *de direitos humanos*, poderia levar a um manejo *mais flexível*[588] da moldura interpretativa contida na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Assim, a possibilidade de caracterização da Convenção da Haia de 1980 na rubrica de tratado de direitos humanos poderá impactar, ao menos potencialmente, a interpretação de sua *exceção de grave risco*, em situações de violência doméstica.

Defende-se, neste tópico, que a Convenção da Haia de 1980 vem dar cumprimento imediato e específico a comandos contidos na Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre Direitos da Criança (Convenção da ONU de 1989) que, especialmente em seu artigo 11, determina aos Estados-Partes a adoção de medidas de combate à transferência ilícita de crianças ou adolescentes para o exterior, bem como sua retenção ilegal em país distinto daquele de sua residência habitual. Para cumprir tal desiderato, os Estados são concitados a *concluir* acordos bilaterais ou multilaterais com tal conteúdo *ou, então, aderir* a acordos já existentes[589].

Conforme visto em tópico anterior[590], a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral desta organização internacional em 20 de novembro de 1989, quando já se encontrava em vigor, em âmbito internacional, a Convenção da Haia de 1980[591]. Ainda que finalizada anteriormente àquela, considera-se que *a CH80 é tratado de direitos*

---

[587] "A própria sistemática convencional aponta que a restituição de uma criança não é um princípio absoluto, sendo sempre excepcionado pelo atendimento ao 'melhor interesse da criança', uma vez que o próprio preâmbulo do tratado se baseia na ideia de defesa das crianças dos efeitos nocivos das transferências e retenções ilícitas. No entanto, enquanto a ideia apresentada pelo preâmbulo é a de que o 'melhor interesse das crianças', em geral, é sua restituição ao local de residência habitual, as exceções a tal restituição artigos 12, 13 e 20 da CH80) [e artigo 11 da CI89], aliadas ao poder discricionário conferido pela sistemática convencional aos órgãos julgadores do Estado Requerido (art. 18) [da CH80 e artigo 17 da CI89] passam a ter relevante papel no encontro da solução que melhor atenda, em cada caso concreto, ao 'melhor interesse da criança envolvida" (MARTINS, 2013, pp. 60-2).

[588] Nesse sentido, vide capítulo 4.7.

[589] Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, artigo 11: "1. Os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país. 2. Para tanto, aos Estados Partes promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes".

[590] Capítulo 1.

[591] Em vigor, internacionalmente, desde 1º de dezembro de 1983.

humanos por derivação direta da Convenção da ONU de 1989, na medida em que a CH80 vem dar cumprimento a comando contido nesta última, voltando-se à proteção de crianças e adolescentes contra os efeitos nefastos de sua subtração internacional ilícita. Trata-se, inegavelmente, da proteção a direitos humanos – de crianças e adolescentes – veiculada em instrumento internacional.

Parece merecer reparos a afirmação, corrente na teoria, de que a CH80 teria natureza *exclusiva* de tratados de Direito Internacional Privado. Frequentemente a CH80, por exemplo, vem sendo apontada como uma das convenções de Direito Internacional *Privado* de maior sucesso na história (SCHUZ, 2013, p. vii). No entanto, considera-se que a Convenção da Haia de 1980 é, em verdade, instrumento internacional de *natureza híbrida*, sendo a regra de indicação de lei aplicável apenas um de seus dispositivos.

Esta norma remete ao ordenamento jurídico do país de residência habitual da criança a configuração da titularidade do direito convencional de guarda (cuidados com a pessoa da criança e/ou o direito de decidir sobre seu local de residência). Ao titular do direito convencional de guarda é conferido o direito de requerer o retorno da criança vítima da subtração internacional ilícita.

Ramos (2018, pp. 90-1), conforme visto em tópico anterior[592], classifica as convenções de Direito Internacional Privado (DIPr) em 3 categorias: a) convenções sociais sobre a proteção de direitos; b) convenções de procedimento; c) convenções sobre lei aplicável, sendo que:

> "as convenções sociais de DIPr (ou convenções sociais sobre a proteção de direitos) consistem em convenções que possuem, além do objetivo de regular um dos segmentos do objeto da disciplina (concurso de normas; jurisdição internacional e cooperação jurídica internacional), o objetivo de proteger os direitos humanos dos envolvidos" (RAMOS, 2018, pp. 90-1).

Constata-se, por primeiro, que não seria vedado aos tratados de DIPr a proteção a direitos humanos. Além disso, tal classificação também parece reforçar a ideia de que a CH80, ao proteger direitos fundamentais de crianças e adolescentes (e, eventualmente, de outros membros da família), será uma *convenção social sobre a proteção de direitos* que, diante da relevância dos interesses protegidos, poderá ser incluída no rol de documentos que integram o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

[592] Capítulo 1.

A partir da indicação da lei aplicável, por sua vez, a CH80 desenvolve complexo mecanismo de retorno imediato de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita, acompanhado de exceções a tal retorno, conforme visto no decorrer deste capítulo. Assim, entende-se que a CH80 tem natureza mais ampla do que a de instrumento de Direito Internacional Privado: são veiculados comandos de natureza material, voltados inclusive ao cumprimento da Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança, instrumento internacional inegavelmente voltado à proteção de direitos humanos, conforme mencionado.

Partindo-se da hipótese de que a CH80 deve ser analisada como integrante da categoria *tratados de direitos humanos*, passar-se-á á breve análise dos impactos de tal categorização em âmbito nacional. Desde pelo menos o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP[593] o Supremo Tribunal Federal brasileiro revolucionou *positivamente* – entende-se - a compreensão jurídica pátria do "status" normativo de convenções internacionais de direitos humanos no Estado brasileiro, alçando-os à estatura de *normas supralegais*.

A consequência mais importante desta posição, conforme enunciado acima e em relação ao cenário internacional, diria respeito à potencial *flexibilidade* que poderá ser aplicada ao método hermenêutico incluído na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT) para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a decorrência mais relevante, entende-se, estaria relacionada à hipótese de eventual conflito entre normas contidas na CH80 e outros dispositivos existentes em leis ordinárias (ou complementares) em vigor no Estado brasileiro.

Aplicando-se o "status" normativo de supralegalidade às normas contidas na CH80 ter-se-á, no Brasil, o necessário afastamento de quaisquer outras normas de hierarquia inferior que com aquelas conflitarem. Isso, entende-se, gera relevante incremento de eficiência ao combate e prevenção de subtrações internacionais ilícitas, na medida em que garante proteção especial – de natureza supralegal – às crianças e adolescentes vítimas de tal fenômeno.

No entanto, a supralegalidade da CH80 ainda não foi objeto de reconhecimento expresso no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), embora a posição adotada por este tribunal no

---

[593] Voto-vogal exarado pelo Ministro Gilmar Mendes disponível em http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf. Acesso em 04.11.2019.

julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP parece relacionar-se diretamente à Convenção da Haia de 1980. Nessa medida, pronunciamento do STF que expressamente confirme sua natureza supralegal terá o condão de trazer maior clareza tanto aos operadores jurídicos pátrios quanto aos destinatários diretos das normas contidas na CH80 (em especial aos genitores que pretendem alterar, unilateralmente, o país de residência habitual de uma criança).

3.4.1. A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança como *guarda-chuva* da Convenção da Haia de 1980

A Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança (Convenção da ONU de 1989) é o principal tratado de direitos humanos voltado à proteção da infância e adolescência, tendo recebido, até o momento, o maior número de ratificações – conta, atualmente, com 196 Estados-Partes[594]. Furto de cerca de dez anos de negociações, o resultado é documento consensual que leva em consideração a importância da tradição e dos valores culturais na proteção e desenvolvimento harmonioso da criança, além de refletir os principais sistemas legais do mundo. A Convenção da ONU de 1989 é considerada o "documento mais importante do sistema protetivo especificamente voltado para as crianças, concentrado nas necessidades diferenciadas de tais sujeitos, especialmente vulneráveis" (MARTINS, 2013, p. 37-8).

A sequência de documentos internacionais, declarações e convenções, de Direito Internacional Público *e Privado*, emanados de diversos órgãos internacionais, criam um "Direito Internacional da Criança" (DOLINGER, 2003, p. 83). Ora, se existiria um Direito Internacional da Criança, que poderia ser composto, inclusive, por tratados oriundos do Direito Internacional Privado, por que não seria razoável a inclusão da Convenção da Haia de 1980 no rol dos tratados de direitos humanos e, em consequência, no ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos? Não se encontrou, na teoria pesquisada, qualquer posicionamento contrário ao enquadramento da Convenção da ONU de 1989 no rol de tratados de proteção de direitos humanos, embora a definição da expressão *tratado de direitos humanos* não pareça possuir conteúdo unívoco ou definição específica.

---

[594] Apenas Estados Unidos da América (EUA) não teriam ratificado esta convenção. Os EUA, entretanto, assinaram a convenção em 16.02.1995. O Presidente dos EUA assinou também, em 05.07.2000, os 2 protocolos adicionais a esta convenção, tendo-os remetido, após 20 dias, ao Senado norte-estadunidense sem que suas ratificações tenham sido ultimadas, até o momento.

Henkin considera que desde a segunda guerra mundial os acordos internacionais de direitos humanos têm criado responsabilidades e obrigações para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas a sua jurisdição, sendo que o emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) institui obrigações dos Estados perante todos os seres humanos, nacionais ou estrangeiros, refletindo a aceitação geral de que todo indivíduo possui direitos que devem ser respeitados e protegidos por todos os países (HENKIN, 1993, p. 375-376).

O DIDH constituiria, então, um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, além de implementar a concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que as nações e a comunidade internacional são responsáveis – e tem o direito – de protestar nas hipóteses em que o Estado deixa de cumprir tal obrigação (BILDER, 1992, pp. 3-5).

Alguns apontam que o conteúdo dos tratados de direitos humanos se distinguiria daquele encontrado nos demais instrumentos internacionais: enquanto nestes busca-se o equilíbrio e a reciprocidade das relações entre os países, aqueles "transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados" (PIOVESAN, 2009, p. 132). Considera-se que tal consideração não leva em conta a possibilidade de *coexistência*, em um mesmo tratado, de obrigações voltadas a países, indivíduos privados e a efetiva proteção a direitos humanos fundamentais.

Não se perde de vista que, embora o conceito de *direitos humanos* seja controverso, eles estão intrinsecamente conectados à pessoa humana, nos Direitos doméstico e internacional, sendo que a centralidade-humana dos direitos humanos ou o princípio "pro homine"[595] estão

[595] Segundo Mônica Pinto, "o princípio 'pro homine' é um critério hermenêutico que informa too o direito dos direitos humanos, em virtude do qual se deve manejar a norma mais ampla, ou a interpretação mais extensiva, quando se trata de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, a norma ou a interpretação mais restritiva quando se trata de estabelecer restrições permanentes ao exercício dos direitos ou sua suspensão extraordinária. Este princípio coincide com o traço fundamento do direito dos direitos humanos, que é estar sempre a favor do homem (...) A pluralidade de fontes, internas e internacionais, do direito dos direitos humanos obriga a uma compatibilização quanto ao alcance dos direitos protegidos e das obrigações assumidas pelo Estado (...)
Estas pautas são particularmente importantes quando em uma mesmo âmbito coexistem normas internacionais de alcance distinto. Nesse sentido, não se encontram divergências de que a aplicação e interpretação das normas de direitos humanos deve ser feita à luz do princípio 'pro homine', do princípio de não discriminação e tendo em conta seu objeto e finalidade (...)" (PINTO, 1997, pp. 163 e ss.).

pavimentando seu caminho por intermédio do Direito Internacional, elaborado pelos Estados (MAZZUOLI; RIBEIRO, 2016, p. 1). Aproveita-se o conceito apresentado por Donnelly, para quem os direitos humanos são os direitos *dos* humanos "that is, a special class of rights that one has simply because one is a human being" (DONNELLY, 1989, p. 12).

Sob este aspecto, considera-se que a prevenção e o combate à subtração internacional de crianças coincidem com ideia de que crianças e adolescentes titularizam direito (fundamental), próprio de sua condição de seres humanos em desenvolvimento, que deve ser cumprido pelos países, a partir da aplicação do mecanismo de seu retorno imediato ao país de sua residência habitual, sempre que configurada sua subtração internacional ilícita[596].

Além disso, e na medida em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos resolve conflitos eventuais entre normas internas e a regra internacional pela aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo (o princípio "pro homine") (RAMOS, 2009, p. 254), entende-se que as normas internacionais que protegem as crianças e adolescentes dos efeitos nefastos de sua subtração internacional ilícita devem prevalecer sobre as normas domésticas que com ela conflitarem, sempre que menos protetivas ou específicas. Em decorrência e conforme enunciado acima, parece possível a aplicação mais *flexível* da moldura hermenêutica da Convenção de Viena de 1969 a tratados de direitos humanos.

A Convenção da ONU de 1989, conforme mencionado, inclui dispositivos diretamente relacionados ao tema da subtração internacional ilícita de crianças e da visitação transnacional. Conforme apontou-se em estudo anterior:

> "todas as ações relativas a elas [crianças e adolescentes] levadas a efeitos pelas autoridades administrativas ou legislativas[597] devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança[598]; os Estados obrigam-se a evitar a separação das crianças de seus pais, contra a vontade deles[599], respeitando-se o direito daquela que for separada de um ou de ambos os genitores de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, salvo se essa situação contrarie seu interesse maior[600]; as solicitações de contato com qualquer dos genitores, formuladas por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um país (parte da convenção) com o objetivo

[596] Desde que não comprovada cabalmente uma das hipóteses de exceção a tal retorno, previstas no artigo 12, 13 e 20 da CH80 e que seus impactos não possam ser removidos ou ao menos reduzidos a grau suficiente, no país de residência habitual da criança.
[597] Considera-se apropriada a inclusão das autoridades judiciais.
[598] Artigo 3.1 da Convenção da ONU de 1989.
[599] O próprio dispositivo excetua os casos, sujeitos à análise judicial, em que for determinado que tal separação é necessária ao interesse maior da criança, fazendo uso de exemplos. Dentre estes, encontra-se a situação em que os genitores, vivendo separados, necessitam de decisão quanto ao local de residência da criança.
[600] Artigo 9º da Convenção da ONU de 1989.

> de reunião da família, deverão ser atendidas pelos Estados-Partes de forma positiva, humanitária e rápida[601], assegurando-se, ainda, que esse pedido não gerará consequências negativas para os solicitantes ou seus familiares. É preservado o direito da criança, cujos pais residam em diferentes países manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos os genitores[602] sendo que, para tanto, os Estados obrigam-se a respeitar o direito dos país e do infante de sair de qualquer Estado – inclusive do próprio – e de ingressar no seu próprio país"[603] (MARTINS, 2013, pp. 42-3).

Este tratado veicula dispositivo diretamente relacionado à *criação* de instrumentos jurídicos aptos ao combate do sequestro internacional de crianças, obrigando os países membros a adotarem medidas que combatam a transferência ilegal de infantes para o exterior e sua retenção fora do país de sua residência habitual[604]. Também foi prevista a obrigação de conclusão de acordos multilaterais ou adesão a tratados já existentes[605]. Por fim, o tema do sequestro internacional é reforçado em mais um dispositivo, segundo o qual os Estados devem tomar todas as medidas de caráter nacional, bilateral ou multilateral que se mostrem necessárias a impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma[606].

Resta claro que a CH80 é tratado que vem dar direto cumprimento *direto e específico* aos dispositivos da Convenção da ONU de 1989. A consequência natural, portanto, é a de que seus dispositivos devam ser considerados como dotados da mesma natureza daqueles contidos na Convenção da ONU de 1989 – *normas de direitos humanos contidas em tratado*. O afastamento da natureza de tratado de direitos humanos da CH80 não parece, portanto, a interpretação mais adequada.

Em reforço a tal argumentação e, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, previu ser obrigação do Estado, da família e da sociedade a garantia à criança, adolescentes e ao jovem, com *absoluta*

---

[601] Artigo 10 da Convenção da ONU de 1989.
[602] Exceto em circunstâncias especiais, nos termos do artigo 10.2 da Convenção da ONU de 1989. Nos termos do parágrafo 2º do artigo 9º deste tratado, os Estados-partes "respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção".
[603] O direito de sair de um país, entretanto, não é incondicionado; pode ser objeto de restrições legais referentes à proteção da segurança nacional, da ordem pública, saúde, moral pública ou aos direitos e liberdades de terceiros – e que estejam em conformidade com os demais direitos reconhecimentos pela própria convenção.
[604] Artigo 11.1 da Convenção da ONU de 1989.
[605] Artigo 11.2 da Convenção da ONU de 1989.
[606] Artigo 35 da Convenção da ONU de 1989.

prioridade, de vários direitos, dentre os quais à liberdade e à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O respeito à dignidade da pessoa, incluída aí a criança e o adolescente, também é direito fundamental de natureza constitucional.

A prevenção e o combate à subtração internacional de crianças, bem como a efetivação do direito da criança à visitação transnacional voltam-se também ao cumprimento de comando constitucional, de proteção à convivência familiar e comunitária, ao respeito à liberdade, inclusive de locomoção e à dignidade da pessoa da criança (e adolescente), que não deve ser considerada um objeto sujeito exclusivamente aos interesses unilaterais de um de seus genitores.

São estes direitos fundamentais que, aliados ao princípio do *melhor interesse da criança*, vem garantir o dever de respeito ao direito da criança e adolescente não ser deslocado de seu país de residência habitual contra sua vontade ou em desrespeito aos seus interesses de desenvolvimento integral, bem como de ser impedido de manter contato, visitar (e ser visitado ou contatado) pelos demais membros de sua família.

3.4.2. O princípio do *melhor interesse da criança*: breves considerações

O *melhor interesse da criança* apresenta-se como princípio geral que, embora não esteja textualmente incluído na Constituição Federal brasileira de 1988[607], cumularia as funções de princípio interpretativo e cláusula genérica. Seria, ainda, inerente à doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, derivada dos artigos 227, "caput", da CF88 e 1º do ECA[608], inspirando os direitos fundamentais assegurados no texto constitucional. A convivência familiar e comunitária, bem como o direito da criança ou adolescente de ser criado e educado no seio de sua família também se encontram protegidos no ECA, especialmente em seus artigos 4º e 19.

Segundo Gonçalves estando incluído na Convenção da ONU de 1989 (internalizada ao ordenamento jurídico pátrio por decreto), o princípio do melhor interesse da criança encontra-

---

[607] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 22.03.2019.
[608] Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 22.03.2019.

se devidamente inserido no ordenamento jurídico pátrio, inclusive revestido de caráter mandatório. A autora continua:

> "E, a par da possibilidade de indução da regra a partir das normas expressas, extraindo um novo princípio por meio da interpretação integrativa denominada 'analogia iuris' (BOBBIO, 1995, p. 219-220), constata-se a existência expressa do princípio do melhor interesse no ordenamento brasileiro, a partir da promulgação do Decreto nº 99.710/90, após a ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (PEREIRA, 2008, p. 45), cujo art. 3.1, em sua tradução oficial estabelece: '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[609] da criança'" (GONÇALVES, 2011, sem indicação de página).

No que diz respeito à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, considera-se que o mecanismo de retorno imediato das vítimas de subtração internacional ao seu país de residência habitual seria, exatamente, a maior garantia que a criança ou adolescente terá de que haverá respeito à convivência familiar, a sua liberdade e dignidade, enquanto ser em formação. Relembra-se que a hipótese subjacente do preâmbulo da CH80 "é a de que o bem-estar das crianças estará mais bem protegido pelo amparo ao relacionamento familiar que a criança possui com os parentes que efetivamente exercem cuidados e controle sobre a criança" (MARTINS, 2013, p. 61).

O retorno imediato de uma criança vítima de subtração internacional ao seu país de residência habitual presta-se a tal finalidade (SHAPIRA, 1989, pp. 192-3). Do mesmo modo, a garantia de que a criança ou adolescente poderá manter contato consistente, inclusive visitando – ou sem visitada – os demais membros da família que morem em país distinto daquele em que aquela possui residência habitual. Assim, entende-se caber ao Estado brasileiro, em respeito aos direitos fundamentais à convivência familiar, à liberdade e a dignidade da pessoa humana, prevenir e combater a transferência ou retenção ilícitas de crianças e adolescentes em país diverso daquele em que estes possuíam residência habitual, bem como garantir o direito de visitação transnacional.

Portanto, sendo tais direitos fundamentais, restando inclusive constitucionalmente proclamados, como argumentar-se que a prevenção e combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes e o direito de visitação internacional, regulamentados por intermédio

---

[609] No texto original do tratado, em inglês, o dispositivo refere-se a "the best interest of the child", critério qualitativo, que parece diverso do critério quantitativo que poderia se depreender da leitura da tradução do texto para o vernáculo (interesse *maior* da criança).

de normas contidas em tratado ao qual o Estado brasileiro aderiu, que visam garantir o respeito a tal convivência, não teriam natureza semelhante àquela conferida à Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança?

Ainda que se argumente que a CH80 não poderia ser considerada tratado de direitos humanos porque não foi produzida sob os auspícios da Organização das Nações Unidas[610], considera-se que tal posicionamento merece reparos. A CH80 foi elaborada sob os auspícios de outra organização internacional ainda mais antiga que a própria ONU ou sua antecessora, a Liga das Nações: a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, engajada na regulamentação uniforme de vários aspectos da vida de crianças e adolescentes. Já se reconheceu, inclusive que o trabalho da Conferência da Haia "não diz respeito apenas à regulamentação pura e simples dessas questões antes anunciadas, mas reflete, em verdade, a mesma preocupação verificada no campo dos direitos humanos propriamente ditos naquilo que concerne ao tema da nacionalidade" (MONACO, 2009, p. 447).

Também não parecem existir dificuldades na compreensão da Convenção da ONU de 1989 como um *tratado guarda-chuva* no qual a CH80 estaria inserida[611]. Entretanto, defende-se que é possível – e importante – que se avance ainda mais, passando-se a reconhecer, explicitamente, a natureza de *tratados de direitos humanos* às convenções que visam prevenir e combater a subtração internacional ilícita de crianças.

Tem-se, ainda, que:

> "uma análise inicial parece apontar que os mesmos elementos (número de partes ao tratado; multilateralidade do foro em que a convenção foi produzida; finalidade das normas encartadas no documento (...) que levam à conclusão de que a Convenção da ONU de 1989 é norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos, integrante do rol dos 'tratados de direitos humanos', teriam como consequência a conclusão de que a Convenção da Haia de 1980 (...)seria tratado de natureza e grau hierárquico semelhante à Convenção da ONU de 1989" (MARTINS, 2013, p. 58).

O Ministério Público Federal brasileiro já aderiu, expressamente, à tese de que a prevenção e o combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes encontram-se encartadas em tratado voltado à proteção dos direitos humanos. Em parecer emitido na Ação

---

[610] Posição que parece merecer reparos, na medida em que restringe (sobremaneira) o conceito de tratado de direitos humanos para abarcar tão-somente os instrumentos que incluem direitos das pessoas contra os Estados que são elaborados sob os auspícios da ONU. Nada na Carta da ONU ou em sua natureza parece conferir, a esta organização internacional, a exclusividade na produção de normas de direitos humanos.

[611] Em sentido próximo, vide DYER, 1994.

Direta de Inconstitucionalidade nº 4.245, ainda em curso junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, o *Parquet* assim se manifestou:

> "Ação direta e inconstitucionalidade. Convenção da Haia de 1980. Subtração internacional de menores. Tratado internacional que se insere no projeto constitucional de cooperação e proteção dos direitos humanos nas relações internacionais. Cláusulas compatíveis com a proteção integral que a Constituição brasileira confere à criança e ao adolescente. Inconstitucionalidade que, se reconhecida, importaria em retrocesso. Parecer pelo não conhecimento e improcedência da ação. Necessidade, se porventura admitida a inconstitucionalidade, de modulação temporal dos efeitos da decisão, de modo a permitir que se faça a denúncia da Convenção nos termos por ela determinados"[612].

No decorrer de sua manifestação, elaborada no ano de 2010, a então Vice Procuradora Geral da República apontou, por primeiro, que o controle de constitucionalidade de tratado internacional deve levar em consideração tanto o princípio da cooperação entre os Estados quanto a prevalência dos direitos humanos, ambos previstos no artigo 4º da CF/88. Nesta "maior abertura constitucional ao Direito Internacional, com ênfase na cooperação e proteção de direitos humanos" é "que se insere a Convenção da Haia sobre [os] Aspectos Civis do Sequestro de Criança" (...) "tudo com vistas a assegurar o direito da criança à convivência familiar"[613].

Em reforço a sua argumentação, o *Parquet* considerou aplicável à CH80 o disposto no inciso V e parágrafo 5º do artigo 109 da CF/88, que trata da federalização das graves violações de direitos humanos como hipóteses de competência da justiça federal pátria, defendendo a existência de interesse jurídico da União, por intermédio de sua Advocacia-Geral[614], de ver cumprido tratado internacional e as obrigações dele decorrentes[615].

---

[612] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer nº 3741 – PGR – RG em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.245. Requerente: Democratas – DEM. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Parecer datado de 27.12.2010, p. 1.

[613] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer nº 3741 – PGR – RG em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.245. Requerente: Democratas – DEM. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Parecer datado de 27.12.2010, pp. 8-9.

[614] As atribuições da Advocacia-Geral da União encontram-se incluídas no artigo 131 da Constituição Federal brasileira de 1988, segundo o qual "Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei".

[615] Esta subscritora considera que esta tese mereceria maior aprofundamento o que, no entanto, deixará de ser apresentado, por força dos cortes metodológicos adotados no presente estudo.

Em conclusão, todos os argumentos apresentados parecem comprovar a tese de que a Convenção da Haia de 1980 é, verdadeiramente, *tratado de direitos humanos*, tanto em seus aspectos relacionados à prevenção e ao combate à subtração internacional de crianças e adolescentes, quanto no que diz respeito às garantias ao direito de visitação transnacional**.** Assim, até que se logre invalidar as considerações acima apresentadas – ou na remota hipótese de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro se manifeste contrariamente a esta tese - tais tratados devem ser considerados, efetivamente, como integrantes de tal conjunto, para todos os fins.

3.4.3. A supralegalidade da Convenção da Haia de 1980

Conforme visto, o combate à transferência ou retenção ilícita de crianças em país diferente daquele que esta possuía residência habitual e a garantia do direito de visitação transnacional refletem uma tipologia de tratado voltado à garantia de direitos humanos fundamentais, como a liberdade de locomoção e o restabelecimento da convivência familiar obstaculizada de forma ilícita (por aquele que removeu ou reteve a criança em outro país) (MONACO, 2009, p. 461). Tal situação tangencia, ainda, a dignidade da pessoa da criança, que não deve estar submetida aos desejos unilaterais de qualquer de seus genitores.

Além disso, entende-se que os dispositivos da CH80 vêm dar cumprimento direto e efetivo à obrigação contida em outro tratado de direitos humanos, a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança. Sob esta ótica, a CH80 seria, inegavelmente, tratado de direitos humanos, a estes devendo ser reconhecido, na esteira de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, "status" supralegal.

A natureza supralegal dos tratados de direitos humanos vem sendo progressivamente reconhecida no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). O tema fora ventilado, pelo STF, por exemplo, em voto do Ministro Sepúlveda Pertence, já no ano 2000. No RHC 79.785, o emitente Ministro mostrou-se tendente a:

> "aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre

> que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes" [616].

Entende-se que esta é exatamente a situação da Convenção da Haia de 1980: na medida em que ela objetiva exclusivamente implementar comando contido na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança e não conflita com a Constituição Federal brasileira de 1988 – ao contrário, mostra-se como instrumento relevante na efetivação da garantia ao direito à convivência familiar previsto no artigo 227 do texto constitucional pátrio – este tratado é, efetivamente, tratado de direitos humanos, aplicando-se a estes todas as decorrências relacionadas a sua natureza intrínseca de *supralegais*.

A emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, teria fomentado a retomada das discussões para revisão da jurisprudência do STF relativa aos tratados internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2009, p. 241). Historicamente o STF vinha considerando, majoritariamente, que:

> "os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa"[617].

Esta vinha sendo adotada no âmbito do STF inclusive quanto ao "status" normativo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento jurídico nacional no ano de 1992[618], ocasião na qual a disciplina da prisão do depositário infiel contida na convenção restou por subordinar-se ao texto constitucional brasileiro.

Este posicionamento, entretanto, sofreu radical – e positiva, entende-se – alteração, no âmbito da Suprema Corte brasileira, no ano de 2009. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343[619], que novamente discutiu a questão da prisão do depositário infiel, a maioria dos votos, capitaneados pela posição do Ministro Gilmar Mendes, "sustentou novo patamar

---

[616] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus 79.785/RJ. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29.03.2000. Publicado em 22.11.2002.

[617] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1.480, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 04/09/1997. Publicado em 18.05.2001.

[618] Decreto legislativo nº 27/92 e promulgada pelo Decreto (presidencial) nº 678/92. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 22.03.2019.

[619] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Recorrente: Banco Bradesco S/A, Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília. Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703-RS. Recorrente: Banco Itaú S/A, Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Ministro Carlos Aires Britto.

normativo para os tratados internacionais de Direitos Humanos, inspirados pelo parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, introduzido pela EC 45/04" (RAMOS, 2009, p. 244).

Retomando a posição do Ministro Sepúlveda Pertence, emitida em seu voto no HC 79.785/RJ, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que os tratados de Direitos Humanos que *não* tenham sido aprovados pelo Congresso Nacional sob o rito previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88[620] possuem natureza *supralegal*, situando-se, portanto, na pirâmide normativa, acima de quaisquer leis (ordinárias ou complementares) e abaixo apenas da Constituição Federal. Entende-se, em conclusão, que serão tratados *supralegais* todos os instrumentos internacionais que veiculam regras de proteção a direitos humanos, que não tenham se submetido o rito previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, e não apenas àqueles anteriores à criação de tal rito[621].

No que diz respeito aos tratados de direitos humanos aprovados nos termos do rito do parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, estes são dotados, nos termos do próprio texto constitucional, de "status" de norma constitucional, podendo derrogar, inclusive, normas constitucionais originárias[622] e derivadas, para além das normas infraconstitucionais (leis ordinárias ou complementares, decretos, etc.) em caso de conflito.

Além da consolidação da tese de supralegalidade dos tratados de direitos humanos, este julgamento também abriu espaço para possíveis futuros avanços em relação ao tema, na medida

---

[620] Constituição Federal brasileira de 1988, artigo 5º, parágrafo 3º, "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)". Segundo informações veiculadas no sítio eletrônico do Palácio do Planalto, até o momento teriam sido incorporados ao ordenamento jurídico nacional, com "status" de norma constitucional, os seguintes tratados:
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em 04.11.2019;
- Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013, internalizado ao ordenamento jurídico pátrio por intermédio do Decreto nº 9.522, de 8 de outubro de 2018. Informações disponíveis em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm. Acesso em 04.11.2019.

[621] O aprofundamento da tal hipótese, entretanto, foge ao escopo do presente estudo, na medida em que a CH80 foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro antes da emenda constitucional nº 45/04.

[622] Defende-se, neste ponto, seja superada a posição contida em antigo precedente do STF, segundo o qual não seria cabível à Suprema Corte a fiscalização do Poder Constituinte originário (ADI 815-RS, rel. Ministro Moreira Alves, julgado em 28/03/1996).

em que os votos parcialmente vencidos, de 4 Ministros[623] que então compunham a Suprema Corte, chegaram a defender a posição constitucional de *todos* os tratados sobre direitos humanos, aprovados ou não pelo rito especial do artigo 5º, parágrafo 3º da CF/88, anteriores ou posteriores à tal rito. No que diz respeito às normas *supralegais*, aponta-se que:

> "antes mesmo do novo posicionamento do RE 466.343, o próprio Supremo Tribunal Federal manifestara-se a favor da interpretação "pro homine" por intermédio da utilização das convenções internacionais de Direitos Humanos como marco hermenêutico de todo o ordenamento jurídico" (RAMOS, 2009, p. 270).

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE nº 466.343, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 ocorreu "a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo"[624]. Este é exatamente o exercício proposto no presente estudo, em relação à prevenção e combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes.

Considera-se que a postura atual do STF sobre o tema dos tratados de direitos humanos mostra-se promissora, reconhecendo a época atual de "mutações e de um direito internacional pós-moderno" (RAMOS, 2009, p. 283). Concorda-se com a posição de Mônaco, para quem ainda "são parcas as menções que o STF faz, de forma explícita, a tratados internacionais de proteção das crianças e dos adolescentes, preferindo fundamentar suas decisões em dispositivos da legislação de origem interna", sendo certo que "o STF enriqueceria em muito seus argumentos se passasse a discorrer, ao menos como reforço argumentativo, às normas de origem internacional, até porque, (...), trata-se de conjunto normativo que se amolda de forma harmônica, no mais das vezes, às normas internas" (MONACO, 2009, p. 467).

A tendência do STF não se mostra isolada na região latino-americana. Segundo Mera, nota-se a emergência de um "ius constitutionale commune" na região, sob a luzes de expressões diferentes e multifacetadas do constitucionalismo para além do Estado. Em obra de 2011, o autor comprovou que os tratados de direitos humanos *interamericanos*[625] se transformaram em

---

[623] Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. O ministro Celso de Mello, inclusive, reviu sua posição anterior, passando a defender que o artigo 4º, inciso II da CF/88 determina a prevalência dos direitos humanos, bem como o parágrafo 2º do artigo 5º reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

[624] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Recorrente: Banco Bradesco S/A, Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília.

[625] Rememora-se que, de acordo com o corte metodológico adotado nesta tese, tais instrumentos não serão pormenorizados.

Direito Constitucional (nacional) por intermédio da adjudicação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e das cortes domésticas. Tal circunstância aumentaria o nível de convergência regional das normas constitucionais (internas), além de condicionar a interação de discursos entre aquela corte regional de direitos humanos e as cortes nacionais constitucionais (MERA, 2011, p. 243).

Ainda segundo este autor, a constitucionalização vertical, ocorrida a partir da *interferência* da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos ordenamentos jurídicos nacionais, fez com que, progressivamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido integrada aos parâmetros de revisão constitucional (domésticas), acabando por prevalecer frente à própria legislação dos países ("constitutionalization from the top"). Ao lado desta, a "constitutionalization from bellow" também vem sendo detectada, a partir do manejo, pelas cortes nacionais, de jurisprudência daquela corte interamericana (MERA, 2011, p. 244)[626].

Extrapolando-se as considerações de Mera para a Convenção da Haia de 1980, considera-se possível afirmar que, em sendo esta última categorizada como tratado de direitos humanos, ela poderá ser posicionada, assim como – para este autor – a Convenção Interamericana na tradicional pirâmide hierárquica de Kelsen, ao lado das Constituições nacionais. Em decorrência, a CH80 passaria a ser:

a) parâmetro de constitucionalidade;

b) os direitos nela incluídos teriam natureza constitucional;

c) a CH80 e a Constituição Federal de 1988 formariam um *bloco de constitucionalidade*[627], permitindo interpretação *integrada e harmônica* entre suas normas;

---

[626] "This evolution has been described as heterarchial, given the specific conjunctural and structural circumstances and the different velocities in which every country has moved ('multi-speed constitutionalization' [nota de rodapé omitida])". Além disso, a velocidade de tais processos difere entre os países da região (MERA, 2011, p. 244).

[627] "Composto de normas de diferentes ordens (universal/interamericana/nacional), em geral o texto constitucional, as Declarações Universais e Americana e alguns tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado. Não causa surpresa que estas cortes [domésticas da região americana] tenham encontrado inspiração em cortes constitucionais da Europa ocidental (...)" (MERA, 2011, p. 245). O autor reconhece, no entanto, duas acepções para a expressão bloco de constitucionalidade. O aprofundamento desta discussão, por sua vez, escapa ao escopo desta tese. A interseção dos diferentes blocos de constitucionalidade – dos países – geraria convergência horizontal (em âmbito regional).

d) conflitos normativos potenciais entre a Convenção da Haia de 1980 e a Constituição Federal de 1988 – ou de qualquer outro Estados-Parte[628] da primeira – seriam resolvidos com fundamento no princípio "pro homine"[629] (MERA, 2011, pp. 243-5)[630].

No entanto, a solução apontada por Mera para incremento da proteção aos seres humanos passa, necessariamente, pela intervenção de uma corte dotada de competências supranacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso da Convenção da Haia de 1980, tal corte inexiste. Para o autor, a convergência *normativa* no âmbito do sistema interamericano apenas será possível a partir de uma *interação discursiva* entre a Corte Interamericana (de Direito Humanos) e as cortes constitucionais nacionais – um relacionamento baseado na cooperação e reciprocidade (ao invés de hierarquia e subordinação), na qual:

> "a autoridade das decisões interamericanas é reconhecida, mas um certo nível de discordância das cortes nacionais é admitido, quando os parâmetros nacionais ["national standards"] oferecerem um mais alto nível de proteção ou garantirem direitos mais completos do que aqueles garantidos no nível interamericanos, de acordo com o princípio 'pro homine'" (MERA, 2011, p. 246).

Por fim, o autor considera necessário o fomento dos estudos sobre a *fertilização cruzada* inter-regional, do qual os estudos sobre a Convenção da Haia de 1980 podem ser beneficiar: qual o fluxo de proteção de direitos humanos entre a América e a Europa, a partir de decisões de suas cortes regionais de direitos humanos e – avançando no argumento de Mera – dos órgãos julgadores domésticos dos 101 Estados-Parte da Convenção da Haia de 1980?[631]

Resta confirmada a importância de reconhecimento expresso, por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro, do caráter supralegal da Convenções da Haia de 1980, na medida em que ela veicula normas de proteção a direitos contidos na Convenção da ONU de 1989 – direito à locomoção, proteção à convivência familiar e comunitária e a dignidade de pessoa da

---

[628] Ao menos da região americana, para que não se extrapole sobremaneira o argumento de Mera (2011).
[629] Segundo este autor, na adoção deste princípio a prevalência, em um caso concreto, de uma norma contida em um tratado sobre a Constituição do país não significa que a primeira é hierarquicamente superior à segunda (MERA, 2011, p. 244).
[630] "A constitucionalização dos tratados de direitos humanos estava relacionada à percepção que o Direito Constitucional nacional sozinho era insuficiente para a promoção de justiça e para a realização efetiva de direitos básicos já reconhecidos no texto constitucional. Normas internacionais se tornaram poderoso instrumento para forçar os Estados a cumprir com seus deveres constitucionais, porque a violação a um tratado de direitos humanos compromete a responsabilidade ["liability"] do Estado" (MERA, 2011, p. 245).
[631] Entende-se que ampliação do INCADAT, banco de dados da HCCH que concentra decisões judiciais dos Estados-Partes da CH80 sobre este tratado é uma poderosa ferramenta para permitir o *intercâmbio* de decisões e fundamentações judiciais, permitindo o alcance, se de interesse dos países, de uniformidade global na interpretação da *exceção de grave risco*.

criança, diretamente relacionados à prevenção e combate à subtração internacional de crianças e à garantia do direito de visitação transnacional. A CH80 seria, em sua essência, verdadeiro *tratados de direitos humanos*.

Tal manifestação da Suprema Corte pátria mostra-se como relevante veículo para difusão à comunidade jurídica e aos potenciais destinatários diretos de tais normas, sendo inegáveis os efeitos positivos da posição exarada pelo STF no RE nº 466.343 em relação aos demais tratados de direitos humanos. Apesar dos limites do controle difuso de constitucionalidade, em relação às partes, defende-se que até eventual e futuro novo posicionamento da Suprema Corte, contrário àquele emitido no Recurso Extraordinário ora em análise, o reconhecimento *automático* do "status" *supralegal de todos os tratados de direitos humanos* – e nestes incluída CH80 – mostra-se inafastável, influenciando diretamente, a interpretação e aplicação destes diplomas internacionais.

Ainda assim parece importante que à CH80 seja reconhecida, expressamente, sua natureza *supralegal*, pelo Supremo Tribunal Federal, seja por intermédio de controle difuso[632] ou por demanda de controle concentrado de constitucionalidade[633]. Tal cenário teria o condão de fornecer o mais alto grau de segurança jurídica tanto para os operadores de seus dispositivos, em âmbito judicial e administrativo, quanto para seus destinatários diretos (os genitores das crianças afetadas pelo fenômeno da subtração internacional ilícita).

Além disso, a partir de tal reconhecimento não restarão quaisquer dúvidas sobre o firme propósito do STF de conceder a todos os tratados de direitos humanos "status*" supralegal,* inclusive com todos os efeitos relacionados a sua superioridade, na pirâmide hierárquica de normas, em relação aos demais dispositivos legais do ordenamento jurídico pátrio (de nível hierárquico inferior) que eventualmente conflitarem com os dispositivos da CH80.

Neste cenário, restaria devidamente sedimentado que, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, quaisquer dispositivos contidos, por exemplo, no Código

---

[632] Por exemplo, no bojo de recursos extraordinários admitidos para julgamento pelo STF, em demandas judiciais envolvendo a aplicação da Convenção da Haia de 1980.

[633] No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade uma oportunidade que poderia ser utilizada para tal reconhecido poderiam ser os autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, atualmente em curso no STF e distribuída à relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso. Autuada em 2009, esta ação encontra-se com andamento concluso ao seu Relator desde o ano de 2014.

Civil[634], no Código de Processo Civil[635] e/ou no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)[636] que vierem a conflitar, direta ou indiretamente, com dispositivos da CH80 deverão ser automaticamente afastados, privilegiando-se a aplicação das normas contidas nestes tratados. No julgamento do RE nº 466.343, o Ministro Gilmar Mendes, adequadamente, apontou que "tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais [tratados de direitos humanos] a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada"[637].

*

Embora se considere inexistir[638] qualquer conflito entre as regras contidas na CH80 em relação à Convenção da ONU de 1989 ou à Constituição Federal brasileira, na remota hipótese de sua ocorrência entende-se que os mesmos deverão ser resolvidos, em princípio, pelo princípio da interpretação mais favorável ao sujeito protegido ("pro homine"[639]).

O presente capítulo debruçou-se sobre as mais relevantes discussões relacionadas à Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (CH80 ou Convenção da Haia de 1980), sua *exceção de grave risco*, as críticas sobre as alegadas dificuldades deste tratado em adequadamente proteger as *vítimas* de violência doméstica, bem como a constatação de que tal tratado integra, o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Concluída a análise da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, sua *exceção de grave risco*, inclusive quanto às principais críticas endereçadas a tal dispositivo e a proposta de inclusão de tal tratado

---

634 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 22.03.2019.
635 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 22.03.2019,
636 Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 22.03.2019.
637 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Recorrente: Banco Bradesco S/A, Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, p. 1161.
638 Considera-se inexistir qualquer conflito entre a Convenção da ONU de 1989 e a CH80, na medida em que estas últimas vem dar cumprimento direto à primeira, sem com ela conflitarem em qualquer aspecto. Vide, também, Capítulo 5.
639 Aponta-se que tal princípio, ao reconhecer a preponderância da pessoa humana, remeteria, por primeiro, à noção de que os direitos humanos devem ser interpretados de forma extensiva; além disso, na hipótese de dúvida ou conflito entre normas diferentes de direitos humanos, a norma que confira mais proteção à vítima da violação, deve ser adotada (HENDERSON, 2004, pp. 91-92; GONENC; ESEN, 2006, p. 494).

como integrante do ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, para além do campo do Direito Internacional Privado, passar-se-á, na sequência, ao Capítulo 4 deste estudo, voltado, primordialmente à apresentação e discussão da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, em sua *Teoria Geral*, como instrumento imprescindível à interpretação e aplicação uniformes da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes e de sua *exceção de o grave risco* em contextos de violência doméstica.

Capítulo 4 – Uma Teoria Geral de Interpretação de Tratados a partir da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados

Na sequência desse estudo, o Capítulo 4 volta-se à apresentação e discussão da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (Convenção de Viena, Convenção de Viena de 1969 ou CVDT), *único* instrumento multilateralmente *aceito* pelos países e dotado de caráter *mandatório* a ser aplicado por operadores jurídicos e cortes domésticas e internacionais *hábil a permitir a mais adequada e uniforme interpretação dos demais tratados*, nestes últimos incluída a Convenção da Haia de 1980 e sua *exceção de grave risco*.

Este capítulo apresentará as principais fontes do Direito Internacional, as características da CVDT e sua relevância e dificuldades do manejo desta convenção na interpretação dos demais tratados. Também serão analisadas as principais regras hermenêuticas incluídas na Convenção de Viena de 1969, bem como tecidas considerações sobre a quem incumbiria a atribuição da interpretação dos tratados (no caso específico deste estudo, da CH80).

Serão desenvolvidos os principais aspectos da *Teoria Geral* do *Capítulo Hermenêutico da CVDT*, buscando-se constatar suas principais características e relevância na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 para, em seguida, serem buscadas respostas sobre a *aplicação* da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados a partir da questão: *como deve ser interpretado um tratado?*

A partir da constatação de que o *método interpretativo* previsto na CVDT nem sempre é de fácil compreensão ou aplicação, surge a figura do *caldeirão hermenêutico*, imagem proposta por Gardiner (2015) para sintetizar suas considerações sobre como compreender e *interpretar o instrumento interpretativo* (a CVDT) e marco teórico adotado neste ponto da tese.

Por fim, tendo em vista a consideração da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes – alcançada no Capítulo 3 – como *tratado de direitos humanos*, o último tópico do Capítulo 4 será debruçará, brevemente, sobre as peculiaridades da interpretação de tratados pelas Cortes Internacionais Regionais, em âmbito europeu e americano.

Assim, antes que a Parte III desta tese possa debruçar-se ao principal exercício proposto neste estudo – a interpretação prática da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980

a partir da aplicação da moldura hermenêutica contida na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados – resta necessário o desenvolvimento, ainda que abreviado, de alguns aspectos da *Teoria Geral da Convenção de Viena de 1969 em seu capítulo interpretativo*. Este é, portanto, o objetivo do Capítulo 4 desta tese.

Dando início a tais esforços, passar-se-á à apresentação dos tratados como fontes do Direito Internacional (Público e Privado), bem como às principais divergências quanto à existência (ou inexistência) de hierarquia entre as fontes desse ramo jurídico.

4.1. Os tratados e as demais fontes do Direito Internacional

Aponta-se que "redigia-se em 1920 o estatuto do primeiro tribunal vocacionado para resolver litígios entre Estados sem qualquer limitação de ordem geográfica ou temática", tendo-se percebida a necessidade de indicação do direito aplicável à jurisdição nascente, exercício que foi realizado a partir do "arrolamento das formas de expressão do direito internacional público, um roteiro das fontes onde se poderiam buscar, idoneamente, *normas internacionais*" (REZEK, 2002, p. 9, grifos no original).

Inexistiria, "a priori", hierarquia entre as *fontes* do Direito Internacional (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 104). Alguns autores alcançam tal conclusão a partir da literalidade do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, segundo o qual:

> "Artigo 38. 1. A Corte [Internacional de Justiça], cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
> a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
> b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
> c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
> d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
> 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão 'ex aeque et bono', se as partes com isto concordarem" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 19, grifos nossos).

Mesmo antes da entrada em vigor da Carta das Nações Unidas – e, em consequência, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), o Estatuto da Corte Permanente de Justiça

Internacional (CPJI) apresentava texto semelhante[640], especialmente no que diz respeito à inexistência de hierarquia entre as fontes de Direito Internacional (CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, 1926, p. 19).

As fontes do direito internacional definem as regras do sistema: se uma pretensa regra é confirmada por uma das fontes *reconhecidas* deste ramo jurídico, ela será integrante do Direito Internacional. "Simultaneamente, o caráter difuso das fontes traz relevo à descentralização da produção do direito internacional" (CRAWFORD, 2012, p. 20).

O artigo 38 do Estatuto da CIJ é oponível a todos os sujeitos de direito internacional, em especial, aos Estados-Membros da Organização das Nações Unidas[641]. A inexistência de hierarquia entre as fontes do Direito Internacional não nega a possibilidade, ao menos em tese, de solução do conflito aparente de normas pela adoção dos critérios da especialidade ou da temporalidade[642] (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 103-4)[643].

Especialmente no Capítulo 1 desta tese defendeu-se que as resoluções da Assembleia das Nações Unidas não seriam, com exceção daquelas relacionadas às atribuições gerenciais deste órgão[644], dotadas de *relevância* para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, nem tampouco de natureza mandatória em relação aos Estados-Membros da ONU. Neste ponto, retoma-se brevemente tal discussão a partir dos ensinamentos colhidos em Aréchaga (1980).

Este autor considera que posicionamentos contemporâneos que apontam que as *resoluções* da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) constituiriam *fonte*

---

[640] Com exceção do "caput" do artigo 38, mais completo no Estatuto da CIJ do que em relação a sua antecessora, a CPJI.

[641] No entanto, deve-se ter em mente – situação que tangencia apenas indiretamente o objeto deste estudo – que a ausência de hierarquia das fontes do Direito Internacional não se aplicaria às organizações internacionais. Se definida, no âmbito de uma organização internacional, hierarquia de um (ou alguns) de seus órgãos sobre outros, a produção de atos por estes deverá respeitar este escalonamento hierárquico. Tal circunstância terá, conforme visto, relação com a produção de instrumentos especialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas, relacionadas à violência, por seus direitos órgãos.

[642] Considera-se que as regras de teoria geral do Direito para solução de conflitos aparente de normas, magistralmente pormenorizadas, dentre outros autores, por Norberto Bobbio (1982) aplicam-se ao Direito Internacional, apesar da ausência de menção expressa pela CVDT.

[643] No entanto, a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados conferiria a normas de "jus cogens" patamar hierárquico superior às demais normas de Direito Internacional, sem que essa classificação tenha relação com o processo de formação da norma, que seguirá – mesmo no caso do "jus cogens" – sendo convencional ou costumeira. Nesse sentido, vide artigos 53 e 64 da CVDT.

[644] Como, por exemplo, questões orçamentárias ou aquelas ligadas ao funcionamento prático da ONU.

do Direito internacional nova e autônoma devem ser vistas com reservas, uma vez que, em princípio, esta ideia não parece ajustar-se nem à Carta das Nações Unidas, nem tampouco ao Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Assim, os documentos emanados da Assembleia Geral da ONU, ainda quando denominados resoluções, teriam apenas a natureza de recomendações, não mencionadas no artigo 38 do Estatuto da CIJ (ARÉCHAGA, 1980, p. 38).

Com muita cautela, o autor faz *concessão* às Declarações emitidas no âmbito da Assembleia Geral da ONU como possíveis *fontes* do Direito Internacional, apenas em situações muito específicas. Nessa medida, uma declaração emitida pela Assembleia Geral da ONU poderá ser fonte do direito *apenas na medida em que se relacionar ao Direito Internacional consuetudinário*, por uma das 3 formas seguintes:

a) "reconhecer como Direito consuetudinário normas existentes com anterioridade [à Declaração adotada] e declará-las como tais [como componentes do Direito Internacional consuetudinário]";

b) "uma norma 'in status nascendi', de Direito consuetudinário em vias de formação, pude cristalizar-se graças ao fato de ter sido adotada por unanimidade em uma declaração da Assembleia Geral [da ONU]"; e

c) "uma resolução da Assembleia Geral que claramente seja 'de lege ferendae' pode servir de ponto de partida para que, posteriormente, e ajustando-se a ela, a prática dos Estados transforme a resolução em uma norma de Direito internacional consuetudinário" (ARÉCHAGA, 1980, p. 39).

A constatação de que uma resolução da ONU se amoldaria a alguma destas 3 tipologias não seria automática, dependendo da análise de vários de seus elementos/circunstâncias como, por exemplo "a redação de seu texto, o número obtido de votos favoráveis, as declarações apresentadas pelos países membros da ONU no curso dos debates e a conduta posterior dos Estados e da própria Organização das Nações Unidas a respeito de cada resolução (ARÉCHAGA, 1980, p. 39). Segundo Castañeda, "tais resoluções da Assembleia [Geral da ONU] não criam Direito, mas podem comprovar com autoridade sua existência" (CASTAÑEDA, 1969, p. 171).

A definição clássica de tratado indica que este "designa qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, *destinado a produzir efeitos de direito* e regulado pelo direito internacional" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 107, grifos nossos), independentemente da nomenclatura adotada[645]. Os tratados, em si mesmos, são fonte de *obrigação* aos seus Estados-Partes e podem formar importante fonte material ao refletirem, ou incorporarem, o direito internacional consuetudinário (CRAWFORD, 2012, p. 21).

A razão para a obrigatoriedade dos tratados, por sua vez, estaria no princípio de Direito do "pacta sunt servanda", segundo o qual os acordos são obrigatórios (SHAW, 2014, p. 67). O artigo 26 da CVDT, intitulado "pacta sunt servanda", determina que "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé". Em decorrência, o princípio do "pacta sunt servanda" aplica-se à Convenção da Haia de 1980, devendo seu conteúdo ser cumprido por seus Estados-Partes e, defende-se neste estudo, *também* aos indivíduos privados que se encontram nos territórios dos primeiros. Este princípio também regerá sua interpretação e aplicação, conforme será visto.

Apesar da conceituação clássica do termo tratado voltar-se à criação de obrigações *aos seus Estados-Partes*, considera-se possível que um tratado também veicule obrigações, ainda que de forma *mediata* a indivíduos privados. Essa seria, defende-se, a situação da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes: ao lado da obrigação estatal de prevenir e combater[646] a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, a decisão judicial adotada gera efeitos nas esferas jurídicas dos envolvidos: a criança (ou adolescente), o genitor subtrator e o genitor abandonado.

Embora não pareça existir, para alguns, hierarquia entre as fontes do Direito Internacional, Crawford considera que os redatores do Estatuto da CIJ "estipularam uma ordem" e, em uma das versões alcançadas durante as negociações, a palavra *sucessivamente* aparecia no texto (CRAWFORD, 2012, p. 22-3)[647]. Nos termos do Estatuto da CIJ, embora "as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações"[648]

---

[645] Conforme será visto, o artigo 2º da CVDT também veicula definição para o termo *tratado*.
[646] Pela aplicação célere do mecanismo do retorno imediato.
[647] Entende-se que a exclusão da palavra *sucessivamente* na versão final da CVDT, indica o abandono de qualquer hierarquia ou ordem entre as fontes enumeradas nas alíneas "a" a "c" do parágrafo 1º do artigo 38 do Estatuto da CIJ.
[648] Artigo 38 do Estatuto da CIJ.

também sejam *fontes* do Direito Internacional, estas seriam apenas "meio auxiliar para a determinação das regras de direito" – possuindo, segundo Shaw (2014, p. 87), "função subordinada" e "fundamentalmente interpretativa" (CHRISTÓFOLO, 2019, p. 61).

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é tratado de Direito Internacional Público, enquanto a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes é convenção que ainda vem sendo frequentemente classificada como integrante (exclusivo) do ramo do Direito Internacional Privado. Entretanto, conforme discutido em tópico anterior deste estudo, defende-se que a Convenção da Haia de 1980 é *tratado híbrido*, incluído nos âmbitos do Direito Internacional Privado e Público, *simultaneamente* – mais especificamente, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Uma vez que a CVDT veicularia normas de *metadireito*, ou seja, normas sobre a criação, interpretação, aplicação e extinção de outras normas de Direito Internacional, a Convenção da Haia e, em especial sua *exceção de grave risco*, devem ser interpretadas, defende-se nesta tese, a partir da moldura hermenêutica contida na primeira (a CVDT). A teoria tradicional sobre o Direito Internacional Privado, por sua vez, adota visão considerada *inadequadamente restritiva* das *fontes* do Direito Internacional Privado. Para Amílcar de Castro, por exemplo:

> "até o meado do século XVIII, não havia leis de direito internacional privado, conquanto já se conhecessem e se observassem desde o século XII muitas normas jurisprudenciais e doutrinárias. Só em 1756, o Código Civil bávaro (...) pela primeira vez apresentou regras gerais legisladas; daí por diante os governantes começaram a incluí-las em seus Códigos, e agora os sistemas nacionais são, quase todos, em parte, legislados" (CASTRO, 2001, p. 111).

Este autor, portanto, considera que as *fontes* do Direito Internacional Privado estariam localizadas exclusivamente no âmbito dos direitos domésticos (a lei interna). Ele também inclui a jurisprudência como "importantíssima fonte de critérios jurídicos, embora considere que "não se deve confundir jurisprudência com decisão judicial" e defere à doutrina (também chamada de direito científico, por este autor) "preciso valor" em razão da "autoridade científica" de seus autores. Por fim, o teórico considera que "na esfera do direito privado, o costume é excelente critério de apreciação jurídica dos fatos" (CASTRO, 2001, pp. 113, 119-20).

Resta claro que este teórico considera que o Direito *Internacional* Privado não é, propriamente, Direito *Internacional*, mas doméstico. Assim, ele "não pode, como direito positivo, emanar diretamente de tratado", embora não desconsidere o ferrenho debate entre

monistas e dualistas. Filiando-se à corrente teórica segundo a qual "tratado não é lei; é ato internacional, que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa, e não o povo na ordem interna", considera *impossível* que um mesmo ato, "ao mesmo tempo, possa ser tratado e ato legislativo ordinário e conclui, então, que o "tratado explana relações entre governantes (horizontais, sendo as pessoas coordenadas), enquanto a lei e o decreto explicam relações do governo com seus súditos (verticais, entre subordinante e subordinados)" (CASTRO, 2001, pp. 123-4). Esta tese, no entanto, não se veicula – ao menos não totalmente - a esta corrente teórica, conforme vem sendo visto no decorrer deste estudo.

Mais modernamente a teoria do Direito Internacional Privado, inclusive no Brasil, tem considerado salutar o "crescimento exponencial do Direito Internacional Público", tendo este último "fontes variadas" (RAMOS, 2018, pp. 87-8), que seriam:

> "acompanham essa expansão frenética a saber: (i) tratados; (ii) costume internacional; (iii) princípios gerais de direito *reconhecidos* pelos Estados; (iv) atos unilaterais dos Estados e as (v) deliberações *vinculantes* das organizações internacionais). Há ainda a doutrina e a jurisprudência, que, apesar de não serem fontes produtoras de normas, são extremamente importantes por estabelecer[em] a intepretação internacionalista das normas e, assim, pautar a sociedade internacional" (RAMOS, 2018, p. 88, grifos nossos).

Sem efetuar indicação expressa de quais seriam as *fontes* do Direito Internacional Privado, este autor compreende o Direito Internacional Público como dotado de normas que compunham, no passado, apenas o objeto do Direito Internacional Privado: "a escolha da lei (norma de regência) e cooperação jurídica internacional. Tais normas estão divididas em dois blocos (i) as fontes convencionais (os tratados internacionais) e (ii) as fontes extraconvencionais (...)" (RAMOS, 2018, p. 96).

Para este autor contemporâneo, as fontes *extraconvencionais* do Direito Internacional "consistem no costume internacional, princípios gerais de direito comuns aos Estados e do Direito Internacional, resoluções vinculantes de organizações internacionais e atos unilaterais" (RAMOS, 2018, p. 96). Conforme vem sendo apontado neste estudo, a Convenção da Haia, além de normas tradicionalmente compreendidas como integrantes do Direito Internacional Privado, também inclui normas oponíveis a Estados e a consagração de direitos fundamentais.

Nadia de Araujo considera que o Direito Internacional Privado (DIPr) possui *fontes de origem nacional e de origem internacional*, operando simultaneamente. Seriam nacionais a legislação doméstica dos países, a doutrina e a jurisprudência. De origem internacional ter-se-iam os tratados e convenções, e também fontes doutrinárias e jurisprudenciais, "como a Corte

Internacional de Justiça, os tribunais 'ad hoc' de Arbitragem, os exemplos de cortes regionais (...) além de decisões sobre a aplicação do DIPr nos tribunais nacionais, utilizados na doutrina e jurisprudência [internacionais]" (ARAÚJO, 2018, pp. 122-24).

Posicionamento semelhante é adotado por Mazzuoli, para quem:

> "o sistema das fontes contemporâneas do DIPr é um sistema *misto*, eis que os Estados têm suas *leis internas*, mas também são partes em grande número de *tratados internacionais* (sic!), tanto multilaterais como bilaterais, relativos à matéria (para além de se subordinarem aos *costumes internacionais* sobre DIPr)"[649] (MAZZUOLI, 2015, p. 64, grifos no original).

Em conclusão, para a parte mais moderna da teoria pesquisada, as *fontes* do Direito Internacional Privado poderão derivar, simultaneamente, dos direitos domésticos de cada país ou de sua produção coletiva (multilateral ou bilateral). Além disso, Direito Internacional Público e Privado podem apresentar, por vezes, fontes de conteúdo (ou objetivo) semelhante. Maristela Basso sintetiza a situação atual do DIPr mencionando que "o direito internacional privado chega à atualidade caracterizado pela 'pluralidade dos métodos' e 'complexidade das fontes normativas'" (BASSO, 2014, p. 32).

Entretanto, considera-se demasiadamente pós-moderna sua concepção de que:

> "seria hoje absolutamente irrelevante buscar justificar uma prevalência de fontes formais do direito ou hierarquização entre elas, sobretudo quando a sociedade internacional se caracteriza pelo pluralismo de centros decisórios e consciência sobre a regulação material das condutas humanas e solução de litígios em nível transnacional; (...)" (BASSO, 2014, p. 33).

Passar-se-á, na sequência, às considerações iniciais sobre a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

4.2. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como codificação do Direito Internacional consuetudinário e seu desenvolvimento progressivo

O presente tópico inaugura a apresentação, análise e discussão da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados e, em especial, sua relevância como principal – senão o único – instrumento aceito *expressamente* e em caráter *multilateral* – como ferramenta para

---

[649] Referência semelhante encontra-se em JAYME, 1995, p. 60.

interpretação dos tratados - incluída aí a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi aprovada no dia 23 de maio de 1969. A importância dos tratados na vida jurídica (internacional e, com cada vez mais frequência, doméstica) levou a Comissão de Direito Internacional (ILC, de seu acrônimo em inglês – "International Law Commission"[650]) a preocupar-se muito cedo com a codificação dos princípios razoavelmente bem definidos - especialmente aqueles já consagrados no Direito Internacional Consuetudinário - relativos à conclusão, interpretação e aplicação dos tratados.

Tais esforços de codificação foram iniciados em 1950, passando a serem mais ativos a partir de 1961. A CVDT foi concluída apenas em 1969, especialmente por força das complexidades temáticas observadas em seu curso (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 108-9). Segundo Crawford, mais precisamente desde 1949 a ILC passou a preocupar-se com o Direito dos Tratados, tendo em 1966 adotado minuta de texto com 75 artigos, que formaram a base da CVDT (CRAWFORD, 2012, p. 367).

Denominada *tratado dos tratados*, a CVDT é apontada como "um êxito notável e um exemplo de conciliação bem-sucedida entre a codificação pura e simples de regras preexistentes e o seu desenvolvimento progressivo". Enquanto a codificação "é uma operação de *conversão* das regras consuetudinárias num corpo de regras *escritas",* o *"desenvolvimento* do direito [internacional] é uma operação de *afirmação* ou de *consagração* de regras novas com base no direito existente"[651] (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 109 e 305, grifos no original).

---

[650] A Comissão de Direito Internacional é órgão estabelecido pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) para cumprimento de seu mandato de "iniciar estudos e fazer recomendações com o objetivo de (...) encorajar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação", nos termos do artigo 13 da Carta da ONU.
Para os trabalhos sobre Direito dos Tratados e a elaboração da CVDT a ILC teve 4 Relatores Especiais: Brierly, Lauterpatch, Fitzmaurice e Waldock. Apenas Waldock teria incluído, efetivamente, o assunto da interpretação dos tratados nos trabalhos da comissão, embora seus dois antecessores imediatos tenham elaborados estudos detalhados sobre o tema (GARDINER, 2015, pos. 3594).

[651] "A clareza da distinção é apenas aparente. Na prática, as duas operações estarão muitas vezes intimamente imbricadas, quanto mais não seja para reforçar a coerência lógica do corpo de regras inscritas numa mesma convenção; será, contudo, necessário recorrer ao juiz para distinguir, no interior de um texto de codificação, as regras costumeiras e as regras novas" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 305).

A conclusão da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi aprovada por 79 Estados-Membros da Organização das Nações Unidas, com 19 abstenções (entre estas todos os países do Leste) e um voto contrário, emitido pela França[652]. A maior parte de seus dispositivos foram *adotados* por unanimidade ou por largas maiorias. Apesar de finalizada em 1969, ela apenas entrou em vigor, em âmbito internacional, em 27 de janeiro de 1980, 90 dias depois do depósito do 35º instrumento de ratificação[653].

Mesmo antes de sua entrada em vigor, órgãos jurisdicionais e árbitros internacionais já se referiam à CVDT com frequência, constituindo ela o "principal guia da prática dos Estados em matéria de tratados" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 305). Além disso, aponta-se que esta convenção se aplica aos tratados de forma *geral*, inclusive àqueles elaborados *antes* de sua entrada em vigor (GARDINER, 2015, pos. 1692).

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) já confirmou, em várias ocasiões, a natureza de *Direito Internacional Consuetudinário* dos artigos 31 a 33 da CVDT[654], mesmo antes da entrada desta última em vigor[655]. No mesmo sentido já se manifestaram a Corte Europeia de Justiça[656]

---

[652] Até o momento a França não aderiu à CVDT. Os Estados Unidos da América, embora tenham assinado a convenção, não a ratificaram. Informação disponível em https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em 19.03.2019.

[653] No Brasil esta convenção entrou em vigor apenas no ano de 2009, por intermédio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, com reserva aos artigos 25 e 66, bem como com a ressalva de que "são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição [Federal de 1988]". Informação disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 14.03.2019.

[654] Por exemplo, no julgamento do Caso "Maritime Dispute (Peru v. Chile)", em 27 de janeiro de 2014. Relatórios CIJ de 2014, parágrafo 57. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20140127-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 17.03.2019; "Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)", julgado em 13 de julho de 2009. Relatórios CIJ de 2009, pp. 217 e 237. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 17.03.2019; "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)", julgado em 11 de julho de 1996. Relatório CIJ de 2007, pp. 43, 109-10. Disponível em https://www.icj-cij.org/en/case/91/judgments. Acesso em 17.03.2019; "Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)", julgado em 23 de outubro de 2001. Relatório CIJ de 2002, pp. 625, 645-6. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/102/102-20011023-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 17.03.2019.

[655] Por exemplo, na Opinião Consultiva de 21 de junho de 1971, no caso "Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council 276" – Relatórios CIJ de 1971, pp. 16, 47. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 17.03.2019.

[656] A Corte Europeia de Justiça já afirmou que o "o direito internacional costumeiro dos tratados forma parte da ordem jurídica europeia, e ela geralmente segue (implícita ou explicitamente) a CVDT" (CRAWFORD, 2012, p. 368).

e o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio[657], dentre outros. A Corte Europeia de Direitos Humanos desde pelo menos 1975 já faz uso da moldura hermenêutica da CVDT[658].

A definição de *tratado*, para os fins deste acordo internacional, encontra-se incluída no artigo 2º, parágrafo 1º, alínea "a" da CVDT, que indica que "'tratado' significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica". Nessa definição saltam aos olhos pelos menos 2 importantes elementos: a forma *escrita* e sua validade apenas *entre Estados*. Conforme apontado em tópico anterior[659], considera-se que as obrigações incluídas em tratados poderão veicular não apenas os Estados, mas também – ainda que de forma *mediata* – indivíduos privados.

No que tange à *forma escrita*, aponta-se que o artigo 3º da CVDT não nega validade jurídica a acordos *verbais*, mas indica que a CVDT confirma, ainda que de forma implícita, que "as regras relativas a esses acordos não apresentam provavelmente segurança suficiente para permitir sua codificação". Por fim, considera-se que "por 'tratados' designa-se, tanto o *conteúdo* do acordo concluído entre as partes, quer dizer, o próprio acordo, como o *instrumento* que formaliza esse acordo" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 305). Além disso, importante mencionar que a definição de tratado, para os fins da CVDT, mostra-se mais restrita que aquela encontrada no Direito Internacional Costumeiro, que incluiria, para além de avenças entre Estados, os acordos envolvendo organizações internacionais e outros atores (AUST, 2013, pp. 7-8, 16 e 55).

Sob todos os aspectos do artigo 2º da CVDT a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes constitui um *tratado*, ainda que tenha recebido a denominação de *convenção*. Aplicando-se o artigo 1º da Convenção

---

[657] Por exemplo, no julgamento pelo órgão de apelação da OMC, no Caso US-Gasoline, WTO Doc. WT/DS2/AB/R, de 29 de abril de 1996. Disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=14573&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em 16.03.2019.

[658] Por exemplo, no julgamento do Caso Golder v. Reino Unido (nº 4451/70), emitido em 21 de fevereiro de 1975, parágrafo 34. Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57496&filename=001-57496.pdf. Acesso em 15.03.2019.

[659] Capítulo 4.1.

de Viena de 1969, que indica que "a presente Convenção se aplica aos tratados entre Estados", tem-se que a CVDT se aplica, inequivocamente e integralmente, à Convenção da Haia de 1980.

Os tratados podem exercer uma ampla variedade de funções (McNAIR, 1961, pp. 739-54), desde a regulamentação de limites e outras questões territoriais, passando pela constituição de organizações internacionais, alcançando até, como no caso da Convenção da Haia de 1980, a regulamentação *indireta* de condutas de pessoas privadas, bem como a obrigação *direta* de seus Estados-Partes de prevenção e combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes.

A "International Law Commission" (ILC), nas discussões para elaboração da CVDT evitou, deliberadamente, a adoção de qualquer classificação dos tratados, além de não ter feito distinção entre "law making" e outros tratados ("treaty-contract"), distinção essa que viria perdendo, progressivamente, importância (CRAWFORD, 2012, p. 370)[660]. A Convenção da Haia de 1980 seria, entende-se, exemplo de tratado denominado "law making"[661], ao criar, dentre outros aspectos, regras objetivas, a serem respeitadas por seus Estados-Partes (e, de forma mediata, pelos cidadãos destes últimos), de prevenção e combate à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes.

A ILC rejeitou, na redação da CVDT, o conceito de *regime objetivo*[662] em relação aos efeitos dos tratados sobre Estados que deles não são parte. Com isso, apenas os Estados-Partes da CH80, por exemplo, estão obrigados ao cumprimento (integral) de seu conteúdo sob pena, ao menos em tese, de responsabilização internacional do Estado considerado inadimplente[663].

A Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados é dividida em VIII Partes que, no total, compreendem 85 artigos. Conta também com um anexo, que disciplina processo

---

[660] Entretanto, o mesmo autor aponta que "is should be acknowledged that some of the VCLT [CVDT] rules, for example Article 18 and the rules relating to reservations, may work better with contractual-type agreements than with law-making ones" (CRAWFORD, 2012, p. 370).
[661] Serão "law making treaties", para Crawford, os "tratados multilaterais que criam um conjunto de regras" ou que estabeleçam uma instituição (organização internacional) (CRAWFORD, 2012, p. 370).
[662] A imposição das obrigações contidas em um tratado para além de seus Estados-partes.
[663] O cumprimento da CH80 não conta com um órgão de solução de controvérsias próprio como ocorre, por exemplo, com a Organização Mundial do Comércio. Em tese, disputas entre países sobre a Convenção da Haia de 1980 poderão ser levadas a julgamento junto à Corte Internacional de Justiça e ao Tribunal Permanente de Arbitragem. No entanto desconhece-se que qualquer disputa entre países sobre este tratado tenha sido submetida a qualquer destes 2 órgãos, até o momento. O adequado cumprimento da CH80 já vem sendo discutido no âmbito das Cortes Regionais (europeia e americana) de Direitos Humanos, bem como pela Corte Europeia de Justiça.

de conciliação entre países, a ser aplicado no caso de alegações de nulidade, extinção, retirada ou suspensão de execução de um tratado. A Parte III da CVDT volta-se à observância, aplicação e interpretação dos tratados e encontra-se dividida em 4 seções. A Seção 3, por sua vez, dedica-se à interpretação de tratados" e compreende os artigos 31 a 33, objeto direto do presente estudo.

A CVDT veicula presunção em relação à validade e continuidade de vigência dos tratados[664], que parece fundada no princípio geral de Direito Internacional do "pacta sunt servanda" – mencionado expressamente no texto da convenção - de onde se extraem as conclusões de que um tratado vigente é de cumprimento obrigatório entre as partes e deve ser executado de boa-fé[665] e que a legislação doméstica dos países não pode ser invocada para justificar falhas em sua execução[666].

Em suma, a CVDT volta-se à disciplina da formação, interpretação, aplicação, modificação e extinção dos tratados - é o instrumento internacional, de caráter multilateral, que regulamenta *toda a vida de uma convenção*. Contando atualmente com 116 Estados-Partes[667] ela é aplicável, ainda, a países que não ratificaram o instrumento, por força de sua natureza, amplamente reconhecida, de direito costumeiro – especialmente quanto ao seu capítulo hermenêutico, conforme visto acima.

Na sequência será pormenorizada a questão da incidência da CVDT à CH80, a relevância da primeira como instrumento para hermenêutica dos tratados e as principais abordagens interpretativas encontradas na interpretação de textos jurídicos.

---

[664] Vide artigo 42 da CVDT, segundo o qual "Validade e Vigência de Tratados. 1. A validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção.
2. A extinção de um tratado, sua denúncia ou a retirada de uma das partes só poderá ocorrer em virtude da aplicação das disposições do tratado ou da presente Convenção. A mesma regra aplica-se à suspensão da execução de um tratado".

[665] Nesse sentido, vide artigo 26 da CVDT, segundo o qual "Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé". A boa-fé na interpretação de tratados encontra-se expressamente mencionada em seu artigo 31.

[666] Vide artigo 27 da CVDT. "Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46".

[667] Informação disponível em https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em 15.03.2019.

4.3. Incidência da Convenção de Viena de 1969 à Convenção da Haia de 1980, sua relevância e as abordagens interpretativas clássicas

Pelo quanto visto, resta demonstrado que a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT) se aplica à interpretação de quaisquer tratados, não importando seu conteúdo, o número de partes envolvidas, *se voltados a produção de efeitos dentro dos ordenamentos jurídicos domésticos dos países ou exclusivamente entre Estados* ou, ainda, se regularem as relações entre uma pessoa (física ou jurídica) e um ou mais Estados.

A utilidade das regras interpretativas da CVDT também já foi testada, adotando-se o mecanismo da analogia - embora com cautela - na interpretação de alguns atos *unilaterais*, como declarações dos países em aceitação à jurisdição da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e resoluções de órgãos de organizações internacionais[668] (GARDINER, 2015, pos. 2035).

Conforme mencionado anteriormente, não se encontram, em âmbito teórico ou no seio da comunidade internacional, esforços substanciais ou consistentes para aplicação da CVDT à Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, para além de menções esparsas a algum dos artigos do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 (por todos, SILBERMAN, 2005, p.9).

Especula-se que as razões para tal situação estariam fundadas, dentre outros aspectos, na tradicional ideia de que os instrumentos internacionais (tratados) de Direito Internacional Privado seriam voltados, apenas, à regulamentação de situações *exclusivamente privadas plurilocalizadas*, ocorridas entre indivíduos particulares em relações que tangenciam o território de mais de um país. Segundo tal raciocínio, a CVDT se aplicaria somente aos tratados que estabelecem relações *entre Estados*. Gardiner, embora não negue aplicação da CVDT aos tratados de Direito Internacional Privado, mas provavelmente limitado à ideia acima, chega a apontar que "as muitas convenções elaboradas pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado" configurariam uma espécie que, "provavelmente será interpretada, apenas – ou primordialmente – dentro dos sistemas jurídicos nacionais" (GARDINER, 2015, pos. 2021-2028).

---

[668] Sobre a interpretação de resoluções, especialmente no âmbito do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, vide WOOD, 1996; 1998.

Discorda-se desta posição, ao menos no que diz respeito à Convenção da Haia de 1980. Por primeiro, embora os sujeitos *mediatos* potencialmente envolvidos em situação de subtração internacional de crianças e adolescentes sejam pessoas físicas, em geral as próprias crianças e adolescentes e seus genitores, este tratado veicula, inequivocamente, obrigações aos seus Estados-Partes, de *prevenção* e *combate estatal* a este deletério fenômeno. Ramos reforça a hipótese a que adere esta tese, no sentido de que o capítulo hermenêutico da CVDT é aplicável à interpretação de *quaisquer tratados* (RAMOS, 2018, p. 95).

Além disso, conforme analisado em tópico anterior deste estudo[669], defende-se que a CH80 é tratado de natureza *híbrida* que, para além de compor o rol de instrumentos do Direito Internacional Privado, também seria *tratado de direitos humanos, integrando o ramo do Direito Internacional Público – mais especificamente, do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Não há dúvidas, teóricas ou junto aos órgãos internacionais de solução de controvérsias, que a CVDT é aplicável a tratados de direitos humanos. Por fim, o fato de a Convenção da Haia de 1980 ser *primordialmente*[670] interpretada por cortes domésticas, essa circunstância não parece significar que ela não poderá ser interpretada a partir da moldura hermenêutica da CVDT.

Defende-se, neste estudo, a *absoluta relevância* da Convenção de Viena de 1969 para interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, sendo esta o *único* instrumento multilateralmente *aprovado* e atualmente em vigor no âmbito da comunidade internacional, apto a regulamentar toda a *vida* dos tratados: sua formação, interpretação, extinção etc. Em relação aos Estados que não aderiram a tal convenção, a Corte Internacional de Justiça já teve a oportunidade de manifestar-se, por intermédio de seus julgamentos, sobre a natureza de *direito internacional costumeiro* do capítulo interpretativo da CVDT, conforme visto.

Por fim, na medida em que os países vão aderindo (assinando e ratificando) a CVDT, eles vão *internalizando* seu conteúdo aos seus direitos domésticos[671]. No caso brasileiro, por exemplo, desde publicação do Decreto nº 7.030, em 14 de dezembro de 2009, que "promulgou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com

---

[669] Em especial, vide Capítulo 3.
[670] É sabido que a Convenção da Haia já foi objeto de análise por cortes internacionais como, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos.
[671] – Não se pode perder de vista que os efeitos da internalização de tratados aos sistemas jurídicos internos dos Estados poderão variar.

reserva aos Artigos 25 e 66"[672], suas normas adotaram o "status" normativo de lei ordinária, ao lado de todo o resto do corpo normativo pátrio de igual estatura hierárquica, como se direito interno fosse.

Assim, e em reação à ideia de Gardiner (2015, pos. 2021-2028), acima mencionada, defende-se que *todo e qualquer tratado deverá* ser interpretado, pelos operadores jurídicos nacionais (e internacionais, como as Cortes Regionais de Direitos Humanos, a Corte Internacional de Justiça etc.), a partir da moldura hermenêutica contida na CVDT. Esta última, por sua vez, poderá conviver com outros diplomas normativos domésticos, de estatura normativa menor, igual ou superior, aplicando-se as regras de solução de antinomias aparentes prevista, em especial em Bobbio (1992).

Se por um lado, no caso da Convenção da Haia de 1980, um juiz nacional decide uma demanda com fundamento em uma lei doméstica – o tratado internacional internalizado -, ao mesmo tempo o mesmo órgão julgador está engajado no exercício e desenvolvimento do Direito Internacional, já que o tratado é, por si mesmo, a materialização deste Direito (SILBERMAN, 2005, p. 9).

Discutia-se, na teoria clássica – especialmente antes da adoção da CVDT, quais seriam as mais adequadas regras e técnicas de interpretação jurídica[673]. No campo do Direito Internacional, encontram-se 3 abordagens tradicionalmente identificadas na interpretação de tratados. O primeiro é centrado no *texto* atual do tratado e dá ênfase à análise das palavras utilizadas (FITZMAURICE, 1957, p. 204-7) – denominada, comumente, de abordagem objetiva.

O segundo observa a *intenção das partes* na adoção do acordo como solução para ambiguidades em seus dispositivos (LAUTERPATCH, 1950, p. 366) – abordagem subjetiva. Por fim, a terceira abordagem adota uma visão mais ampla, enfatizando o *objeto e propósito* do tratado como o mais importante pano de fundo para medida de qualquer dispositivo de um tratado (SHAW, 2014, p. 676; FITZMAURICE, 1957, p. 207-9).

---

[672] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 10.11.2019.

[673] Sobre os esforços de identificação de regras para a interpretação de tratados desde o século XVII, com Grotius, Pufendorf e Vattel, alcançando a Escola de "New Haven" e os trabalhos da "International Law Commission" (ILC), vide GARDINER, 2015, pos. 3233 e ss.

Embora não pareça existir posição unívoca ou majoritária, a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados teria adotado aspectos destas 3 abordagens[674], mesclando-as. Em relação à *intenção das partes*, considera Gardiner (2015, pos. 1700) que, assim como o *espírito do tratado*, este elemento não teria sido incluído *explicitamente* nos artigos 31 a 33 da CVDT[675]. Seguindo esta última linha, a CIJ manifestou-se no sentido de que um dispositivo convencional deve ser interpretado em conformidade com a intenção de seus autores, *intenção essa na forma em que se encontrar refletida no texto do tratado*, além de outros fatores relevantes à interpretação[676].

Do mesmo modo, os comentários da "International Law Commission" (ILC) que acompanharam a minuta de artigos da CVDT apresentada à Conferência de Viena de 1968-9, ocasião na qual o texto da CVDT foi aprovado, indicaram que:

> "o texto deve ser presumido como uma expressão autêntica da intenção das partes; (...) em consequência, o ponto de partida da interpretação é a elucidação do sentido do texto, não uma investigação 'ab initio' sobre a intenção das partes" (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DOS TRATADOS, 1969, p. 40).

No que tange ao *princípio da efetividade*, segundo Crawford este não teria sido adotado pela ILC, por terem sido consideradas suficientes as disposições da CVDT que indicam que a interpretação de tratados deve ser realizada de boa-fé e de acordo com o sentido ordinário do texto (CRAWFORD, 2012, p. 380). Gardiner menciona que este princípio indica que a um dispositivo em um tratado deve ser conferida interpretação que permita-lhe ter uma função, ao invés de interpretação que o prive de qualquer efeito. Assim, pelo princípio da efetividade:

a) há um senso geral de realização dos objetivos do tratado;

---

[674] Crawford aponta que "várias 'regras' para interpretação de tratados foram utilizadas durante os anos (nota de rodapé omitida). Estas incluem a abordagem textual, a abordagem restritiva, a abordagem teleológica e o princípio da efetividade. De todos estas apenas a abordagem textual teria sido expressamente reconhecida pela CVDT: o artigo 31 enfatiza a intenção das partes como expressa no texto, como o mais adequado guia para sua intenção comum. A jurisprudência da Corte Internacional, do mesmo modo, apoia a abordagem textual" (CRAWFORD, 2012, p. 379).

[675] Com exceção do artigo 31, parágrafo 4º, que se refere a um contexto muito específico, qual seja, o estabelecimento de *sentido especial*, a um termo ou expressão contida em uma convenção.

[676] Nesse sentido vide julgamento, em 2009, do Caso "Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)" – Relatórios CJI 2014, página 237. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 20.03.2019.

b) deve-se preferir uma interpretação que confere sentido a *todos* os termos da avença, ao invés de suprimir uma ou mais palavras de terem função ("ut res magis valeat quam pereat", no latim; em francês, "effet utile") (GARDINER, 2015, pos. 2658 e 3409).

Embora aparentemente a CVDT não tenha, *diretamente*, incorporado o princípio da efetividade ao seu texto, considera-se que ambas as noções se encontram incluídas no dever de interpretar os tratados de boa-fé[677]. Alerta-se que embora a regra do efeito útil permita o alcance de interpretação eficaz, ele "não deveria levar à procura incondicional da aplicação do texto a ponto de pô-lo em contradição com outros elementos do tratado" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 240).

Constatada a necessária aplicação do capítulo interpretativo da CVDT à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, o tópico seguinte poderá apresentar as principais dificuldades da aplicação prática da primeira aos tratados.

4.4. Principais dificuldades do manejo da Convenção de Viena na interpretação de tratados

Enquanto muitos ainda consideram a interpretação uma arte, outros a enxergam como uma operação mecânica. Waldock adverte que a interpretação é tarefa que clama por investigação, equilíbrio das evidências, decisão, visão e uma adequada apreciação de um número de fatores que variam em cada caso. E continua "nenhum cânone interpretativo pode ter utilidade absoluta ou universal na execução desta tarefa, e parece desejável que qualquer ideia de que eles os sejam deve ser repelida" (WALDOCK, 1964, p. 53). No que diz respeito aos cânones de interpretação, Alexy também se mostra crítico, ao considerar que:

> "Os cânones de interpretação têm sido tema de discussão ampla desde a época de Savigny [nota de rodapé omitida]. Mesmo atualmente ainda não há acordo quanto ao seu número, sua formulação precisa, sua ordem hierárquica e seu valor. (...)
> Uma das mais importantes tarefas dos cânones é a justificação dessas interpretações. Entretanto, isso não exaure sua função. Eles também podem dar frutos diretamente na justificação de normas não positivas como em muitas outras afirmações jurídicas" (ALEXY, 1990, p. 227-8).

---

[677] Em sentido parcialmente diverso, considera-se que "a menção do objeto e fim do tratado no artigo 31, parágrafo 1º, da Convenção de Viena remete implicitamente para a regra do efeito útil" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 240).

Apesar de sua inegável relevância e utilidade na interpretação dos tratados, não se pode afirmar, peremptoriamente, que o capítulo interpretativo da CVDT soluciona todos os problemas de interpretação ou leva diretamente a um resultado necessariamente correto em todos os casos. Nem suas regras seriam, tampouco, uma compilação *exclusiva* a guiar a interpretação de tratados. Outros princípios e habilidades utilizados para alcançar uma interpretação razoável permanecem possíveis, desde que não conflitem com as regras da CVDT (GARDINER, 2015, pos. 1692)[678].

No entanto, Gardiner não esclarece, com precisão, quais seriam os outros princípios e habilidades que poderiam ser aplicados à interpretação da Convenção da Haia de 1980[679] - ou de quaisquer outros tratados, razão pela qual defende-se permanecer válido o corte metodológico adotado nesta tese, que se volta à aplicação *integral* (com exceção, via de regra, de outras normas interpretativas) do capítulo hermenêutico da CVDT à interpretação da Convenção da Haia de 1980 e, em especial, a sua *exceção de grave risco*, em contextos de violência doméstica.

Rezek elucida que na interpretação de tratados "a *analogia* é um procedimento hermenêutico válido, sem prejuízo da eventual pertinência do *argumento a contrário* e da *regra 'expressio unius est exclusio alterius'",* bem como da "*regra hermenêutica 'contra proferentem*[680]*',* que, ao contrário das demais, não tem lugar na interpretação das leis internas". O autor, ainda, completa, em total pertinência com a situação da *exceção de grave risco* da CH80, que há "reconhecimento geral de que a interpretação restritiva se impõe a respeito de cláusulas que limitem, de algum modo, a soberania dos Estados ou que importem, da parte deles, submissão a juízo arbitral ou permanente" (REZEK, 2002, p. 93, grifos nossos). Varella também contribui para este debate, incluindo como possíveis regras interpretativas, para além daquelas incluídas na CVDT:

---

[678] Conforme mencionado acima, embora esta tese defenda que a Convenção de Viena de 1969 é o único instrumento internacional multilateral e mandatório aprovado, no âmbito da comunidade internacional, para regulamentar a vida dos tratados, não se pode perder de vista que seu capítulo interpretativo poderá conviver, nos âmbitos domésticos, com outras normas, de estatura normativa igual, menor ou superior.

[679] Em pontos esparsos de sua obra, Gardiner (2015, pos. 2360 e 2376) indica exemplos de outros princípios de interpretação, como aqueles que indicam que uma palavra terá o mesmo sentido no decorrer de um mesmo texto, a menos que indicado de forma diversa e o princípio do livre consentimento.

[680] Segundo Varella, "em caso de dúvidas entre regras ambíguas (*contra proferentem*) em obrigações contratuais (sic), opta-se pela menos favorável ao país que redigiu a cláusula, porque ele tinha a opção de fazer do modo claro (princípio do *in dubio mitius*) (VARELLA, 2009, p. 106, grifos no original).

a) o critério da lei especial (que afasta a aplicação da norma geral) como instrumento possível de ser aplicado na interpretação dos tratados;

b) o princípio da presunção de não conflito, segundo o qual "se houver diversos tratados, com obrigações diferentes, deve-se buscar a interpretação que gere menos conflito entre estes";

c) *em alguns subsistemas* – como o da Organização Mundial do Comércio, também se observa indicação de interpretação de tratados "em favor dos países em desenvolvimento" (VARELLA, 2009, p. 106, 108).

Entende-se que é necessária cautela na inclusão de elementos estranhos – ao, ao menos, não explicitamente mencionados – à moldura hermenêutica da CVDT. Rememoram-se as palavras de Wood[681], para quem a interpretação de tratados diferiria da interpretação das leis domésticas. Tal consideração inclui, entende-se, também o método e regras que podem ser aplicadas a ambos os exercícios.

Em outro trecho, Gardiner reitera que as regras da CVDT "não são um conjunto de preceitos simples que podem ser aplicados para produzir um resultado cientificamente verificável", sendo que "mais orientação é necessária para o alcance de um resultado 'correto'", na medida em que as regras dos artigos 31 a 33 da CVDT ainda deixariam importantes lacunas em algumas situações. Na sequência, menciona que "o uso sistemático das regras como um meio prático de interpretação dos tratados ainda tem escopo para melhoria". E alerta seus leitores, por fim, ao apontar que "uma completa compreensão das regras [de interpretação] também requer alguma compreensão do resto do Direito dos Tratados, ao menos no que diz respeito a sua formação e implementação (GARDINER, 2015, pos. 1725-1741).

Uma outra crítica encontrada em âmbito teórico, ao manejo da CVDT na interpretação de tratados, parece dizer respeito à circunstância de que embora a CVDT confirma relevância ao *conteúdo ordinário do texto* do tratado a ser interpretado, as palavras não teriam sentido direto ou natural. Tal crítica não parece levar em conta a relação imediata entre as regras da CVDT para interpretação do *texto*, o *contexto* e o *objeto e propósito do tratado*, como essencialmente ligados na busca de sentido (GARDINER, 2015, pos. 2344).

---

[681] Em prefácio à GARDINER, 2015, posição 378.

Assim, considera-se, para os fins deste estudo, que a Convenção de Viena de 1969, apesar das dificuldades que seus dispositivos ainda possam apresentar à interpretação de tratados, é elemento relevante e imprescindível[682] para a *adequada e uniforme interpretação da exceção de grave risco da CH80.* Dotada de caráter mandatório aos seus Estados-Partes ou por força de sua natureza de *direito internacional consuetudinário*, já reconhecido inclusive pela Corte Internacional de Justiça, sua aplicação mostra-se, além de *obrigatória*, *universal*.

Apresentadas, brevemente, as principais dificuldades do manejo da CVDT na interpretação de tratados, passar-se-á, na sequência, à discussão, em caráter geral, quais sujeitos devem fazer uso da CVDT – ou seja, *quem interpreta os tratados?*

4.5. Quem interpreta tratados?

Tradicionalmente considerava-se que a interpretação de um tratado caberia, primordialmente, à *Cortes Internacionais* e, em alguma medida, também às organizações internacionais governamentais. O adensamento do número de instrumentos internacionais, de seus destinatários *imediatos* e *mediatos,* bem como da complexidade de seu conteúdo, vem levando ao aumento do número de atores e esferas envolvidas no exercício interpretativo destes instrumentos. Uma vez internalizados aos ordenamentos jurídicos domésticos, defende-se que o trabalho de hermenêutica de tratados extrapola as Cortes Internacionais, passando a incluir, no âmbito (interno) dos Estados-Partes, seus governos, advogados e servidores públicos, órgãos legislativos e judiciais, advogados privados e organizações não governamentais.

Tais considerações são integralmente aplicáveis, entende-se, à Convenção da Haia de 1980, especialmente na ausência de um órgão de natureza supranacional voltado especificamente a sua interpretação e aplicação. Outros tratados, por sua vez, conferem competência para um tribunal (internacional) "ad hoc" ou à Corte Internacional de Justiça (CIJ) para o julgamento das demandas *entre Estados*[683].

---

[682] Além do *único* aceito em âmbito multilateral.

[683] Ou, por vezes, entre indivíduos ou grupos privados em face de um Estado, como na hipótese das Cortes Regionais de Direitos Humanos.

Designa-se *interpretação autêntica* aquela que é fornecida diretamente pelas partes, enquanto a *interpretação não autêntica* é fornecida por terceiro. A interpretação autêntica tem a principal vantagem de reconhecer que são os autores da regra aqueles que conhecem melhor o sentido que quiseram a ela conferir. A interpretação não autêntica, por sua vez, ofereceria a vantagem de uma "objetividade acrescida", a partir da ótica de um terceiro, especialmente relevante quando as partes não concordam quanto ao sentido das disposições que as vinculam (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 231-2).

No caso da Convenção da Haia de 1980, conforme pormenorizado[684], um reduzido grupo de países participou de sua elaboração – cerca de 24 Estados, quase todos integrantes do norte desenvolvido – sendo que, na atualidade, este tratado já conta com mais de 101 Estados-Partes, que atualmente integram praticamente todas as regiões do globo. Assim parece, ao menos à primeira vista, que a interpretação *exclusivamente* pelas partes *que o elaboraram* não seria o método mais adequado para alcance de *uniformidade global* em sua aplicação, especialmente diante do largo incremento de países participantes dessa avença, circunstância que reflete diferenças em suas posições econômicas e culturais, dentre outras.

Adere-se, neste ponto, à posição segundo a qual o mecanismo do retorno imediato, incluído na Convenção da Haia de 1980, se funda em princípios de cooperação entre nações e *respeito aos diferentes sistemas legais e culturais* (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 7). Ainda tem sido nos âmbitos domésticos dos países que são parte da CH80 onde são emitidas, quase que exclusivamente, decisões sobre seu conteúdo, escopo, alcance e incidência[685].

Segundo Gardiner, os países que não participaram da negociação do tratado, mas que, após sua finalização, passam a dele fazer parte, possuem, efetivamente, interesse em conhecer a extensão os trabalhos preparatórios e os atos de outros Estados-Partes, bem como tais elementos podem afetar a interpretação da convenção, ganhando relevância tanto os seus efeitos quanto a acessibilidade à informação sobre eles (GARDINER, 2015, pos. 2081).

Buscando reduzir tal dificuldades, considera-se que a elaboração *posterior* de documentos *relevantes à interpretação da exceção de grave risco* da CH80, especialmente

---

[684] Capítulo 3.

[685] Com exceção de manifestações de Cortes Internacionais que, indiretamente e ainda de maneira esparsa, manifestam-se sobre a Convenção da Haia de 1980, em especial em contextos de alegações de violações ao direito à liberdade familiar.

aqueles *aprovados* pelos Estados-Membros da HCCH[686], é ferramenta indispensável à averiguação da *intenção atualizada* dos países que participam da Convenção da Haia de 1980, quanto à interpretação e aplicação de seu conteúdo[687].

A interpretação autêntica, por sua vez, poderá ser *unilateral* – quando realizada por um Estado, em suas comunicações diplomáticas ou *por suas autoridades domésticas* (administrativas ou judiciais). Duvida-se, entretanto, do caráter verdadeiramente autêntico desta interpretação em relação aos tratados, na medida em que a interpretação alcançada não vinculará nenhum outro país e poderá – como parece ocorrer, em grande medida, no caso da Convenção da Haia de 1980 -, dificultar o alcance de sua interpretação uniforme global. A interpretação unilateral deve refletir adequadamente as obrigações das partes incluídas no acordo, sendo certo que a legislação doméstica não pode ser alegada (ou aplicada), em princípio, para o descumprimento de tais obrigações[688].

Interpretação verdadeiramente autêntica, para os teóricos tradicionais, então, será aquela "que corresponde a um acordo efetuado entre *todos* os Estados partes no tratado", acordo este que poderá surgir *simultaneamente* com a adoção do tratado a ser interpretado ou *posteriormente* (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 233-4). O capítulo hermenêutico da CVDT parece refletir esta última ideia integralmente, admitindo que o acordo entre os Estados-Partes (para interpretação de uma convenção) possa ser *tácito*, desde que possível a identificação *inequívoca* de que ele resulta de *práticas concordantes dos Estados ao aplicarem o tratado*[689].

Em decorrência, a interpretação de um tratado por um *juiz internacional* corresponderia à *transferência (a um terceiro) da interpretação pelas partes*; mas, ainda assim, segue sendo classificada como interpretação *não autêntica*. No que diz respeito às organizações

---

[686] Por exemplo, a elaboração de Conclusões e Recomendações no âmbito do Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH, no seio das Comissões Especiais para Revisão da Implementação e Operação da CH80 (para os fins desta tese, acordos posteriores, nos termos da CVDT) e, ainda, seus Guias de Boas Práticas sobre a Aplicação da CH80 (prática subsequente, também segundo a CVDT, defende-se). Outros documentos, elaborados no âmbito do Direito Internacional Público e Privado também poderão ser relevantes, discussão travada em tópicos próprios deste estudo.

[687] Aponta-se que os temas da interpretação evolutiva dos tratados e da intenção das partes são sobremaneira controversos.

[688] Nesse sentido vide os artigos 26 e 27 da CVDT.

[689] Na hipótese de acordo para interpretação de um tratado apenas por alguns dos Estados-partes, esta vinculará, tão-somente, os países que participarem do primeiro (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 234).

internacionais, estas também poderão ter, explícita ou implicitamente, atribuição para interpretação sua carta constitutiva, dos tratados que as vincularam e, eventualmente, dos tratados invocados perante elas no âmbito de suas atribuições. Aponta-se que a Organização das Nações Unidas adotaria prática considerada controversa, para os teóricos tradicionais, segundo a qual a intepretação realizada por seus órgãos teria valor autêntico – e, em consequência, força obrigatória a *todos os seus Estados-Membros – desde que seja geralmente aceita* por estes últimos (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 236).

Não há dúvidas de que nos países em que a incorporação dos tratados aos seus ordenamentos jurídicos domésticos ocorre colocando-os em paralelo[690] com as normas domésticas os *juízes domésticos* interpretarão tratados[691], seja aplicando-os diretamente ou pela interpretação do ato doméstico que os incorpora ao ordenamento jurídico nacional. Adere-se, nesse ponto, à posição de Gardiner, para quem a aplicação da CVDT seguirá se espalhando pelas cortes domésticas, com o potencial alcance de resultados que são corretos, consistentes e uniformes com as obrigações assumidas pelos países contidas nos tratados em que são parte (GARDINER, 2015, pos. 2035).

Conforme enunciado acima, número de tratados que são interpretados e aplicados por cortes domésticas vem adensando-se, em especial nos últimos tempos. Para além das regras dos artigos 26 e 27 da CVDT[692], o Direito Internacional não prescreveria outras previsões gerais para a observância dos tratados. Assim, salvo em relação às convenções que apresentem mecanismos próprios para sua implementação – como parece ser o caso, em certa medida, da CH80[693] - os países estariam livres para manejar quaisquer métodos suas constituições

---

[690] Mais propriamente, incluído tais normas aos seus ordenamentos jurídicos internos, na posição hierárquica que suas constituições internas ordenarem.

[691] Não se pretende discutir as diferentes posições entre monistas e dualistas.

[692] CVDT, "Artigo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé".
Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46". O artigo 46, por sua vez, determina que "Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em se obrigar por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.
2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé".

[693] Como, por exemplo, a modalidade de cooperação jurídica internacional a ser adotada prevê, tão-somente, a remessa de pedidos de cooperação jurídica por intermédio de formulário próprio, para que seja obtida decisão, no país de refúgio, sobre a ilicitude da subtração da criança ou do adolescente e seu consequente retorno ao país de

permitem, *desde que sejam cumpridos os artigos 26 e 27 da CVDT* (GARDINER, 2003, pp. 138-62).

Novamente se vê reforçada noção que vem sendo defendida no decorrer desta tese, segundo a qual a CVDT deve, obrigatoriamente, ser aplicada à interpretação – internacional ou doméstica – de todo e qualquer tratado, ainda que em paralelo com outros instrumentos eventualmente voltados a desiderato semelhante em vigor nos ordenamentos jurídicos domésticos dos países (em outros tratados ou estatutos de organizações internacionais).

Uma vez que o Estado tenha aderido à Convenção de Viena de 1969, entende-se que a interpretação dos tratados, por ele empreendida – seja quando o tratado é aplicado diretamente[694], seja na interpretação da legislação interna que o incorpora ao ordenamento jurídico doméstico – defende-se que sua interpretação deverá seguir, em especial por força do critério da *especialidade*[695] para solução de antinomias, a CVDT, *ao invés de regras domésticas (com exceção daquelas regras domésticas que sejam hierarquicamente superiores à CVDT, de acordo com o ordenamento jurídico interno envolvido)*[696].

Esse seria o caso, por exemplo, do Brasil. Assim, na interpretação da Convenção da Haia de 1980, entende-se que as cortes domésticas devem dar *primazia absoluta*, em sua interpretação, à Convenção de Viena de 1969, bem como à Constituição Federal de 1988, no que esta for aplicável[697], na interpretação de *quaisquer* tratados – nestes incluídos, por óbvio, a CH80. Quaisquer outras regras interpretativas de natureza infraconstitucional que existam no ordenamento jurídico brasileiro deverão ser aplicadas, tão-somente, se não conflitarem com o

---

residência habitual – mecanismo de auxílio direto. Não há previsão da CH80 – ao contrário, por exemplo, da Convenção Interamericana de 1989 sobre a Restituição Internacional de Menores - da tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional para obtenção de "exequatur" ou homologação de sentenças estrangeiras para busca, apreensão e restituição de crianças ou adolescentes aos seus países de residência habitual.

[694] Em sistemas que não preveem a figura, por exemplo, de decreto de promulgação.

[695] Defende-se, neste ponto, que para a interpretação de tratados, ainda que incorporados por intermédio de legislação doméstica, a CVDT será lei especial em relação a quaisquer outras normas hermenêuticos internas, *com exceção daquelas hierarquicamente superiores*, como aquelas eventualmente incluídas nas constituições dos países.

[696] Não se desconsidera que está última ideia, enunciada apenas de forma embrionária neste momento, poderá merecer maiores aprofundamentos, em estudos posteriores.

[697] Embora a análise da aplicação da CVDT à interpretação da CH80 pelas cortes brasileiras não seja o objeto deste estudo, aponta-se que se desconhece, até o momento, qualquer decisão judicial emitida pelo Poder Judiciário brasileiro, que tenha feito menção à CVDT quando da análise de caso envolvendo a aplicação da CH80. Com isso, o Estado brasileiro tem deixado, entende-se, de aplicar corretamente a CVDT (por absoluta omissão), em vigor em nosso país desde o ano de 2009, à interpretação (e aplicação) da Convenção da Haia de 1980.

capítulo hermenêutico da CVDT, pela adoção do critério da *especialidade* para solução de antinomias[698].

A dificuldade nessa abordagem também parece remontar ao interminável debate dentre monistas, dualistas e o mais moderno dualismo temperado: o Poder Judiciário brasileiro, ao interpretar a Convenção da Haia de 1980, estaria interpretando, tecnicamente, um tratado – e, portanto, deve utilizar a CVDT – ou, ao contrário, estaria interpretando o Decreto nº 3.413/2000, norma doméstica e, em consequência, não estaria obrigado à utilização da CVDT?

Uma possível solução para tal questionamento, para além da aplicação dos critérios para solução de antinomias aparentes entre normas, acima mencionado, pode passar pela adoção da nomenclatura do Direito Internacional Privado, para classificar a Convenção de Viena de 1969 como *lei aplicável* à interpretação doméstica dos tratados (GARDINER, 2015, pos. 5493). O aprofundamento desta discussão, uma vez que não integra o corte metodológico adotado, não será realizado, por ora.

Em sistemas de "common law" o Direito Internacional é, geralmente, visto como um sistema jurídico *separado* (do ordenamento doméstico). Assim, a CVDT é utilizada – na interpretação das normas domésticas (nelas incluídas os tratados internalizados) apenas como um "aid to interpretation" (GARDINER, 2015, pos. 5537)[699]. Nos países que não são Estados-Partes da CVDT, aponta-se a dificuldade de identificação do desenvolvimento de abordagem distinta e completa para a interpretação de tratados, o que não parece surpreendente na medida em que, conforme brevemente enunciado no decorrer deste estudo, o capítulo hermenêutico da CVDT é considerado como de aplicação cogente, por força de sua natureza de Direito Internacional consuetudinário – inclusive pela Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Mas também é possível que cortes domésticas de um país reconheçam a aplicabilidade da CVDT em suas decisões judiciais, mesmo que o país *não seja* Estado-Parte desta última. À título ilustrativo, os Estados Unidos da América (EUA), embora tenham assinado a CVDT, não a ratificaram até o momento, apesar de suas cortes aplicarem os artigos 31 a 33 com alguma

---

[698] Essa ideia combina o critério hierárquico (da CH80, como norma supralegal, no ordenamento jurídico brasileiro – questão pormenorizada em tópico específico desta tese), com o critério da especialidade (da CVDT, na interpretação de tratados). Para aprofundamento sobre os critérios de solução de antinomias aparentes entre normas jurídicas vide, por todos, BOBBIO, 1982, pp. 91 e ss.

[699] Sobre o uso progressivo do capítulo interpretativo da CVDT por cortes judiciais (domésticas) do Reino Unido, vide GARDINER, 2015, pos. 5537 e ss.

frequência[700]. Além disso, seu Departamento de Estado já tenha afirmado que aceita a CVDT como instrumento, em grande medida, com a natureza de guia autorizativo do Direito dos Tratados e de sua prática (GARDINER, 2015, pos. 5644-5694).

Em um dos poucos casos de subtração internacional de crianças e adolescentes que alcançou a Suprema Corte dos EUA (Caso Abbott v Abbott), o Departamento de Estado deste país remeteu a sua Suprema Corte uma manifestação jurídica, na qualidade de "amicus curiae"[701]. Da análise da decisão da Suprema Corte dos EUA[702] nota-se aproximação à abordagem de interpretação de tratados prevista na CVDT à Convenção da Haia de 1980, tendo esta corte conferindo especial atenção à *prática subsequente*, consubstanciada em decisões de órgãos judiciais de outros Estados-Partes da CH80 (MADDEN, 2012).

Neste caso, decidido por uma maioria de 6 votos a 3, entendeu-se que a Convenção da Haia de 1980 inclui o direito "ne exeat"[703] no escopo do direito convencional de guarda descrito em seu artigo 5º[704]. Nessa medida, fica possibilitado o imediato retorno da criança ao seu país de residência habitual, quando o direito de veto for desrespeitado pelo genitor subtrator. Aponta-se que "a decisão confere mais importância à interpretação da convenção [CH80] do que à disputa de custódia que iniciou a discussão" (MARTINS, 2011, p. 389).

A manifestação na qualidade de "amicus curiae" do Departamento de Estados dos EUA indicou seu reconhecimento às regras interpretativas da CVDT (fazendo, inclusive, expressa menção aos artigos 31 e 32) como aplicáveis ao caso, nos seguintes termos:

> "Accord Vienna Convention on the Law of Treaties, concluded on May 23, 1969, Art. 31(1), 1155 U.N.T.S. 331, 340 (a treaty 'shall be interpreted in good faith in

---

[700] A Suprema Corte dos EUA, no entanto, se afasta, em alguns momentos, de alguns conceitos incluídos nos artigos 31 a 33 da CVDT (GARDINER, 2015, pos. 5644-5694). Em julgamento de caso relacionado à CH80, no entanto, esta corte seguiu, praticamente literalmente, os artigos 31 e 32 da CVDT, conforme será visto na sequência.

[701] "Durante o julgamento deste caso foram apresentados vários relatórios de 'amicus curiae', tendo um deles sido apresentado pela própria Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, defendendo a posição do genitor abandonado" (MARTINS, 2011, p. 391).

[702] Caso "Abbott v. Abbott – Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit", julgado em 17 de maio de 2010. Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf. Acesso em 16.03.2019.

[703] Direito de veto, que garante que a alteração do local de residência de uma criança depende da anuência de ambos os genitores, mesmo quando um deles detém, tão-somente, o direito de visitação à criança - e o genitor subtrator, em decorrência, é detentor da custódia unilateral.

[704] Convenção da Haia de 1980, "Artigo 5. Nos termos da presente Convenção:
a) o "direito de guarda" compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência; (...)".

> accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose'); id. *Art. 31(3)(b)*, 32.6 Here, the Convention's text, purposes, and negotiating history establish that a 'ne exeat' right is a 'right of custody', and the States parties have overwhelmingly interpreted the Convention to provide for the return of the child when a 'ne exeat' right is violated. (…)
> In interpreting a treaty it is proper to refer to the records of its drafting and negotiation. Saks, 470 U.S. at 400 (relying on delegates' discussions about treaty language); Sale v. Haitian Ctrs. Council, Inc., 509 U.S. 155, 184-187 (1993) (same). Accord Vienna Convention on the Law of Treaties, supra, *Art. 32*. During the negotiations over the Hague Convention, several of the drafters indicated that they believed that a 'ne exeat' right would fall within Article 5's definition of 'rights of custody', and that violation of a 'ne exeat' order would warrant the Convention's return remedy. (…)
> Although the United States has not ratified the Vienna Convention on the Law of Treaties, the United States generally recognizes the Convention as an authoritative guide to treaty interpretation. See, e.g., Fujitsu Ltd. v. Federal Express Corp., 247 F.3d 423, 433 (2d Cir.), cert. denied, 534 U.S. 891 (2001)"[705] (grifos nossos).

Seguindo praticamente as instruções (mandatórias, defende-se) do capítulo interpretativo da CVDT, a Suprema Corte dos EUA, em sua decisão, efetuou análise do *sentido ordinário* do texto do artigo 5º da Convenção da Haia de 1980, *à luz de seu objeto e propósito*. Além disso, a corte analisou decisões de outros Estados-Partes da CH80, para averiguar eventual *prática subsequente dos países*[706], bem como levou em conta a *história* da convenção, especialmente a partir de seu Relatório Explicativo (PÉREZ-VERA, 1982), tudo praticamente em conformidade com o capítulo hermenêutico da CVDT – embora a decisão judicial, ao contrário do Relatório de "amicus curiae" do Departamento de Estado – não tenha feito qualquer menção expressa à tal tratado.

A abordagem da Suprema Corte dos EUA, neste caso, indica a adoção do que se denomina *interpretação evolutiva*, bem como teria acompanhado a maneira flexível que a ILC ("International Law Commission") previu, ao menos em parte, para o uso de tais regras interpretativas – sem a previsão de hierarquia aparente ou sequência mandatória de aplicação (GARDINER, 2015, pos. 5775-5783).

---

[705] Relatório "Abbot v. Abbott – Amicus (Merits) – Brief for the United States as Amicus Curiae supporting Petitioner". Disponível em https://www.justice.gov/osg/brief/abbott-v-abbott-amicus-merits. Acesso em 16.03.2019.

[706] Neste ponto, considera-se que a CVDT imporia um qualificativo (às decisões judiciais de outros países sobre a CH80) que não foi manejado pela Suprema Corte dos Estados Unidos: a necessidade de que a prática posterior dos países seja hábil a configurar *o acordo das partes* em relativo à sua interpretação.
Isoladamente consideradas, as decisões judiciais dos países não parecem estar incluídas, tecnicamente, na regra hermenêutica prevista no artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" da CVDT. No entanto, qualquer decisão judicial doméstica (ou grupo de decisões), uma vez *apta a, inequivocamente, configurar o acordo de todos os Estados-partes da CH80*, poderá passar a ser relevante, para a CVDT, na interpretação da CH80.

Por fim, menciona-se que embora o processo de interpretação de tratados seja, em si, uma função *jurisdicional*, "cujo propósito é determinar o conteúdo preciso de um dispositivo, mas que não pode alterá-lo" (SHAW, 2014, P. 677), considera-se que a compreensão adequada da Convenção da Haia de 1980 e, em especial, sua *exceção de grave risco*, certamente mostra-se benéfico também para as pessoas potencialmente envolvidas em tal situação, ao grande público, à academia e àqueles que criticam sua interpretação e aplicação a casos envolvendo a ocorrência de violência doméstica.

Retoma-se ponto anterior deste estudo, em que se averiguou que a CH80 se dirige, imediatamente, aos seus Estados-Partes, que se obrigam a prevenir e reprimir a subtração internacional de crianças e adolescentes. Entretanto, esta convenção também possui pessoas como seus destinatários *mediatos*: pais, mães, crianças e adolescentes. Assim, em certa medida, a interpretação *prática* da Convenção da Haia de 1980 será realizada não apenas por autoridades estatais; a compreensão de seu conteúdo e alcance deve ser clara, em especial, para todos os envolvidos em casos desta natureza.

Resta devidamente percebido o amplo espectro de sujeitos, públicos e privados, domésticas e internacionais, que acabam por se ver no papel de intérpretes da *exceção de grave risco,* o que confirmaria, entende-se a relevância da CVDT como principal – senão o único instrumento aceito multilateralmente para interpretação uniforme de tratados. Na sequência, passar-se-á à pormenorização dos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena.

4.6. Como interpretar um tratado segundo a Convenção de Viena: a figura do *caldeirão hermenêutico*

No exercício interpretação de textos jurídicos (inclusive de tratados) deve-se buscar o atingimento do resultado mais *evidente, lógico ou eficaz* e que, para tanto, deve-se interpretar *o menos possível*, atendo-se ao sentido comum das palavras – o que será possível se sua redação for inequívoca (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 239). Conforme visto em

tópico específico[707], há críticas severas em relação à redação da *exceção de grave risco* da CH80, o que leva à crença de que sua interpretação *clara* se mostra indispensável.

Sinclair indica que na aplicação da Convenção de Viena de 1969 à interpretação de textos normativos internacionais, "a busca inicial é quanto ao 'sentido original' a ser conferido aos termos do tratado em seu 'contexto'; e continua que "é sob as luzes do objeto e propósito do tratado que a conclusão preliminar e inicial deve ser testada e confirmada ou modificada". Mas sua abordagem reconhece que o objeto e propósito do tratado podem ser de maior ou menor valor no auxílio à identificação do sentido ordinário, a identificação de tal sentido é seu papel (SINCLAIR, 1984, pp. 130-1).

Conforme já enunciado, o capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT) encontra-se nos artigos 31, 32 e 33 deste tratado, cuja própria interpretação e aplicação apresentam características próprias, que serão pormenorizadas na sequência. Buscar-se-á, nessa medida, a partir da compreensão e equilíbrio das diferentes posições teóricas encontradas, completar-se a formulação de uma *Teoria Geral da CVDT para a Interpretação de Tratados*, iniciada nos tópicos anteriores deste estudo.

A *Regra Geral de Interpretação* da CVDT encontra-se incluída em seu artigo 31, "in verbis":

> "Artigo 31. Regra Geral de Interpretação
> 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
> 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
> a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
> b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
> 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
> a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
> b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
> c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
> 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes"[708].

[707] Capítulo 3.3.
[708] Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Em apertada síntese, a regra geral de interpretação contida no artigo 31 da CVDT requer:

a) boa fé na concessão de sentido ordinário às palavras utilizadas em seu contexto e tendo em conta o objeto de propósito do tratado;

b) consideração de instrumentos de *tipo determinado*, que devem ser *aceitos/aprovados* pelas partes, relacionados ao tratado a ser interpretado e que podem ser elaborados em momento coincidente ou posterior à celebração deste último;

c) respeito e atenção ao *acordo* entre as partes, bem como quanto ao seu conteúdo, se especificamente registrado ou demonstrado pela prática;

d) a aplicação das regras relevantes de Direito Internacional *que sejam aplicáveis, inequivocamente, às relações entre as partes*; e

e) identificação de sentido especial a todos ou alguns de seus termos, quando esta foi a intenção das partes.

Conforme será pormenorizado no decorrer deste trabalho, a palavra *contexto* inclui o preâmbulo e anexos do tratado, assim como qualquer acordo ou instrumento elaborado pelas partes *em conexão* com a conclusão do tratado (SHAW, 2014, p. 677)[709], simultaneamente ou após a conclusão deste último. Do mesmo modo, a expressão *em conexão com a conclusão do tratado* também possui conteúdo específico, para os fins da CVDT, relacionado ao momento em que o acordo ou o instrumento foi elaborado, em relação ao tratado a ser interpretado.

Enquanto o *texto* do tratado a ser interpretado é o próprio objeto da interpretação, além do elemento que melhor refletiria a intenção das partes, ele se mostra *indissociável* do *contexto* de sua elaboração. A CVDT veicularia, então, uma *concepção extensiva* de *contexto* (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 238), uma vez que este compreenderá, além do conjunto do texto do tratado, seu preâmbulo, os anexos e *todos* os instrumentos *relacionados* com o tratado, aceitos como tais pelo conjunto das partes.

---

[709] A CIJ manifestou-se no mesmo sentido no julgamento do Caso dos Nacionais Norte-Americanos no Marrocos, Relatório da CIJ de 1952, pp. 176 e 196. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/11/011-19520827-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 28.01.2020.

O artigo 32 da CVDT, por sua vez, apresenta os *Meios Suplementares de Interpretação*, que *poderão ser* utilizados quando se considerar necessário *confirmar* o sentido alcançado pela aplicação do artigo 31 ou *determinar* tal sentido, se o manejo deste último deixar o sentido ambíguo, obscuro ou conduzir a um resultado manifestação absurdo ou desarrazoado[710]. Segundo a literalidade deste dispositivo:

> "Artigo 32. Meios Suplementares de Interpretação
> Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:
> a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
> b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado"[711].

Ao contrário do artigo 31, os artigos 32 e 33 não são de aplicação obrigatória, sendo manejados apenas quando necessário. Na hipótese de um tratado ser formulado em 2 ou mais línguas oficiais – como é o caso da Convenção da Haia de 1980, concluída em *francês* e em *inglês* – o artigo 33 da CVDT regula sua interpretação:

> "Artigo 33. Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas
> 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.
> 2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.
> 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.
> 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos"[712].

Gardiner (2015, pos. 1757-2765) considera que a "International Law Commission" (ILC) teria analisado, na elaboração da CVDT, 3 abordagens gerais para a consolidação das regras de interpretação de tratados: 1) literal; 2) teleológica; 3) intenção. Em suma, para este autor – ao contrário, parcialmente, da posição de outros teóricos, brevemente abordada em tópico anterior[713] – a ILC teria combinado as abordagens literal e teleológica, enxergando essas como uma aplicação da intenção das partes. Assim, a intenção das partes será relevante

---

[710] Enquanto o artigo 31 determina o uso dos elementos nele contidos, a fórmula verbal do artigo 32 indica a *possibilidade* de utilização dos seus elementos, sem o caráter mandatório contido no artigo 31.
[711] Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.
[712] Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.
[713] Sobre as 3 principais abordagens para interpretação de tratados, vide Capítulo 4.3, acima.

enquanto refletida no texto do tratado, sem que seja necessária (ou adequada) ampla pesquisa sobre a intenção das partes em fontes externas.

A interpretação de um tratado objetivaria "averiguar a vontade dos Estados parte. Esta é ditada pelo duplo respeito da sua soberania e do princípio 'pacta sunt servanda'", sendo certo, para estes, que a regra *essencial* na interpretação dos tratados seria a boa-fé (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 237). Conforme será visto a noção de boa-fé na interpretação de tratados não parece tão auto evidente quanto pretendem alguns teóricos. A sequência na aplicação dos artigos 31 e 32 mostra-se clara: deve-se aplicar, por primeiro – e obrigatoriamente, o artigo 31 para, após – e apenas se necessário – recorrer-se à aplicação do artigo 32. Em relação ao artigo 31, não haveria, segundo a teoria, qualquer hierarquia entre os elementos nele contidos, tanto é que o título do dispositivo se denomina *Regra Geral de Interpretação*, no singular – não *regras gerais*, no plural. Assim, embora exista no artigo 31, ao menos à primeira vista, uma sequência lógica inerente, nem todas as regras serão utilizadas em todos os casos, nem tampouco serão sempre aplicadas sequencialmente. Isso porque "as regras não são uma fórmula passo-a-passo para produção de uma interpretação irrefutável em todos os casos", indicando "o que deve ser levado em consideração" (GARDINER, 2015, p. 1787).

Essa é certamente, a informação mais relevante sobre a aplicação do artigo 31 da CVDT: *todos os instrumentos, documentos e práticas nele mencionados, elaborados quando da finalização do tratado a ser interpretado ou posteriormente, desde que revelem a anuência dos Estados-Partes a sua aplicação, serão relevantes e, preferencialmente, devem ser manejados de forma simultânea, se possível – sem hierarquia – à interpretação da exceção de grave risco da CH80. Entretanto, nem sempre todos os elementos estarão presentes ou serão relevantes,* o que confere alta complexidade ao exercício hermenêutico proposto pela CVDT.

Gardiner apresenta elemento visual para melhor compreensão deste tema: o artigo 31 da CVDT demanda que todos os instrumentos, documentos e práticas identificados como *relevantes* para seus parágrafos e alíneas sejam colocados dentro de um *caldeirão* para que, *mesclados*, possam auxiliar ao alcance de interpretação adequada ao texto a ser analisado (GARDINER, 2015, pos. 1795). Assim, a interpretação da *exceção de grave risco* poderá extrapolar seu próprio texto, uma vez que elementos adicionais poderão ter que ser considerados na identificação da extensão precisa das relações – e obrigações – pretendidas pelas partes.

A figura do *caldeirão interpretativo* (ou *caldeirão hermenêutico*) deve ser vista com cautela, na medida em que um dos Relatores da ILC, quando da elaboração da CVDT, alertou que o processo de interpretação, embora essencialmente simultâneo, tem uma lógica que pode ditar uma *certa ordem de raciocínio* (WALDOCK, 1966, p. 206). Assim, a interpretação pode fazer com que se percorra o *círculo* do artigo 31 (e 32, ao menos em tese), mais de uma vez, como se fosse um *espiral* e não um "algoritmo linear" (MORTENSON, 2013, p. 781).

4.6.1. A Regra Geral de Interpretação

O primeiro princípio estabelecido no artigo 31 da CVDT diz respeito à interpretação *de boa-fé* dos tratados, a partir do sentido *ordinário a ser conferido ao seu texto*. Desde julgamento da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), em 1924[714], o *princípio do sentido ordinário* (das palavras contidas no texto do tratado) foi consolidado como guia fundamental para a interpretação dos tratados (CRAWFORD, 2012, p. 381).

Além disso, "o exercício da boa-fé depende de um *juízo de razoabilidade"*, sendo que "considera-se razoável o direito decorrente de um tratado ou costume ou outra fonte de direito internacional, quando seu exercício é apropriado e necessário para se atingir a satisfação dos interesses que o direito pretende proteger" (VARELLA, 2009, p. 104, grifos no original). Seria corolário da *primazia do sentido ordinário*, ainda segundo Crawford, o *princípio da integração*, que indica que "o sentido deve emergir no contexto do tratado como um todo (incluindo o texto, seu preâmbulo e anexos, e qualquer acordo ou instrumento relacionado ao tratado e desenhado em conexão com sua conclusão) e sob as luzes de seu objeto e propósito" (CRAWFORD, 2012, p. 381).

A ILC também teria adotado o princípio da *acumulação* (dos dispositivos e, dentro de cada um deles, de seu conteúdo, do artigo 31 da CVDT), ao invés de uma *sequência fixa*, embora, conforme mencionado acima, pareça existir algum grau de sequenciamento lógico no exercício de interpretação, que deve, em princípio, iniciar-se pela combinação do *sentido*

---

[714] Caso "Polish Postal Service in Danzig" Publicações da Corte Permanente de Justiça Internacional, Série B, nº 77, julgado em 1925, p. 37. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_11/01_Service_postal_polonais_a_Danzig_Avis_consultatif.pdf. Acesso em 17.03.2019.

comum, contexto, objeto e propósito, sempre na interpretação de boa-fé (WALDOCK, 1966, p. 220).

Um outro corolário seria o *princípio da contemporaneidade*, segundo o qual "a linguagem do tratado deve ser interpretada sob as luzes das Regras Gerais de Direito Internacional em vigor no momento de sua conclusão e, ainda, tendo em conta o sentido contemporâneo dos termos" (CRAWFORD, 2012, p. 380-2). A utilização deste princípio na interpretação de tratados – o espinhoso tema da interpretação *evolutiva* dos tratados - parece ainda controversa, embora se mostre, à primeira vista, mais palatável no âmbito dos tratados de direitos humanos do que em relação aos demais.

Tangenciando brevemente o tema da interpretação *evolutiva* dos tratados tem-se que, se os *fatos* discutidos na demanda diferirem daqueles manejados no momento da negociação da convenção (a ser interpretada), podem surgir 3 possibilidades:

a) o tratado previu, em si mesmo, tais mudanças fáticas e como regulá-las;

b) a situação ainda permanece no escopo de interpretação efetiva/eficiente do tratado;

c) a alteração mostra-se tão fundamental que o tratado deixa de ser aplicado, situação coberta, a princípio, pelo artigo 62 da CVDT[715] (GARDINER, 2015, pos. 10108 e 10124).

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por exemplo, viria aceitando que alguns termos dos tratados que são submetidos à sua análise incorporam, *em si* mesmos, a noção de que seu escopo é suficientemente amplo para permitir uma interpretação *evolutiva* – embora

---

[715] "Artigo 62. Mudança Fundamental de Circunstâncias. 1. Uma mudança fundamental de circunstâncias, ocorrida em relação às existentes no momento da conclusão de um tratado, e não prevista pelas partes, não pode ser invocada como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se, salvo se:
a) a existência dessas circunstâncias tiver constituído uma condição essencial do consentimento das partes em obrigarem-se pelo tratado; e
b) essa mudança tiver por efeito a modificação radical do alcance das obrigações ainda pendentes de cumprimento em virtude do tratado.
2. Uma mudança fundamental de circunstâncias não pode ser invocada pela parte como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se:
a) se o tratado estabelecer limites; ou
b) se a mudança fundamental resultar de violação, pela parte que a invoca, seja de uma obrigação decorrente do tratado, seja de qualquer outra obrigação internacional em relação a qualquer outra parte no tratado.
3. Se, nos termos dos parágrafos anteriores, uma parte pode invocar uma mudança fundamental de circunstâncias como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se, pode também invocá-la como causa para suspender a execução do tratado".

não se possa perder de vista que tal interpretação resta limitada à adoção de sentidos que surjam dentro do conceito já presente no tratado *quando negociado* (GARDINER, 2015, pos. 10047).

Varella inclui, ainda, como relacionado ao princípio da boa-fé na interpretação dos tratados, as ideias de que "o tratado [a ser interpretado] deve ser entendido de acordo com as expectativas legítimas das partes, de forma a pressupor-se que o tratado traz benefícios a todas elas, de forma equitativa"; e que "as cláusulas, os artigos e as partes *devem ser lidos como um conjunto*, de forma a constituir um todo efetivo [nota de rodapé omitida], como um conjunto inseparável de direitos e obrigações [nota de rodapé omitida]" (VARELLA, 2009, p. 105-6, grifos nossos).

Existe uma certa ambiguidade na expressão *termos do tratado*, sendo que por *termos* pode-se entender simplesmente as palavras ou dispositivos do tratado ou a barganha alcançada pelas partes. O *contexto*, mencionado no parágrafo 2º (do artigo 31) como elemento a ser analisado em conjunto com o texto e sob as luzes do objeto e propósito do tratado (todos eles elementos interpretados a partir da boa-fé) indica que por *termos* devem ser compreendidas as *palavras ou dispositivos da avença*. A ILC teria esclarecido, neste ponto, que "um tratado deve ser lido como um todo e respeito deve ser conferido ao seu objeto e propósito, ao invés de simplesmente tomar as palavras objeto de controvérsias e investigar seu sentido somente a partir de dicionários, gramática e sintaxe" (GARDINER, 2015, pos. 6269).

Tais ideias acabam, por sua ver, permitindo a identificação de mais um *princípio de interpretação, o princípio da textualidade*. Por ele, tem-se que "uma interpretação que não emergir do texto não pode ser aceita" (BERGLIN, 1986, p. 44). Em segundo lugar, afirma-se que:

> "interpretações sugeridas pelos meios de interpretação que não derivem do texto não podem ser justificadas fazendo-se referência ao costume geral, uso ou mesmo regras reconhecidas de Direito Internacional, a menos que suficientemente suportadas pelo texto. Por fim, quando duas ou mais interpretações razoáveis existem, todas que sejam consistentes com o texto, aquela que parecer mais compatível com o texto deve prevalecer, na ausência de evidências persuasivas que apoiem a outra interpretação" (BERGLIN, 1986, p. 44).

Em relação ao *texto* do tratado a ser interpretado, discussão muito presente nos debates sobre a *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 diz respeito à *ausência de menção expressa à proteção a outros membros para família*, para além da criança (ou

adolescente)[716], bem como à expressa inclusão da expressão *em seu retorno*, pretendendo excluir da incidência desta exceção quaisquer riscos *à criança* que eventualmente tenham ocorrido antes do retorno (ainda no país de residência habitual, antes da subtração, ou já no país de destino, após sua ocorrência[717]), mas que não digam respeito *ao seu retorno ao país de residência habitual*.

Neste ponto e em caráter geral, Gardiner, fazendo menção à decisão judicial (doméstica), emitida no Reino Unido, alerta que a interpretação do *silêncio* (ou omissão) de um tratado dependerá, dentre outros elementos, muito do assunto alegadamente omitido, da natureza da avença e da interação de vários elementos dos artigos 31 a 33 da CVDT, se há lista de itens que o tratado abarca (GARDINER, 2015, pos. 6299 e 6318-28).

Mesmo em relação a tratados de direitos humanos a interpretação textual viria sendo privilegiada, na medida em que tal interpretação deve considerar que os Estados-Partes incluíram no acordo as palavras que quiseram, assim como omitiram os termos que não desejavam incluir ou que não foram capazes de alcançar consenso. Ainda assim, reconhece-se que a própria Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por vezes e quando necessário, acaba por *inferir* termos do tratado interpretado, embora tal processo deva ser realizado com absoluta cautela, para que não se subvertam as obrigações que as partes efetivamente desejavam assumir.

Se a Convenção da Haia de 1980 não incluiu, expressamente, a proteção *a outros membros da família em seu retorno* ao país de residência habitual, tal assunto deve ser presumidamente entendido como *não coberto pelo tratado?* Esta não é questão com resposta simples e seu aprofundamento será realizado em tópico próprio, na Parte III deste estudo, especialmente quando for analisada a aparente ausência de repercussão, entre as delegações que

---

[716] Vide, em especial, Capítulo 3.3.

[717] Defendeu-se, no Capítulo 2.5 deste estudo, a possibilidade de aplicação "a contrario sensu" da *exceção de grave risco* da CH80, permitindo o imediato retorno da criança, inclusive em sede de decisão antecipatória dos efeitos da tutela "inaudita altera parte", sempre que for possível ao órgão julgador do país de refúgio identificar que a *permanência da criança na companhia do subtrator* é capaz de causar, à primeiras, riscos de dano físico, psíquico ou situação intolerável como, por exemplo, no caso de violência conta a criança (ou adolescente) cometida pelo genitor *subtrator*, e/ou no país de refúgio.

participaram das negociações da CH80, à questão proposta por delegado do Reino Unido sobre a proteção contra o "spouse abuse"[718].

Conforme visto anteriormente, a boa-fé ocupa papel crucial na interpretação dos tratados, embora seu conteúdo seja de difícil alcance, na medida em que envolve certo grau de subjetividade, bem como não parece fácil verificar sua aplicação prática precisa ou seu papel independente. Quando as decisões jurisdicionais encontradas nesta pesquisa se referem à boa-fé como elemento na interpretação dos tratados, por vezes essa noção é relacionada ao *abuso de direito*; outras vezes a noção de boa-fé é utilizada como sinônimo de *razoável*; e, ainda, acaba por ser invocada para justificar pesquisa sobre a intenção das partes; por fim, e conforme visto, tal ideia se aproxima do princípio "ut res magis valeat quam pereat" (princípio da efetividade).

Mais segura parece ser a posição que considera a boa-fé como aplicável a *todo o processo de interpretação de um tratado*, ao invés de somente ao sentido de palavras ou frases específicas, bem como que sua utilização não pode ampliar as obrigações assumidas pelas partes no tratado. Por todas essas razões, mostra-se dificultada a tarefa de reduzir o termo boa-fé a uma definição (GARDINER, 2015, pos. 6339-58, 6419 e 6500).

O *sentido comum atribuível aos termos do tratado* é o segundo elemento incluído no parágrafo 1º do artigo 31 da CVDT. Assim como a boa-fé, a interpretação dos termos do tratado também não se mostra tarefa facilitada, em especial porque, geralmente, um termo pode ter mais de um *sentido comum*. Para facilitar esta tarefa, a própria CVDT baliza, em grande medida, este exercício, ao indicar, conforme visto, que o sentido comum de um termo não deve ser determinado em abstrato, mas no contexto do tratado e sob as luzes de seu objeto e propósito (WALDOCK, 1966, p. 221).

Muito antes da entrada em vigor da CVDT, Grotius já alertava que "se não há implicação que sugira uma conclusão diferente, as palavras devem ser compreendidas em seu sentido natural, não de acordo com o sentido gramatical derivado, mas de acordo com seu uso corrente"

---

[718] Buscar-se-á, neste futuro tópico e dentro do possível, resposta à seguinte questão: a aparente redação restritiva da exceção de grave risco da CH80 seria reflexo de deliberada decisão de silêncio quanto à inclusão de dispositivo que protegesse, diretamente, outros membros da família, para além da criança ou, ao contrário, apenas a falta de consciência sobre a relevância do tema da violência doméstica, pelos demais negociadores, naquele momento histórico?

(GROTIUS, 1964, p. 409). Vattel, por sua vez, relacionou a primazia do texto à intenção das partes, permitindo que o sentido ordinário das palavras fosse modificado, desde que o sentido fosse *evidente* e não levasse a conclusões absurdas (VATTEL, 2008, par. 274) [719].

Enquanto a palavra *termo* diz respeito ao texto escrito do tratado – ou do dispositivo sob controvérsia – *sentido comum* quer dizer regular, normal ou costumeiro. Assim, aponta-se que por *sentido comum* não se deveria compreender, tão-somente, o sentido obtido junto ao dicionário. Segundo seu último Relator para a elaboração da CVDT, Waldock, a ILC teria sido muito insistente em apontar que o sentido comum deve emergir no âmbito em que é utilizado, no contexto do tratado como um todo e sob as luzes do seu objeto e propósito o que, inclusive, teria levado a propostas de exclusão do atual artigo 31, parágrafo 4º da CVDT, proposta esta que, ao final, foi rechaçada (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DOS TRATADOS, 1968, p. 184).

Os dicionários e outras fonte de definição possuem 3 papéis:

a) a descoberta básica do sentido comum de um termo;

b) a identificação de um sentido funcional, ou seja, específico à matéria de Direito Internacional;

c) confirmação de diferentes sentidos da linguagem, seja para buscar conceitos peculiares à língua ou como prelúdio para a comparação de textos (em substância, o artigo 33 da CVDT) (GARDINER, 2015, pos. 6754).

No Capítulo 5 desta tese, todos os termos da *exceção de grave risco* terão seu conteúdo pormenorizado, buscando alcançar seu sentido comum. Aponta-se que a interpretação literal vem sendo adotada com cada vez mais frequência, nas práticas dos Estados e das organizações internacionais, "mais do que em seus documentos preparatórios ou na própria manifestação dos Estados envolvidos no conflito" (VARELLA, 2009, p. 104).

Por fim – uma vez que a retomada da análise do termo *contexto* será efetuada abaixo – alcançam-se o *objeto e o propósito* do tratado, como elementos a *iluminarem* sua interpretação.

---

[719] Cerca de 60 parágrafos desta obra de Vattel foram dedicadas à interpretação dos tratados, muitos dos quais encontram-se alinhados à Convenção de Viena da 1969.

Conforme mencionado de maneira breve, aponta-se que a menção a tais elementos traria, para universo do capítulo hermenêutico da CVDT, o elemento *teleológico*. A menção ao objeto e propósito dos tratados também parece relacionada ao princípio da efetividade, em seu sentido mais amplo, na medida em que o propósito da interpretação dos tratados deve *avançar seus objetivos*, noção que depende da identificação de seus objeto e propósito. Entretanto, a função do objeto e propósito do tratado como meios de conferirem luz ao sentido comum é que deve ser considerada, ao invés de apenas indicar uma abordagem geral a ser tomada (GARDINER, 2015, pos. 7354).

Não se deve perder de vista que a natureza, papel e aplicação do conceito de *objeto e propósito* no Direto do Tratados apresenta certo grau de incerteza, chegando a ser chamada de *enigma* (BUFFARD; ZEMANEK, 1998, pp. 311 e ss). Aponta-se que, na língua inglesa, mostra-se difícil a distinção entre os termos *objeto e propósito* ("object and purpose"), o que explicaria porque tais palavras são normalmente aglutinadas quando da aplicação da CVDT.

Aparentemente por força da fonte francesa da expressão ("l´objet et le but"), bem como da diferenciação que o Direito Público Francês faria em relação a tais termos, tem-se que, enquanto o *objeto* de um instrumento ou ato jurídico diz respeito ao que ele faz quanto à criação de um grupo particular de direitos e obrigações (o conteúdo substancial da norma, seus dispositivos, etc.), o *propósito* ("le but") seria a razão para o estabelecimento do objeto (o resultado geral que as partes pretendem alcançar com o tratado, embora esta não seja sejam explícito, ficando sujeito à compreensões de natureza mais subjetiva) (BUFFARD; ZEMANEK, 1998, pp. 325-8).

Em língua portuguesa, também parece fazer mais sentido a utilização dos termos *objeto e finalidade*, ao invés de *objetivo e finalidade* (mencionado textualmente na tradução para nosso vocábulo da CVDT), razão pela qual, no decorrer deste estudo, preferir-se-á a primeira expressão, exceto quando estiver sendo citada textualmente a tradução para o vernáculo da CVDT.

Na prática, o manejo do *objeto e finalidade* do tratado a ser interpretado não é de fácil realização. Para além de menção ao seu preâmbulo, aponta-se que os órgãos judiciais, ao aplicar esta *fórmula*, não indicam ou explicam precisamente como o objeto e finalidade do tratado foram apurados ou deduzidos, mas, presumidamente, tais ideias emergiriam a partir da leitura

do texto do acordo. Alguns tratados, como a Convenção da Haia de 1980 possuem dispositivos especificamente voltados à listagem de seu objeto e propósito.

Novamente um alerta sobre a interpretação do objeto e propósito do tratado diz respeito a evitar-se a busca de seu *espírito*, na medida em que isto pode sugerir ampliação do subjetivismo e uma "nebulosa formulação do que anima o tratado". Objeto e finalidade seriam, então, um ponto de referência muito mais específico (GARDINER, 2015, pos. 7414).

Tais termos são, ainda, utilizados em outros dispositivos da CVDT, como o artigo 18[720], 19[721], 20 (parágrafo 2º)[722], 41[723] e 58[724], mas não parece necessário buscar na prática destes outros dispositivos elementos para sua definição, segundo Gardiner (2015, pos. 7434). Essa

---

[720] "Artigo 18. Obrigação de Não Frustrar o Objeto e Finalidade de um Tratado antes de sua Entrada em Vigor. Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando:
a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou
b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada".

[721] "Artigo 19. Formulação de Reservas. Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que:
a) a reserva seja proibida pelo tratado;
b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou
c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado".

[722] "Artigo 20. Aceitação de Reservas e Objeções às Reservas. (...).2. Quando se infere do número limitado dos Estados negociadores, assim como do objeto e da finalidade do tratado, que a aplicação do tratado na íntegra entre todas as partes é condição essencial para o consentimento de cada uma delas em obrigar-se pelo tratado, uma reserva requer a aceitação de todas as partes".

[723] "Artigo 41. Acordos para Modificar Tratados Multilaterais somente entre Algumas Partes. 1. Duas ou mais partes num tratado multilateral podem concluir um acordo para modificar o tratado, somente entre si, desde que:
a) a possibilidade de tal modificação seja prevista no tratado; ou
b) a modificação em questão não seja proibida pelo tratado; e
i) não prejudique o gozo pelas outras partes dos direitos provenientes do tratado nem o cumprimento de suas obrigações;
ii) não diga respeito a uma disposição cuja derrogação seja incompatível com a execução efetiva do objeto e da finalidade do tratado em seu conjunto".
2. A não ser que, no caso previsto na alínea a do parágrafo 1, o tratado disponha de outra forma, as partes em questão notificarão às outras partes sua intenção de concluir o acordo e as modificações que este introduz no tratado".

[724] "Artigo 58. Suspensão da Execução de Tratado Multilateral por Acordo apenas entre Algumas da Partes. 1. Duas ou mais partes num tratado multilateral podem concluir um acordo para suspender temporariamente, e somente entre si, a execução das disposições de um tratado se:
a) a possibilidade de tal suspensão estiver prevista pelo tratado; ou
b) essa suspensão não for proibida pelo tratado e:
i) não prejudicar o gozo, pelas outras partes, dos seus direitos decorrentes do tratado nem o cumprimento de suas obrigações;
ii) não for incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.
2. Salvo se, num caso previsto no parágrafo 1 (a), o tratado dispuser diversamente, as partes em questão notificarão às outras partes sua intenção de concluir o acordo e as disposições do tratado cuja execução pretendem suspender".

posição, no entanto, parece merecer críticas, na medida em que, pela arquitetura da interpretação de tratados desenhada pela CVDT, a análise do texto da disposição em conflito dependeria, dentre outros aspectos, da interpretação do tratado como *um todo*, sendo certo que apenas quando há indicação específica de conteúdo especial, um termo deve ser compreendido como sinônimo durante o curso de todo o tratado.

Por fim, não se deve perder de vista que o objeto e propósito do tratado não se confundem com as *circunstâncias de conclusão* do tratado, uma vez que este último é meio *suplementar* de interpretação, incluído no artigo 32 da CVDT e não em seu artigo 31. Alerta importante, já apresentado em relação aos demais termos da CVDT, diz respeito à impossibilidade de manejo de seu objeto e propósito para *alterar os termos do tratado*.

A. As especificidades dos termos *contexto* e *conexão*

Na sequência da análise do artigo 31 da CVDT tem-se seu parágrafo que, ao conceituar o termo *contexto*, indica que este compreenderá:

a) o texto do tratado;

b) seu preâmbulo;

c) seus anexos;

d) qualquer *acordo relativo ao tratado,* feito por *todas* as partes *em conexão com a conclusão* do tratado; e, por fim,

e) qualquer *instrumento,* estabelecido por *uma ou várias partes* (não todas) *em conexão com a conclusão* do tratado *e aceito pelas outras partes* como instrumento *relativo* ao tratado.

São duas as principais funções para a referência ao contexto nas regras interpretativas da CVDT:

a) como qualificador imediato do sentido comum dos termos usados no tratado – situação na qual o contexto auxilia a escolha do sentido ordinário, modificando qualquer abordagem que ultrapasse o textualismo;

b) identificação, nos artigos 31 a 33 da CVDT, do material que deve ser levado em consideração na formação do contexto. Enquanto a 1ª função encontra-se no parágrafo 1º do artigo 31, o item *b* está localizado no parágrafo 2º do mesmo dispositivo.

Por vezes, o título e o "caput" que se relacionam ao dispositivo a ser interpretado podem auxiliar em sua interpretação, apesar de geralmente elaborados de forma muito ampla. No caso do parágrafo 1º (ao artigo 31), tem-se que o sentido natural e comum dos termos não é determinado em abstrato, mas por referência ao contexto em que ocorrem (WALDOCK, 1964, p. 56 e 1966, p. 221). O parágrafo 2º, por sua vez, define contexto *para os fins* das regras de intepretação da CVDT, conferindo um *sentido especial ao termo*[725].

O contexto *imediato*, então, incluiria a construção gramatical do dispositivo ou frase em que a palavra está localizada, segundo julgamento da Corte Internacional de Justiça (CIJ)[726]. Neste caso a CIJ demonstrou como um possível sentido de uma palavra, tomada isolada, pode ser afastado pelo contexto gramatical imediato, conclusão reforçada pelo contraste dos termos com seu uso em outro(s) dispositivo(s) do tratado ou do próprio contexto[727]. Esse recurso, embora útil, não parece aplicável à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 (CH80), ao menos em relação ao resto do texto desta convenção, que não faz uso dos mesmos termos. Os demais itens incluídos como contexto, no parágrafo 2º do artigo 31, certamente poderão auxiliar na interpretação adequada e uniforme desta exceção.

O preâmbulo da CH80 é incluído como *contexto*, para os fins do parágrafo 2º do artigo 31 da CVDT e, portanto, deverá ser levado em consideração da interpretação da *exceção de grave risco*. Em geral os preâmbulos são formados por uma série de *considerandos* que incluem a motivação, finalidades e considerações que tiveram lugar na negociação do tratado. Os preâmbulos, para a CVDT, possuem significado textual e teleológico, sendo que seu significado textual pode, por vezes, alterar o próprio sentido dos termos comumente utilizados no tratado. Além disso, eles também podem auxiliar na identificação dos objetos e propósitos do acordo

[725] Nos moldes do artigo 33, parágrafo 4º deste mesmo tratado.
[726] Caso "Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)", julgado em 11 de setembro de 1992. Relatórios CJI 1992, pp. 351 e ss. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/75/075-19900913-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 20.03.2019.
[727] Como definido pela CVDT.

internacional e, embora não incorporem, via de regra, obrigações aos Estados-Partes, podem "impor compromissos interpretativos" (GARDINER, 2015, pos. 7238-7248).

Não se deve perder de vista que nem todos os preâmbulos possuem o mesmo valor, na medida em que nem sempre eles são negociados com profundidade, sendo certo que os trabalhos preparatórios (apesar de Meio Suplementar de Interpretação, nos termos do artigo 32 da CVDT) podem auxiliar na identificação do "quantum" de atenção foi conferida a sua elaboração.

Para Gardiner, os acordos sobre interpretação adotados *em conexão* com a conclusão do tratado, bem como as iniciativas interpretativas de *caráter unilateral* de qualquer das partes ("entre os mais óbvios instrumentos produzidos por um Estado unilateralmente em conexão com um tratado são os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão"[728]), desde que aceitas pelas demais como relacionadas ao tratado e elaboradas *em conexão com a sua conclusão* seriam incluídas neste parágrafo (2º), integrando o conceito de *contexto* (GARDINER, 2015, pos. 8084 e 8426).

Sob o ponto de vista deste teórico, o termo *instrumento* (alínea "b") teria conteúdo mais amplo do que *acordo* (alínea "a"). Não se encontrou, no âmbito da Convenção da Haia de 1980, qualquer declaração (interpretativa) relacionada à *exceção de grave risco*, emitida por qualquer de seus Estados-Partes, até o momento[729]. A inclusão de declarações interpretativas no âmbito dos artigos 31 e 32 da CVDT seria, para a ILC, questão controversa, embora tenha sido confirmada sua relevância como elemento interpretativo, devendo-se considerar, também eventuais reações de outros países à declaração efetuada por um deles (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL NAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, pp. 26-7).

Enquanto certamente um *acordo interpretativo*, adotado na forma de um tratado (seguindo o rito dos artigos 6º e seguintes da CVDT) será forte elemento na interpretação do

---

[728] Não parece apropriada a inclusão, sob a rubrica de instrumentos unilaterais, das decisões judiciais domésticas dos Estados-partes da CH80 sobre a *exceção de grave risco*, a menos que seja possível – o que não parece ser o caso – identificar a *anuência* ou a *adesão* ao seu conteúdo por outros Estados-partes da CH80. Tal conclusão reforça a ideia, defendida nesta tese, da *irrelevância* da jurisprudência doméstica, nos termos da CVDT, para interpretação da *exceção de grave risco da CH80.*

[729] A lista de declarações feitas pelos Estados-partes da CH80 pode ser consultada em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24. Acesso em 20.03.2019.

tratado *original*, nem sempre tal instrumento encontra-se disponível, como é o caso da Convenção da Haia de 1980.

Apenas nos últimos anos a discussão sobre a elaboração de um protocolo – ou emenda – à CH80 foi discutido – inclusive para possível alteração da *exceção de grave risco*. No entanto, tal iniciativa não contou com a adesão dos Estados-Partes, tendo sido a análise de conveniência e oportunidade de sua elaboração, inclusive, retirada da pauta da Reunião da Comissão Especial sobre a Operação da CH80 ocorrida nos anos de 2011-2012, diante da forte oposição dos países. Segundo Weiner, uma nova exceção deveria ser incluída na Convenção da Haia de 1980, a ser aplicada aos casos em que o genitor subtrator está fugindo da prática de violência doméstica, no país de refúgio, em seu desfavor (WEINER, 2000, pp. 694-703).

Para Crawford, sob a rubrica *acordos* (alínea "a" do parágrafo 2º do artigo 31 da CVDT) poderiam ser incluídos, para além dos tratados interpretativos, também outras formas de avença internacional, "mais efêmeras" (CRAWFORD, 2012, pp. 31-32). O elemento mais relevante diz respeito à identificação *clara* da compreensão comum das partes ao sentido conferido aos termos do tratado (a ser interpretado) (WALDOCK, 1964, p. 58) – ou seja, a identificação do "pacta sunt servanda".

No que diz respeito aos *instrumentos* (alínea "b" do parágrafo 2º do artigo 31 da CVDT), estes podem ter natureza mais ampla do que *acordos*, e, ainda, poderão ser estabelecidos apenas por uma ou algumas partes do tratado. Para que sejam relevantes para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, devem contar com a adesão *inequívoca* ao seu conteúdo por todos os Estados-Partes desta última. Na hipótese de apenas alguns países aderirem à interpretação conferida por este instrumento defende-se, ao menos em tese, que tal interpretação poderia ser considerada oponível apenas aos seus aderentes.

Um dos elementos distintivos entre o parágrafo 2º e o parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT diz respeito ao *momento de elaboração do acordo, instrumento ou prática.* Enquanto o parágrafo 2º trata da elaboração de acordo ou instrumento *em conexão* com a conclusão do tratado (a ser interpretado), o parágrafo 3º refere-se a acordos ou práticas elaborados (ou seguidos) *após* a conclusão do tratado principal.

Assim, no que diz respeito ao termo *conclusão* de um tratado, mencionado em ambas as alíneas do parágrafo 2º do artigo 31, este estaria ligada ao *momento da finalização* de um

tratado. Nessa medida, serão relevantes para a Regra Geral de Interpretação, neste ponto, além do texto, apenas o preâmbulo, e acordos ou instrumentos que tenham sido elaborados *no momento da finalização do tratado e que, cumulativamente, sejam aceitos por todas as partes como instrumentos relativos ao tratado a ser interpretado*[730].

Embora a CVDT não identifique, claramente, qual o *momento de finalização de um tratado*, tem-se, a partir de seu artigo 4º, que tal momento *antecede* a entrada em vigor da avença internacional. Assim, para os fins do artigo 31 da CVDT, considera-se por conclusão do tratado a data de sua adoção e abertura para assinaturas (GARDINER, 2015, pos. 8325). Conforme mencionado, embora a Convenção da Haia de 1980 tenha sido dotada de preâmbulo, não foi detectada a aprovação de qualquer acordo ou instrumento relativo ao tratado e feito entre *uma, várias ou todas* as partes *em conexão* com a sua conclusão, ou seja, no momento da finalização/aprovação da CH80.

Ainda se encontram divergências – teóricas e jurisprudenciais – relacionadas ao papel dos *Relatórios Explicativos*, instrumentos elaborados, em geral, simultaneamente às negociações do tratado e que, dentre outros aspectos, relatam nuances da compreensão dos negociados sobre os termos do tratado. Enquanto Sinclair (1984, pp. 129-30) prefere incluir os Relatórios Explicativos no âmbito do artigo 31, parágrafo 2º da CVDT, como *acordos relacionados ao tratado feito por todas as partes em conexão com a sua conclusão* e, portanto, parte do contexto, outros (GARDINER, 2015, pos. 8243) – posição esta a qual adere-se, ao menos no que diz respeito ao Relatório Explicativo sobre a CH80, elaborado por Pérez-Vera – consideram mais adequada sua inclusão no contexto dos trabalhos preparatórios (e, portanto, no âmbito do artigo 32, dentre os meios suplementares de interpretação)[731].

B. A relevância dos elementos *extrínsecos* e elaborados em momento *posterior*

No que diz respeito ao artigo 31, parágrafo 3º da CVDT, é possível a identificação de vários elementos, documentos, instrumentos e práticas, *extrínsecos ao texto do tratado,*

[730] Por outro lado, os acordos (ou práticas) subsequentes, seriam tomados em consideração *ao lado do contexto* (e não incluídos como contexto). Na prática, e uma vez que todos os dispositivos do artigo 31 devem ser aplicados, geralmente, em conjunto, tal distinção tem pouca relevância.
[731] O Relatório Explicativo e os trabalhos preparatórios à CH80 serão discutidos no Capítulo 6 desta tese.

aprovados e adotados pelos Estados-Partes da CH80, *em momento posterior à conclusão desta última convenção.* Referido dispositivo prevê, como elementos *relevantes* à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, *juntamente com o contexto*:

a) qualquer *acordo posterior* entre as (mesmas[732]) partes *relativo à interpretação ou aplicação*[733] do tratado (ou suas disposições);

b) qualquer *prática seguida posteriormente* na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o *acordo das partes* relativo à sua interpretação;

c) quaisquer *regras pertinentes* de Direito Internacional, *aplicáveis* às relações entre as partes.

Outro importante elemento do parágrafo 3º[734], assim como no caso do parágrafo 2º[735], a identificação de *concordância entre as partes na interpretação de um tratado* – novamente, a identificação do "pacta sunt servanda". Enquanto a alínea "a"[736] prevê acordos (escritos, em princípio), a alínea "b" trata da prática (concordante e subsequente). Sobre a *prática subsequente,* menciona-se que a ILC considerou, por primeiro, que desde tal prática *configure o entendimento das partes relativo à interpretação do tratado*, ela deverá ser incluída como um meio hermenêutico autêntico, *ao lado dos acordos interpretativos* (WALDOCK, 1966, p. 222).

Buscando sintetizar as principais diferenças e semelhanças entre os parágrafos 2º e 3º do artigo 31 da CVDT, elaborou-se seguinte tabela:

Artigo 31 da CVDT	Parágrafo 2º (alíneas "a" e "b")	Parágrafo 3º (alíneas "a" e "b")
Tipo	Acordos e *Instrumentos*	Acordos ou *Práticas*

[732] Há regramentos regionais (europeu e americano), para prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes coexistindo, em geral, em paralelo com a Convenção da Haia de 1980. Assim, tais acordos – e as regras nele contidas – serão aplicáveis, defende-se nesta tese, tão-somente aos Estados que sejam parte destes instrumentos regionais. Em razão do corto metodológico adotado nesta tese, tais instrumentos não terão sua análise aprofundada.

[733] Embora noções aparentemente próximas, interpretação e aplicação encontram-se, tecnicamente, em momentos distintos, sendo que a interpretação ocorre logicamente em momento anterior à aplicação da norma (interpretada). A inclusão do termo aplicação ocorreu durante a Conferência de Viena que analisou os artigos apresentados pela ILC, não tendo sido oferecida, aparentemente, explicação sobre tal inclusão (GARDINER, 2015, pos. 2178 e 8564).

[734] Para além do *momento* de elaboração do acordo ou prática *extrínseco ao tratado*.

[735] Ambos do artigo 31 da CVDT.

[736] Do parágrafo 3º ao artigo 31 da CVDT.

Momento	*No momento da conclusão* do tratado	*Após* a conclusão do tratado
Elaboração	Por algumas (instrumento) ou todas as partes (acordo ou instrumento)	Por algumas (práticas) ou todas (acordos) as partes
Aceitação	Aceito por todas as partes como relativo ao tratado	Aceito por todas as partes como relativo ao tratado
Escopo	Interpretação	Interpretação *e Aplicação*

Fonte: Elaborado pela autora. Comparação entre os parágrafos 2º e 3º do artigo 31 da CVDT.

O parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT lista uma série de outros fatores que, *em conjunto com os parágrafos anteriores do mesmo dispositivo,* devem ser levados em consideração na interpretação da Convenção da Haia de 1980. Em relação à alínea "a" (do parágrafo 3º deste dispositivo), serão relevantes à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 os acordos celebrados por seus Estados-Partes que se relacionem à interpretação ou aplicação de suas disposições. Tais acordos, segundo Aust (2007, pp. 243-4), não precisam ser emendas formais ao tratado original.

A adoção explícita de um *tratado interpretativo*, pela troca de notas, emenda à convenção original ou alguma modalidade menos formal que encapsule sua interpretação, poderá formar a base para a *prática* atual das partes, que será relevante à interpretação do tratado nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da CVDT. Em relação à CH80, parece inexistir, ao menos até o momento, *vontade explícita* de seus Estados-Partes em realizarem emendas ou Protocolos Adicionais a este tratado, conforme enunciado acima.

Ainda em relação à Convenção da Haia de 1980, entende-se possível identificar-se como instrumentos relevantes, nos termos da alínea "a", do parágrafo 3º, do artigo 31 da CVDT, por primeiro, a Convenção da ONU de 1989 sobre o Direito das Crianças, tratado que conta, praticamente, com os mesmos Estados-Partes da CH80 – com exceção dos Estados Unidos da América e que apresenta dispositivos sobre a subtração internacional de crianças e adolescentes, além de sua proteção contra atos de violência. No entanto, a Convenção da ONU não parece emitir auxílio direto à intepretação da *exceção de grave risco* da CH80, conforme será apurado no Capítulo 5 deste estudo. O mesmo tópico também se debruçará à análise da Convenção da

Haia de 1996[737], que entrou em vigor, em âmbito internacional, no ano de 2002, que é apontada como complemento à Convenção da Haia de 1980 na *proteção* de crianças, dentro do escopo da alínea "a" do parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT.

Defende-se, nesta tese, que para além dos tratados acima, também estão incluídos no escopo da alínea "a" do parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT as Conclusões e Recomendações *aprovadas* pelos Estados-Partes da CH80, em reuniões periódicas voltadas ao funcionamento da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) e da própria Convenção da Haia de 1980 e relacionadas a esta convenção, na condição *acordos*, embora não sigam, para sua aprovação o rito previsto nos artigos 6º e seguintes da CVDT. Essa é uma inovação importante que se pretende efetuar neste estudo, qual seja, considerar que a *aprovação*, por consenso, de tais documentos tem como uma de suas consequências sua *elevação ao patamar de acordos relevantes para a interpretação da exceção de grave risco da CH80*, ao menos para os fins do capítulo hermenêutico da CVDT.

Conforme mencionado acima, a teoria admite que pelo termo *acordo*, na CVDT, possam ser incluídos os tratados e outras formas "mais etéreas" (CRAWFORD, 2012, pp. 31-2). No mesmo sentido, Gardiner, para quem os acordos (interpretativos, elaborados no mesmo momento que o tratado principal, quanto em momento posterior), "podem ser registrados em um instrumento formal de mesma natureza jurídica que o tratado original ou em um acordo menos formal ou entendimento sobre interpretação" (GARDINER, 2015, pos. 8250). A Corte Internacional de Justiça também já emitiu julgado nesse sentido[738].

No caso das Resoluções e Recomendações elaboradas no âmbito da HCCH sobre a CH80, conforme será pormenorizado, estas são efetivamente *aprovadas* pelos Estados-Membros desta organização e, defende-se, estão incluídas no escopo do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da CVDT[739].

---

[737] Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças.

[738] Por exemplo, no Caso "Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)", julgado em 13 de dezembro de 1999. Relatórios CIJ 1999, p. 1076. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/98/098-19991213-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 20.03.2019.

[739] Aplicando raciocínio relativo à intepretação da resolução do Conselho de Segurança da ONU (WOOD, 1998, pp. 73, 85-86; GARDINER, 2015, pos.5202) por *analogia*, considera-se que a interpretação de resoluções e recomendações da HCCH e da ONU relacionadas à CH80 e à proteção de crianças, adolescentes e mulheres contra a violência poderá se beneficiar, também, das regras interpretativas da CVDT, embora exista pouca *autoridade* na

No que diz respeito à alínea "b" (do parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT), que se refere à *prática subsequente* dos Estados-Partes na interpretação de um tratado, Waldock indica que pretendeu incluí-la no texto da CVDT como "outra evidência ou indicação da intenção das partes", ao lado dos trabalhos preparatórios e para ser utilizada, tão-somente, nas mesmas circunstâncias e para a mesma finalidade que estes últimos. O avanço das negociações levou ao desenvolvimento da divisão entre a Regra Geral de Interpretação (artigo 31) e os Meios Suplementares (artigo 32), aprovada no texto final da CVDT (WALDOCK, 1964, p. 52).

Segundo Crawford, a prática subsequente *unilateral* dos países pode ter algum *valor probante* (CRAWFORD, 2012, p. 382). Embora a prática subsequente exerça função similar aos acordos formalmente registrados, há dificuldades em sua identificação, especialmente quanto ao estabelecimento de "prática clara e suficiente para demonstrar o acordo das partes" (GARDINER, 2015, pos. 8258). Em uma série de importantes opiniões consultivas a Corte Internacional de Justiça (CIJ) fez uso considerável da prática de organizações internacionais para decidir sobre questões controversas de interpretação[740]. Restou esclarecido, por primeiro, que os membros que foram voto vencido nos órgãos envolvidos *poderiam não estar obrigados pela prática adotada*. Além disso, não se deve perder de vista que a prática de órgãos políticos envolve elementos de oportunidade e discricionariedade. Assim, o que será significativo é o fundamento por trás da prática, que poderá indicar sua relevância jurídica, se alguma[741].

O papel proeminente conferido à prática dos países em relação à interpretação de um tratado seria característica da CVDT que a afasta da abordagem adotada em muitos

---

interpretação, pela via da CVDT, de textos que não são tratados, especialmente aqueles mais próximos de atos unilaterais, como seria o caso, para Wood e Gardiner, das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU. Sobre a utilização, por analogia, das regras da CVDT na interpretação de Resolução do Conselho de Segurança da ONU, vide Opinião Consultiva da CIJ no Caso "Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo", publicada em 22 de julho de 2010 (Relatórios CIJ de 2010, p. 403), página 442, parágrafo 94. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 16.03.2019.

[740] Nesse sentido, vide Opinião Consultiva "Competency of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations", emitida em 3 de março de 1950, pp. 4, 8-9. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/9/009-19500303-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 17.03.2019; Opinião Consultiva "Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization", emitida em 8 de junho de 1960, pp. 150, 167-71. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/43/043-19600608-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 17.03.2019; Opinião Consultiva "Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)", emitida em 20 de julho de 1962, p. 151. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 17.03.2019.

[741] Opinião Consultiva "Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)", emitida em 20 de julho de 1962, pp. 16, 52-3. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf. Acesso em 17.03.2019

ordenamentos jurídicos domésticos (GARDINER, 2015, pos. 8725). A CIJ, em julgado datado de 1999, afirmou a relevância da prática subsequente na interpretação dos tratados, endossando a posição da ILC, nos seguintes termos:

> " (...) As regards the 'subsequent practice' referred to in subparagraph (b) of the above provision, the Commission, in that same commentary, indicated its particular importance in the following terms:
> 'The importance of such subsequent practice in the application of the treaty, as an element of interpretation, is obvious; for it constitutes objective evidence of the understanding of the parties as to the meaning of the treaty. Recourse to it as a means of interpretation is well-established in the jurisprudence of international tribunals.'[742]
> 50. Indeed in the past, when called upon to interpret the provisions of a treaty, the Court has itself frequently examined the subsequent practice of the parties in the application of that treaty (see, for example, Corfu Channel, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1949, p. 25; Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment, I.C.J. Reports 1960, pp. 206-207; Temple of Preah Vihear, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962, pp. 33-35; Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1962, pp. 157, 160-161 and 172-175; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaraguu (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Reports 1984, pp. 408-413, paras. 36-47; Territorial Dispute (Libyan Arah Jamahiriyal Chad), Judgment, I. C. J. Reports 1994, pp. 34-37, paras. 66-7 1 ; Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I), p. 75, para. 19)" [743].

Segundo Waldock, para que a prática subsequente seja *relevante*, ela deve ser suficiente "para indicar que a interpretação recebeu a anuência tácita das partes em geral" (WALDOCK, 1966, p. 99). Em sua essência, o termo prática parece indicar algo feito sistematicamente ou de forma repetida na implementação e aplicação do tratado, sendo relevante, novamente, a demonstração de *anuência* das partes quanto ao seu conteúdo e seguimento (GARDINER, 2015, pos. 8755).

A *prática concordante* poderá ser identificada no comportamento de qualquer autoridade estatal que se encontre na posição de conferir cumprimento a um tratado. No caso das decisões judiciais, embora capazes que constituir prática, deve-se apurar sua autoridade para a interpretação do tratado, bem como se tal decisão judicial representaria, verdadeiramente, a *posição do Estado*[744] naquele tema (GARDINER, 2015, pos. 8831).

---

[742] WALDOCK, 1966, p. 241.
[743] Caso "Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)", julgado em 13 de dezembro de 1999. Relatórios CIJ 1999, pp. 1075-6. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/98/098-19991213-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 20.03.2019.
[744] No caso da Convenção da Haia de 1980, por exemplo, as posições sobre sua interpretação e aplicação, pelo Poder Judiciário doméstico de um país podem não coincidir - e até serem opostas – ao posicionamento da Autoridade Central daquele país e de seu Poder Legislativo.

Entende-se, neste ponto, que as decisões judiciais domésticas sobre a *exceção de grave risco* da CH80 *apenas* poderão ser consideradas práticas relevantes, para os fins da CVDT, se for possível, ao menos, identificar a adesão *tácita* dos demais Estados-Partes o que, conforme será visto, parece possível somente no âmbito dos Guias de Boas Práticas sobre a CH80, que, fazendo menção, entre outros elementos, a jurisprudência doméstica, tem seu conteúdo inequivocamente *aprovado* pelos Estados-Membros da HCCH[745].

No que diz respeito às decisões de cortes internacionais como prática subsequente, não se deve perder de vista que embora os julgamentos sejam mandatórios apenas para as partes envolvidas, a sucessiva emissão de decisões em um mesmo sentido – embora entre partes diferentes – pode demonstrar prática subsequente suficiente para estabelecer a interpretação *como se estabelecida pelas Partes* (GARDINER, 2015, pos. 8851)[746].

C. A amplitude *aparente* do conceito de regras *pertinentes* de Direito Internacional

Por fim, a regra contida na alínea "c" do parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT, por sua vez, coloca os tratados dentro da moldura geral do Direito Internacional aplicável à relação entre as partes. Menciona-se que tal dispositivo tem sido fulcral nas discussões sobre a *fragmentação do Direito Internacional*, formando a base para a promoção de integração sistêmica entre áreas diferentes, mais ou menos especializadas, do Direito (McLACHLAN, 2005, p. 279). Embora os tratados não sejam interpretados isolados de um contexto mais amplo, os "tribunais devem ser cautelosos na utilização do Artigo 31(3)(c) como disfarce para a incorporação de regras estranhas, de maneira a ultrapassar as fronteiras da função jurisdicional" (FRENCH, 2006, p. 281).

Esse vem sendo um dos principais cuidados adotados no presente estudo, a *exclusão* de todos os documentos que não são dotados de relevância para interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia em contextos de violência doméstica. Em especial, a jurisprudência *doméstica* dos Estados-Partes, porque atos unilaterais que, via de regra, não contam com a

---

[745] Os Guias de boas Práticas aprovados no âmbito da HCCH e relacionados à *exceção de grave risco* da CH80 serão pormenorizados no Capítulo 5.

[746] Em relação à CH80, entende-se que o baixíssimo volume de manifestações de cortes internacionais faz com ainda não se tenha estabelecido, por intermédio de cortes internacionais, *prática subsequente* substancial sobre a *exceção de grave risco*.

adesão dos demais países, resta excluída da moldura hermenêutica da CVDT. Também seriam *irrelevantes* à interpretação da *exceção de grave risco*, nos termos da CVDT, as conclusões, recomendações e opiniões de órgãos das Nações Unidas, elaboradas unilateralmente por seus órgãos internos. Por fim, discutir-se-á, em ao final do Capítulo 5 deste estudo, a *não identificação de elementos, oriundos princípios gerais do Direito Internacional,* que possam auxiliar na interpretação da *exceção de grave risco*[747].

Assim como os instrumentos que o antecederam – apresentados no âmbito do artigo 31 da CVDT, também as regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes seriam de identificação e aplicação obrigatória à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Buscar-se-ão tais regras, em especial, nos acordos e instrumentos de caráter inequivocamente mandatório eventualmente em vigor[748] entre os Estados-Partes da CH80. No entanto, tal dispositivo parece de difícil aplicação, em especial por força de sua redação ampla. O artigo 31, parágrafo 3º alínea "c" expressa um princípio mais geral de interpretação dos tratados, denominado *integração sistêmica* com o sistema jurídico internacional (GARDINER, 2015, pos. 10233-10241).

Em abordagem considerada restritiva, Gardiner considera que no contexto das obrigações entre países, criadas por tratados, a referência ao *Direito Internacional*, diria respeito apenas ao Direito Internacional Público. Segundo este autor:

> "Isto é claro a partir do artigo 2(1)(a) [da CVDT] em sua definição de 'tratado' referindo-se ao acordo escrito 'governado pelo direito internacional' [nota de rodapé omitida]. Em segundo lugar, um dos mais utilizados pontos de partida para uma definição ou descrição do direito internacional público é o artigo 38 do Estatuto da CIJ [Corte Internacional de Justiça, visto acima. Este dispositivo indica as fontes do direito (de forma ampla, tratados, direito consuetudinário, princípios gerais e, como fontes subsidiárias, decisões judiciais e escritos acadêmicos) a serem utilizados pela CIJ, cuja função (segundo o Estatuto) é decidir disputas 'de acordo com o direito internacional'. Assim os elementos listados no artigo 38 são colocados em pé de igualdade com o direito internacional. De forma mais geral, é provável que, atualmente, o termo 'direito internacional', sem qualificação adjetiva denote o direito internacional público, especificando-se o direito internacional privado pela denominação 'conflito de leis'" (GARDINER, 2015, pos. 10254).

---

[747] A alínea "c" do parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT vem demonstrando sua capacidade de aplicação em uma variedade mais ampla de circunstâncias do que a origem deste dispositivo sugere (GARDINER, 2015, pos. 10032). Este dispositivo foi, mais recentemente, objeto de aprofundados estudos no âmbito da "International Law Commission" (ILC) (KOSKENNIEMI, 2006, pp. 206-44).

[748] Em âmbito multilateral, em razão do corte metodológico adotado nesta tese.

Ousa-se discordar das considerações acima apresentadas, uma vez que seriam inadequadamente restritivas. O conceito de tratado, incluído na CVDT, conforme discutido em tópico anterior, não parece limitar-se a tratados de Direito Internacional Público, sendo igualmente aplicável, conforme defendeu-se acima, a quaisquer tratados, inclusive àqueles de Direito Internacional Privado (como, *em princípio*, a Convenção da Haia de 1980). Assim, entende-se que poderão ser *regras relevantes* de Direito Internacional, *aplicáveis* às relações entre as partes (da CH80), quaisquer dispositivos de natureza mandatória (em vigor entre as partes), sejam eles oriundos do Direito Internacional Público ou Privado.

O termo *parte* também tem seu conteúdo disciplinado pela CVDT, em seu artigo 2º, parágrafo 1º, alínea "g", indicando "um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este esteja em vigor". Com exceção das regras de "jus cogens", normas de direito internacional geral de aplicabilidade peremptória, os países podem, geralmente, ingressar em avenças internacionais que indicam quais as regras que se aplicam em suas relações com outros Estados. Não se pode perder de vista que o conceito de Direito Internacional, incluído no artigo 38 do Estatuto da CIJ, diria respeito a um conceito mais amplo do que direito costumeiro (GARDINER, 2015, pos. 10403).

O Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OSC/OMC) emitiu decisão que parece esclarecer, adequadamente, o alcance do dispositivo ora em análise da CVDT quanto ao termo *partes*. Além disso, esclareceu-se que, embora na identificação da *prática subsequente*, o país não precisaria, necessariamente, ter se engajado na prática, novamente, o elemento do "pact sunt servanda", consubstanciado em sua anuência ("agreement") mostra-se essencial. De acordo com relatório do Painel do Caso Biotech:

> "7.68 Furthermore, and importantly, Article 31(3)(c) indicates that it is only those rules of international law which are 'applicable in the relations between the parties' that are to be taken into account in interpreting a treaty. This limitation gives rise to the question of what is meant by the term 'the parties'. In considering this issue, we note that Article 31(3)(c) does not refer to 'one or more parties'[749]. Nor does it refer to 'the parties to a dispute.'[750] We further note that Article 2.1(g) of the Vienna Convention defines the meaning of the term 'party' for the purposes of the Vienna

[749] Nota de rodapé original: "We note that, by contrast, Article 31(2)(b) of the Vienna Convention refers to 'one or more parties'".

[750] Nota de rodapé original: "By contrast, Article 66 of the Vienna Convention, which deals with procedures for judicial settlement, arbitration and conciliation, refers to 'the parties to a dispute'. We note that the absence of a reference to 'the parties to a dispute' in Article 31 is not surprising given that Article 31 does not purport to lay down rules of interpretation which are applicable solely in the context of international (quasi-)judicial proceedings".

> Convention. Thus, 'party' means 'a State which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force'. It may be inferred from these elements that the rules of international law applicable in the relations between 'the parties' are the rules of international law applicable in the relations between the States which have consented to be bound by the treaty which is being interpreted, and for which that treaty is in force.[751] This understanding of the term 'the parties' leads logically to the view that the rules of international law to be taken into account in interpreting the WTO agreements at issue in this dispute are those which are applicable in the relations between the WTO Members[752]"[753]
> (…)
> 7.71 The European Communities appears to suggest that we must interpret the WTO agreements at issue in this dispute in the light of other rules of international law even if these rules are not binding on all Parties to this dispute.[754] In addressing this argument, we first recall our view that Article 31(3)(c) should be interpreted to mandate consideration of rules of international law which are applicable in the

---

[751] Nota de rodapé original: "We are aware that Article 31(2)(a) of the Vienna Convention refers to 'all the parties'. However, we do not consider that Article 31(2)(a) rules out our interpretation of the term 'the parties' in Article 31(3)(c). In our view, the reference to 'all the parties' is used in Article 31(2)(a) to make clear the difference between the class of documents at issue in that provision (namely, agreements relating to a treaty which were made between 'all the parties') and the class of documents at issue in Article 31(2)(b) (namely, instruments made by 'one or more parties' and accepted by 'the other parties' as related to a treaty). In other words, we think that the use of the term 'all the parties' in Article 31(2)(a) is explained, and necessitated, by the existence of Article 31(2)(b). Consistent with this view, we think that the absence of a reference to 'all the parties' in Article 31(3)(c) is explained by the fact that Article 31(3) contains no provision like Article 31(2)(b), i.e., that Article 31(3) contains no provision which refers to 'one or more parties' and hence could render unclear or ambiguous the reference to 'the parties' in Article 31(3)(c).
It is useful to note, in addition, that the view that the term 'the parties' in Article 31(3)(c) should be understood as referring to all the parties to a treaty has also been expressed by Mustafa Yasseen, "L'interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités", in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (1976), Vol. III, p. 63, para. 7".

[752] Nota de rodapé original: "We find further support for this view in the provisions of Article 31(3)(b). Article 31(3)(b), which is part of the immediate context of Article 31(3)(c), provides that a treaty interpreter must take into account 'any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation'. Like Article 31(3)(c), this provision makes reference to 'the parties'. In EC – Chicken Cuts, the Appellate Body appeared to agree with the panel in that case that the term 'the parties' in Article 31(3)(b) means the parties to a treaty and in the WTO context must be understood as meaning the WTO Members. Appellate Body Report, EC – Chicken Cuts, paras. 272 (referring to 'a treaty party' and agreement with a practice by 'other WTO Members') and 273 (referring to the 'issue of how to establish the agreement by Members that have not engaged in a practice'). See also Appellate Body Report, Japan – Alcoholic Beverages II, p. 13 (referring to 'the agreement of the parties [to a treaty] regarding its interpretation'). It is true that the Appellate Body found that 'the interpretation of a treaty provision on the basis of subsequent practice is binding on all parties, including those that have not actually engaged in such practice'. Appellate Body Report, EC – Chicken Cuts, para. 273. But it also found that it is necessary 'to establish agreement of those that have not engaged in a practice'. Appellate Body Report, EC – Chicken Cuts, para. 271. Thus, our interpretation of the term 'the parties' in Article 31(3)(c) is consistent with, and indeed supported by, the Appellate Body's interpretation of the same term in Article 31(3)(b). In our view, it would be incongruous to allow the interpretation of a treaty to be affected by rules of international law which are not applicable in the relations between all parties to the treaty, but not by a subsequent practice which does not establish the agreement of all parties to the treaty regarding the meaning of that treaty".

[753] OSC/OMS, caso Biotech (EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES AFFECTING THE APPROVAL AND MARKETING OF BIOTECH PRODUCTS), Relatório do Painel, emitido em 29 de setembro de 2006 (WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R), pp. 333-4. Disponível em file:///C:/Users/natycmartins/Downloads/293R-02.pdf. Acesso em 27.03.2019.

[754] Nota de rodapé original: "The European Communities considers that the Appellate Body report on US – Shrimp supports its view. We do not agree. In our view, that report does not stand for the proposition that panels are required to interpret WTO agreements in the light of other rules of international law even if they are not applicable to all parties to a dispute. (…)"

> relations between all parties to the treaty which is being interpreted.[755] The parties to a dispute over compliance with a particular treaty are, of course, parties to that treaty. In relation to the present dispute it can thus be said that if a rule of international law is not applicable to one of the four WTO Members which are parties to the present dispute, the rule is not applicable in the relations" [756].

A referência ao Direito Internacional contida na alínea "c" do parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT incluiria todos os elementos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça[757]. Embora isso parece claro para tratados, costume e princípios gerais (itens "a" a "c" do artigo 38 deste Estatuto), as decisões judiciais (da CJI, em relação às partes e nos limites do litígio em questão[758]) e os ensinamentos dos autores mais renomados estão incluídos neste último diploma como meios subsidiários para a determinação das regras jurídicas (GARDINER, 2015, pos. 10429). Novamente, resta clara a irrelevância da jurisprudência doméstica para a interpretação da exceção de grave risco, conforme vem sendo apontado no decorrer deste estudo.

A aplicação de regras contidas em outros tratados parece ter sido adequadamente esclarecida pela ILC, em relatório apresentado à Assembleia Geral da ONU no ano de 2006, segundo o qual:

> "(21) *Application of other treaty rules*. Article 31 (3) (c) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to arrive at a consistent meaning. Such other rules are of particular relevance where parties to the treaty under interpretation are also parties to the other treaty, where the treaty rule has passed into or expresses customary international law or where they provide evidence of the common understanding of the parties as to the object and purpose of the treaty under interpretation or as to the meaning of a particular term.
> (22) *Inter-temporality*. International law is a dynamic legal system. A treaty may convey whether in applying article 31 (3) (c) the interpreter should refer only to rules of international law in force at the time of the conclusion of the treaty or may also take into account subsequent changes in the law. Moreover, the meaning of a treaty provision may also be affected by subsequent developments, especially where there are subsequent developments in customary law and general principles of law [nota de rodapé omitida]" (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006, pp. 414-5, grifos no original).

No que diz respeito à possível *evolução*, em âmbito global, da sensibilidade e compreensão do fenômeno da violência doméstica enquanto circunstância potencialmente hábil

---

[755] Nota de rodapé original: "We recall that we have reached this view after determining that the text and context of Article 31(3)(c) do not support interpreting the term 'the parties' as meaning 'the parties to a dispute'".
[756] Caso Biotech (EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES AFFECTING THE APPROVAL AND MARKETING OF BIOTECH PRODUCTS), Relatório do Painel, emitido em 29 de setembro de 2006 (WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R), pp. 333-4. Disponível em file:///C:/Users/natycmartins/Downloads/293R-02.pdf. Acesso em 27.03.2019.
[757] Análise pormenorizada do artigo 38 do Estatuto da CJI foi elaborada em tópico anterior desta tese.
[758] Nos termos do artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

a influenciar a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, a inclusão de princípios gerais de Direito Internacional no âmbito de aplicação do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" parece aproximar-se, em certa medida, de discussão travada no âmbito da Corte Internacional de Justiça no ano de 1997, em julgamento envolvendo o princípio da precaução em matéria ambiental. Segundo esta corte, os avanços científicos geraram incremento de "awareness" quanto aos riscos à humanidade para as presentes e futuras geração, levando à criança de novas normas e parâmetros. E segue o julgamento:

> "(…) new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development"[759].

Neste caso, a CIJ não precisou determinar se o princípio da precaução teria a natureza de princípio geral de direito, na medida em que, mesmo que o fosse, ele poderia ser aplicado apenas dentro dos limites do tratado a ser interpretado – o qual as medidas adotadas pela Eslováquia teriam infringido. Além disso, nota-se que o próprio julgamento reconhece a criança de *novas regras e parâmetros*, a partir da conscientização dos riscos ambientais.

Ainda no Caso Biotech, decidido pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OSC/OMC) considerou-se que o *princípio da precaução* não configuraria, tecnicamente, um princípio geral de direito, tendo sido negada sua aplicação sob a rubrica do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT:

> "7.67 Article 31(3)(c) directly speaks to the issue of the relevance of other rules of international law to the interpretation of a treaty. In considering the provisions of Article 31(3)(c), we note, initially, that it refers to 'rules of international law'. Textually, this reference seems sufficiently broad to encompass all generally accepted sources of public international law, that is to say, (i) international conventions (treaties), (ii) international custom (customary international law), and (iii) the recognized general principles of law. In our view, there can be no doubt that treaties and customary rules of international law are 'rules of international law' within the meaning of Article 31(3)(c). We therefore agree with the European Communities that a treaty like the Biosafety Protocol would qualify as 'rule of international law'. Regarding the recognized general principles of law which are applicable in international law, it may not appear self-evident that they can be considered as 'rules of international law' within the meaning of Article 31(3)(c). However, the Appellate Body in US –Shrimp made it clear that pursuant to Article 31(3)(c) general principles of international law are to be taken into account in the interpretation of WTO

[759] Caso Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), julgado em 25 de setembro de 1997. Relatórios da CJI 1997, p. 78. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 27.03.2019.

> provisions[760]. As we mention further below, the European Communities considers that the principle of precaution is a 'general principle of international law'. Based on the Appellate Body report on US – Shrimp, we would agree that if the precautionary principle is a general principle of international law, it could be considered a 'rule of international law' within the meaning of Article 31(3)(c)"[761].

Assim, parece claro que as cortes internacionais – com exceção, em certa medida, de cortes regionais de direitos humanos (GARDINER, 2015, pos. 10495) – adotam postura cautelosa na inclusão de princípios *gerais* na categoria de *princípios gerais de direito internacional*.

Por vezes, algumas cortes fazem referência a obrigações contidas em outros tratados sem fazer menção à CVDT. O Caso HN v. Polônia, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em 2005, parece ser um exemplo que bem ilustra a interpretação Convenção Europeia de Direitos Humanos sob as luzes da Convenção da Haia de 1980, no que diz respeito aos países que sejam Estados-Partes de *ambos* os instrumentos. Neste caso a CEDH enfatizou que a Convenção Europeia de Direitos Humanos:

> "must be applied in accordance with the principles of international law, in particular with those relating to the international protection of human rights (see Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 90, ECHR 2001-II, and Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI). Consequently, the Court considers that the positive obligations that Article 8 of the Convention lays on the Contracting States in the matter of reuniting a parent with his or her children *must be interpreted in the light of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, all the more so where the respondent state is also a party to that instrument* (see Ignaccolo-Zenide, cited above, § 95)" (grifos nossos) [762].

Finalmente, alcança-se o parágrafo 4º do artigo 31 da CVDT, que determina que "um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes". Por primeiro, deve-se lembrar que, uma vez que tal dispositivo se encontra incluído no artigo 31 da CVDT, sua aplicação, se identificado sentido especial a algum dos termos do tratado a ser interpretado, é obrigatória.

---

[760] Nota de rodapé original: "Appellate Body Report, US – Shrimp, para. 158 and footnote 157. The Appellate Body found in that case that the principle of good faith was at once a general principle of law and a general principle of international law".

[761] Caso Biotech (EUROPEAN COMMUNITIES – MEASURES AFFECTING THE APPROVAL AND MARKETING OF BIOTECH PRODUCTS), Relatório do Painel, emitido em 29 de setembro de 2006 (WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R), pp. 332-3. Disponível em file:///C:/Users/natycmartins/Downloads/293R-02.pdf. Acesso em 27.03.2019.

[762] Caso "H.N. v. POLAND - Application no. 77710/01", julgado em 13 de setembro de 2005, pp. 10-1. Disponível em https://www.incadat.com/download/cms/files/2017-05/ID0811%20-%20Full%20text%20-%20EN.pdf. Acesso em 27.03.2019.

Este dispositivo incluiria tanto o sentido que um termo possui *em uma particular área do conhecimento humano* quanto um sentido particular conferido por alguém na utilização de um termo que difere do(s) sentido(s) mais comum(ns) (GARDINER, 2015, pos. 11048-11054). A principal razão para inclusão deste dispositivo à CVDT diria respeito à fixação do ônus da prova, a ser cumprido pela parte que alega que o termo possui sentido especial (WALDOCK, 1964, p. 205; 1966, p. 222). Ainda assim, tal inclusão ocorreu de forma hesitante, com vozes contrárias a tal inclusão sendo vencidas em votação, para que fosse aceita a proposta do comitê de redação (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, p. 269).

Mostra-se comum que a apuração da existência de um sentido especial a um (ou mais) termo(s) do tratado a ser interpretado seja encontrado no contexto dos trabalhos preparatórios ou nas circunstâncias de conclusão do acordo internacional. Enquanto estes últimos seriam meios suplementares de interpretação, previstos no artigo 32 da CVDT – e, conforme será visto, de aplicação não mandatória, salvo em circunstâncias predeterminadas – a investigação sobre a existência de sentido especial deve ocorrer obrigatoriamente quando invocada por alguma das partes – ou, eventualmente, defende-se, quando potencialmente identificada pelo órgão incumbido do exercício interpretativo.

A confirmação, por órgãos julgadores, da existência de um sentido especial teria sido identificada, durante as negociações da CVDT, como de ocorrência rara (WALDOCK, 1964, p. 309), situação que teria se mantido, aparentemente, até os dias atuais, como parece confirmar julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos no ano 2000, no Caso Witold Litwa v. Polônia, no qual preferiu-se a utilização de um sentido mais alargado para o termo *alcóolicos* para inclusão de pessoas que consomem bebidas alcóolicas mas não seriam dependentes, deixando de aceitar o argumento polonês de que as partes pretenderam conferir um sentido especial ao vocábulo[763].

A forma mais comum de identificação de um termo com sentido especial ocorre na hipótese em que o próprio tratado inclui um capítulo, título, ou qualquer dispositivo voltado à *definição* de seus termos. A CVDT, por exemplo, apresenta tal elemento em seu artigo 2º, já

[763] Case "WITOLD LITWA v. POLAND - Application no. 26629/95", julgado em 4 de abril de 2000, pp. 15-16. Disponível em https://www.legal-tools.org/doc/7e1014/pdf/. Acesso em 28.03.2019.

mencionado - parcialmente acima-, sob a rubrica *expressões empregadas*. A Convenção da Haia de 1980, no entanto, não é dotada de tal característica, não sendo possível identificar, exclusivamente a partir de seu texto, qualquer sentido especial em seus termos[764].

Menciona-se que quando o sentido especial foi registrado nos trabalhos preparatórios, seu efeito na interpretação não será, provavelmente, diferente do efeito de outras declarações incluídas no mesmo documento. A confirmação de tal situação não parece facilmente encontrável nas decisões judiciais disponíveis (GARDINER, 2015, pos. 11185). Resta esclarecido que a atribuição de um sentido especial aos termos *exceção de grave risco da CH80* também dependerá não apenas da identificação de possíveis sentidos especiais, mas também da confirmação de que seus Estados-Partes decidiram, *inequivocamente* conferir determinado sentido, diferente do *sentido ordinário* de seus termos.

Tópico especifico deste estudo, incluído em sua Parte III, se debruçará pela identificação, se possível, e consequente discussão sobre a existência de sentido especial fixado para os termos da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Analisada a Regra Geral de Interpretação, incluída no artigo 31 da CVDT, o tópico seguinte poderá avançar na análise dos artigos 32 e 33 deste tratado, que tratam dos Meios Suplementares de Interpretação e do equilíbrio de versões autênticas, em línguas diferentes, de um mesmo tratado.

4.6.2. A aplicação subsidiária dos Meios Suplementares de Interpretação e das versões autênticas em mais de uma língua

Finalizada a análise do artigo 31 da CVDT, alcançam-se os *meios suplementares de interpretação*, incluídos no artigo 32 desta mesma convenção. Por primeiro, indica-se que a interpretação de um tratado não poderia ocorrer "independentemente das *circunstâncias* associadas ao seu nascimento e que, por sua vez, estão estreitamente ligadas à vida social internacional" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 238). Os elementos *objetivos* que auxiliam a identificação de tais circunstâncias encontram-se incluídos no artigo 32 da

[764] A inexistência de termos especial à *exceção de grave risco* será objeto do Capítulo 5.4.

CVDT, razão pela qual entende-se que o recurso aos meios suplementares de interpretação não significa a utilização da abordagem interpretativa teleológica (CRAWFORD, 2012, p. 384).

O recurso aos *meios suplementares de interpretação,* nos termos da própria CVDT, não é obrigatório – ao contrário da aplicação do artigo 31: serão utilizados apenas se *necessário* para *confirmar* o sentido obtido a partir a aplicação da *regra geral de interpretação* ou, ao contrário, se a aplicação desta última levar a um *resultado ambíguo, obscuro, manifestamente absurdo ou desarrazoado*. Essa posição já foi confirmada pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) que, reiterando manifestação de sua antecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), indicou que "não haveria necessidade de recurso aos trabalhos preparatórios se o texto de uma convenção for em si próprio suficientemente claro"[765].

Embora a CVDT não tenha incluído listagem exaustiva dos meios suplementares de interpretação, os mais comuns são aqueles mencionados no corpo do próprio dispositivo: os trabalhos preparatórios e as circunstâncias da conclusão do tratado (a ser interpretado) (GARDINER, 2015, pos. 11677). Em cada caso concreto outros elementos poderão ser incluídos, sempre com a cautela de se apurar, inequivocamente, o consentimento das partes sobre seu manejo, em respeito ao "pacta sunt servanda".

Tem sido identificado aumento progressivo na *relevância* dos trabalhos preparatórios para a interpretação dos tratados, apesar destes serem, muitas vezes, "caóticos, confidenciais ou pouco probatórios" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 238), tendo a própria CIJ feito uso dos trabalhos preparatórios para *confirmar* uma conclusão alcançada por outros mecanismos[766]. Os trabalhos preparatórios, incluídos pelo artigo 32 da CVDT como meio suplementar de interpretação dos tratados, devem ser utilizados com cautela, uma vez que seu uso pode afastar o interprete da abordagem textual, privilegiada no artigo 31 da CVDT (CRAWFORD, 2012, p. 383).

Além disso, no caso de convenções multilaterais, como a Convenção da Haia de 1980, a ILC ("International Law Commission") já apontou que os países que aderem a uma convenção

---

[765] Caso Ambatielos (Grécia v. Reino Unido) – Objeção Preliminar, julgada em 1o de julho de 1952. Relatórios da CJI 1952, p. 45. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/15/015-19520701-JUD-01-00-FR.pdf. Acesso em 17.03.2019.

[766] Por exemplo, no julgamento do Caso "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)". Relatório CIJ de 2007, pp. 43, 109-10. Disponível em https://www.icj-cij.org/en/case/91/judgments. Acesso em 17.03.2019.

já concluída – como é o caso dos 77 países[767] que não participaram das negociações da Convenção da Haia de 1980 – *não* podem alegar a inadmissibilidade dos trabalhos preparatórios, sempre que estes encontrarem-se acessíveis no momento de sua adesão (WALDOCK, 1966, pp. 219-20). Por fim, ainda se menciona que "uma coisa é a leitura da história de um dispositivo, outra é dizer que essa história é o elemento que identifica o sentido correto [dos seus termos]" (GARDINER, 2015, pos. 11692).

Os trabalhos preparatórios possuem a particularidade de mostrarem-se potencialmente relevantes para a identificação de elementos que compõem o *contexto* do tratado (artigo 31, parágrafo 2º) e até mesmo auxiliar com informações sobre o *objeto e finalidade* deste último. A interpretação de um texto pode, ao menos em tese, restar inequivocamente fixada durante as negociações do acordo internacional, restando registradas, no mais das vezes, em seus trabalhos preparatórios. O cuidado, nesta última situação, diz respeito às cautelas acima apontadas. As interpretações anotadas nos anais dos trabalhos preparatórios terão força proporcional a sua clareza de sentido e compreensão da anuência dos países (GARDINER, 2015, pos. 12757).

As *circunstâncias de conclusão do tratado*, mencionadas no artigo 32, *ao lado* dos trabalhos preparatórios, também são meios suplementares de interpretação que, por sua vez, apontam para a consideração dos fatos levados em consideração pelos negociadores do tratado *no momento* de sua conclusão. No entanto, a CVDT não indica o conceito das *circunstâncias de conclusão do tratado.* Na prática, são levadas em conta as circunstâncias que levam à elaboração do acordo internacional, que afetam seu conteúdo e agregam à sua conclusão. Por óbvio, eles poderão, por vezes, se sobrepor a outros elementos contidos na moldura hermenêutica da CVDT, como o objeto e finalidade de tratado, instrumentos feitos em conexão com a sua conclusão e os trabalhos preparatórios (GARDINER, 2015, pos. 12812).

Ainda no âmbito do artigo 32 da CVDT parece adequada a inclusão, para além da documentação compilada sobre a negociação da Convenção da Haia de 1980 (os anais dos trabalhos preparatórios, ou os trabalhos preparatórios propriamente ditos), do Relatório Explicativo elaborado por Pérez-Vera (1982), Professora que acompanhou as negociações da CH80 e, ao final, publicou fascículo que incluiu não apenas informações sobre a intenção dos

[767] A Convenção da Haia de 1980 conta, atualmente, com 101 Estados-partes, conforme mencionado anteriormente.

negociadores, mas também orientações de natureza didática sobre a interpretação e aplicação deste tratado.

O posicionamento dos Relatórios Explicativos na moldura interpretativa da CVDT é tarefa que não parece contar com consenso, seja em âmbito acadêmico, seja nas decisões judiciais. Os relatórios explicativos, comentários e documentos similares podem ser redigidos *ao mesmo tempo* em que um tratado está sendo negociado *ou podem ser elaborados em momento posterior* à finalização do tratado. Além disso, nem todos os documentos que recebem tal denominação contém elementos similares: alguns podem ser elaborados por especialistas; poderão ou não ter seu conteúdo inequivocamente aprovado pelos países, dentre outros aspectos.

É possível afirmar-se que se o relatório explicativo for elaborado *em momento temporalmente paralelo e inequivocamente relacionado à preparação, conclusão ou implementação* do tratado, ele poderá ser classificado como integrante do *contexto* do tratado, mais especificamente sob o pálio do artigo 31, parágrafo 2º, alínea "a" da CVDT. Para Gardiner, se o relatório explicativo for elaborado *em separado* da produção do tratado, pode-se cogitar de sua inclusão junto ao artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c", *desde que se considerassem os escritos acadêmicos como fonte do Direito Internacional, nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça* (GARDINER, 2015, pos. 12880-12886). Discorda-se desta posição, em especial porque os escritos acadêmicos, segundo o Estatuto da CIJ, seriam apenas meio auxiliar para a determinação das fontes do Direito Internacional não sendo, em si mesmos, fontes.

Assim, considera-se que o Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980 deve ser considerado como meio suplementar de interpretação da CH80, uma vez que, embora não tenha sido elaborado pelos países, seu conteúdo foi, inequivocamente, aprovado como parte integrante dos trabalhos preparatórios da Convenção da Haia de 1980, publicados, pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) com o título "Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement d'enfants" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982).

Não seriam apenas meios suplementares de interpretação os trabalhos preparatórios e as circunstâncias de conclusão do tratado. A identificação de *outros* meios suplementares não se

mostra tarefa facilitada. Aponta-se que estes diriam, em princípio, respeito a questões materiais ou substantivas que devem ser levadas em consideração, e não princípios interpretativos gerais de cunho analítico (GARDINER, 2015, pos. 11901).

A expressão *confirmar o sentido resultante da aplicação* da regra do artigo 31 da CVDT, por sua vez, parece não trazer maiores dificuldades, na medida em que o sentido do dispositivo do tratado a ser interpretado teria sido alcançado aplicando-se esta última, apenas sendo utilizados[768] os meios suplementares como forma de *confirmar* o alcance de sentido semelhante.

No que diz respeito à utilização do artigo 32, quando o manejo do artigo 31 deixa o *sentido* – do dispositivo a ser interpretado – *ambíguo*, aponta-se que, a noção de ambiguidade não deve ser confinada à circunstância de uma mesma palavra possuir mais de um sentido ou significado. *Obscuridade*, por sua vez, vem sendo utilizado pouco como motivo para aplicação do artigo 32 da CVDT e, quando manejada, as cortes tendem a contrastar os dispositivos *claros* dos *incertos.* Ainda mais raro seria encontrar referência específica a uma interpretação *manifestamente absurda ou desarrazoado.* Por vezes, a menção ao resultado absurdo é utilizada como ferramenta para afastamento de um sentido ordinário de um termo que se pretende ver excluído (GARDINER, 2015, pos. 12382, 12398 e 12408).

Para Mazzuoli, a parte final do artigo 32, que diz respeito ao manejo dos meios suplementares quando a aplicação do artigo 31 da CVDT levar a um resultado manifestamente absurdo, estabeleceriam cláusula de *efeito útil*, segundo a qual a interpretação de um tratado deve produzir o máximo de sentido e efetividade possível, devendo o tratado refletir "uma escolha sábia, cautelosa, racional e justa" (MAZZUOLI, 2016, p. 265).

Discordamos do autor, no ponto em que ele considera que o artigo 32 também incluiria, como meio suplementar de interpretativa, o princípio da interpretação funcional, segundo o qual os tratados devem ser interpretados em conformidade com sua intenção (MAZZUOLI, 2016, p. 265). Entende-se, mais propriamente, que a apuração da intenção das partes, conforme visto em

[768] Entende-se que decisão de manejo *complementar* do artigo 32 seria, entende-se, dotada de alto grau de subjetividade.

tópicos anteriores desta tese, estaria melhor posicionada no âmbito da Regra Geral de Interpretação, incluída no artigo 31 da CVDT.

Parte da doutrina pesquisada, ao reconhecer que não resta claro, até o momento, quais (e se existiram) outros meios suplementares de interpretação, para além dos trabalhos preparatórios e circunstâncias de sua conclusão, entende que alguns cânones, princípios presunções e máximas interpretativas poderão, a depender de sua função na interpretação concreta de um tratado, restar incluído no âmbito da Regra Geral de Interpretação ou dentre os Meios Suplementares (GARDINER, 2015, pos. 12926).

Por fim, em relação ao artigo 33 da CVDT, quando há dúvidas sobre a interpretação de um tratado redigido em duas ou mais línguas oficiais – como é o caso da Convenção da Haia de 1980, elaborada em francês e inglês – na prática, as cortes internacionais buscam conciliar as diferentes versões. Referido dispositivo encontra-se assim enunciado:

> "Artigo 33. Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas
> 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.
> 2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.
> 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.
> 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos"[769].

A prática da Corte Permanente de Justiça Internacional, por exemplo, desde há muito já aplicava a técnica de conciliação de versões autênticas de um mesmo tratado[770]. Quando não é possível tal compatibilização, vem sendo conferida precedência ao texto mais claro[771] ou mais explícito, que melhor corresponda às preocupações das partes[772].

---

[769] Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, artigo 33.
[770] Por exemplo, no julgamento do Caso "The Mavrommatis Palestine Concessions", em 1924. Publicações da Corte Permanente de Justiça Internacional, Séria A, nº 2. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf. Acesso em 17.03.2019.
[771] Por exemplo, na Opinião Consultiva nº 23, emitida pela Corte Permanente de Justiça, em 4 de fevereiro de 1932, em relação ao tema "Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory". Disponível em http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04_danzig.htm. Acesso em 17.03.2019.
[772] Por todos, veja o julgamento da Corte Internacional de Justiça no Caso "Relativo às atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua" (Nicarágua v. Estados Unidos da América), julgado em 27 de junho de

A hipótese de divergência entre os textos, igualmente autênticos, de um mesmo tratado, seria idealmente solucionada pela adoção de um *novo tratado*, indicando o conteúdo exato das expressões incluídas no primeiro. Especialmente no caso de tratado multilaterais, sugere-se que durante sua negociação já seja estabelecido, de antemão, qual seria a versão prevalente (MAZZUOLI, 2016, p. 266). Tais circunstâncias, no entanto, não ocorreram em relação à Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

As *versões* de um tratado para outras línguas que não aquelas consideradas autenticadas, não são entendidas como válidas (GUARDIA, 1997, pp. 228-9). Sendo as línguas oficiais da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado o inglês e o francês, todas as demais versões da CH80 – incluindo a brasileira – não poderão ser consideradas autênticas ou válidas, na hipótese de disputa entre seus Estados-Partes. Domesticamente é válida e eficaz a versão efetuada oficialmente pelo país, quando de sua internalização ao seu ordenamento jurídico pátrio.

O parágrafo 3º ao artigo 33 da CVDT apresenta *presunção relativa* sobre o sentido semelhante das expressões contidas em versões autênticas de um mesmo tratado. Tal presunção poderá ser afastada, por exemplo, em situações em que for possível constatar a existência de discrepância *séria* entre os textos autênticos de uma mesma convenção (BROTONS, 1987, p. 316). Nesta hipótese, incide o parágrafo 4º do artigo 33 da CVDT para que, constatada divergência entre versões igualmente autênticas de uma mesma convenção – que não possam ser solucionadas a partir dos artigos 31 e 32 da CVDT -, os objetos e finalidades do tratado serão considerados para o alcance de solução que melhor reconcilie os textos.

Rodrigues critica, em especial, o parágrafo 4º da CVDT por entender que este dispositivo, ao efetuar menção expressa aos objetos e finalidades do tratado, acaba por excluir a possibilidade de utilização de outros elementos interpretativos, sendo que, além disso, considera que a conciliação de textos de um mesmo tratado deve ser feita, de acordo com a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratado, de forma integral, por força do princípio da indivisibilidade dos tratados (RODRIGUES, 2002, p. 138).

1986. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 16.03.2019.

Analisados, em sua teoria geral, os artigos 31 a 33 da CVDT, os resultados da aplicação prática de tais dispositivos, incluídos no capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969, à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, serão realizados em tópicos específicos desta tese, em sua Parte III.

Na sequência, a análise apresentará panorama geral abreviado das particularidades que a interpretação dos tratados de direitos humanos encontradas a partir da jurisprudência das Cortes Internacionais Regionais.

4.7. As peculiaridades da interpretação dos tratados por Cortes Internacionais e Regionais

Encontrou-se, durante as pesquisas, interessante posicionamento sobre a CVDT na interpretação de *tratados de direitos humanos*, sugerindo que uma abordagem mais dinâmica à interpretação dos tratados, pela primeira, seria *evidente* no contexto da interpretação e aplicação dos segundos. Conforme discutido em tópico anterior defende-se, neste estudo, que a Convenção da Haia de 1980 seria, ao menos em parte, representante da crescente categoria dos *tratados de direitos humanos*.

Um método mais flexível e programático (ou "purpose-oriented") de interpretação à CH80 poderia ser adotado, em analogia ao argumento de que "a Convenção [europeia de Direitos Humanos] constituiria um instrumento vivo que deve ser interpretado 'sob as luzes das condições dos dias atuais'" (SHAW, 2014, P. 679) [773]. Tal método, entende-se, poderia minimizar algumas das dificuldades de utilização textual do capítulo hermenêutico da CVDT à *exceção de grave risco*, mantendo-se intacta a relevância desta última para tal desiderato. Aos tratados de direitos humanos, por exemplo, vem sendo consolidada a aplicação do princípio "pro homine".

A Corte Europeia de Justiça (CEJ) – atualmente denominada Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) e as Cortes Regionais de Direitos Humanos (Corte Europeia de Direitos

[773] Esta foi a posição da Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, no Caso "Tyrer v. The United Kingdom - Application no. 5856/72", julgado em 25 de abril de 1978. Série A, nº 26, p. 15. Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587. Acesso em 20.03.2019.

Humanos – CEDH e Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH)[774] já *constataram* a relação entre a Convenção da Haia de 1980 e os tratados e pactos de direitos humanos[775] e instrumentos regionais de prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes[776].

Considera-se que, ao menos em tese, tais decisões *poderiam* ser consideradas como *prática seguida posteriormente na aplicação da CH80, pela qual se pode estabelecer o acordo entre as partes relativo à sua interpretação,* nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. A interpretação da CH80 pela CJUE, CEDH ou pela CIDH, é dotada de seguimento obrigatórios *apenas* para os Estados-Partes da CH80 *que estejam sob sua influência jurisdicional* (e tenham aderido a tal jurisdição) – embora não se ignore que suas posições acabam, por vezes e em termos práticos, a *influenciar* o comportamento dos países sob sua jurisdição, seus indivíduos e órgãos julgadores[777].

Assim como mencionado em relação aos *instrumentos normativos regionais* de proteção à crianças, adolescentes e mulheres, contra atos de violência e a subtração internacional ilícita dos primeiros, também as decisões das Cortes Internacionais *Regionais* (CEJ, CEDH e CIDH) *restam excluídas do corte metodológico desta tese*, uma vez que não refletem, *tecnicamente,* o acordo de *todos* os Estados-Partes da CH80, mas, tão-somente, a anuência (expressa ou tácita) *dos países que estão sob suas jurisdições*.

Em decorrência, entende-se que tais decisões *não são hábeis, por si mesmas, a fornecer interpretação (e aplicação) uniforme e global da exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980*. As mais relevantes peculiaridades da interpretação de tratados *em geral*, encontradas nas decisões de tais cortes *regionais*, parecem merecer inclusão no âmbito da *Teoria Geral de Hermenêutica dos Tratados* que vem se tentando estabelecer no presente capítulo.

---

[774] Excluiu-se, do estudo, a Corte Africana de Direito Humanos.
[775] Especificamente a Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Convenção Americana dos Direitos Humanos.
[776] Convenção Interamericana de 1989 sobre a Restituição de Menores e Regulamento de Bruxelas IIa "Recast" ("Council Regulation – EU 2019/1111), adotado pelo Conselho da União Europeia em junho de 2019. Este instrumento veio substituir o Regulamento de Bruxelas IIa, em vigor desde 2005. O Regulamento de Bruxelas IIa "Recast" entrará em vigor, em sua totalidade, em 1º de agosto de 2022. Informações disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.178.01.0001.01.ENG. Acesso em 20.12.2019.
[777] O tema da *fertilização cruzada* não é objeto desta tese.

4.7.1. Corte de Justiça da União Europeia e Corte Americana de Direitos Humanos: o silêncio sobre a *exceção de grave risco*

A Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) exerce o controle judicial final sobre a interpretação dos tratados *em relação à ordem jurídica da Comunidade Europeia* e, por intermédio de seu papel consultivo, decide sobre competência de órgãos e procedimentos a serem seguidos no ingresso em relações externas por intermédio de tratados (GARDINER, 2015, pos. 5225).

Além disso, assim como será visto em relação à Corte Europeia de Direitos Humanos, a CJUE também teria desenvolvido uma *abordagem distinta à interpretação dos tratados (e outros instrumentos) no contexto da Comunidade Europeia, que não corresponderia exatamente ao esquema incluído nos capítulos hermenêutico da CVDT* (GARDINER, 2015, pos. 5355-5464). O direito consuetudinário, como previsto nas regras da CVDT, aplica-se às relações externas da Comunidade Europeia. A Comunidade Europeia *não é parte da CVDT*. Também se menciona que a CJUE adotaria uma *abordagem interpretativa teleológica, para além da Convenção de Viena de 1969*, mirando, com frequência, para o objetivo e propósito do dispositivo analisado, ao invés de adotar abordagem estritamente textual (SHELTON, 1996-1997, p. 631)[778].

Há 3 tipos de tratados que podem, em tese, ser interpretados (e aplicados) no âmbito da CJUE:

a) tratados fundacionais da Comunidade Europeia;

b) tratados nos quais a Comunidade Europeia é parte com membros não-parte;

c) instrumentos de caráter legislativo no âmbito da Comunidade Europeia que conferem efeito às obrigações estabelecidas por tais tratados com não-membros.

Em relação aos primeiros (“a”), a CJUE não aplica, em geral, as regras interpretativas da CVDT, sendo que a explicação da corte para não o fazer ainda parece obscura (GARDINER,

[778] Da leitura de Shelton (1996-1997) não resta claro, ao menos para esta subscritora, se a menção à interpretação teleológica efetuada diz respeito, propriamente, à identificação da intenção das partes *no momento da elaboração do tratado* ou se pretende dizer respeito à interpretação *progressiva*.

2015, pos. 5370). No que diz respeito aos tratados do tipo "b", a aceitação da aplicação das regras interpretativas da CVDT, pela CJUE, embora progressiva, ainda se mostra lenta e incremental. A CJUE teria se debruçado apenas sobre o 1º parágrafo do artigo 31 da CVDT, embora venha considerando que os tratados do tipo "b" diferentes daqueles incluídos no tipo "a".

Apenas no início da década de 80 do século passado a então CEJ (atual CJUE) teria começado a deixar de utilizar a abordagem teleológica à interpretação dos tratados. No julgamento do Caso "Polydor v. Harlequin Records"[779], relacionado a acordo entre a Comunidade Econômica Europeia (EEC, em seu acrônimo em inglês – "European Economic Comunity") e Portugal, mencionou-se que as disposições do tratado em questão deveriam ser aplicadas tendo em vista tanto o objeto quanto o objetivo do acordo, além de seu texto, declaração que ainda não refletiria, integralmente, a dinâmica do artigo 31, parágrafo 1º da CVDT.

Para Sinclair – assim como para a maior parte dos teóricos vistos anteriormente, a *abordagem inicial da CVDT* debruça-se sobre o sentido ordinário do texto, que deve, então, ser interpretado à luz do objeto e propósito do tratado (a ser interpretado) (SINCLAIR, 1984, p. 130). Seria essa a ordem dos fatores que torna possível alcançar uma conclusão preliminar[780] que será, então, testada, para ser confirmada ou modificada. Em opinião consultiva posterior[781], a CJUE efetuou maior aproximação à dinâmica contida na CVDT, bem como, em casos mais recentes, ela tem endossado a aplicação do artigo 31, ainda voltada, tão-somente, ao seu parágrafo 1º (GARDINER, 2015, pos. 5413).

Não haveria dúvidas, nos entanto, que em relação aos tratados do tipo "b" (vide acima) a CJUE faz uso frequente do artigo 33 da CVDT. Em conclusão, embora esta corte não esteja manejando a moldura interpretativa da CVDT *em sua completude*, parece não haver dúvidas de

---

[779] "Judgment of the Court of 9 February 1982. - Polydor Limited and RSO Records Inc. v Harlequin Records Shops Limited and Simons Records Limited. - Reference for a preliminary ruling: Court of Appeal (England) - United Kingdom. - Free movement of gramophone records - Copyrights. - Case 270/80", parágrafo 8. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61980CJ0270. Acesso em 16.03.2019.

[780] Sobre o tratado ou dispositivo nele contido a ser interpretado.

[781] "Opinion of the Court of 14 December 1991. - Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228 (1) of the Treaty. - Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area. - Opinion 1/91", parágrafo 14. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61991CV0001. Acesso em 16.03.2019.

que, em princípio, ela não seria *refratária à aplicação integral dos artigos 31 a 33 da CVDT* (GARDINER, 2015, pos. 5439).

Por fim, no que diz respeito aos tratados do tipo "c" (instrumentos comunitários que conferem efeito a tratados com não-membros), a CJUE já declarou que "cabe a [esta] Corte, no âmbito da moldura de sua jurisdição na interpretação dos dispositivos de acordos, garantir sua aplicação *uniforme* por toda a Comunidade"[782]. Em casos similares, deve-se esperar que a CJUE aplique, integralmente, os artigos 31 a 33 da CVDT, para garantir a aplicação uniforme dos tratados no âmbito da Comunidade Europeia.

No que diz respeito à Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, tal tratado foi internalizado ao ordenamento jurídico europeu por intermédio do Regulamento Bruxelas IIa, atualmente em sua versão "recast" ("Council Regulation EU 2019/1111", adotada em 25.06.2019[783]), razão pela qual sua interpretação *não ocorreria a partir da tipologia acima mencionada* – aplicada a *tratados* e não a regulamentos domésticos. Ela se mostra útil para conhecimento geral da dinâmica interpretativa que a CJUE vem desenvolvendo.

Tem-se notícia de que, até o momento, a Corte Europeia de Justiça já julgou cerca de 11 casos relacionados à Convenção da Haia de 1980. Entretanto, segundo catalogação de tais casos apresentadas pelo INCADAT[784] – banco de dados organizado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) que compila decisões judiciais domésticas e internacionais relacionadas à CH80 – *nenhuma* das decisões da CJUE teria se debruçado sobre a *exceção de grave risco*. Tal corte, até o momento, *encontra-se silente* em relação à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Também é possível observar o *silêncio* da Corte Americana de Direitos Humanos, até o momento, sobre a *exceção de grave risco* da CH80. Segundo pesquisas empreendidas junto ao banco de dados de jurisprudência sobre a Convenção da Haia de 1980, organizado pela

---

[782] "Judgment of the Court of 26 October 1982. - Hauptzollamt Mainz v C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.. - Reference for a preliminary ruling: Bundesfinanzhof - Germany. - Free trade agreements - Tax discrimination. - Case 104/81", parágrafo 2. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61981CJ0104. Acesso em 16.03.2019.

[783] Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.178.01.0001.01.ENG. Acesso em 16.12.2019. A vigência integral do regulamento está prevista para ocorrer apenas em 2022.

[784] Para acesso ao INCADAT: https://www.incadat.com/en. Acesso em 20.12.2019.

Conferência da Haia de Direito Internacional Privado – o INCADAT, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não se manifestou, *em julgamento* e até o momento, sobre a Convenção da Haia de 1980[785].

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos[786] (Pacto de São José da Costa Rica) estabelece, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, que seus Estados-Partes devem respeitar as liberdades e direitos reconhecidos neste tratado, garantindo seu pleno e livre exercício a *toda pessoa* sujeita à sua jurisdição, sem qualquer forma de discriminação. Seu artigo 2º determina aos países que adotem normas internas para efetivação dos direitos e liberdades previsto no pacto e ainda não reconhecidos em âmbito doméstico.

O parágrafo 4º do artigo 17 deste instrumento estabelece que, em caso de dissolução de relações conjugais, os Estados-Partes devem:

> "tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos"[787].

Seu artigo 19 garante às crianças o direito às medidas de proteção que sua condição de menor requeiram, devendo estas serem providenciadas por sua família, a sociedade e o Estado. O artigo 29 veicula as normas de interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Embora não tenha emitido *decisões* que mencionem a Convenção da Haia de 1980, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) indicou, por intermédio da Opinião Consultiva 1/82, de 24 de setembro de 1982 que a expressão "outros tratados relativos à proteção de direitos humanos" compreenderiam:

> "toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano" [788].

---

[785] A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema da subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes. Dado o corte metodológico adotado nesta tese, que excluiu os instrumentos *regionais* de proteção aos direitos de crianças, adolescentes e adultos, tais manifestações (da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos), não serão objeto de aprofundamentos.

[786] Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 19.11.2019.

[787] Convenção Interamericana de Direitos Humanos, artigo 17, parágrafo 4º.

[788] Série A. nº 1 "Outros Tratados objeto da função consultiva da Corte" (artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em 19.11.2019.

Vinte anos depois, a Opinião Consultiva OC-17/2002, também emitida pela CIDH e denominada "Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança"[789], concluiu que o corpo normativo de proteção aos direitos humanos da infância encontra-se integrado – inclusive para fins de competência (consultiva da CIDH), pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pela Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança. A Convenção da Haia de 1980[790] foi incluída, no parágrafo 26 desta opinião consultiva, como um dos mais de 80 instrumentos internacionais aplicáveis, em diferentes medidas, às crianças.

Para a CIDH "existe uma ordem normativa internacional que se expressa em um 'corpus iuris' integrado por normas provenientes do sistema universal e regional de direitos humanos" (MANRIQUE, 2017, pos. 577). Reitera-se, no entanto, que a até o momento a Corte Interamericana de Direitos Humanos não tenha se manifestado sobre a Convenção da Haia de 1980 em julgamento de um caso concreto de alegação de violação a direito humano incluído nos tratados sob sua *jurisdição*.

4.7.2. Corte Europeia de Direitos Humanos: as *oscilações* na interpretação da *exceção de grave risco*

Este tópico discutirá algumas das particularidades da atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos no julgamento de casos relacionados à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980. A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em sua formação atual, substituiu a anterior combinação de Corte e Comissão, existente no âmbito do Conselho da Europa. Embora a maior parte dos casos a ela submetida sejam iniciados por indivíduos, existe um pequeno caso de disputas entre Estados. A CEDH foi um dos primeiros órgãos jurisdicionais internacionais (regional, no caso) a aplicar a CVDT na intepretação dos tratados, *inclusive no julgamento de demandas movidas por indivíduos* (GARDINER, 2015, pos. 5340).

Uma primeira particularidade identificada por Gardiner na atuação da CEDH diz respeito, à própria *aplicação* da moldura hermenêutica da CVDT. Na construção de seus julgamentos a CEDH teria desenvolvido uma estrutura que apresenta os fatos e o direito antes

---

[789] Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em 19.11.2019.
[790] A Convenção da Haia de 1993 (sobre Adoções Internacional de Crianças e Adolescentes e a Convenção) também foi citada.

dos argumentos e conclusões fundamentadas. Com isso, os trabalhos preparatórios (meios suplementares de interpretação, segundo o artigo 32 da CVDT) sobre os dispositivos relevantes da Convenção Europeia de Direitos Humanos[791] são discutidos *antes* da aplicação das regras interpretativas da CVDT, o que alteraria a ordem prevista nesta última convenção (GARDINER, 2015, pos. 5347-5355).

Apenas depois de elucidados os fatos *e o histórico do dispositivo* convencional aplicável, é que a CEDH seguiria a aplicação do capítulo hermenêutico da CVDT integralmente e com cautela, "respeitando sua estrutura e conteúdo em sua sequência natural, e utiliza os meios suplementares [de interpretação] na forma especificada no artigo 33 da CVDT" (GARDINER, 2015, pos. 5355).

Em seu relatório anual de 1996 à então Comissão de Direitos Humanos, o Relator Especial sobre Violência contra a Mulher da ONU considerou que as decisões das Cortes Regionais de proteção à Direitos Humanos teriam a natureza de *interpretação autorizativa* dos tratados sob sua análise. Assim se manifestou este Relator Especial:

> "The Inter-American Court of Human Rights has issued a judgement in the case of Velásquez Rodríguez, which articulates one of the most significant assertions of State responsibility for acts by private individuals; this represents an *authoritative interpretation of an international standard on State duty*. The opinion of the Court could also be applied, by extension, to article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which requires States parties to ensure to all individuals the rights recognized in that Covenant. In the same case, the Inter-American Court further reaffirmed that States are 'obliged to investigate every situation involving a violation of the rights protected by [international law]'. It discussed the scope of the duty of States, under article 1 of the American Convention on Human Rights, 'to ensure' the rights within the treaty to all persons within their jurisdiction. The Court stated that a State 'has failed to comply with [this] duty ... when the State allows private persons or groups to act freely and with impunity to the detriment of the rights recognized by the Convention' (…)
> The Court also clearly stated that a single violation of human rights or just one investigation with an ineffective result does not establish a lack of due diligence by a State. Rather, the test is whether the State undertakes its duties seriously" (grifos nossos)[792].

O Secretariado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) também já mencionou em seus documentos a jurisprudência de Cortes Regionais de Direitos

---

[791] "Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais", em sua tradução para o português. Adotada em 1950 no âmbito do Conselho da Europa, entrou em vigor em 1953. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 16.03.2019.

[792] Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/105/09/PDF/G9610509.pdf?OpenElement. Acesso em 01.08.2018.

Humanos, como, por exemplo, no ano de 2011, onde afirmou-se, em relação à Corte Europeia de Direitos Humanos que:

> "119. It should be noted that several recent decisions of the European Court of Human Rights (the ECHR), namely Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Application 41615/07) and Raban v. Romania (25437/08)[793], may affect or influence the application of Article 13(1) b) and future development of case law in this area, at least among jurisdictions which are subject to the ECHR. Some commentators have suggested that the reasoning in Neulinger and Raban might be construed to suggest that a comprehensive 'best interests of the child' test should be conducted by the requested jurisdiction upon the consideration of a return application under the 1980 Convention, at least in the context of an Article 13(1) b) defence. However, at present significant ambiguity remains as to whether this indeed is the consequence of this recent ECHR jurisprudence" [794] (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, pp. 28-9).

Segundo dados colhidos junto ao INCADAT, a Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH teria julgado, até o momento[795], cerca de 66 casos relacionados à Convenção da Haia de 1980. Dentre estes, apenas 2 teriam se debruçado sobre a *exceção de grave risco*:

---

[793] Os casos "Neuliger" e "Raban", julgados pela CEDH foram duramente criticados pelos Estados-partes da Convenção da Haia de 1980 e alguns teóricos, em especial por força de sua alegada incompreensão quanto ao mecanismo de retorno imediato da Convenção da Haia de 1980, incluindo considerações sobre análise *aprofundada* do *bem-estar da criança* antes de ser ordenado seu retorno ao país de sua residência habitual. Por todos, veja-se anotação incluída no relato oficial da 6ª Comissão Especial sobre a Operação da CH80, ocorrida entre os anos de 2011-2, segundo o qual "48. The Special Commission notes the serious concerns which have been expressed in relation to language used by the court in its recent judgments in Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Grand Chamber, No 41615/07, 6 July 2010) and Raban v. Romania (No 25437/08, 26 October 2010) in so far as it might be read 'as requiring national courts to abandon the swift, summary approach that the Hague Convention envisages, and to move away from a restrictive interpretation of the Article 13 exceptions to a thorough, free-standing assessment of the overall merits of the situation' (per the President of the European Court of Human Rights, extra-judicially (Info. Doc. No 5)).
49. The Special Commission notes the recent extrajudicial statement made by the President of the European Court of Human Rights (see above) in which he states that the decision in Neulinger and Shuruk v. Switzerland does not signal a change of direction for the court in the area of child abduction, and that the logic of the Hague Convention is that a child who has been abducted should be returned to the State of his / her habitual residence and it is only there that his/her situation should be reviewed in full" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012b, pp. 28-9).

[794] Nota de rodapé no original: "See for instance, United Kingdom – England and Wales, Court of Appeal case Eliassen and Baldock v. Eliassen, [2011] EWCA Civ 361, which will be heard by the Supreme Court of the United Kingdom commencing the week of 23 May 2011. The Court of Appeal stated that with a 'proper understanding' of Neulinger and Raban "the judge evaluating grave risk of harm in the context of an Article 13[1](b) defence must weigh the immediate and not the ultimate best interests of the child" (at para. 69). Lady Justice Black held that she did not see 'Neulinger as requiring a change to the present approach to Hague Convention applications in this jurisdiction or to the existing jurisprudence upon the basis of which our courts make their determination of such applications' (at para. 125). In Maumousseau and Washington v. France (application 39388/05) the ECHR stated that the Court was 'entirely in agreement with the philosophy underlying the Hague Convention' and that it was 'therefore a matter […] of restoring as soon as possible the status quo ante in order to avoid the legal consolidation of de facto situations that were brought about wrongfully, and of leaving the issues of custody and parental authority to be determined by the courts that have jurisdiction in the place of the child's habitual residence' (at para. 69)'.

[795] A última decisão publicada pelo INCADAT data do ano de 2019. Informação disponível em https://www.incadat.com/en/search?search%5Bkeyword%5D=&search%5Byear%5D%5Bfrom%5D=&search%5Byear%5D%5Bto%5D=&search%5Bcourt_level%5D%5B%5D=European+Court+of+Human+Rights+%28ECtHR%29&search%5BresultsPerPage%5D=10&search%5Bsorting%5D=year. Acesso em 20.12.2019.

a) Caso “Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Application No 41615/07)” (Caso Neulinger), decidido em 2009 por Câmara da CEDH e, em 2010, por sua “Grand Chamber”; e
b) Caso “Maumousseau and Washington v. France (Application No 39388/05)” (Caso Maumousseau), decidido em 2007.

Tais casos serão pormenorizados na sequência.

A. Caso Neulinger: o equívoco de compreensão quanto ao nível de averiguação do bem-estar da criança

No Caso Neulinger, decidido por uma maioria de 4 votos a 3, a *Câmara da CEDH* julgou *improcedente* o requerimento formulado pela mãe subtratora, que objetivava o reconhecimento de que a decisão de regresso de seus filhos à Israel, emitida por autoridade judicial suíça, feriu o direito da mãe e das crianças à vida familiar, incluído no artigo 8º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos[796]. No Caso Neuliger *não houve a apresentação de alegação da ocorrência de violência doméstica*.

A criança nasceu em Israel em 2003, filha de uma mãe suíça e um pai israelense. Os genitores se casaram em Israel em 2001. A mãe alegou que, após o nascimento da criança, o genitor teria aderido a uma *seita judaica radical ultra ortodoxa*. Em razão do receio da mãe de que a o pai pudesse levar a criança para uma comunidade desta seita no exterior, ela obteve, junto às autoridades judiciais de Israel, ordem proibindo a remoção da criança desta jurisdição, que deveria vigorar até a criança atingir a maioridade. Com o divórcio dos genitores, em 2005, manteve-se decisão judicial emitida no ano anterior, segundo a qual ambos os genitores *compartilhavam* a custódia da criança, que residia primariamente com a mãe, garantido ao pai direito de visitação.

[796] De acordo com o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, “Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”. Informação disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 20.12.2019.

Também no ano de 2005 foi emitido mandado de *prisão* contra o pai, por força do não pagamento de verbas alimentares em favor da criança. Além disso, a mãe teve seu pedido de suspensão do impedimento de saída da criança do território israelense *negado*. No entanto, em junho de 2005, a mãe removeu a criança, secretamente – e, portanto, ilicitamente-, para a Suíça, tendo sua localização exata sido descoberta apenas no ano seguinte.

Em maio de 2006 a Corte de Família de Telavive (Israel) decidiu que a transferência da criança para a Suíça fora ilícita, tendo o pai apresentado pedido de cooperação jurídica internacional, fundado na Convenção da Haia de 1980, para o retorno da criança da Suíça para Israel. Apenas *21 dias* após o início da demanda judicial, a "Justice of the Peace" do distrito de Lausanne negou o pedido de regresso da criança, considerando que o risco grave de dano teria sido comprovado[797]. Esta decisão foi confirmada, em março de 2007, pela Corte Cantonal de Vaud[798].

Reformando as duas decisões anteriores, em agosto de 2007 a Corte Federal Suíça *determinou o imediato retorno* da criança à Israel, afastando a alegação de *grave risco*. No mês seguinte, a mãe e a criança[799] apresentaram petição à Corte Europeia de Direitos Humanos. Cautelarmente, o Presidente da Câmara incumbida do julgamento desta petição indicou ao governo suíço que não procedesse ao retorno da criança, até julgamento final pela CEDH. Em 2009, a Câmara da CEDH decidiu que o requerimento da mãe deveria ser julgado *improcedente*.

No que diz respeito à *exceção de grave risco*, a Câmara da CEDH considerou as alegações efetuadas pela mãe e criança contra o pai e *revisou* as medidas protetivas que tinham sido adotadas pelas autoridades israelenses, para *concluir* que não havia elemento que pudessem sugerir que a mãe e a criança não seriam protegidas, em seu retorno a Israel, contra comportamentos inapropriados do pai da criança.

---

[797] Informações disponíveis em https://www.incadat.com/en/case/1001. Acesso em 20.12.2019.
[798] Ambas cortes judiciais suíças.
[799] Representada por sua mãe. Neste ponto retoma-se posição apresentada em tópico anterior sobre a necessária designação de representante judicial autônomo à criança. Quem garante que a criança desejava discutir a última decisão judicial suíça perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, representada por sua mãe e pelo Advogado, em sendo o caso, escolhido por esta última? Ambos os genitores, tecnicamente, seguiam como representantes legais do infante. O genitor beneficiado com a decisão de retorno, certamente, não concordava com o peticionamento à Corte Europeia de Direito Humanos em favor da criança, efetuada pela genitora alegadamente subtratora em seu nome.

Além disso, a Câmara considerou que era *razoável* considerar que a mãe deveria voltar à Israel, uma vez que ela lá viveu por 6 anos, desenvolveu contatos e trabalhou em uma empresa multinacional para a qual ainda exercia suas atividades na Suíça. Foram rejeitadas as alegações da mãe de que ela enfrentaria denúncia penal em seu retorno àquele país, uma vez que a subtração de incapazes era conduta criminalizada em *todos* os Estados-Partes do Conselho da Europa e que não havia motivos para dúvidas em relação às garantias ("assurances") fornecidas pelas autoridades israelenses neste tema.

A Câmara da CEDH, embora não ignorasse que o regresso da criança poderia levar a desentendimentos entre os genitores, creditou à mãe a responsabilidade por estes, uma vez que ela removeu a criança unilateralmente do seu país de residência habitual. Em conclusão, indicou que o melhor interesse da criança seria que ela crescesse em um ambiente com ambos os seus genitores. *Tendo em vista a margem de apreciação* das autoridades para determinar o retorno da criança, a ordem judicial suíça teria sido fundada em razões claras e apropriadas, além de proporcional. Julgou-se, então, *improcedente* o requerimento formulado pela mãe e pela criança.

O caso foi remetido à revisão pela "Grand Chamber" da CEDH, por força de requerimento apresentado pela mãe e criança[800]. A medida cautelar (que mantinha a criança em território suíço, foi mantida), até emissão do julgamento final do caso, pela "Grand Chamber", o que ocorreu em 2010. Por 16 votos[801] contra 1, o novo julgamento da CEDH considerou que *a execução* da ordem de retorno da criança (e da mãe) à Israel configuraria *violação* ao direito de ambas à vida familiar, protegida pelo artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

De acordo com a posição majoritária da "Grand Chamber", incumbir-lhe-ia examinar se as cortes domésticas realizaram *exame aprofundado* da situação familiar completa, efetuando avaliação equilibrada e razoável dos interesses *de cada uma das pessoas* envolvidas, sempre imbuída de preocupação constante com a determinação da melhor solução para a criança subtraída. Conforme mencionado em tópico anterior desta tese, este ponto gerou reações violentas da comunidade internacional (dos Estados-Partes da CH80, em especial) e acadêmica, que consideraram inadequada esta decisão da "Grand Chamber" da CEDH.

---

[800] Novamente *representada* por sua mãe.
[801] Alguns membros do grupo majoritário apresentaram manifestações complementares.

Em 2013, no entanto, a CEDH *recuou, ao menos em parte,* em relação ao tema do *exame aprofundado da avaliação bem-estar da criança*. No julgamento do Caso "X. v. Latvia (Application No. 27853/09)"[802] (Caso X. contra Letônia)[803], considerou-se que a Convenção da Haia de 1980 opera dentro da lógica do atendimento ao bem-estar da *coletividade* das crianças

[802] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1234. Acesso em 20.12.2019.

[803] De acordo com resumo do caso incluído no INCADAT, "The application concerned a child born in Australia in February 2005 to a Latvian mother and an Australian father. The mother had met the father in early 2004 and moved into his flat at the end of the year when she was in a late stage of pregnancy. The relationship between the parties deteriorated. The mother continued to live in the father's apartment as a tenant. On 17 July 2008 the mother left Australia with the child and returned to Latvia without the father's consent. On 22 September a return petition was filed with the Latvian Central Authority. On 6 November the Family Court of Australia ruled that the parents had joint parental responsibility for the child. The mother did not appeal this ruling.
On 19 November the Rīga City Zemgale District Court ordered the return of the child. It held that the Australian decision on the father's parental responsibility was not subject to review by the Latvian courts and dismissed the mother's claim that returning to Australia would expose the child to psychological harm.
On appeal, the mother relied on a psychologist's report which stated that the child could suffer psychological trauma as a result of being separated from her mother. She argued that in law and in practice she had been the child's sole guardian prior to their departure from Australia and alleged that the father had mistreated them.
She also claimed that the father had previous convictions and had been charged with corruption, allegations which had not been investigated by the lower court. Neither had the court enquired into the measures which would guarantee the child's safety on being returned to Australia. Furthermore, the mother pointed out that the child attended pre-school activities in Latvia and spoke Latvian as her native language. In Australia, the mother would be unemployed and would not be able to support herself and the child.
On 26 January 2009 the Rīga Regional Court (Rīgas Apgabaltiesa) dismissed the mother's appeal. It held that there was no evidence to substantiate her allegations of mistreatment and pending criminal charges. Furthermore, as the issue before the court concerned the return of the child under the Hague Convention and not custody rights, it was not required to determine the risk of psychological harm.
There was no evidence to suggest that returning to Australia would threaten the child's safety as Australian legislation provided for the security of children and their protection against mistreatment within the family. The mother applied to suspend the return order for six to twelve months.
In March 2009, the father went to Latvia in an attempt to see the child. He executed the return order himself. He took the child and drove to Tallinn, Estonia in order to travel back to Australia. At the mother's request, the Latvian police instigated criminal abduction proceedings but did not bring charges against the father.
In September 2009, the Family Court of Australia awarded the father sole parental responsibility. The mother was permitted to visit the child under the supervision of a social worker. However, the court prohibited her from speaking to the child in Latvian and, until the child's eleventh birthday, from communicating with any childcare facility, school or parent of a child attending the same institution.
Before the European Court of Human Rights, the mother complained under Article 6 that the proceedings before the Latvian courts had not been fair. She argued that the courts had erred in interpreting and applying the Hague Convention. Furthermore, that they had disregarded her evidence concerning the best interests of the child and the fact that she was the child's sole guardian at the time of the removal from Australia.
Instead, they had relied solely on the evidence of the father and had refused to obtain the evidence requested by the mother, thereby infringing the principle of equality of arms. The Court considered the mother's allegations under Article 8 which protected her right to respect for family life.
On 13 December 2011, by a majority of five to two, the Third Section of the ECtHR held that Latvia had violated Article 8 of the ECHR in failing to take account of various relevant factors in assessing the best interests of the child. The Court also awarded the mother compensation under Article 41, see: X. v. Latvia (Application No 27853/09), [2012] 1 F.L.R. 860 [INCADAT Reference: HC/E/ 1146].
On 13 March 2012 the Latvian Government requested that the case be referred to the Grand Chamber, in accordance with Article 43 ECHR. This request was accepted by the panel of the Grand Chamber on 4 June 2012. According to a Latvian press report, referred to before the Grand Chamber, the mother had returned to Australia and was in regular contact with her daughter, and had been able to see her without a social worker being present". Informação disponível em https://www.incadat.com/en/case/1234. Acesso em 20.12.2019.

e adolescentes vítimas de subtração internacional. Em um julgamento difícil, a "Grand Chamber" da CEDH decidiu, por 9 votos conta 8, que a decisão das autoridades judiciais da Letônia, determinando o retorno da criança à Austrália, teria ferido o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Entretanto, a "Grand Chamber" da CEDH concluiu, majoritariamente, que, para além das exceções à obrigação de retorno incluídas na Convenção da Haia de 1980 deverem ser aplicadas restritivamente, sua avaliação não deve ser confundida com discussões e pormenorizações que se incluem em demandas de custódia, mais aprofundadas por sua própria natureza. Nesse sentido:

> "in the context of an application for return made under the Hague Convention, which is accordingly distinct from custody proceedings, the concept of the best interests of the child must be evaluated in the light of the exceptions provided for by the Hague Convention [references to Arts 12, 13, and 20 of the Hague Child Abduction Convention]" (CONVENÇÃO DA HAIA, 2017, p. 3).

A opinião dissidente (adotada por 8 juízes da "Grand Chamber"), manifestou-se expressamente sobre a inadequação da realização de avaliação *aprofundada,* pelas autoridades judiciais do Estado de Refúgio, sobre o bem-estar da criança (ou adolescente) vítima de subtração internacional, quando em jogo a necessidade de solução célere para tais casos. Nesse sentido, tais juízes consideraram que o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos *não determinaria a realização de exame aprofundado,* pelas autoridades do país Requerido *de toda a situação familiar da criança em questão*[804].

B. Caso Maumousseau: confirmação da interpretação restritiva da *exceção de grave risco*

O Caso "Maumousseau and Washington v. France (Application No 39388/05)" (Caso Maumousseau[805]) foi julgado pela Terceira Seção da CEDH em 2007, ocasião na qual concluiu-

---

[804] Informação disponível em https://www.incadat.com/en/case/1234. Acesso em 20.12.2019.

[805] De acordo com resumo do caso disponível no INCADAT, "The child, a girl, was aged 2 ½ at the date of the alleged wrongful retention. The parents were married and lived in the United States. In March 2003 the mother took the child to France for a vacation. On 31 March 2003 the mother informed the father that she did not intend to return. The 'Tribunal de Grande Instance de Draguignan' dismissed the father's return petition. On 13 April 2004 the 'Cour d'appel d'Aix-en-Provence' overturned the judgement of the trial court and ordered the return of the child. The mother filed an application to challenge the legality of this decision before the 'Cour de cassation'. It was the mother's case that Article 13(1)(b) was applicable because a new change in the child's situation would expose her to a grave risk of harm.
She argued that the appellate court should have considered the removal of the child from her settled environment in France in the light of Article 8 of the ECHR, Article 3(1) UNCRC [Convenção da ONU de 1989 sobre os

se, por uma maioria de 5 votos contra 2, que as autoridades judiciais francesas não infringiram o artigo 8º da Convenção Europeia de Direito Humanos ao determinarem o regresso da criança aos Estados Unidos da América. De forma *unânime*, a CEDH considerou que não ocorrera, ainda, infração ao artigo 6º, parágrafo 1º[806] do mesmo tratado. No Caso Maumousseau *também*[807] *não foi apresentada alegação da ocorrência de violência doméstica*.

Na análise da alegação de incidência da *exceção de grave risco* ao caso[808], a CEDH equilibrou sua construção *restritiva* de tal exceção com a *expectativa* de que os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 irão facilitar o retorno dos genitores abandonados aos países de residência habitual das crianças (ou adolescentes), bem como que o mérito das ações judiciais em que se discute a custódia de tais crianças serão analisados em *prazo razoável* (BEAUMONT, 2009, p. 63). Além disso, a CEDH declarou seu apoio integral à política da Convenção da Haia de 1980 para proteção de crianças *contra os efeitos danosos de suas transferências e remoções ilícitas*, bem como seu retorno imediato ao seu Estado de residência habitual. Assim, ela rejeitou o argumento da mãe de que a interpretação da *exceção de grave*

Direitos da Criança], general principles of public international law as well as constitutional principles. Moreover, the Court should not have ignored the grave risk inherent in the father's plan to move to Santo Domingo.
The legal challenge to the 'Cour de cassation' did not suspend the enforcement of the 'Cour d'appel' order. In July 2004 the mother was informed that she would be committing a criminal offence if she continued to retain her daughter. On 23 September the State Prosecutor for Draguignan, assisted by 4 police officers, sought to take the child from her nursery school, however the mother, together with other parents and school staff resisted this attempt. Following a request by the mother the children's judge for Draguignan placed the child in a care facility and awarded each parent access rights. On 3 December the 'Cour d'appel d'Aix-en-Provence' ordered that the child be handed over to the father and the next day she was taken back to the United States.
On 14 June 2005 the 'Cour de cassation' dismissed the mother's challenge against the legality of the appellate judgement and confirmed the return order, noting that the retention had been wrongful and Article 13(1)(b) had not been made out to the standard required under the Convention.
On 26 October the mother filed a petition with the ECHR. In February 2006 a family judge in New York upheld a request by the father to place conditions on the mother's exercise of access, notably by having judicial supervision of contact and making the mother put up a bond of $25,000. In April 2007 the 'tribunal de grande instance' at Draguignan awarded the mother custody and the father access". Informação disponível em https://www.incadat.com/en/case/942. Acesso em 20.12.2019.

[806] "Artigo 6°. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça". Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 20.12.2019.

[807] Assim como no Caso Neulinger, visto acima.

[808] Apresentada pela mãe subtratora.

risco da CH80 pelas autoridades francesas era incompatível com os melhores interesses da criança.

Restou confirmada, pela CEDH, a necessidade de *interpretação uniforme* do princípio do melhor interesse da criança, notando-se que a Convenção da ONU de 1989 (sobre os Direitos da Criança) determina a seus Estados-Partes que combatam a subtração de crianças. Por fim, a corte considerou que o acolhimento das alegações da genitora privaria a CH80 de seus efeitos, uma vez inexistir comprovação de risco ao qual a criança seria exposta em seu retorno aos Estados Unidos da América ou de qualquer outra questão objetiva que impedisse a mãe de acompanhar a criança a este último país.

Por fim a CEDH concluiu que o atendimento ao melhor interesse da criança foi adequadamente considerando, indicando ter sido adequada a decisão de regressá-la *imediatamente* ao país de sua residência habitual, decisão esta que foi emitida em processo judicial conduzido de forma justa, permitindo à mãe e a criança assegurar seus direitos[809]. A CEDH *rejeitou*, ainda, a alegação de que a criança deveria ter sido entrevistada[810] pelas autoridades francesas.

Apesar de anterior, o Caso Maumousseau parece ter compreendido a dinâmica e os objetivos da Convenção da Haia de 1980 com mais claridade do que o Caso Neulinger. Conforme mencionado, o Caso Neulinger foi objeto de muitas críticas perante a comunidade especializada e os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 e já foi parcialmente ultrapassado pela mesma corte, no julgamento do (Caso X. contra Letônia).

Uma vez que o corte metodológico adotado nesta tese excluiu os instrumentos *regionais* de proteção à crianças, adolescentes e mulheres, pelas mesmas razões, o aprofundamento da análise da jurisprudência da Cortes *regionais* (Americana e Europeia) de Direitos Humanos, em relação à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, *não será efetuado*. O principal objetivo do presente tópico foi, no âmbito do desenvolvimento de uma *Teoria Geral da Hermenêutica dos Tratados*, apresentar algumas particularidades do manejo da Convenção de Viena de 1969 pela CJEU, CEDH e CIDH.

---

[809] Assim como no Caso Neulinger, a mãe apresentou requerimento à CEDH em seu nome *e em nome da criança*, representando-a.
[810] Previamente ao seu regresso aos EUA, durante o processamento da demanda judicial.

Conclusões da Parte II

A partir das constatações da Parte I desta tese, sua Parte II voltou seus olhos aos principais marcos *normativos* deste estudo, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração de Crianças e Adolescentes e a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, buscando *apresentar* e discutir seus principais aspectos – em grande medida, suas *Teorias Gerais*.

O Capítulo 3, por primeiro, tratou do protagonismo da Convenção da Haia de 1980 na proteção de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, tais como o direito à liberdade e à convivência familiar ampla, dentre outros. De forma auto evidente, este tratado também busca prevenir e combater a subtração internacional de crianças e adolescentes. Alcançou-se, então, sua *exceção de grave risco* e dispositivos a ela correlatos, assim como as principais críticas, apresentadas na atualidade, sobre os possíveis *problemas* da interação entre este tratado com a crescente preocupação global com o fenômeno da violência doméstica.

Os objetivos principais deste tratado são a prevenção e combate ao fenômeno da subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, em seus aspectos civis. Por intermédio de seu *mecanismo de retorno imediato*, a solução prevista é a imediata restituição, ao seu país de residência habitual, da criança ou adolescente dele removida (ou retida em outro Estado), sem autorização de ambos os genitores.

A aplicação do mecanismo de retorno imediato ao seu país de residência habitual não é automática, podendo sofrer a aplicação das *exceções* a sua restituição ao seu país de residência habitual, previstas textualmente também na Convenção da Haia de 1980 – artigo 12, 13 e 20. A *exceção de grave risco* da CH80 encontra-se incluída no artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" e, em seu âmbito, o tratado prevê que a comprovação de sua ocorrência (pelo subtrator da criança ou do adolescente ou pela pessoa que estiver em sua companhia e se opuser a sua restituição) poderão, *dentro de certas circunstâncias e em caráter* excepcional, obstaculizar o regresso das crianças e adolescentes aos seus países de residência habitual.

Apesar de mensagem *aparentemente* clara em relação ao mecanismo retorno imediato e das exceções que podem obstaculizar tal regresso, o Capítulo 3 identificou vozes que têm se oposto à aplicação da CH80 em casos envolvendo a ocorrência de violência doméstica. Para alguns, a redação, interpretação e aplicação da *exceção de grave risco,* especialmente pelas

cortes (domésticas) de muitos dos Estados-Partes desta convenção seriam inadequadamente restritivas, não refletindo, na maior parte das vezes, o aumento da preocupação global com o fenômeno da violência doméstica.

Para outros, o *contexto* da subtração internacional de crianças e adolescentes teria se alterado *diametralmente após* a negociação e adoção do texto deste tratado, tanto em relação ao *gênero* do subtrator, quanto – possivelmente – também no que diz respeito aos *motivos* da subtração. Tais críticas foram discutidas pormenorizadamente no Capítulo 3. Em especial, constatou-se que os estudos *estatísticos* que teriam fundamentado, ao menos em parte, as negociações da CH80 eram dotadas, assim como muitas das análises subsequentes, de máculas metodológicas sérias, hábeis a comprometer os resultados alcançados.

Por fim, o Capítulo 3 voltou-se à proposta de inclusão da Convenção da Haia de 1980 como instrumento integrante do rol do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Apesar de fenômeno antigo, a atenção internacional à subtração internacional de crianças e adolescentes se intensifica a partir do século XX, ganhando expressão jurídica internacional específica apenas no final da década de 70.

Apesar de ter entrado em vigor antes da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, esta e a CH80 foram negociados em momentos temporalmente coincidentes. A entrada em vigor da primeira tornou-a, defendeu-se, um *guarda-chuva* para a segunda, ampliando sua legitimidade e permitindo sua categorização como instrumento de Direito Internacional de Direitos Humanos – pelo que se chamou de *derivação direta*. Na sequência e após brevíssimas considerações da relação da Convenção da ONU de 1989 e da Convenção da Haia de 1980, também sob os aspectos do princípio do melhor interesse da criança, o Capítulo 3 se encerrou com sub hipótese desta subscritora, que defende a necessidade de reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da natureza *supralegal* da CH80 no ordenamento jurídico brasileiro.

Na sequência, o Capítulo 4 do estudo discutiu, por primeiro, a propriedade da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) como o mais relevante – senão o único – instrumento multilateral aceito pelos países (e, em seu capítulo hermenêutico, aplicável também aos Estados que não firmaram ou ratificaram esta avença internacional, na condição de

direito consuetudinário) para interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

A CVDT apresenta método específico para a interpretação dos tratados que, em alguns aspectos, pode diferir dos métodos interpretativos previstos nos ordenamentos jurídicos domésticos dos países – embora esta moldura hermenêutica seja ampla e, por vezes, de difícil aplicação prática. Todos os elementos previstos nos artigos 31 da CVDT – a *Regra Geral de Interpretação* - devem ser considerados em conjunto, como se postos em um *caldeirão hermenêutico* e mesclados, existindo, em grande medida, uma ordem lógica em sua aplicação.

Enquanto o artigo 31 da CVDT tem aplicação mandatória na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, os Meios Suplementares de Interpretação, previstos no artigo 32 são de manejo facultativo, a depender do tratado a ser concretamente analisado. A interpretação de tratados em mais de uma língua, como a Convenção da Haia de 1980, regulada no artigo 33 da CVDT, também foi discutida, em seus aspectos teóricos gerais.

A discussão da uma *Teoria Geral* da Interpretação dos Tratados permitiu confirmar hipótese enunciada no Capítulo 1 do estudo, que apontou para a *irrelevância* de vários documentos, instrumentos ou práticas, produzidos nos âmbitos internacional ou doméstico, para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, segundo a moldura interpretativa da CVDT. Em especial, confirmou ser adequado o afastamento da jurisprudência *doméstica* dos Estados-Partes da CH80; manifestações *unilaterais* de órgãos que integram a estrutura de organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas; *declarações* de direitos; decisões de cortes internacionais regionais, dentre outros elementos que, em especial não contam com a *aprovação dos países quanto ao seu conteúdo*.

Em contrapartida, confirmou-se a importância, na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, de instrumentos que, em especial, contam com a *aprovação dos Estados-Partes*, para além do texto e preâmbulo da Convenção da Haia de 1980: os tratados que digam respeito a esta convenção, elaborados em âmbito multilateral ou regional; as Recomendações e Conclusões das Comissões Especiais para Revisão da Implementação e Operação Prática da CH80 aprovadas no âmbito da HCCH; os Guias de Boas Práticas sobre este último tratado; quaisquer outras regras pertinentes de Direito Internacional e, por fim, os trabalhos preparatórios sobre esta convenção, neles incluídos seu Relatório Explicativo.

Pormenorizados a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes e o *método* incluído na Convenção de Viena de 1969 para interpretação de tratados – os capítulos finais desta tese – Parte III – poderá ser debruçar à *aplicação prática* do capítulo interpretativo da CVDT à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 à contextos de subtração internacional de crianças e adolescentes que contém violência doméstica – cometida diretamente contra um de seus genitores para, finalmente, comprovar ou refutar a *hipótese de pesquisa adotada*[811].

[811] Vide Introdução.

Parte III – A aplicação prática da CVDT na interpretação da *exceção de grave risco*

As convenções da Haia de 1980 e de Viena de 1969 puderam ser apresentadas, em seus aspectos mais essenciais ao desenvolvimento deste estudo, nos Capítulos 3 e 4; da CH80 destacaram-se sua *exceção de grave risco*, as principais críticas que sua interpretação e aplicação vem recebendo, no contexto de alegações de violência doméstica efetuadas por mulheres-subtratoras e as ambiguidades deste debate, aprofundadas por pesquisas estatísticas metodologicamente inadequadas.

Por fim, o Capítulo 3 defendeu que, além de violência doméstica possuir conteúdo específico, diferente daquele comumente visto nos *discursos* (teóricos, de operadores jurídicos ou do grande público) sobre a subtração internacional de crianças e adolescentes, também a CH80 não seria *mero* tratado de Direito Internacional Privado, que regula relações eminentemente privadas, entre indivíduos adstritos a determinado espaço territorial: este tratado integra o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com todas as consequências a sua interpretação e aplicação (doméstica e internacional) daí decorrentes.

Em relação à Convenção de Viena de 1969 (CVDT), o Capítulo 4 investiu na tentativa de elaboração de breve Teoria Geral da Interpretação dos Tratados, buscando justificar, em especial, porque o manejo da CVDT é indispensável – senão obrigatório – à interpretação da Convenção da Haia de 1980, tanto por operadores domésticos quanto internacionais.

A CVDT é tratado de seguimento obrigatório aos seus Estados-Partes[812]. Além disso, parece ser o único acordo internacional de abrangência multilateral que se volta à interpretação e aplicação dos tratados. Por tais razões, defende-se que é exatamente o manejo adequado da CVDT na interpretação da Convenção da Haia de 1980 que irá garantir a esta última interpretação e aplicação o mais uniforme possíveis, entre os seus Estados-Partes, aumentando a segurança jurídica de todos os interessados e, em especial, potencialmente elevando o grau de proteção à crianças e adolescentes contra os efeitos nefastos de sua subtração internacional ilícita.

---

[812] E, em relação aos países que não são parte desta avença, sua aplicação também ocorre por força de sua natureza de Direito Internacional Costumeiro, conforme visto no Capítulo 4.

A uniformidade de interpretação da Convenção da Haia de 1980, entende-se, tem o condão de reforçar seu objetivo de prevenção à subtração internacional, na medida em que ficam reduzidas as possibilidades de sucesso do subtrator de *escolher* a jurisdição que lhe parece mais *favorável* à legitimação de seu ato. O incremento de uniformidade na implementação da *exceção de grave risco* da CH80 por todos os seus Estados-Partes, ainda que progressivamente, em suas jurisdições, aumentaria, também, o caráter preventivo deste tratado, a segurança jurídica dos envolvidos e eliminaria, ao menos em tese, o fenômeno do "forum shopping"[813].

A condenação ao "fórum shopping" tem sido comum no âmbito do Direito Internacional Privado. Nas discussões sobre a Convenção da Haia de 1980 a rejeição a tal manobra não é diferente. Por todos:

> "As vias de fato tentadas pelo subtrator não podem ser admitidas em países civilizados, que aspiram viver em um Estado de Direito, pois ao permitir que se consumem, estimulam a possibilidade de que mais subtratores busquem jurisdições apropriadas – "fórum shopping" – para obter a proteção de seu proceder ilícito". (RIVERO, 2017, pos. 5546).

A Parte III deste estudo volta-se, finalmente, à aplicação *prática* dos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, buscando alcançar, dentro do possível, sua interpretação o mais uniforme possível, em especial em contextos envolvendo a ocorrência de violência doméstica.

Buscando alcançar tal desiderato, os próximos capítulos serão voltados ao enquadramento da CH80 e dos demais documentos internacionais que lhe são relacionados, que possam, nos estritos termos da moldura interpretativa oferecida pela CVDT, incluída em seus artigos 31 a 33, oferecer interpretação e aplicação seguras e admissíveis, no atual estágio de desenvolvimento da comunidade internacional, à *exceção de grave risco* da CH80, especialmente em contextos de violência doméstica.

Enquanto o Capítulo 5 volta-se à aplicação prática do artigo 31 da CVDT – a *Regra Geral de Interpretação* - à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, o Capítulo 6 se debruçará sobre os artigos 32 (os *Meios Suplementares de Interpretação*) e 33 (a *Interpretação de tratados autenticados em duas ou mais línguas*) daquela convenção. Este último capítulo, em seu final, apresentará brevemente considerações *para além da exceção de*

---

[813] Segundo Berman, o territorialismo estrito (ou seja, a aplicação da *lei do foro* – o exato contrário da aplicação de um tratado que pretenda veicular legislação uniforme, como a Convenção da Haia de 1980) pode encorajar o "forum shopping", "com sua concomitante perda de certeza" (BERMAN, 2005, p. 1836).

grave risco, identificando outros dispositivos da Convenção da Haia de 1980 que podem ser manejados para proteção de mulheres vítimas de violência que se veem incluídas também em situação de subtração internacional de crianças ou adolescentes.

Alcançada a interpretação mais uniforme e adequada possível da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia, a partir da moldura hermenêutica da CVDT, parece possível concluir que, efetivamente, tal dispositivo volta-se à proteção, *exclusivamente*, de crianças e adolescentes, seja enquanto vítimas diretas de atos de violência, seja na posição de vítimas indiretas da violência doméstica.

Não parece possível concluir-se, a partir da interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 por intermédio da CVDT, que tal dispositivo se voltaria à proteção de *outros membros da família*, para além das crianças e adolescentes, também vítimas de violência doméstica. Em especial, não parece haver, até o momento, *consenso entre os Estados-Partes* da Convenção da Haia de 1980 sobre a inclusão de outros membros da família como sujeitos dos riscos (ou situação intolerável) abarcados por esta exceção.

Contudo, isso não parece significar que tais pessoas – os outros membros da família, para além da criança ou adolescente vítima da subtração internacional – ficarão sem qualquer tipo de proteção na aplicação da Convenção da Haia de 1980. À título embrionário, uma vez que tal tema não se encontra incluído no corte metodológico adotado nesta pesquisa, pretende-se apresentar, buscando o fomento de tais discussões especialmente em meio acadêmico, apresentar algumas alternativas potencialmente possíveis, *no âmbito da CH80*, para proteção de adultos vítimas diretas de violência doméstica.

Tal análise será empreendida ao final do Capítulo 6, encerrando esta tese com a apresentação de ideias, ainda embrionárias, que podem auxiliar o manejo da Convenção da Haia de 1980, por intermédio de *outros dispositivos*, que não sua *exceção de grave risco*, para proteção de quaisquer membros da família (ou terceiros), eventualmente vítimas de atos de violência no contexto de subtrações internacionais ilícitas de crianças ou adolescentes. Afinal, a violência contra todos os seres humanos deve ser efetivamente prevenida e combatida, em todas e quaisquer circunstâncias.

Capítulo 5 – A interpretação da *exceção de grave risco* a partir da Regra Geral de Interpretação

Conforme constatado em capítulos anteriores, a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT) seria o único instrumento multilateralmente aceito pelos países do globo[814] para interpretação de tratados. A busca de uniformidade, a mais ampla possível, entre os países da aplicação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional (CH80) só será possível, entende-se, a partir do adequado manejo da primeira.

As dificuldades de alteração de tratados – e, conforme será visto, realidade que também alcança a CH80, assim como a elaboração de uma convenção para prevenção e repressão à violência contra a mulher, no âmbito do Direito Internacional Público - também confirmaram ser indispensável o manejo de instrumentos hermenêuticos adequados, reconhecidos e aprovados pela comunidade internacional para interpretação dos tratados em vigor.

A proposta principal desta tese volta-se à aplicação *prática* da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT), convenção internacional que contém capítulo específico sobre a interpretação dos tratados, à CH80, buscando constatar a suficiência e adequação, deste último instrumento, à proteção de crianças, adolescentes e mulheres contra os *efeitos* da violência doméstica.

Para tanto, o presente capítulo (Capítulo 5) será voltado à aplicação *prática* do artigo 31 da CVDT à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, especialmente em contextos de violência doméstica. A Regra Geral de Interpretação, incluída neste dispositivo, possui metodologia própria de aplicação, embora ainda existam, conforme visto em tópico anterior[815], algumas divergências. Enquanto alguns, por exemplo, defendem que todos os elementos mencionados no artigo 31, quando passíveis de identificação, devem ser incluídos em um *caldeirão hermenêutico*, outros consideram existir precedência de alguns elementos em relação a outros.

---

[814] Ou, ao menos, sua ampla maioria; e, nos países que ainda não aderiram à CVDT, sua incidência ocorreria por força de sua natureza de Direito Internacional Costumeiro.
[815] Capítulo 4.

O fato é que a aplicação prática do artigo 31 mostra-se tarefa mais árdua do que, à primeira vista, pode-se imaginar. Também a Convenção de Viena de 1969, instrumento voltado à interpretação dos demais tratados, precisa, em si mesma, ser objeto de interpretação. Assim como em outros tratados, seu texto apresenta ambiguidades e complexidades que, longe de facilitarem a tarefa do operador jurídico, devem ser compreendidas, no árduo exercício racional de, metodologicamente, aplicar a CVDT à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Todos os elementos considerados relevantes, pelo artigo 31 da CVDT, à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 serão apresentados e analisados, sempre que identificados, *na sequência em que se encontram dispostos na CVDT*. Será possível notar-se que nem todos os elementos mencionados na Convenção de Viena de 1969 são identificáveis no contexto da Convenção da Haia de 1980. Tal circunstância não é, por si, impeditiva da aplicação da primeira à interpretação da segunda; inclusive, as razões para tais ausências poderão indicar, por exemplo, a inexistência de consenso, entre os Estados-Partes, para o *avanço* da intepretação da *exceção de grave risco* da CH80 na proteção de outros membros da família – que não as crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional.

Nessa medida, será possível demonstrar que o *silêncio* também é elemento que deve ser levado em consideração da interpretação dos tratados – em geral – e da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, em particular. Além disso, outros documentos, práticas e *regras gerais* de Direito Internacional, dotados *ou não* de caráter mandatório, também serão relevantes, nos termos da CVDT, para a interpretação desta exceção (da CH80).

A Regra Geral de Interpretação, conforme vem sendo discutido no decorrer deste trabalho, propõe – ou impõe – *relevância específica* à toda produção multilateral encontrada no âmbito da comunidade internacional e que, muitas vezes, se afasta do *senso comum* da importância conferida a tais instrumentos pelos operadores em geral. A fixação – ou ausência dela – de *sentido especial* aos termos da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 encerrará as discussões, do Capítulo 5, sobre o artigo 31 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Na sequência, inaugurar-se-á, propriamente, este capítulo, com a análise da preponderância do sentido textual da *exceção de grave risco*, em sua interpretação.

5.1. A preponderância hermenêutica do sentido textual, aliada à boa-fé, contexto, objeto e finalidade da *exceção de grave risco*

De acordo com o artigo 31 da CVDT, o ponto de partida para a interpretação e aplicação dos tratados deve ser seu *texto*. Conforme apurado no Capítulo 3 (Parte II), a CH80 vem sendo criticada por sua *suposta* ausência de proteção quando da ocorrência de violência doméstica. De fato, *a CH80 não contém, especificamente, qualquer dispositivo legal que faça menção à violência doméstica ou à violência entre adultos* (por todos, EDLESON et al., 2010, p. 3).

Defende na presente tese que a CH80, *desde seu texto*, já inclui nível adequado de proteção *à crianças e adolescentes*, quando da ocorrência de violência contra si (direta ou indireta), que seja dotada de *efeitos objetivamente constatáveis* na criança (ou adolescente) e para os quais o país de residência habitual da família não tenha meios adequados de eliminar ou reduzir.

Os tópicos na sequência, então, voltar-se-ão à análise dos itens incluídos no *parágrafo 1º do artigo 31* da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, quais sejam: a boa fé na interpretação da *exceção de grave risco,* o *texto* desta exceção e os objetos e finalidades da Convenção da Haia de 1980. No que diz respeito aos objetos e finalidades deste tratado, estas serão a prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes.

Assim passar-se-á, na sequência, à pormenorização do *texto* da *exceção de grave risco* da CH80 e sua interpretação necessariamente aliada à boa-fé e aos objetos e finalidades deste tratado.

5.1.1. A boa-fé na interpretação da *exceção de grave risco*

Conforme constatado em capítulo anterior[816] não foi possível, até o momento – ou sequer parece-nos possível, em momento futuro – a construção do sentido *exato* do termo *boa-*

[816] Vide Capítulo 4, acima.

fé[817] no âmbito da intepretação de tratados (GARDINER, 2015, pos. 6339-58, 6419 e 6500). Sua aplicação à hermenêutica da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 mostra-se um tanto *etérea*, algo próximo de um *princípio que paira sob o exercício interpretativo*.

Embora princípio com objetivo moral, a boa-fé não é meramente princípio *de moral*; ele integra o Direito Internacional positivo, sendo um dos princípios gerais do Direito. "No âmbito da *execução* dos tratados, a boa-fé é considerada como parte integrante da *regra* do "pacta sunt servanda" [818]. Seria a boa-fé, sob esta perspectiva, um *estado de espírito dos sujeitos de direito*, que se exterioriza e revela pelos indícios que podem ser apreciados a partir de alguns "standards" jurídicos (YASSEEN, 1976, p. 20, grifos nossos).

Alguns esforços de *aproximação* da boa-fé à elementos que lhe confiram *certo grau de objetividade* já foram empreendidos, em âmbito teórico e por cortes internacionais, esforços que vem sendo aproveitados neste estudo e que podem auxiliar a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980. Ao considerar-se que a interpretação de um tratado objetivaria "averiguar a vontade dos Estados parte" que, por sua vez, seria regida pelo respeito simultâneo à soberania estatal e ao "pacta sunt servanda", a boa-fé transformar-se-ia em regra *indispensável* para a interpretação dos tratados (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 237). A boa-fé parece aplicável *ao processo de interpretação de um tratado como um todo*, não conferindo sentido apenas a termos ou trechos específicos.

No entanto, a aplicação da boa-fé não deverá gerar ampliação das obrigações assumidas pelas partes no tratado. Em decorrência considera-se que a interpretação da *exceção de grave risco,* não poderá, por exemplo, ser demasiadamente ampliada para incluir temas (ou obrigações) que não contam com a anuência dos países.

A boa-fé é o primeiro elemento mencionado pelo parágrafo 1º do artigo 31 da CVDT, embora considere-se que esta deve ser manejada *em conjunto* com o sentido ordinário a ser conferido ao texto do tratado a ser interpretado, *em seu contexto* e *à luz* de seu objeto e

---

[817] De acordo com o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa (Michaelis), versão "online", os conceitos de boa-fé seriam: "1 Sinceridade ou pureza de intenções: 'Não serei eu que chame a isto verdade ou mentira. Podem ser as duas cousas, uma vez que a verdade confine na ilusão, e a mentira na boa-fé' (JAl2). 2 Convicção de agir com justiça e lealdade. 3 JUR Estado de consciência de quem acredita que age com lisura e de acordo com a lei". Disponível em https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/boa-f%C3%A9/. Acesso em 18.11.2019.

[818] Vide artigo 26 da CVDT.

finalidade. Neste ponto, a menção ao *caldeirão hermenêutico* – discutida no Capítulo 4 - parece bastante ilustrativa: em um mesmo caldeirão devem se juntar o texto, o contexto, os objetos, as finalidades do tratado a ser interpretado *e a boa-fé*. Da *mistura (cautelosa)* de todos esses *ingredientes* emergiriam as primeiras noções sobre o conteúdo e alcance da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Conforme visto, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), já no ano de 1924[819], apontou a existência do *princípio do sentido ordinário* (das palavras contidas no texto do tratado), noção atualmente consolidada como guia fundamental para sua interpretação (CRAWFORD, 2012, p. 381). Tal sentido ordinário não pode prescindir, entende-se, do exercício da boa-fé a partir de um juízo de razoabilidade que, por sua vez, apontaria para o exercício apropriado dos direitos de forma apropriada e necessária "para se atingir a satisfação dos interesses que o direito pretende proteger" (VARELLA, 2009, p. 104).

Novamente a partir das lições de Varella, observa-se que um dos mais ativos órgãos de solução de controvérsias entre países há alguns anos – o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio[820], também já se debruçou sobre a boa-fé na interpretação dos tratados, agregando à ela a noção de que "o tratado [a ser interpretado] deve ser entendido de acordo com as expectativas legítimas das partes, de forma a pressupor-se que o tratado traz benefícios a todas elas, de forma equitativa" (VARELLA, 2009, p. 105-6).

Quando as decisões jurisdicionais encontradas nesta pesquisa se referem à boa-fé como elemento na interpretação dos tratados, por vezes essa noção é relacionada ao *abuso de direito*; outras vezes a noção de boa-fé é utilizada como sinônimo de *razoável*; e, ainda, acaba por ser

---

[819] Caso "Polish Postal Service in Danzig" Publicações da Corte Permanente de Justiça Internacional, Série B, nº 77, julgado em 1925, p. 37. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_11/01_Service_postal_polonais_a_Danzig_Avis_consultatif.pdf. Acesso em 17.03.2019.

[820] Contencioso entre as Comunidades Europeias e os Estados Unidos, Decisão do Órgão de Apelação do OSC/OMC proferida em 5 de junho de 1998 (WT/DS62/AB/R; WT/DS67/AB/R; WT/DS68/AB/R). Em especial, vide discussões sobre expectativas legítimas das partes. Disponível em http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/DS/62ABR.doc. Acesso em 17.03.2019.

invocada para justificar pesquisa sobre a intenção das partes[821]; por fim, tal ideia também já foi aproximada ao princípio "ut res magis valeat quam pereat" (princípio da efetividade)[822].

Em conclusão, o termo boa-fé indica *como* a interpretação deve ser levada a cabo, mas não *o que* deve ser compreendido da *exceção de grave* risco da CH80 a partir de sua incidência. Além do termo inaugurar o parágrafo 1º do artigo 31 da CVDT, levando, ao parágrafo seguinte, à definição de *contexto*, e, ainda no mesmo parágrafo (1º), mencionar-se o objeto e propósito do tratado, isso indica que tanto o início quanto o final deste último dispositivo, estão alinhados à ideia de interpretação do tratado como um *todo*.

Por fim, a aproximação da boa-fé ao objeto e propósito do tratado parece também adequada para refletir a intenção das partes *conforme registradas no texto*, mais do que a análise puramente literal de seus termos (GARDINER, 2015, pos. 6439). A boa-fé resta, entende-se, como elemento de *pouco auxílio prático*, na interpretação da *exceção de grave risco* da

---

[821] No âmbito do Direito *Privado* brasileiro, por sua vez, emerge a distinção entre boa-fé *objetiva* e *subjetiva*, que também apresenta conceituação própria. Analisando a Convenção de Viena de 1980 ("Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral", firmada pelo Brasil em 1980, mas que foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro apenas no ano de 2014, por intermédio do Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm. Acesso em 18.11.2019), Judith Martins-Costa (1995, p. 120) defende que "A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países de 'common law' – modelo de conduta social, arquétipo ou 'standard' jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração dos fatores concretos do caso, tais como o 'status' pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do 'standard', de tipo meramente subjuntivo". Ainda segundo a mesma autora, em outra posterior, "a boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca de uma situação regular (...), enquanto a boa-fé objetiva seria animada pelas "ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para com os interesses de 'alter', visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional" (MARTINS-COSTA, 2000, pp. 411-2).
Sob esta perspectiva, entende-se que a boa-fé na intepretação de tratados parece aproximar-se do conceito de boa-fé subjetiva, embora não diga respeito, diretamente, à conduta do Estado-Parte, mas do próprio intérprete da norma.

[822] Rememora-se que, de acordo com o princípio da efetividade, deve-se preferir uma interpretação que confere sentido a todos os termos do texto (jurídico) a ser interpretado, ao invés de suprimir uma ou mais palavras de terem função. A consagração do princípio da efetividade pela CVDT não é tema pacífico em âmbito teórico, conforme visto em tópico anterior desta tese.

Convenção da Haia de 1980, embora seu valor, enquanto *princípio norteador* de tal exercício não possa ser desconsiderado.

Discutida a boa-fé na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, o tópico seguinte poderá avançar na aplicação do parágrafo 1º do artigo 31 da CVDT, pormenorizando o conteúdo *textual* desta exceção.

5.1.2. O texto da exceção de grave risco

O *sentido comum atribuível aos termos* do tratado a ser interpretado é o segundo elemento incluído no parágrafo 1º ao artigo 31 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Em conjunto com a boa-fé e o contexto, formam o "core", previsto pela CVDT para hermenêutica das avenças internacionais. A interpretação textual é comumente manejada pelas cortes internacionais. Modernamente, o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio – embora a recente paralisação de seu órgão de apelação esteja prejudicando o exercício adequado de suas atribuições – é a mais emblemática instituição a fazer uso da interpretação textual e gramatical em suas decisões.

Assim como visto anteriormente em relação à boa-fé, também a hermenêutica textual não se mostra tarefa facilitada, em especial porque um termo poderá possuir mais de um *sentido comum* – há um sentido comum global e uniforme para termos como *risco de dano* ou situação *intolerável*. Buscando auxiliar o intérprete nesta tarefa, a Convenção de Viena de 1969 baliza, em larga medida, este exercício, ao atrelar a busca do sentido comum dos termos de um tratado a partir de seu contexto concreto e *sob as luzes* de seu objeto e finalidade (WALDOCK, 1966, p. 221).

Embora Gardiner (2015) faça uso frequente da ilustração do *caldeirão hermenêutico*, para defender que todos os elementos contidos no artigo 31 da CVDT (parágrafos 1º a 4) devem ser observados conjuntamente, outras posições teóricas conferem preponderância ao *texto* do tratado a ser interpretado; ou, ao menos, indicam que são os *termos* da avença o *ponto de partida* para sua interpretação. Ainda, conforme visto, não parece existir unanimidade, ao menos até o momento, sobre o papel da *interpretação progressiva* (ou evolutiva): deve-se apurar a intenção das partes, exposta no texto do tratado *no momento de sua conclusão* ou, ao contrário, os termos

de uma convenção podem *evoluir* no tempo, passando a possuir definição (ou conteúdo) não imaginado por seus Estados-Partes no momento de sua elaboração?

Por força do *princípio da contemporaneidade na interpretação de tratados,* "a linguagem do tratado deve ser interpretada sob as luzes das Regras Gerais de Direito Internacional em vigor no momento de sua conclusão e, ainda, tendo em conta o sentido contemporâneo dos termos" (CRAWFORD, 2012, p. 380-2). Tema controverso[823], a *interpretação evolutiva* dos tratados poderá tangenciar, em certa medida, o exercício de compreensão da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 *em contextos de violência doméstica*.

Conforme apurado no Capítulo 1, o conceito de violência doméstica – ainda longe de ser unívoco no âmbito da comunidade internacional – parece vir, progressivamente, *evoluindo* (ou, ao menos, *transmutando-se)*. Além disso, a sensibilidade e conscientização ("awareness") dos atores (domésticos e internacionais) sobre tal fenômeno também vem se ampliando. Tendo em vista a ampla divergência entre a viabilidade da interpretação evolutiva de tratados – que feriria, segundo seus críticos – o "pacta sunt servanda", dentre outros aspectos, o corte metodológico adotado nesta tese deixará de analisar a aplicação de tal noção.

A interpretação *literal* dos termos de um tratado faz parte de uma fase considerada mais *mecânica* do exercício hermenêutico (DJEFAL, 2018, pp. 106-7). No entanto, não se deve perder de vista que a CVDT, ao colocar os termos do tratado ao lado da boa-fé, seu contexto e demais elementos mencionados no artigo 31 (e, subsidiariamente, 32 e 33), adotou uma postura mais flexível e, portanto, menos mecanizada.

Uma das críticas à Convenção da Haia de 1980, conforme visto, aponta que ela foi redigida antes do desenvolvimento teórico, no âmbito das ciências sociais, do fenômeno da

---

[823] A *interpretação evolutiva* dos *tratados de direitos humanos* parece vir sendo, progressivamente, consolidada no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Nessa medida, a CEDH viria considerando que alguns termos dos tratados submetidos à sua análise incorporam a noção de que seu escopo é suficientemente amplo para permitir uma interpretação evolutiva – embora não se possa perder de vista que tal interpretação resta limitada à adoção de sentidos que surjam dentro do conceito já presente no tratado quando negociado (GARDINER, 2015, pos. 10047). Relembra-se que Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por vezes e quando necessário, *infere* termos do tratado (de direitos humanos) interpretado. Tal processo, entende-se deve ser realizado com absoluta cautela, para que não se subvertam as obrigações que as partes efetivamente desejavam assumir. No mais das vezes, no entanto, também a CEDH tem conferido preponderância da interpretação *textual* dos tratados, uma vez que tal interpretação considera que os países incluíram no acordo as palavras que quiseram, assim como silenciaram-se em relação aos termos que não desejavam incluir no texto acordado.

violência doméstica e os riscos que esta traria para crianças, sendo que "*em nenhum lugar da linguagem do artigo 13 (b)* [a *exceção de grave risco*] a exposição de uma criança à violência doméstica adulta é citada como razão para a ocorrência de grave risco" (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 14).

Em consequência, a interpretação da *exceção de grave risco* será tanto mais bem-sucedida e uniforme quanto lograr incorporar as alterações sociais, políticas e jurídicas envolvidas nas discussões sobre violência doméstica – sem, no entanto, afastar-se do "pacta sunt servanda" que permeia toda relação dos países com os tratados de que fazem parte. Por essa razão realizou-se, no Capítulo 2, tentativa de *conceituação do fenômeno da violência doméstica* a partir das mais modernas posições colhidas junto às ciências sociais.

O presente tópico se volta ao exercício de interpretação *literal* dos termos da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, a partir de seu uso comumente encontrado em *dicionários* (gerais e jurídicos), em língua inglesa e portuguesa[824]. *Não serão analisadas, neste momento,* as discussões travadas *durante a negociação* da Convenção da Haia de 1980, pelos representantes dos Estados-Partes, uma vez que inseridas em documentos que, nos termos da CVDT, serão manejados como *meios suplementares de interpretação*, em tópico na sequência[825]. São eles os trabalhos preparatórios à CH80 e seu Relatório Explicativo.

O recurso à interpretação *textual* tem sido frequente, por exemplo, no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OSC/OMC), especialmente pelo uso de dicionários na interpretação dos acordos firmado no âmbito dessa organização internacional. De acordo com Varella, no julgamento do Caso Contencioso entre Guatemala e México sobre investigação "antidumping" do cimento Portland proveniente do México, em 1998, o OSC/OMC teria fixado, como uma das regras básicas à interpretação de tratados, aquela que indica que "todas as palavras devem ser consideradas e ter um significado, assim como todas as frases" (VARELLA, 2009, pp. 104-5).

---

[824] O francês também é língua oficial da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) e, em consequência, a Convenção da Haia de 1980 possui versões autênticas em inglês e francês. Optou-se, neste trecho, pela análise dos termos deste tratado em inglês (versão autêntica) e em língua portuguesa (em sua tradução incluída no Decreto nº 3.413, do ano 2000, que internalizou esta convenção ao ordenamento jurídico brasileiro). Os eventuais afastamentos da tradução para a língua portuguesa *brasileira*, em relação à língua portuguesa manejada no território do Estado Português serão, quanto à *exceção de grave risco*, analisadas em tópico específico desta tese, abaixo.

[825] Capítulo 6.

Em julgamento realizado no âmbito da Suprema Corte do Reino Unido, o voto vencedor, conduzido por Baronesa Hale[826] e Lorde Wilson, considerou-se que os termos do artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b", "are quite plain and need no further elaboration or 'gloss' (LOWE; DOUGLAS, 2015, p. 1061)

Considerando que a Convenção da Haia foi adotada em 2 versões autênticas – nas línguas inglesa e francesa – a análise se debruçará sobre os *termos* da versão em inglês do documento[827] *a partir de sua conceituação encontrada em dicionários*.

Rememora-se que a *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 encontra-se assim redigida em língua inglesa:

> "Article 13. Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State *is not bound* to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return *establishes* that:
> a) (…);
> b) there is a *grave risk* that *his or her return* would expose the child to *physical or psychological harm* or otherwise place the child in an intolerable situation" (grifos nossos).

A. "Not bound to"

Por primeiro e em relação ao "caput", aponta-se que o verbo "to bind", dentre seus diversos significados, diz respeito à "to reduce someone´s freedom of action, for example by giving them a duty or marking them promise to do something", de acordo com o "Longman Dictionary of Contemporary English" (QUIRK, 1995, p. 116). Enquanto substantivo, a palavra "bound" diz respeito, em especial, à "limits or rules that are given by law or exist because of social custom" (QUIRK, 1995, p. 145). Enquanto adjetivo e, de acordo com o "Black´s Law Dictionary", o termo diz respeito à "constrained by a contractual or other obligation (GARNER, 2009, p. 210).

A expressão "is not bound to" indica a ausência de obrigação em ordenar o retorno da criança ao seu país de residência habitual. Nessa medida e "a contrario sensu", inexiste a

---

[826] A subscritora desta tese teve a oportunidade, em 2018, de entrevistar a Baronesa Brenda Hale, Presidente da Suprema Corte do Reino Unido, em Londres, durante a elaboração desta tese. No mesmo ano também foi efetuada entrevista com Nigel Lowe, em Brighton – Reino Unido.

[827] Conforme será constatado no Capítulo 6, inexistem divergências significativas entre os textos da *exceção de grave risco* em francês e em inglês.

obrigação de obrigar o retorno da criança (ou adolescente) *mesmo quando configurada* a existência da *exceção de grave risco.* Em tópicos anteriores desta tese tal tema foi abordado, especialmente sob a perspectiva da incidência do artigo 18 da Convenção da Haia, que reforça a ideia de que mesmo a configuração de qualquer das exceções da CH80 não gera, automaticamente, a manutenção da criança no país de refúgio.

B. "To stablish"

Em segundo lugar, o verbo "to stablish", por sua vez, em contextos jurídicos, indica "1. To settle, make of fix firmly; to enact permanently (…); 2. To make or form; to bring about or into existence (…); 3. *To prove, to convince* (the House managers tried to establish the President´s guilt" (GARNER, 2009, p. 626). Resta evidenciado que incumbe *exclusivamente* ao genitor subtrator – ou, mais tecnicamente, à pessoa, instituição ou outro organismo que se oponha ao retorno da criança ou adolescente -, *provar* à autoridade julgadora do país de refúgio. Não há a previsão de qual tal comprovação deva ser realizada por qualquer outra pessoa. Conforme será visto[828], a Convenção da Haia de 1980 não define, expressamente, qual o nível do ônus da prova ("standard" de prova) de que deve o genitor subtrator se desincumbir.

C. "Grave risk of physical or psychological harm"

O adjetivo "grave" indica algo "very serious and worrying" (QUIRK, 1995, p. 622). O substantivo "risk", por sua vez, diz respeito à "possibility that something bad, unpleasant, or dangerous may happen" ou que "something or someone that is likely to cause harm or danger" (QUIRK, 1995, p. 1225-6). No campo jurídico o termo indica, dentre outros aspectos, "the uncertainty of a result, happening, or loss; the chance of injury, damage, or loss; esp., the existence and extent of the possibility of harm" (GARNER, 2009, p. 1442). Além da expectativa de um evento, este deve ser capaz de causar "injury, damage or loss". "Harm" é definido como sinônimo de "damage, injury, or trouble caused by someone´s actions or by an event" (QUIRK, 1995, p. 651).

---

[828] Capítulo 5.3.1.E.

"Injury" é definido como "a wound or damage to part of your body caused by and accident or attack" (QUIRK, 1995, p. 733). O "Black´s Law Dictionary", de sua parte, divide as "injuries" em "real injuries (such as wounding) and verbal injuries (such as slander). They may be criminal wrongs (as with assault) or civil wrongs (as with defamation)". Além disso, efetua-se distinção entre "injury" e "harm": para estes "while harm denotes any personal loss or detrimento, injury involves an actionable invasion of a legally protected interest. See Restatement (Second) of Torts, §7, cmt. a (1965)" (GARNER, 2009, p. 856).

A palavra "damage", em termos gerais, diz respeito à "physical harm caused to something or someone". O "serious/severe/extensive damage" – ou grave, se aproximarmos à *exceção de grave risco* – diz respeito a um "very bad damage". Além de físico, tem-se o "emotional harm", que diz respeito ao "harm caused to someone´s emotions or mind" (QUIRK, 1995, p. 339), que parece aproximar-se da expressão "psychological harm" incluída no texto desta exceção. O termo "loss", em seu turno, indica "an undesirable outcome of a risk" (GARNER, 2009, p. 1030). Assim, resta esclarecido que "grave risk" diz respeito a uma circunstância muito séria *e* preocupante que, potencialmente poderá gerar prejuízos, danos ou perdas físicas, emocionais ou mentais.

D. "His or her return"

A expressão "his or her return" refere-se ao retorno da criança ou adolescente, do sexo feminino ou masculino. A forma verbal "would expose" indica o manejo, em língua portuguesa, do futuro do pretérito do indicativo – *poderia expor*. O futuro do pretérito do indicativo diz respeito a um fato que poderia ter acontecido posteriormente a uma situação passada. É utilizado para indicar uma ação que é *consequente* de outra, encontrando-se *condicionada*. Resta comprovada a ideia de que a *exposição* da criança que está incluída no texto da *exceção de grave risco*, diz respeito a eventos futuros e possíveis – não necessariamente prováveis – que atingirão a criança *caso ela seja retornada* ao seu país de residência habitual.

Em conclusão, não estão incluídas no escopo da *exceção de grave risco*, circunstâncias ocorridas no passado, *especialmente aquelas que antecederam sua subtração*, como pode ser o caso, por exemplo, da exposição à violência doméstica cometida pelo genitor abandonado contra o genitor subtrator. "To expose", e em relação a algo perigoso, é verbo que indica "to

put someone in a harmful situation, position, etc. where they have no protection against something dangerous" (QUIRK, 1995, p. 481).

Esta última definição confirma ideia que vem sendo desenvolvida no decorrer deste estudo, segundo a qual, mesmo na constatação, pela autoridade judicial do país de refúgio, da existência de um grave risco que *o retorno* da criança lhe cause danos físicos ou psíquicos, *deve ser apurado, antes que se negue sua restituição,* a capacidade das autoridades e do sistema jurídico do Estado de residência habitual *afastar*, eliminando ou mitigando a níveis razoáveis, referido risco, *situação em que existirá proteção contra o evento futuro perigoso*.

O texto da *exceção de grave risco* também é claro ao incluir como *único sujeito protegido* da exposição *a criança (ou o adolescente) vítima da subtração*. Não parece possível, portanto, a inclusão – pretendida por alguns – de outras pessoas, por exemplo, outros membros da família, adultos, em qualquer circunstância de risco *pessoal* destes últimos, que não logre comprovação *cabal* de seus *impactos* à pessoa da criança.

E. "Or otherwise place the child in an intolerable situation"

"Otherwise" é advérbio definido como "a wording meaning 'if not', often used when there will be a bad result if something does not happen"; "or otherwise" é expressão britânica que indica "or not" (QUIRK, 1995, p. 1002). O verbo "to place", quando se refere a uma situação, indica "to put someone or something in a particular situation". Por fim, tem-se que "intolerable" é um adjetivo que indica "too difficult, unpleasant, annoying etc. for you to bear" (QUIRK, 1995, p. 747 e 1073).

Por toda a análise, entende-se que, embora a interpretação literal de textos jurídicos seja, por vezes, objeto de críticas e objeções, especialmente no ambiente jurídico, esta é a primeira e, para alguns, principal ferramenta prevista pela Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados para a interpretação da Convenção da Haia de 1980. Além disso, seu manejo ganhou destaque – e, em alguma medida também um *resgate* –, nas últimas décadas, também em razão da abordagem adotada especialmente no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, que faz uso profícuo do recurso à interpretação literal dos termos dos tratados.

Será possível constatar[829] que os termos da *exceção de grave risco*, *na forma em que são definidos por modernos dicionários*, ainda parece bastante próximo daqueles propositadamente e cautelosamente *escolhidos e debatidos* pelos negociadores da Convenção da Haia de 1980, apesar dos 40 anos que distanciam a aprovação deste tratado dos dias atuais. Pormenorizado o conteúdo *textual* da *exceção de grave risco*, o tópico seguinte se debruçará sobre terceiro elemento considerado essencial, à hermenêutica dos tratados: seus objetos e finalidades.

5.1.3. Objetos e finalidades da Convenção da Haia de 1980

Conforme mencionado, os objetos e finalidades de um tratado também são elementos relevantes a sua interpretação, conferindo *luzes* ao texto e ao contexto - e devendo todos sempre serem interpretados de boa-fé. Apesar da tradução para o português, do parágrafo 1º do artigo 31 da CVDT mencionar "objetivos e finalidades", preferiu-se, no decorrer deste estudo, a utilização da expressão *objeto(s) e finalidade(s),* termos que parecem mais próximos ao Direito Público Francês, que em muito embasou as discussões sobre a elaboração da CVDT (vide tópico acima[830]). O termo *propósito* será manejado, neste estudo, como análogo à *finalidade*.

No que diz respeito à subtração internacional de crianças e adolescentes, a Convenção da Haia de 1980 indica, em seu artigo 1º:

> "Capítulo 1 - Âmbito da Convenção
> Artigo 1. A presente Convenção tem por *objetivo*:
> a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
> b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante" (grifos nossos).

À primeira vista, parece possível a identificação de *dois objetos* deste tratado:

---

[829] Em especial, vide Capítulo 6.

[830] Conforme mencionado no Capítulo 4, "(...), aparentemente por força da fonte francesa da expressão ('l´objet et le but"), bem como da diferenciação que o Direito Público Francês faria em relação a tais termos, tem-se que, enquanto o *objeto* de um instrumento ou ato jurídico diz respeito ao que ele faz quanto à criação de um grupo particular de direitos e obrigações (o conteúdo substancial da norma, seus dispositivos, etc.), o *propósito* ("le but") é a razão para o estabelecimento do objeto (o resultado geral que as partes pretendem alcançar com o tratado, embora esta não seja sejam explícito, ficando sujeito à compreensões de natureza mais subjetiva)" (BUFFARD; ZEMANEK, 1998, pp. 325-8).

a) a *regulamentação do mecanismo do retorno imediato* (a seu país de residência habitual) de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita; e
b) a regulamentação do direito de *visitação transnacional* - direito da criança (e/ou adolescente) visitar e ser visitada por membros de sua família[831], inclusive podendo a primeira viajar, temporariamente, para país diverso daquele em que ela detém residência habitual.

No que diz respeito às *finalidades* deste tratado, considera-se que estas seriam *três*:

a) a *prevenção* à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes;
b) o *combate* à subtração ilícita de crianças e adolescentes;
c) a proteção efetiva ao direito de crianças e adolescentes de possuírem relações e contato com o número mais amplo de membros de sua família – o direito à convivência familiar e comunitária mais amplas possíveis, exclusivamente por intermédio do instituto da *visitação transnacional*.

---

[831] Defende-se que a garantia de efetividade do direito de *visitação transnacional* incluído na Convenção da Haia de 1980 diz respeito a situação em que *não se está diante de uma subtração internacional ilícita,* mas que, ao contrário, a criança reside, licitamente, em país diverso da pessoa que pretende visitá-la ou ser por ela visitada. Trata-se, portanto, de *direito autônomo* – em relação à subtração internacional – e sua abrangência deve ser a mais ampla possível, para que o direito da criança de convivência familiar ampla – resguardado, por exemplo, na Constituição Federal brasileira de 1988 e na Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança – seja efetivamente respeitado. Em decorrência, esta subscritora defende que *qualquer pessoa, instituição ou organismo* que lograr comprovar que, de acordo com *a legislação que rege seu estatuto pessoal*, tem direito de visitar e/ou de ser visitado por criança ou adolescente que reside em outro Estado-Parte da CH80, poderá ser manejado pedido de cooperação jurídica internacional ao país em que a criança se encontrar para que seja regulamentado, modificado ou conferida exequibilidade ao direito da primeira, sempre a ser exercido primordialmente no interesse da segunda.
Para ilustrar esse ponto menciona-se que, de acordo com o Código Civil brasileiro, os pais e avós têm direito de visitar os filhos/netos. Nesse sentido, "Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)". Caso um avô encontre resistência, por parte dos pais da criança, em visitar um de seus netos, que por exemplo reside em Portugal, ele poderá apresentar, por intermédio da Autoridade Central brasileira designada para implementação da Convenção da Haia no Brasil, pedido de cooperação jurídica a ser remetido ao Estado português. Tal pedido poderá, ao menos em tese, possuir qualquer dos seguintes objetivos: 1) executar, em Portugal, um acordo ou decisão judicial em vigor no Brasil, que tenha regulado o direito de visitação do avô em relação ao neto; 2) obter uma decisão judicial, emitida por Juiz português, garantindo tal visitação – normalmente quando inexiste um acordo ou decisão judicial anterior em vigor no Brasil ou, ainda que existente, a regulamentação não se mostra apropriada à visitação que envolve viagens entre 2 continentes, por exemplo; ou 3) existente uma decisão judicial ou acordo no Brasil, pretende-se sua modificação, desde pronto, pela *substituição* da decisão brasileira por nova decisão portuguesa sobre a visitação do avô à criança. Na prática, observa-se que as hipóteses 2 e 3 acabam se confundindo, enquanto a hipótese 1 não seria processada, tecnicamente, utilizando-se a via da Convenção da Haia de 1980. O aprofundamento do direito de *visitação transnacional* incluído como objeto da CH80, no entanto, foge ao escopo desta tese.

No entanto, a distinção entre objetos e finalidades da Convenção da Haia de 1980 não parece ser tão clara[832]. O artigo 1º, por exemplo (em sua versão em português) menciona que o *retorno imediato* e o respeito efetivo aos direitos de guarda e visita seriam *objetivos* da CH80. Conforme discutido anteriormente, os termos objetivos e objeto não são sinônimos; em verdade, pode-se inclusive defender que a palavra *objetivos* estaria mais próxima do vocábulo *finalidades*. Defende-se, na linha de Gardiner (2015, pos. 7396), que o preâmbulo da CH80[833] poderia indicar que é a *proteção* de crianças o *propósito* principal desta última convenção, enquanto seu artigo 1º indica o *objeto* específico de tal proteção.

Tal conclusão parece reforçada pela leitura das versões autênticas da Convenção da Haia de 1980, em inglês e em francês. A versão inglesa do "caput" ao artigo 1º deste tratado menciona que "the *objects* of the present Convention are (...)" (grifos nossos)[834]. A versão em francês, por sua vez, encontra-se assim redigida: "la présente Convention a pour *objet*" (grifos nossos)[835]. Assim como detectou-se na tradução para o vernáculo da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, parece ter ocorrido *equívoco* na tradução *para a língua portuguesa,* da Convenção da Haia de 1980 – neste ponto, em relação aos vocábulos "object" (em inglês) e "objet" (em francês) que, no Decreto (brasileiro) nº 3.413/2000 receberam a acepção *objetivos*. Defende-se que deveria ter sido adotado, em ambos os tratados (CH80 e CVDT) o termo *objetos*.

Embora o combate à subtração internacional de crianças e adolescentes e o efetivo respeito aos direitos de visitação (e guarda) encontrem-se mencionados, expressamente, no artigo 1º da Convenção da Haia de 1980, defende-se que, ao indicar que deve ser assegurado o imediato retorno daquelas (ao seu país de residência habitual), sempre que vítimas de

---

[832] Já se apontou que a identificação, natureza, função e manejo da noção de *objetos e propósitos*, no Direto do Tratados, apresenta alto grau de incerteza, chegando a ser chamada de enigma (BUFFARD; ZEMANEK, 1998, pp. 311 e ss). Manrique considera que o artigo 1º da CH80 veicularia suas finalidades (MANRIQUE, 2017, pos. 381).

[833] De acordo com o preâmbulo da Convenção da Haia de 1980,
"Os Estados signatários da presente Convenção,
Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda;
Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita;
Decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições: (...)"

[834] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24. Acesso em 18.11.2019.

[835] Disponível em https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=24. Acesso em 18.11.2019.

transferência ou retenção ilícita, o fato é que a *prevenção* a tais subtração seria, entende-se, finalidade *implícita* deste tratado.

Além disso, a menção ao objeto e propósito dos tratados também remete ao princípio da efetividade, uma vez que a finalidade da interpretação de um tratado deve colaborar com o *avanço* de *seus objetivos*. Foram encontrados, no decorrer deste estudo, esforços progressivos para "desobjetificação" de crianças e adolescentes, sob o prisma do Direito. Considerados, inicialmente, primordialmente como *objetos* cujas atividades e destino restava exclusivamente sob o poder de seus genitores (e dos Estados), crianças e adolescentes passaram, em tempos modernos, a serem encaradas como sujeitos autônomos, titulares de posições jurídicas próprias e merecedoras de proteção especial, especialmente por força de sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Segundo Groff, o principal objetivo da Convenção da Haia de 1980 é proteger as crianças dos efeitos prejudiciais de remoções e retenções internacionais ilícitas (GROFF, 2018, p. 99). Conforme visto no Capítulo 2, tal subtração pode ser, *em si mesma*, um ato de violência com consequências nefastas – e permanentes – para as crianças e adolescentes vitimados. Defende-se que as finalidades da CH80 não se limitam ao combate à subtração ilícita (de crianças e adolescente), incluindo também sua prevenção e implementação efetiva de seu direito de visitação transnacional.

Ao contrário, para Edleson e Lindhorst,

> "os objetivos originais da Convenção da Haia [de 1980] eram dignos e continuam relevantes nos dias de hoje: garantir o retorno imediato de crianças a sua residência habitual; proteger a criança e os genitores abandonados dos prejuízos ("harm") causados pela subtração; e assistir genitores não-abusadores com alegações válidas em relação a seus filhos" (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 2).

Discordar destes autores, uma vez que sua posição quanto aos objetivos da CH80, que parecem sobremaneira ampliados. Defende-se que não parece possível extrair-se, do texto da CH80 (incluído seu preâmbulo), ao menos não diretamente, qualquer consideração voltada à proteção de indivíduos adultos, em relação aos danos ou prejuízos a eles causados. Por óbvio, não se ignora que o genitor abandonado (ou qualquer outro adulto) poderá se beneficiar, *indiretamente* do retorno da criança ao seu país de residência habitual. Entende-se que toda a arquitetura, especialmente o *texto* da CH80, indica que suas finalidades imediatas se relacionam, exclusivamente, à proteção dos interesses de crianças e adolescentes.

Novamente alerta-se que não se deve perder de vista, durante o exercício hermenêutico, que - assim como os demais elementos do parágrafo 1º do artigo 31 da CVDT - o manejo do objeto e propósito do tratado *não poderá, em qualquer hipótese, alterar o sentido claro de qualquer dos termos da exceção de grave risco da CH80*, nem tampouco ampliar as obrigações efetivamente assumidas por seus Estados-Partes. Além disso, na interpretação do objeto e finalidade da Convenção da Haia de 1980[836] deve-se evitar, a todo custo, a busca de seu *espírito*, exercício que poderá ampliar - inadequadamente - o subjetivismo da análise. Conforme mencionado anteriormente, objeto e finalidade seriam um ponto de referência muito mais específico (GARDINER, 2015, pos. 7414) embora, por vezes, de difícil identificação e aplicação.

Em terceiro lugar, o objeto e propósito do tratado não se confundem com as *circunstâncias de conclusão* do tratado, uma vez que esta última é meio *suplementar* de interpretação, incluído no artigo 32 da CVDT e não em seu artigo 31.

Manejando-se o *objeto e finalidade* como elemento que deve *iluminar* a interpretação da Convenção da Haia – como um todo – e de sua *exceção de grave risco* – em particular – considera-se possível concluir, neste ponto, que:

a) o (mecanismo do) retorno imediato de crianças e adolescentes ao seu país de residência habitual deve ser privilegiado como medida mais relevante no combate a sua subtração internacional ilícita;
b) resta confirmada a aplicação do cânone hermenêutico que aponta para a imperiosa necessidade de interpretação restritiva de normas que veiculam exceções*, como é o caso da exceção de grave risco*; e,
c) em consequência, o *escopo probatório*, a cargo do Juízo do país de refúgio[837], resta obrigatoriamente limitado, tanto em relação ao seu conteúdo – quais fatos poderão ser objeto de prova, inclusive de prova pericial – quanto em relação ao tempo para

[836] Ou de qualquer outro tratado a ser interpretado utilizando-se a CVDT.
[837] Estado-Parte da CH80 para o qual a criança foi transferida (ou está sendo retida) ilicitamente e que deverá decidir sobre a aplicação deste tratado ao caso concreto.

produção de evidências – que deverá ser o menor período possível, para que se alcance decisão final sobre a ocorrência da subtração e como esta será tratada[838];

Analisado o tópico dos objetos e finalidades da Convenção da Haia de 1980, passar-se-á, na sequência, identificação de seu *contexto*, nos termos em que este vocábulo se encontra conceituado pela CVDT.

5.2. As limitações do manejo do *contexto* da Convenção da Haia de 1980 na interpretação da *exceção de grave risco*

Foi possível apurar-se, em tópicos anteriores, que o *contexto*, para a Convenção de Viena de 1969, é termo dotado de conteúdo específico, que não se confunde com sua acepção comum, encontrada, por exemplo, em dicionários[839]. Embora o *contexto* seja mencionado, inicialmente, no âmbito do parágrafo 1º do artigo 31 da CVDT, é o parágrafo 2º - do mesmo dispositivo – que se volta a sua conceituação. Nessa medida, será considerado contexto – e, portanto, serão elementos *relevantes* para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 – quaisquer dos seguintes documentos ou instrumentos, *sempre que possível sua identificação*:

1) texto da CH80;
2) seu preâmbulo;
3) seus anexos;

---

[838] Menciona-se que o artigo 11 da CH80, ao menos indiretamente, fixa o prazo de 6 semanas para que as autoridades do país de refúgio decidam sobre a alegação de subtração e suas consequências, ao dispor que "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" (grifos nossos).

[839] De acordo com o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis, em sua versão "online", a palavra contexto possui as seguintes acepções: "1. Conjunto de circunstâncias inter-relacionadas de cuja tessitura se depreende determinado fato ou situação; circunstância(s), conjuntura, situação. 2 Conjunto de circunstâncias que envolvem um fato e são imprescindíveis para o entendimento deste. 3 Encadeamento de ideias ou conjunto de circunstâncias que precedem ou se seguem a determinados elementos e pressupostos de um texto, aprofundando-se o significado quando de sua leitura ou análise. 4 Conjunto de circunstâncias que envolvem uma palavra, uma frase ou um segmento de texto, e das quais podem depender seu significado e valor; encadeamento do discurso; composição, entrecho, trama. 5 Aquilo que constitui a totalidade do texto; composição, contextura. 6 Conjunto; todo, totalidade. 7 LING *V* ambiente, acepção 7. 8 SEMIOL *V* referente, acepção 3". Disponível em https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/contexto/. Acesso em 19.11.2019.

4) qualquer *acordo*, desde que:
    a) relativo ao tratado a ser interpretado;
    b) elaborado *entre todas as partes;* e
    c) *em conexão* com a *conclusão* do tratado (objeto de interpretação); e, por fim,
5) qualquer *instrumento*[840], desde que:
    a) estabelecido *por uma ou por várias partes* do tratado a ser interpretado;
    b) *em conexão com a conclusão* deste último; e
    c) *aceito* pelas *outras* partes como *instrumento relativo* ao tratado (objeto de interpretação).

Nota-se que a CVDT veicula *concepção extensiva* de *contexto* (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 238), uma vez que este compreenderá, além do conjunto do texto do tratado, seu preâmbulo, os anexos e *todos* os instrumentos *relacionados* com o tratado, aceitos como tais pelo conjunto das partes[841].

Assim como o termo *contexto,* também a expressão *em conexão com a conclusão do tratado* possui conteúdo específico, para os fins da CVDT, relacionado ao *momento* em que o acordo ou o instrumento foi elaborado, em relação ao tratado a ser interpretado. O parágrafo 2º do artigo 31 da CVDT leva o operador jurídico à apuração, em primeiro lugar, quanto à *existência – ou não –* de algum acordo ou instrumento que tenha sido adotado *em momento histórico coincidente com a aprovação da Convenção da Haia de 1980*[842].

O segundo elemento a ser averiguado em relação aos acordos/instrumentos diz respeito a sua *aceitação* por todos os demais Estados-Partes, seja quando sua elaboração é realizada por um, alguns ou todos os países participantes da convenção (a ser interpretada). Assim, se um *acordo* for estabelecimento por *todas as partes*, em momento histórico *coincidente* com a conclusão da Convenção da Haia de 1980 e a esta for relativo, este será elemento incluído *no contexto* de sua interpretação e, portanto, será relevante seu manejo. Do mesmo modo, se

---

[840] Respeitando a ideia de que um tratado – ou qualquer texto jurídico-normativo – não pode ser dotado de palavras inúteis, entende-se que o termo *instrumento* veicula noção mais ampla do que *acordo*.
[841] Conforme mencionado em tópicos anteriores, a CVDT, em si mesma, acaba por ser objeto de interpretação. A fixação de *sentido especial* ao termo *contexto*, por exemplo, está prevista no artigo 33, parágrafo 3º da CVDT. Este seria mais um exemplo em que o instrumento interpretativo (a CVDT), antes de poder ser manejado (para hermenêutica da CH80), também deve ser objeto de interpretação.
[842] Mais precisamente, para os fins do artigo 31 da CVDT, considera-se por conclusão do tratado a data de sua adoção e abertura para assinaturas (GARDINER, 2015, pos. 8325).

possível identificar-se um *instrumento,* estabelecido *por um ou vários* dos Estados-Partes da CH80, em momento histórico *coincidente* com a sua conclusão e que *tenha sido, inequivocamente, aceito por todos os demais* países que participam da avença internacional (objeto de interpretação).

O extenso esforço de apuração dos documentos elaborados, no âmbito da comunidade internacional, para proteção de crianças, adolescentes e mulheres e discutido, nos capítulos antecedentes desta tese, permite concluir, neste ponto, que:

a) *inexiste* qualquer *acordo*, relativo à Convenção da Haia de 1980, elaborado por todos os seus Estados-Partes, *em momento histórico coincidente com sua elaboração ou aprovação.* Também não foi identificado qualquer *acordo interpretativo, elaborado no momento da conclusão da CH80*[843]*;*
b) *inexiste* qualquer *instrumento*, relativo à Convenção da Haia de 1980, elaborado por uma ou por várias de suas partes, *em momento histórico coincidente com sua elaboração ou aprovação*, que tenha sido, tecnicamente, *aceito* pelas outras partes como instrumento *a ela relativo*.
c) *inexistem* anexos à Convenção da Haia de 1980;
d) o *texto* da CH80, que integra seu *contexto*, já foi objeto de análise em tópico anterior deste capítulo, ao qual se remete o leitor; e, por fim,
e) o *preâmbulo* à Convenção da Haia de 1980, mencionado em outros pontos deste estudo, será pormenorizado na sequência.

Buscando sumarizar as conclusões acima elencadas apresenta-se a seguinte tabela ilustrativa:

CONTEXTO DA CH80				
TEXTO	PREÂMBULO	ANEXO(S)	ACORDO(S)	INSTRUMENTO(S)
SIM[844]	SIM[845]	AUSENTES	AUSENTES	AUSENTES

Fonte: Elaborado pela autora. Averiguação dos elementos que integram o *contexto* da Convenção da Haia de 1980.

Embora alguns considerem possível a inclusão dos trabalhos preparatórios e do Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980 entre os instrumentos mencionados no

[843] Sobre *acordos interpretativos*, vide capítulo 4.
[844] Vide tópico acima.
[845] Vide análise na sequência.

item “b”, acima, esta tese filiou-se à corrente teórica que compreende que tais documentos comporiam a categoria de *Meios Suplementares de Interpretação*, previstos no artigo 32 da Convenção de Viena de 1969 – e que serão analisados no Capítulo 6.

Tal decisão funda-se, em especial, na circunstância de que, tecnicamente: a) os trabalhos preparatórios encontram-se expressamente mencionados no “caput” do artigo 32 da CVDT como *meio hermenêutico suplementar*; b) o Relatório Explicativo da CH80, elaborado por Eliza Pérez-Vera, não teve seu conteúdo, oficialmente, analisado ou deliberado pelos Estados-Partes deste tratado. Não teria ele contado, portanto, com aceitação expressa dos países, como vem ocorrendo com todos os relatórios explicativos elaborados no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

Reforçando esta hipótese, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça inclui os relatórios explicativos como elementos subsidiários, o que parece dificultar sua adequada inclusão junto ao artigo 31, parágrafo 3º, *alínea “c”* da CVDT, que dispõe sobre *regras de Direito Internacional*.

Conforme constatado, o *preâmbulo* da CH80 é incluído como *contexto*, para os fins do parágrafo 2º do artigo 31 da CVDT e, portanto, deverá ser levado em consideração na interpretação da *exceção de grave risco*. Já se mencionou que os preâmbulos são formados por uma série de *considerandos* que podem incluir a motivação, finalidades e outras considerações que tiveram lugar na negociação do tratado[846]. O preâmbulo da Convenção da Haia de 1980 encontra-se assim redigido, em sua versão incluída no Decreto nº 3.413/2000:

> “[§1º]Os Estados signatários da presente Convenção,
> [§2º] Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda;
> [§3º] Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita;
> [§4º] Decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições: (...)”[847].

Os preâmbulos, para a CVDT, possuem significado textual e teleológico, sendo que seu significado textual pode, por vezes, alterar o próprio sentido dos termos comumente utilizados no tratado. Além disso, eles também podem auxiliar na identificação dos objetos e propósitos

---

[846] Capítulo 4.6.1, acima.
[847] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em 19.11.2019.

do acordo internacional e, embora não incorporem, geralmente, obrigações aos Estados-Partes, podem "impor compromissos interpretativos" (GARDINER, 2015, pos. 7238-7248). Nem todos os preâmbulos possuem o mesmo valor, na medida em que nem sempre eles são negociados com profundidade, sendo certo que os trabalhos preparatórios (apesar de meio suplementar de interpretação, nos termos do artigo 32 da CVDT) podem auxiliar na identificação do "quantum" de atenção foi conferida a sua elaboração.

Uma vez que os preâmbulos, entre outras funções, podem "impor compromissos interpretativos" aos seus Estados-Partes (GARDINER, 2015, pos. 7248), mostra-se indispensável a análise do preâmbulo da Convenção de 1980, buscando identificar em que medida ele pode – ou não - auxiliar a interpretação da *exceção de grave risco, em contextos de violência doméstica,* o que será realizado na sequência.

O preâmbulo do texto da CH80 considera como primordiais os interesses da criança, em todas as questões relativas à sua guarda e, por isso, desejam protegê-la, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas. A CH80 veicula procedimentos para garantir o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual. Em tópico anterior deste estudo foi possível identificar que o preâmbulo da Convenção da Haia de 1980 veicula, como *finalidades* deste tratado a proteção de crianças e adolescentes contra os efeitos deletérios de sua subtração internacional – por intermédio da criação do *mecanismo de seu retorno imediato* ao país de sua residência habitual – além da efetivação do direito de *visitação transnacional*.

Fica claro, por primeiro, que o compromisso possível de ser assumido, pelos Estados-Partes (seja em sua negociação ou quanto aos países que posteriormente aderiram e este tratado), diz respeito à proteção primordial de *crianças e adolescentes*, excluída, do preâmbulo, qualquer previsão de proteção a outros membros da família. Dos únicos 2 parágrafos que integram o preâmbulo e são dotados de conteúdo material (parágrafos 2º e 3º), ambos se dirigem, exclusivamente, à proteção e aos interesses das crianças (e adolescentes, até 16 anos).

Embora o preâmbulo tenha redação mais vaga do que os dispositivos de um tratado, na hipótese de dúvida sobre o significado destes últimos, o primeiro pode justificar interpretação mais ampla, ou a rejeição de uma interpretação restritiva (SUY, 1999, p. 253-69). Sem negar relevância a tal comentário, considera-se que o preâmbulo da Convenção da Haia de 1980 teria,

salvo melhor juízo, função exatamente oposta: ao conferir relevância aos interesses e à proteção apenas de crianças e adolescentes, ele acaba por *restringir* a interpretação da CH80 *e, em especial de sua exceção de grave risco*, ao escopo pessoal relacionado apenas a crianças (até 16 anos incompletos), não parecendo possível, ao menos conjugando-se o preâmbulo com a exceção sob análise (*exceção de grave risco*), sua extensão para a proteção de outros membros da família.

Em conclusão, o *contexto* da Convenção da Haia de 1980 parece dotado de alcance *limitado* para intepretação da *exceção de grave risco*. Por primeiro, inexistem anexos, acordos ou instrumentos, aceitos por seus Estados-Partes e adotados em momento coincidente com a conclusão da CH80; em segundo lugar, ao contrário de *ampliar* a interpretação da *exceção de grave risco*, o preâmbulo da Convenção da Haia de 1980 parece, assim como seus objetos e finalidades, reforçar a ideia de que este tratado se voltou, *exclusivamente*, à proteção de crianças e adolescentes, apresentando silêncio considerado *eloquente* – e, portanto, dotado de significado – em relação à proteção a outros membros (adultos) da família.

Finalizada a análise do parágrafo 2º do artigo 31 da CVDT, o tópico seguinte avançará na discussão do parágrafo 3º deste mesmo dispositivo que permite, por sua vez, o manejo de acordos *posteriores* à conclusão da CH80, práticas e regras de Direito Internacional pertinentes, sempre que tais elementos contem, assim como aqueles que os antecederam, com a *adesão inequívoca* dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980.

5.3. Para além do contexto: acordos posteriores, práticas e regras pertinentes de Direito Internacional

Ao contrário do cenário encontrado em relação ao *contexto* da Convenção da Haia de 1980, explorado no tópico anterior, foi possível a identificação de *importantes* elementos à interpretação da *exceção de grave risco* a partir do parágrafo 3º do artigo 31 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. De acordo com tal dispositivo, serão elementos *relevantes* para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 –, e, em decorrência, *deverão ser levados em consideração, juntamente com o contexto*, quaisquer dos seguintes documentos, práticas ou regras, *sempre que possível sua identificação*:

1) todo e qualquer *acordo*, desde que:
    a) ultimado em momento histórico *posterior* à conclusão da CH80;
    b) relativo à interpretação desta última; *ou*
    c) relativo à aplicação de suas disposições;
2) qualquer *prática*, desde que:
    a) seguida *posteriormente* na *aplicação* da CH80; e
    b) pela qual se confirme a existência de *acordo* de seus Estados-Partes *relativo a sua interpretação*;
3) quaisquer *regras pertinentes,* desde que:
    a) componham o ramo do Direito Internacional (Público ou Privado); *e*
    b) sejam aplicáveis às relações entre as partes.

Conforme enunciado no Capítulo 1 desta tese, *nem todos os instrumentos, documentos, práticas e regras*, estabelecidos ou identificados no âmbito da comunidade internacional, serão *relevantes* à interpretação dos tratados, ao menos quando se pretende a aplicação metodologicamente balizada da Convenção de Viena de 1969. Raciocínio semelhante vem sendo aplicado em todo o exercício de aplicação prática do capítulo hermenêutico da CVDT à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980. Conforme será demonstrado, há documentos (acordos, práticas ou regras) que, embora identificados como (potencialmente) relevantes, nos termos da CVDT, seu *conteúdo* não auxilia, efetivamente, a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

O presente tópico se dedicará à discussão dos elementos (acordos, práticas e regras) identificados como *relevantes*, nos termos do parágrafo 3º ao artigo 31 da CVDT, para interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, *quando identificados.* Apresentado seu escopo, passar-se-á ao aprofundamento de seus temas.

5.3.1. "Qualquer *acordo* posterior entre as partes *relativo à interpretação* do tratado *ou à aplicação* de suas disposições"

Os comentários da "International Law Commission" (ILC) sobre a minuta do capítulo da Convenção de Viena de 1969 relativo à hermenêutica dos tratados, indicam que um *acordo* sobre interpretação alcançado *depois* da conclusão da convenção "representa interpretação

autêntica pelas partes e [portanto,] deve ser lido como *incluído* no tratado para os fins de sua interpretação" (WALDOCK, 1966, p. 221, grifos nossos).

O cuidado na inclusão de um instrumento como *relevante*, para os fins do parágrafo 3º, alínea "a", da CVDT, na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, diz respeito à identificação do *grau de relacionamento* entre o acordo subsequente e a convenção a ser interpretada. Tal relacionamento deve ser suficiente para garantir que o primeiro confira provas quanto ao sentido - seja quanto a sua interpretação ou aplicação (GARDINER, 2015, pos. 8510). Embora possível a identificação de alguns tratados como *relevantes,* a relação de seu conteúdo com a *exceção de grave risco* mostra-se inexistente, razão pela qual, conforme será visto, seu manejo não auxiliar, efetivamente ou em termos práticos, interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Em verdade, a maior parte dos tratados e regras pertinentes de Direito Internacional identificados neste tópico serão, na prática e como será visto, apenas *potencialmente* relevantes. Os documentos identificados como *imprescindíveis* ao exercício hermenêutico proposto nesta tese, por sua vez, classificados ora como acordos, ora como prática posterior, parecem veicular, em termos práticos, noções que merecem ser apropriadas na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Além do grau de relacionamento entre os elementos, o principal elemento diz respeito à *existência de anuência* entre as partes (o "pacta sunt servanda"), e não sua *forma*. Por isso esta tese defende que, para além de alguns tratados (multilaterais)[848] voltados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres, também as conclusões e recomendações aprovadas pelos países, no âmbito da HCCH, sobre a *exceção de grave risco*, serão instrumentos relevantes, na condição de *acordos* posteriores, para interpretação e aplicação desta exceção. Do mesmo modo, dotados de natureza de prática posterior à conclusão da CH80, encontram-se, dentre outros documentos, os guias de boas práticas sobre tal tratado, elaborados no âmbito da HCCH;

[848] O corte metodológico adotado nesta tese excluiu, propositadamente, os instrumentos *regionais* de proteção às mulheres, crianças ou adolescentes, razão pela qual, por exemplo, a Convenção "Brussels II Recast" e a Convenção Interamericana de 1989 sobre a Restituição de Menores, adotadas respectivamente em âmbito europeu e interamericano, não são objeto de análise, ainda que se relacionem, diretamente, ao combate *regionalizado* da subtração internacional de crianças e adolescentes. Em tópico seguinte serão retomadas e pormenorizadas as discussões sobre a Convenção da ONU de 1989 sobre o Direito das Crianças e da Convenção da Haia de 1996.

Voltar-se-á, então, à análise de tais instrumentos e suas contribuições *efetivas* à adequada e uniforme interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Tal esforço será iniciado a partir da retomada da análise da Convenção da ONU de 1989 sobre o Direito das Crianças.

A. O silêncio da Convenção da ONU de 1989 sobre a violência doméstica

A Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança vem perpassando, sob diferentes aspectos, vários pontos desta tese. Neste ponto, ela será analisada enquanto instrumento que, *na prática*, é ou não relevante à interpretação da *exceção de grave risco* em contextos de violência doméstica cometida contra o genitor subtrator, *antes* da subtração internacional da criança ou do adolescente. Como visto, apesar de cronologicamente posterior à CH80 ela previu importantes obrigações aos seus Estados-Partes[849], voltadas – direta e indiretamente – à prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes.

Os dispositivos da Convenção da ONU de 1989 seriam elementos *potencialmente* relevantes a serem analisados na interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da CH80, vez que cumpririam os requisitos formais previstos no artigo 31, parágrafo 2º, alínea "a" da CVDT. Sua relevância prática, no entanto, merece ser adequadamente averiguada, o que será realizado na sequência.

A Convenção da ONU de 1989 dirige-se à proteção de 4 grandes *princípios*:

a) não discriminação (artigo 2º), voltado essencialmente à igualdade de oportunidades;

b) melhor interesse da criança (artigo 3º), que deve ser respeitado por todas as pessoas, órgãos e instituições, públicos e privados;

c) o direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento amplo (artigo 6º);

[849] Deve-se ter em conta quanto, quando de sua aprovação a CH80 contava com poucos Estados-Partes: um pouco mais de 20 países participaram de sua negociação. Além disso, sua ratificação foi processo mais alongado – a CH80 entrou em vigor, internacionalmente, apenas no ano de 1983. Progressivamente, os países foram aderindo à CH80 e, em muitos casos, tal adesão/ratificação ocorreu após sua participação na Convenção da ONU de 1989.

d) opiniões da criança (artigo 12), sobre todas as questões que lhe afetarem, sendo que tais posições devem ser levadas em consideração em conformidade com sua idade e grau de maturidade[850].

O preâmbulo[851] desta convenção reconhece a relevância do desenvolvimento completo e harmonioso da personalidade da criança, bem como que ele ou ela deve crescer em um ambiente familiar e em uma atmosfera de felicidade, amor e compreensão[852]. Além disso, a

---

[850] Este ponto demonstra, mais uma vez, a complementariedade dos instrumentos de Direito Internacional Público e Privado na proteção da infância. Conforme enunciado anteriormente, uma das possíveis exceções ao retorno de crianças vítimas de subtração ao seu país de residência habitual diz respeito à opinião da criança que, também nos termos da CH80, deve ter suas posições levadas em consideração de acordo com sua idade e grau de maturidade. Apesar de aprovada 10 anos antes, a CH80 já trouxe fórmula que foi replicada na Convenção da ONU de 1989. Lembra-se que a Convenção da ONU de 1989 foi gestada por cerca de 10 anos, enquanto a CH80 foi negociada e aprovada entre os anos finais da década de 70 (do século XX).

[851] O preâmbulo dos tratados, conforme discutido, compõe, nos termos do artigo 31, parágrafo 2º, "caput", da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o contexto, circunstância que deve ser levada em consideração na interpretação (e aplicação) de tal convenção.

[852] Preâmbulo da Convenção da ONU de 1989: "Os Estados Partes da presente Convenção,
"Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana;
Tendo em conta que os povos das Nações Unidas reafirmaram na carta sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana e que decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade;
Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos que toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer natureza, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição;
Recordando que *na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais*;
Convencidos de que *a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade*;
Reconhecendo que *a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;*
Considerando que *a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade* e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Cartas das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade;
Tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na *Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959*, e reconhecida na *Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança*;
Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, 'a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento';
Lembrado o estabelecido na *Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças, especialmente com Referência à Adoção e à Colocação em Lares de Adoção, nos Planos Nacional e Internacional; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras*

Convenção da ONU de 1989 considera que a efetiva proteção dos direitos transfronteiriços de crianças apenas poderá ser alcançado por intermédio da cooperação entre os países (cooperação jurídica internacional).

No que diz respeito à proteção da infância contra quaisquer contextos de violência[853], seu artigo 19, parágrafo 1º, em especial, determina que os Estados-Partes devem adotar:

> "todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela" (grifos nossos).

A Convenção da ONU de 1989 também propõe aos países que protejam as crianças contra os efeitos deletérios de sua *transferência ou remoção ilícitas para outro país* (subtração internacional ilícita ou, em sua vertente penal, o sequestro de menores e o tráfico de pessoas), assim como contra a *violência*[854]que pode gerar o rompimento ilícito de seus laços – e contato – com ambos os seus genitores, sua família estendida e com a comunidade na qual se encontram inseridas.

Esta convenção contém dispositivos claros que *obrigam os estados a combater a transferência ilícita de crianças para o exterior e sua retenção ilegal fora do país*[855], circunstância que deve ser eliminada sob qualquer forma, civil ou penal[856], garantindo o direito da criança, exceto em circunstâncias excepcionais, de manter relações pessoais e contatos

---

de Pequim); e a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situações de Emergência ou de Conflito Armado;
Reconhecendo que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial;
Tomando em devida conta a importância das tradições e dos valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança;
Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento; (...) (grifos nossos)

[853] A obrigação de proteção às crianças contra qualquer forma de exploração e abuso sexual encontra-se encartada no artigo 34 da Convenção da ONU de 1989.

[854] A análise da subtração internacional como violência contra as crianças foi pormenorizada no Capítulo 2.

[855] Convenção da ONU de 1989, artigo 11: "1. Os Estados Partes *adotarão* medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país.
2. Para tanto, aos Estados Partes *promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão* a acordos já existentes" (grifos nossos).

[856] Convenção da ONU de 1989, artigo 35: "Os Estados Partes *tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o sequestro*, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma" (grifos nossos).

diretos com *ambos os genitores*, quando estes últimos – ou algum deles – residir em país diferente da criança[857] (ou adolescente)[858].

A impossibilidade de separação da criança de *ambos os seus pais* é regulada no artigo 9º do tratado[859]. Finalmente consolida-se a noção de que a criança é sujeito autônomo[860], com opiniões e comportamentos que devem ser levados em consideração, em todas e quaisquer circunstâncias que lhe digam respeito[861].

---

[857] Convenção da ONU de 1989, artigo 10: "1. De acordo com a obrigação dos Estados Partes estipulada no parágrafo 1 do Artigo 9, toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vistas à reunião da família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida. Os Estados Partes assegurarão, ainda, que a apresentação de tal solicitação não acarretará consequências adversas para os solicitantes ou para seus familiares.
2. *A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais.* Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção" (grifos nossos).

[858] A Convenção da ONU de 1989 considera criança, de acordo com seu artigo 1º, "todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes". No Brasil a maioridade é alcançada aos 18 anos de idade. No entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990) faz distinção entre crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (até 18 anos incompletos). Conforme mencionado anteriormente, a Convenção da Haia de 1980 aplica-se a "crianças de até 16 anos incompletos".

[859] Convenção da ONU de 1989, artigo 9º: "1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.
2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.
3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.
4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes se certificarão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas".

[860] No mesmo sentido, "a convenção [da ONU de 1989] acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade" (PIOVESAN, 2008, p. 207).

[861] Convenção da ONU de 1989, artigo 12: "1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

A proteção da vida familiar da criança encontra-se prevista no artigo 16 da Convenção da ONU de 1989, enquanto seu artigo 18 demanda, aos seus Estados-Partes, a adoção de seus *melhores esforços* "para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidade *comuns* na educação e *desenvolvimento* da criança", devendo ser sua preocupação básica os interesses superiores desta. A preservação das relações familiares também é dever dos Estados-Partes, segundo o artigo 8º.

A Convenção da ONU de 1989 é, certamente "extraordinariamente abrangente" quanto aos objetos regulados, tendo tangenciado todas as áreas comumente incluídas no campo de proteção aos direitos humanos (direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), enfatizando a implementação recíproca e progressiva; sua similar importância e indivisibilidade (STEINER; ALSTON, 2000, p. 516).

O texto desta convenção pretende ser compreendido de maneira uniforme para todo o globo, razão pela qual são delineados tão-somente *padrões comuns* de comportamento, respeitando-se as diferentes realidades *sociais, culturais econômicas* e *políticas* de seus Estados-Partes. Permite-se, desta forma, que cada país busque fórmula própria – em seu ordenamento jurídico interno - para implementar, progressivamente, direitos (por intermédio de medidas legislativas, executivas e judiciais) que devem ser comuns a todas as crianças e adolescentes. Por tais razões, entende-se que tal instrumento internacional possui natureza *principiológica ou programática*.

De acordo com Manrique[862], a Convenção da ONU de 1980 permite concluir, "sem hesitação", que:

> "1) a criança tem direito de crescer no seio de uma família; 2) este direito compreende viver com seus genitores e o direito de não ser separado destes salvo em atendimento ao seu interesse superior; 3) quando devam viver separados, a criança tem direito de manter contato com suas genitores e sua família; 4) o direito à integração familiar determina a consequente obrigação do Estado de lutar contra as transferências ou retenções ilícitas, aderindo a convênios bilaterais ou multilaterais já existentes; 5) a obrigação de lutar para impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer finalidade ou de qualquer formar; 6) a consideração do caráter prioritário do

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional". Em tópico na sequencias serão efetuadas breves considerações sobre a interação do artigo 12 da Convenção da ONU de 1989 com a Convenção da Haia de 1980".

[862] Magistrado uruguaio muito atuante no tema da subtração internacional de crianças e adolescentes e, atualmente juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

> interesse superior da criança nas decisões que se adotem; e 7) o respeito do direito da criança de ser ouvido e que suas opiniões sejam devidamente levadas em consideração" (MANRIQUE, 2017, pos. 359-72, grifos nossos).

Em conclusão, embora potencialmente relevante – por força do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da CVDT - à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, entende-se que a contribuição *prática* da Convenção da ONU de 1989 ainda parece tímida no que diz respeito ao fenômeno da violência doméstica. O texto efetua apenas uma menção ao termo *violência*, em seu artigo 19. Tal referência, por sua vez, parece ampla o suficiente para garantir proteção *à criança* contra qualquer forma, ato ou contexto violento. Não é feita, por sua vez, qualquer menção à proteção de outros membros da família (adultos), mesmo em circunstâncias que a violência, cometida contra a criança, impacte os primeiros.

Ao contrário, em contextos da prática de violência contra adultos, considera-se que o artigo 19 da Convenção da ONU de 1989 prevê – assim como a Convenção da Haia de 1980 – o dever, primariamente de seus Estados-Partes, de proteger *a criança* contra todas as formas de violência física ou mental, cometidas *direta ou indiretamente* contra ela, desde que possível a constatação de seus impactos.

Em conclusão, considera-se que o manejo da Convenção da ONU de 1989 à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da Convenção de Viena de 1969 reforça, em grande medida, as ideias que vem sendo desenvolvidas nesta tese, em especial:

a) a proteção *integral* de crianças e adolescentes contra toda e qualquer forma de violência física ou mental, cometidas direta ou indiretamente contra si;
b) a proteção *parcial* de adultos, como na garantia de que para visitar uma criança que resida em país diferente de um ou de ambos os seus genitores, tanto a criança quanto qualquer dos genitores deverão ter garantido o direito "de *deixarem* qualquer país, incluindo o próprio e de ingressarem *no seu próprio país*"[863] (grifos nossos);

A Convenção da ONU de 1989 não garante o direito de um adulto *ingressar* no território de outro país, tema que vem sendo objeto de intensos debates no âmbito da Conferência da Haia

[863] Artigo 10, parágrafo 2º da Convenção da ONU de 1989.

de 1980 (HCCH)[864]. Via de regra, não incumbe às Autoridades Centrais Requerentes dos Estados-Partes da CH80 garantir, ao genitor subtrator, a obtenção de *vistos de ingresso e/ou permanência*, sequer para (re) discussão, quando necessária, dos direitos de guarda, visitas e responsabilidades parentais.

A maior parte dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980[865], além de combater e prevenir a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes *em seus aspectos civis* – por intermédio, em especial, deste último tratado – *também criminalizam a conduta do sequestro de menores*, seja quando o genitor subtrator titulariza apenas direito de visitação, seja quando ambos os genitores compartilham os cuidados com a pessoa da criança. Há situações em que o genitor subtrator sente-se impedido de retornar ao país de residência habitual para visitar a criança ou rediscutir os termos da guarda perante o juízo competente, em razão da emissão de mandado de prisão[866], emitido contra si, naquele país, pelo cometimento do crime de sequestro de incapaz[867].

c) a preponderância do crescimento da criança em ambiente familiar, *com ambos os genitores*, *em igualdade de condições*. A convivência familiar plena, a liberdade de expressão, dentre outros direitos garantidos às crianças e adolescentes por intermédio da Convenção da ONU de 1989 parecem confirmar noção já veiculada pela Convenção da Haia, 10 anos antes: a de que, à primeira vista, os interesses de crianças e adolescentes serão mais adequadamente atingidos por intermédio de sua manutenção em seu país de residência habitual, local em que ela se encontra ambientada, mantendo laços *personalíssimos* com instituições escolares, ambientes sociais, familiares próximos e membros da família estendida, e protegidas pela tutela estatal de tal país;

---

[864] No que diz respeito à efetiva implementação do direito de visitação transnacional de crianças e adolescentes e, em especial, no contexto do ingresso do genitor subtrator, ao país de residência habitual da criança, após a implementação da ordem de retorno da criança.
[865] Sobre a tipificação, no Código Penal brasileiro, vide nota de rodapé acima.
[866] Por ordem do Juízo criminal competente do país de residência habitual da criança, é possível que o mandado de prisão seja incluído em registro de alerta da Interpol (alerta vermelho), servindo inclusive como mandado de prisão para fins de extradição.
[867] Sobre a tipificação, no Código Civil brasileiro, do crime de sequestro de incapaz, vide nota de rodapé ao Capítulo 2.4.

A Convenção da ONU de 1989, neste ponto, parece encartar preferência clara pelo instituto da *guarda compartilhada* que, por sua vez, já se encontrada razoavelmente difundido, ao menos em países desenvolvidos, desde meados da década de 80[868]. A difusão da guarda compartilhada, conforme discutido anteriormente, faz com que *nenhum dos genitores* de uma criança (ou adolescente) possa, unilateralmente, transferi-la ou retê-la em país diferente daquele em que a primeira possui residência habitual, sob pena de ser processado em razão da subtração internacional ilícita cometida.

d) Por fim, não é feita qualquer menção, na Convenção da ONU de 1989, à proteção de adultos contra atos de violência. Em especial, nota-se silêncio absoluto deste tratado à violência doméstica praticada e sofrida por adultos.

Identificadas as principais contribuições que a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança pode fornecer à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, o tópico seguinte irá se debruçar sobre a relação de compatibilidade entre a Convenção da ONU de 1989 e a Convenção da Haia de 1980.

B. A compatibilidade da Convenção da ONU com a Convenção da Haia

Por vezes ainda se nota crítica à Convenção da Haia de 1980 relacionada a sua alegada *incompatibilidade* com a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança. Presente também em debates nacionais, tal alegação foi incluída, ao menos parcialmente, nas teses ventiladas na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4245[869], apresentada pelo Partido Democratas – DEM e no bojo da Ação Declaração de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 172, ambas apresentadas ao Supremo Tribunal Federal[870] no ano de 2009.

---

[868] No Brasil, a preferência pela guarda compartilhada é muito mais recente, razão pela qual, entende-se, ainda há resistências culturais à sua efetiva implementação.

[869] Até o momento, referida ADI aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente distribuída à relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em 2013 passou a ser Relator desta ação o Ministro Luis Roberto Barroso. Sanado vício formal de propositura, os autos encontram-se conclusos com o Relator desde 29/09/2014. Andamento disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2679600. Acesso em 20.11.2019.

[870] No ano de 2009 também foi apresentada, pelo Partido Progressista, a Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 172, tendo como mote o caso de subtração internacional da criança Sean Goldman. Dentre os argumentos apresentados na petição inicial da ADPF, também consta alegação de suposta incompatibilidade da CH80 com a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança. No mesmo ano a

Aderindo-se à linha teórica de Manrique, considera-se tal alegação absolutamente infundada. A invocação de que os direitos das crianças estariam ameaçados ou atingidos no contexto de um pedido de cooperação jurídica internacional que objetive sua restituição, em razão dos *prazos exíguos* incluídos na Convenção da Haia de 1980 não permitirem defesa adequada do subtrator, já foi objeto de questionamentos junto a organismos internacionais de proteção, invocando-se a suposta violação dos direitos humanos *das crianças e de quem os subtraiu* (MANRIQUE, 2017, pos. 651-60).

Conforme defendido em trecho anterior desta tese[871], entende-se que a CH80 é tratado que *vem dar cumprimento direto e específico a comando contido na Convenção da ONU de 1989.* A Convenção da ONU de 1989, conforme constado, inclui dispositivos diretamente relacionados ao tema da subtração internacional ilícita de crianças e da visitação transnacional. Adotada quase uma década antes da Convenção da ONU de 1989, a Convenção da Haia de 1980 era o único instrumento em vigor, naquele momento histórico, hábil a cumprir os ditames do artigo 11 da Convenção da ONU. Constatando-se relação de *meio e fim* entre ambos os tratados, tem-se que:

> "Em 1989, quando se aprovou a Convenção da ONU e se incluiu o artigo 11, se partiu necessariamente da existência da Convenção da Haia de 1980 como o instrumento adequado para que a comunidade internacional responda a subtração de crianças.
> Isso demonstra que existe uma relação de meio e fim entre ambos os tratados, ou dito de maneira mais contundente, a forma de tornar efetivo o compromisso de lutar contra as transferências ou retenção ilícitas mediante a adesão a convênios existentes se refere indubitavelmente à Convenção da Haia de 1980" (MANRIQUE, 2017, pos. 608).

Aponta-se que "alguns dispositivos da Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança foram implementados por intermédio" da Convenção da Haia de 1980" como, por exemplos, os artigos 9(3) e 10(2), 11 e 35 (GROFF, 2018, p. 89). Além disso, a Convenção da ONU também veicula dispositivo diretamente relacionado à criação de instrumentos jurídicos aptos ao prevenção e combate ao sequestro internacional de crianças, obrigando os países membros a adotarem medidas que censurem, juridicamente, a transferência ilegal de infantes para o exterior e sua retenção fora do país de sua residência habitual, inclusive por intermédio da obrigação de conclusão de acordos multilaterais ou adesão a tratados já

ADPF foi julgada definitivamente improcedente, não tendo sido conhecida ou referendada sua liminar. Andamento processual disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2681224. Acesso em 19.11.2019.

[871] Vide Capítulo 3, acima.

existentes – sendo a Convenção da Haia de 1980 um dos principais exemplos de regulamentação multilateral que vem dar cumprimento a tal comando da Convenção da ONU de 1989.

Aprofundando este tema, Manrique considera que as hipóteses de adaptação (artigo 12), *grave risco de perigo físico ou psíquico ou que de qualquer outra maneira coloque a criança em situação intolerável* (a *exceção de grave risco,* artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b"), a oposição da criança a sua restituição (quando esta alcançar idade e grau de maturidade apropriado para que suas posições sejam levadas em conta) e o artigo 20, todos da CH80, "constituem soluções que aplicam interesse superior da criança". Para este autor, a Convenção da Haia seria "uma expressão de como considerar o interesse superior da criança em um contexto de subtração internacional (...)" (MANRIQUE, 2017, pos. 392 e 424).

Sendo o interesse superior da criança o principal corolário contido Convenção da ONU de 1989, não parece possível afirmar-se que sua regulamentação *em contextos de subtração internacional de crianças e adolescentes*, incluída na Convenção da Haia de 1980 seria, por si só, uma violação à primeira ou a ela incompatível. Em ensaio anterior, Manrique sustentou, ainda, que a relação de complementariedade entre a Convenção da Haia de 1980 e a Convenção da ONU de 1989 determina que a primeira, "ao contrário do que sustentou a Corte Europeia de Direitos Humanos (no caso Neulinger, entre outros", é mais do que um instrumento processual, revestindo-se também, do caráter de "instrumento de direitos humanos", uma vez que garante e torna efetivos os direitos previstos nos artigo 9º, parágrafo 3º e 11 da Convenção da ONU (MANRIQUE, 2012, pp. 31 e ss). Em outra ocasião, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu que a companhia mútua da criança com seus genitores constitui elemento fundamento da vida familiar (SCHUZ, 2010, p. 459).

A partir da noção de que a coerência dos ordenamentos jurídicos é valor relevante, sendo esta construída a partir da necessidade de que todos os direitos estejam amparados, protegidos e garantido, Manrique apresenta interessante proposta, fundada na necessária *complementariedade* das fontes dos direitos humanos – e, conforme vem se mencionando nesta tese, do Direito Internacional Público e Privado (MANRIQUE, 2017, pos. 670). Segundo sua proposta – a qual se adere, considerando-a adequada, o teórico defende que:

a) "os tratados sobre restituição internacional [de crianças e adolescentes] integram o Direito Internacional dos Direitos Humanos – ideia já desenvolvida por esta subscritora em trecho anterior desta tese – compondo, inclusive "'corpus iuris' internacional segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos[872], pois seu objetivo é tornar efetivos direitos humanos essenciais das crianças", como sua guarda, visitas ou o contato e a integração familiar por intermédio do combate de sua subtração ilícita; e
b) "a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado[873] [em seu artigo 9º] estabelece a obrigação de sistematizar a aplicação conjunta das normas de Direito Internacional Privado" (MANRIQUE, 2017, pos. 670-9, 690).

Em breve conclusão e, ao contrário de alguns entendimentos, considera-se que nem a Convenção da Haia de 1980, em sua totalidade, nem tampouco sua *exceção de grave risco,* contrariam *qualquer* dispositivo da Convenção da ONU de 1989. Defende-se, em suma, que:

a) a CH80 oferece mecanismo para efetivação de vários dos direitos previstos na Convenção da ONU de 1989, dentre os quais a proteção à violência que pode se originar no *ato* de subtração, em si, bem como àquela que potencialmente poderá ocorrer quando do retorno da criança ao seu país de residência habitual; além da proteção a direitos, também fundamentais, como a convivência ampla familiar e comunitária, preferencialmente com ambos os seus genitores; à liberdade, especialmente de locomoção; de forma irrestrita, a sua dignidade; e, ainda, ao direito de ser ouvido e ter suas posições levadas em consideração em todos os assuntos que lhe disserem respeito;

b) muitos dos dispositivos da CH80, comumente classificados como *meros* instrumentos de Direito Internacional Privado, acabam por gerar regulamentar e efetivar direitos *fundamentais* em favor de crianças e adolescentes, regulando, de maneira uniforme em seus Estados-Partes, relevantes questões pluriconectadas; e

c) a CH80 impõe obrigações diretas aos seus Estados-Partes, em detrimento de seus interesses *próprios* e em favor da proteção de crianças e adolescentes (por exemplo, a obrigação

---

[872] A inclusão da CH80 no corpo normativo de direitos humanos, por intermédio de Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi abordada em tópico específico desta tese, acima.
[873] Adotada em 1979, foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1996, por intermédio do Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1979.htm. Acesso em 19.11.2019.

de prevenir e combater a subtração internacional, garantindo o direito à ampla convivência familiar e comunitária o que reforçaria, entende-se, seu caráter de diploma normativo internacional de Direitos Humanos.

C. A necessária designação de guardião "ad litem" em processos de subtração internacional

Uma vez que a Convenção da ONU de 1989 alça a criança e adolescente, inequivocamente, à posição de sujeitos que devem ter suas opiniões levadas em consideração em todos os assuntos que lhe digam respeito, será abordado, neste tópico e em caráter embrionário, hipótese que vem sendo desenvolvida por esta subscritora, sobre a participação efetiva de crianças e adolescentes nos processos judiciais em que se discute sua subtração internacional ilícita (ou o direito de *visitação transnacional*).

Defende-se que que a oitiva da criança e do adolescente (em processos de subtração internacional ou sobre sua realocação para outro país e aqueles relacionados à *visitação transnacional*, dentre outros) é instrumento essencial não apenas para dar cumprimento aos ditames da Convenção da ONU de 1989, mas, mais importante, para dar concretude à "desobjetificação" da criança.

O desenvolvimento do Direito de Família, a partir do século XIX, trouxeram como tendência a equalização das posições de homens e mulheres; alteração da ênfase na culpa, no caso de separações ou divórcio, para preocupar-se com as necessidades futuras de cada membro da unidade familiar; *alteração do foco*, que deixa de ser os adultos para passar a ser as crianças; reconhecimento crescente de uniões familiares fora do casamento e entre pessoas do mesmo sexo; ampliação da atenção à autonomia dos indivíduos; redução do papel do Estado no julgamento moral de comportamentos familiares; e, por fim, abordagem multidisciplinar e especializada na lida com os problemas familiares (LOWE; DOUGLAS, 2015, pp. 4-14).

A indicação de representação judicial autônoma à criança (representante ou guardião "ad litem"), entende-se, vem auxiliar a aplicação da CH80 em conformidade com a Convenção da ONU de 1989. Não parece consolidada, em muitos países, até o momento, a obrigação de oitiva de adolescentes em processos judiciais que lhe digam respeito.

A representação judicial autônoma da criança (por advogado independente em relação aos patronos dos genitores) em ações judiciais envolvendo a Convenção da Haia de 1980 também é, ainda, pouco explorada em âmbito teórico ou prático. A crescente aceitação, atualmente razoavelmente já consolidada, de que a criança é uma pessoa "in his own right" (LOWE; DOUGLAS, 2015, p. 307) levou, por primeiro às preocupações sobre seu bem-estar e, então, ao reconhecimento de que, em certas circunstâncias, ele possui direitos independentes em relação aos seus pais.

Conforme mencionado em tópicos anteriores deste estudo, é recente – e não integralmente completa, entende-se - a consolidação da posição de crianças e adolescentes *sujeitos de direitos, dotados de interesses próprios e titulares de interesses que podem inclusive conflitar com aqueles de seus genitores (ou do Estado), além de receptores necessários de proteção especializada, que tome em conta sua condição especial de pessoas em formação.*

Muitas vezes, as discussões (judiciais) envolvendo subtrações internacionais não parecem levar em consideração que as crianças são verdadeiramente sujeitos autônomos, titulares de direitos próprios, como aquele de conviver, idealmente, com ambos os genitores e, em especial, o de ter *suas opiniões levadas em consideração*[874]. Tem sido comum que, durante o processo judicial em que se discute sua subtração internacional, não seja deferida às crianças e adolescentes representação autônoma (guardião "ad litem") e, ainda, muitas vezes elas não são sequer ouvidas – pelo juízo e/ou profissionais (ou equipe multidisciplinar) especializada.

Diante da apontada impossibilidade de presunção dos efeitos – sejam da subtração, da violência (inclusive doméstica) ou de seu retorno ao país de residência habitual -, ganha relevo no tema do combate à subtração internacional ilícita, o fomento da participação da criança nas discussões envolvendo sua subtração, especialmente quando estas atingem a fase judicial. Neste ponto, esta tese defende que, assim que recebida petição inicial de demanda envolvendo a aplicação da CH80, movida contra o subtrator, o Juízo do país de refúgio *deverá proceder à indicação de representante judicial à criança, para que esta possa ter seus direitos e interesses*

[874] Conforme analisados em trechos anteriores desta tese, tais direitos vêm sendo incluídos em vários documentos internacionais dentre os quais se destacam a Convenção da Haia de 1980 e a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança. Vide Capítulo 1.

defendidos por profissional autônomo[875] *em relação àqueles que representam seus pais – ou qualquer outra pessoa que participe em tais procedimentos na condição de parte*.

Já se disse que pode ser *temerário* conferir ao subtrator ou ao genitor abandonado a tarefa de representar os interesses da criança em demanda judicial em que pode ocorrer conflito – potencial ou real – entre seus próprios interesses e aqueles da criança (MARTINS, 2013, p. 176). A figura do guardião "ad litem", como representante autônomo de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional, tem sido adotada em alguns Estados-Partes da CH80, em especial em sistemas de "common law"[876]. Países de tradição civilista, como o Uruguai[877], também já adotaram tal figura, ao entendimento de que, em disputas de tal natureza, nenhum dos genitores estaria em posição adequada para *representar* os interesses das crianças.

O guardião "ad litem", ou representante judicial exclusivo da criança, deverá, defende-se, contatá-la pessoalmente – salvo se a criança não tiver idade (e/ou grau de maturidade) suficientes para que possa se expressar livremente. Além disso, parece relevante que seja profissional especializado tanto no tema da subtração internacional de crianças e adolescentes, quanto na escuta ativa e sem danos destes últimos[878]. Os representantes judiciais autônomos, em alguns sistemas jurídicos, são vistos como dotados do potencial de impactar dramaticamente o resultado da demanda judicial (GRAMS, 2004, p. 138).

Durante as discussões da 5ª Comissão sobre a Operação Prática das Convenções da Haia de 1980 e 1996, encontro realizado sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado – HCCH – membro de uma das delegações presentes[879] questionou se a designação de representante (ou guardião) "ad litem", em favor de crianças e adolescentes, estaria incluída no escopo dos artigos 11 e 12 da Convenção da Haia de 1996 sobre Jurisdição,

---

[875] Advogado.
[876] Nesse sentido, vide iniciativa do Reino Unido, descrita em estudo elaborado sob os auspícios da organização não governamental "Reunite International", discutida em capítulo anterior desta tese.
[877] Lei nº 18.895, promulgada no ano de 2012, artigo 7º: "Asistencia o representación de la persona de menos de dieciséis años de edad.- Será preceptiva la designación de un abogado defensor a la persona de menos de dieciséis años de edad, que la asista y represente según la evolución de sus facultades, apreciado a criterio del Tribunal que entiende en la causa". Disponível em https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2872992.htm. Acesso em 19.11.2019.
[878] No Brasil encontra-se em vigor a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017 que, dentre outros aspectos, regulamenta o instituto do *depoimento sem danos*, em favor de crianças e adolescentes *em situação de violência*. Considera-se que, sendo o ato de subtração internacional uma violência, em si mesmo, contra crianças e adolescentes, tal legislação deverá ser aplicada à oitiva de adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita.
[879] Não foi possível, a partir da leitura de tal documento, a identificação do país representado por este delegado.

Lei Aplicável, Reconhecimento, Cumprimento e Cooperação relativos à Responsabilidade Parental e Medidas para a Proteção de Crianças (CH96 ou Convenção da Haia de 1996)[880]. Tais dispositivos da CH96 tratam, respectivamente, da interação entre as jurisdições em que a criança possui residência habitual e aquela em que ela (ou seus bens estão localizados)[881] para adoção de medidas *urgentes de proteção* em seu favor e; a adoção de medidas *provisórias*[882] de escopo semelhante.

As preocupações deste delegado, segundo relato publicado de tal encontro, diziam respeito a pelo menos 2 pontos:

---

[880] Sobre este tratado, vide tópico abaixo.

[881] "Article 11. (1) In all cases of urgency, the authorities of any Contracting State in whose territory the child or property belonging to the child is present have jurisdiction to take any necessary measures of protection.
(2) The measures taken under the preceding paragraph with regard to a child habitually resident in a Contracting State shall lapse as soon as the authorities which have jurisdiction under Articles 5 to 10 have taken the measures required by the situation.
(3) The measures taken under paragraph 1 with regard to a child who is habitually resident in a non-Contracting State shall lapse in each Contracting State as soon as measures required by the situation and taken by the authorities of another State are recognised in the Contracting State in question". Disponível em https://assets.hcch.net/docs/f16ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf. Acesso em 22.12.2019.

[882] "Article 12. (1) Subject to Article 7, the authorities of a Contracting State in whose territory the child or property belonging to the child is present have jurisdiction to take measures of a provisional character for the protection of the person or property of the child which have a territorial effect limited to the State in question, in so far as such measures are not incompatible with measures already taken by authorities which have jurisdiction under Articles 5 to 10.
(2) The measures taken under the preceding paragraph with regard to a child habitually resident in a Contracting State shall lapse as soon as the authorities which have jurisdiction under Articles 5 to 10 have taken a decision in respect of the measures of protection which may be required by the situation.
(3) The measures taken under paragraph 1 with regard to a child who is habitually resident in a non-Contracting State shall lapse in the Contracting State where the measures were taken as soon as measures required by the situation and taken by the authorities of another State are recognised in the Contracting State in question".
O artigo 7º da CH96, por sua vez, determina que: "(1) In case of wrongful removal or retention of the child, the authorities of the Contracting State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention keep their jurisdiction until the child has acquired a habitual residence in another State, and
a) each person, institution or other body having rights of custody has acquiesced in the removal or retention; or
b) the child has resided in that other State for a period of at least one year after the person, institution or other body having rights of custody has or should have had knowledge of the whereabouts of the child, no request for return lodged within that period is still pending, and the child is settled in his or her new environment.
(2) The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where – a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.
The rights of custody mentioned in sub-paragraph a above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.
(3) So long as the authorities first mentioned in paragraph 1 keep their jurisdiction, the authorities of the Contracting State to which the child has been removed or in which he or she has been retained can take only such urgent measures under Article 11 as are necessary for the protection of the person or property of the child". Disponível em https://assets.hcch.net/docs/f16ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf. Acesso em 22.12.2019.

a) a ausência de regras precisas sobre a cooperação entre autoridades, para além, do artigo 34 da Convenção da Haia de 1996[883]; e
b) a ausência de dispositivos específicos relativos às medidas para proteção *da criança*, em *preparação* ao seu regresso ao seu Estado de residência habitual, após sua subtração internacional ilícita.

Reagindo a tais preocupações, o Secretariado da HCCH confirmou que as ordens de acesso/contato/visitação e a designação de representante "ad litem" *poderiam* ser consideradas medidas *urgentes*, incluídas no âmbito do artigo 11 da CH96 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, pp. 38-44).

Apesar do Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 178, inciso II[884] prever a participação obrigatória do Ministério Público em todas as causas envolvendo interesses de crianças e adolescentes, não se tem notícia, na prática, de que os representantes do "parquet" chegam a contatar diretamente as crianças e, ainda que o fizessem, restam dúvidas se, diante de sua autonomia constitucionalmente prevista, atuariam exclusivamente levando em consideração a posição da criança e a defesa de seus interesses.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (brasileiro)[885] prevê, em seu artigo 148 (parágrafo único, alínea "f"), que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para "designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente", tão-somente nas hipóteses em que a criança ou adolescente tiver algum de seus direitos[886], ameaçados ou violados, hipótese em que será aplicada medida protetiva.

---

[883] "Article 34. (1) Where a measure of protection is contemplated, the competent authorities under the Convention, if the situation of the child so requires, may request any authority of another Contracting State which has information relevant to the protection of the child to communicate such information.
(2) A Contracting State may declare that requests under paragraph 1 shall be communicated to its authorities only through its Central Authority". Disponível em https://assets.hcch.net/docs/f16ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf. Acesso em 22.12.2019.
[884] Código de Processo Civil brasileiro: "Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I – (...); II - interesse de incapaz; (...)".
[885] Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 19.11.2019.
[886] Dentre aqueles incluídos neste estatuto.

Buscando-se aplicar este dispositivo à proposta de representação autônoma da criança em demandas judicial relacionadas a sua subtração ilícita, defende-se, ao menos em tese, que uma vez que a subtração internacional de uma criança (ou adolescente) fere direitos fundamentais por ela titularizados – liberdade de locomoção, convivência familiar e comunitária ampla, entre outros – o Juízo do país de refúgio[887], assim que recebida a petição inicial da ação[888] deveria designar-lhe curador especial – Defensor Público da União ou advogado "ad hoc" – para atuar como representante judicial da criança (ou adolescente), autônomo em relação aos patronos das partes.

Tal defensor, necessariamente, deverá entrar em contato com a criança, para conhecer suas posições sobre o tema discutido em juízo. Considera-se que tal designação deverá ocorrer em *todos* casos de subtrações internacional envolvendo *adolescentes* – já que estes, conforme apontado acima, são dotados, ao menos em tese, de idade e grau de maturidade suficientes para que suas opiniões possam ser levadas em consideração. Em relação às crianças, poderá ocorrer certa flexibilização, especialmente para evitar-se que o guardião "ad litem" defenda suas próprias percepções sobre a questão e não, exclusivamente, o interesse próprio da criança.

Além disso, o artigo 12, parágrafo 2º, também da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança reconheceria a possibilidade de que a criança seja representada, embora não lhe confira direito a tal representação. Considera-se que há situações em que se mostra inadequada a representação da criança pelos advogados de qualquer dos seus genitores, situações em que a representação jurídica, em separado, da criança, deveria ser mandatória, mesmo que ela seja dotada de idade e grau de maturidade para que suas opiniões sejam levadas em consideração diretamente pelo Juízo (SCHUZ, 2002, p. 406).

A proposta de designação de representante judicial autônomo em favor da criança não é isenta de críticas, merecendo ser melhor aprofundada, uma vez que sua implementação segura poderá levar à necessidade de reformas legislativas, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

---

[887] Que, no entanto, não será o Juízo da Infância e da Juventude, como requer o artigo 148 deste Estatuto.

[888] Movida por um genitor contra o outro ou, no caso brasileiro – e de alguns outros Estados-Membros da CH80, movida por órgão estatal contra o genitor alegadamente subtrator. Além do Brasil, tem-se notícias de que também em Portugal, Itália e Espanha as demandas fundadas na Convenção da Haia de 1980 são ajuizadas por órgão estatal, em representação ao Estado-Parte – e não em representação do particular (genitor abandonado).

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ), por exemplo, já considerou que "não cabe a atuação obrigatória da Defensoria Pública como curador especial de menores quando eles não são partes do processo". De acordo com esta decisão do STJ, emitida no ano de 2011, "a intervenção obrigatória só existiria para crianças ou adolescentes que sejam partes [processuais] diretamente e não para casos em que existem a ameaça ou a violação de algum direito seu"[889].

Além da designação de guardião "ad litem", considera-se também indispensável a *oitiva* da criança, em todos os procedimentos que lhe digam respeito, conforme previsto, em especial, na Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança. A Convenção da Haia de 1980 prevê, em seu artigo 13, parágrafo 2º, que "the judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views".

A oitiva das crianças e adolescentes – assim como quaisquer provas: documentais, testemunhais e/ou periciais – a serem produzidas no bojo de ações judiciais em que se discute a aplicação da CH80, *não devem gerar demoras que possam repercutir negativamente no mecanismo do retorno imediato de crianças e adolescentes ao seu país de residência habitual*, sob pena de se minar o principal pilar em que se assenta a CH80. Corroborando tal ideia, veja-se o disposto no artigo 11 deste tratado[890]. ´

Buscando o encontro de equilíbrio entre a participação da criança nos processos e procedimentos que lhe digam respeito – desde que esta possua idade e grau de maturidade suficientes para que suas opiniões e posições sejam levadas em consideração[891] – e a necessária celeridade processual[892], retoma-se posição defendida em trabalho anterior, segundo a qual nos processos judiciais envolvendo a aplicação da CH80 deve-se privilegiar a oitiva de

---

[889] Notícia disponível em https://www.conjur.com.br/2011-nov-27/defensoria-papel-substituta-processual-menor-nao-parte-acao. Acesso em 19.11.2019.

[890] "Article 11. The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children.
If the judicial or administrative authority concerned has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. If a reply is received by the Central Authority of the requested State, that Authority shall transmit the reply to the Central Authority of the requesting State, or to the applicant, as the case may be".

[891] Condicionantes previstas na Convenção da ONU de 1989 e na Convenção da Haia de 1980.

[892] Necessária, em especial, porque o alcance de solução final, o mais rápido possível, para a questão, é imensamente benéfico à criança envolvida.

adolescentes, por equipe (ou profissional) especializado, evitando-se a oitiva de crianças (menores de 12 anos, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente) (MARTINS, 2013, pp. 165-6).

A Convenção da ONU de 1989, no entanto, não parece restringir o direito de crianças ser ouvidas por autoridades, embora também mencione a idade e maturidade da criança como elemento a ser levado em consideração. Aponta-se que o artigo 12 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança:

> "recognizes the child´s right to participate in decision-making[893]. However, in practical terms, it is of limited value because it does not provide any guidance as to the relative weight to be ascribed to the views of the child 'vis-à-vis' those other factors, and thus considerable discretion is left to the individual judge [nota de rodapé omitida]" (SCHUZ, 2002, p. 404).

Por fim, além de sua oitiva e representação judicial autônoma, também se defende que durante o curso do processo judicial em que se discute a subtração internacional ilícita da criança ou do adolescente é essencial a garantia do acesso da criança ao genitor abandonado – por intermédio de visitas pessoais, contatos por meios eletrônicos de vídeo, áudio e troca de mensagens instantâneas, a ser efetividade e regulada por intermédio de decisão judicial interlocutória do país de refúgio, fundada no poder geral de cautela[894].

Em conclusão, devem ser aprofundadas as análises quanto à efetivação da oitiva e participação direta de crianças e adolescentes nos processuais judiciais que lhe digam respeito, especialmente naqueles que envolvam sua subtração internacional ilícita ou o exercício de seu direito à *visitação transnacional*[895].

Concluída a análise da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direito da Criança enquanto instrumento *relevante,* nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, embora de alcance limitado, para interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, o próximo tópico empreenderá exercício semelhante em relação à Convenção da Haia de 1996 sobre Jurisdição, Lei Aplicável,

---

[893] Nota de rodapé original "However, this right has not achieved universal recognition as some countries entered a reservation to article 12 of the CRC [Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança]".
[894] Em sentido análogo, vide WALSH; SAVARD, 2006, p. 44.
[895] Tal aprofundamento, no entanto, escapa ao escopo desta tese.

Reconhecimento, Cumprimento e Cooperação relativos à Responsabilidade Parental e Medidas para a Proteção de Crianças.

D. A Convenção da Haia de 1996 como *complemento* à Convenção da Haia de 1980

A Convenção da Haia de 1996 sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Cumprimento e Cooperação relativos à Responsabilidade Parental e Medidas para a Proteção de Crianças (CH96 ou Convenção da Haia de 1996), embora finalizada em 1996, apenas entrou em vigor, em âmbito internacional, em 1º de janeiro de 2002[896].

Este tratado vem sendo apontado, especialmente nos âmbitos teórico e da HCCH, como *complemento* relevante à Convenção da Haia de 1980. No ano de 2002, por exemplo, durante sessão da Comissão Especial da CH80, a CH96 foi apontada como "importante parte para a solução do problema [da subtração internacional de crianças e adolescentes], embora não fosse uma panaceia para todos os problemas" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2002, p. 34-5).

Em março de 2003 a CH96 contava com apenas 6 Estados-Partes[897]. Atualmente, este tratado conta com 52 Estados-Partes[898] - cerca de metade do volume de países que participam da Convenção da Haia de 1980[899]. A potencial relevância da Convenção da Haia de 1996 à interpretação *uniforme* da *exceção de grave risco* da CH80 resta *limitada* aos Estados que fazem parte, *simultaneamente*, de ambos os tratados. Por tal razão, considera-se que ainda que a CH96 apresente elementos que possam tangenciar a violência doméstica e a *exceção de grave risco*, estes merecem apenas ser conhecidos para fins de *fomento* (ou incentivo) *do número de países aderentes à* Convenção de 1996.

A incidência da CH96 à interpretação da *exceção de grave risco* – em moldes semelhantes ao que foram mencionados em relação aos instrumentos *regionais* de proteção à

---

[896] Informação disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70. Acesso em 22.12.2019.
[897] República Tcheca, Mônaco, Marrocos e Eslováquia; Estônia e Equador também tinham acedido ao tratado. Letônia, Países Baixos e Polônia, embora tivessem assinado o texto desta convenção, ainda não a haviam ratificado. À época, Canadá, Austrália e Irlanda reportaram que estavam adotando as providências domésticas necessárias para ratificação/adesão ao instrumento.
[898] Informação disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70. Acesso em 22.12.2019.
[899] O Brasil, até o momento, não aderiu a tal instrumento.

crianças, adolescentes e mulheres e, ainda, à jurisprudência doméstica dos Estados-Partes da CH80 – resta, entende-se *obstaculizada*, nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da Convenção de Viena de 1969, *ao menos até que* as partes da CH80 e da CH96 sejam *coincidentes*, constatando-se, inequivocamente, ser a segunda um *acordo posterior* entre *as mesmas partes*, pela qual se depreenda a interpretação da *exceção de grave risco* contida na primeira. Ainda assim, tendo em vista a proximidade de escopo destes instrumentos, algumas considerações sobre a CH96 merecem ser efetuadas.

i. A complementariedade e compatibilidade entre as Convenções da Haia de 1980 e 1996

Com vistas a fomentar o debate, especialmente em âmbito nacional, sobre a viabilidade, conveniência e oportunidade de adesão do Brasil à Convenção da Haia de 1996, aproveita-se o ensejo para apresentar algumas considerações, efetuadas pelos Estados-Membros da HCCH, por ocasião da 5ª Comissão Especial sobre a CH80, primeira oportunidade dos Estados-Membros dialogarem sobre a CH96 após sua entrada em vigor[900].

Nesta ocasião o Secretariado da HCCH apontou, por primeiro, que:

> "117. The Permanent Bureau emphasised that the value of the 1996 Convention was in the combination of a legal framework with co-operation mechanisms. This combination has made the Convention very attractive in many parts of the world where the cross-border movement of children had created a pressing need for legal, non-criminal solutions. (…) the Permanent Bureau noted the potential value of this instrument for States of Islamic tradition and for other States with complex judicial systems" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, pp. 38-44).

Também indicou que o escopo ampliado da Convenção da Haia de 1996 poderia ser circunstância que dificulte sua difusão – e consequente adesão – entre os Estados-Membros da HCCH e quaisquer outros países potencialmente interessados. O Secretariado da HCCH, ao contrário, apontou que tal escopo seria, ao contrário, uma importante vantagem deste tratado, permitindo a junção de diferentes tipos de medidas protetivas que crianças e adolescentes podem precisar.

Na ocasião, alguns delegados de Estados-Membros da HCCH e da União Europeia, assim como o próprio representante do Conselho da Comunidade Europeia, defenderam o valor

---

[900] O aprofundamento dos debates travados durante a 5ª Comissão Especial sobre a Operação Prática das Convenções da Haia de 1980 e 1996 será efetuado em tópico na sequência.

da CH96 e sua complementariedade com o Regulamento de Bruxelas IIbis (substituído, em 2019, pelo Regulamento de Bruxelas IIa "Recast")[901]. Naquele momento, os países da União Europeia *ainda não tinham aderido* à CH96. Assim como em outros países, tal adesão seguia em análise.

O Secretariado da HCCH informou que, de acordo com o artigo 50 da Convenção da Haia de 1996[902], *ainda que* um pedido de cooperação jurídica internacional, fundado na Convenção da Haia de 1980, tenha sido *negado* pelo Estado de Refúgio, o Estado Requerido poderia *adotar decisão determinando o regresso da criança ao seu território*, *contrariando* a decisão do Estado de Refúgio. Nesse caso, por força da automaticidade do reconhecimento e execução de decisões judiciais entre os Estados-Partes, incluída na CH96, o Estado de Refúgio teria, em princípio, a obrigação de *desconsiderar sua própria decisão judicial*, para exequibilidade *automaticamente* à decisão estrangeira.

Tal circunstância – dentre outras previsões incluídas na CH96 - merece ser objeto de aprofundada reflexão em âmbito nacional, na medida em que a adesão à CH96 pelo Brasil poderá gerar a necessidade de alterações substanciais, inclusive em nível constitucional, da arquitetura da cooperação jurídica internacional, especialmente quanto ao tema do reconhecimento e execução de decisões e sentenças estrangeiras, não apenas em relação à ordens emitidas em disputas relacionadas à subtração internacional (de crianças e adolescentes), mas também à outras questões incluídas no âmbito da responsabilidade familiar, como custódia e visitação.

A *compatibilidade* entre as Convenções da Haia de 1980 e 1996 também foi expressamente reconhecida pelos Estados-Membros da HCCH em 2006. Em sentido análogo, reconheceu-se a compatibilidade do Regulamento Europeu de Bruxelas IIbis[903], mencionando-se que os artigos 61 e 62 deste último confeririam *supremacia* do Regulamento europeu sobre

---

[901] Tal normativa regulamenta, a partir da Convenção da Haia de 1980, a prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes, no âmbito do espaço europeu. Uma vez tratar-se de instrumento *regional*, sua análise resta excluída do escopo desta tese.

[902] "Article 50. This Convention shall not affect the application of the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, as between Parties to both Conventions. Nothing, however, precludes provisions of this Convention from being invoked for the purposes of obtaining the return of a child who has been wrongfully removed or retained or of organising access rights". Disponível em https://assets.hcch.net/docs/f16ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf. Acesso em 22.12.2019.

[903] Voltado à prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes no âmbito da Comunidade Europeia.

as Convenções da Haia de 1980 e 1996, "quando a criança possua residência habitual no território de algum dos Estados-Partes desta comunidade. (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, pp. 38-44). Outro tema bastante discutido durante este encontro foi a *transferência de jurisdição* para proteção de crianças e adolescentes.

A participação direta de crianças em adolescentes nos procedimentos judiciais que lhe digam respeito – a *oitiva* de crianças, discutida em tópico anterior deste estudo – também foi objeto considerações. Por primeiro, a maioria dos especialistas *concordaram* que a oitiva da criança era de importância vital, direito este previsto também no artigo 12 da Convenções da ONU sobre os Direitos da Criança. Para alguns especialistas, a negativa de escuta da criança, durante processos judiciais que lhe digam respeito, poderia ser fundamento para *negativa de reconhecimento (e consequente execução)* de decisão estrangeira, nos termos do artigo 23, parágrafo 2º da CH96[904]. Outros especialistas, por sua vez, relembraram que o *peso* a ser conferido à opinião da criança era questão difícil, sendo que, muitas vezes a manifestação da criança não seria elemento decisivo ao processo de construção da decisão judicial.

Resta confirmada a estreita relação, inclusive em caráter de complementariedade, entre as Convenções da Haia de 1980 e 1996, para proteção transnacional de crianças e adolescentes[905] contra sua subtração internacional ilícita.

---

[904] "Article 23. (1) The measures taken by the authorities of a Contracting State shall be recognised by operation of law in all other Contracting States.
(2) Recognition may however be refused – a) if the measure was taken by an authority whose jurisdiction was not based on one of the grounds provided for in Chapter II;
b) if the measure was taken, except in a case of urgency, in the context of a judicial or administrative proceeding, without the child having been provided the opportunity to be heard, in violation of fundamental principles of procedure of the requested State;
c) on the request of any person claiming that the measure infringes his or her parental responsibility, if such measure was taken, except in a case of urgency, without such person having been given an opportunity to be heard;
d) if such recognition is manifestly contrary to public policy of the requested State, taking into account the best interests of the child;
e) if the measure is incompatible with a later measure taken in the non-Contracting State of the habitual residence of the child, where this later measure fulfils the requirements for recognition in the requested State;
f) if the procedure provided in Article 33 has not been complied with". Disponível em https://assets.hcch.net/docs/f16ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf. Acesso em 22.12.2019.

[905] A CH96 possui escopo protetivo em favor de crianças e adolescentes mais amplo do que a prevenção e subtração internacional destas últimas.

ii. Interação da violência doméstica com a Convenção da Haia de 1996

O *documento reflexivo* elaborado unilateralmente pelo Secretariado da HCCH, em 2011[906], sobre a interação do fenômeno da violência doméstica com a *exceção de grave risco*, especialmente a partir da análise de decisões judiciais de 19 Estados-Partes da CH80, exaradas entre os anos 1989 e 2011, discorreu sobre relação entre a CH80 e a CH96, nos seguintes termos

> "128. The Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (hereinafter the '1996 Convention') addresses a very wide range of international child protection issues. Its inclusion of a Central Authority network alongside an international legal framework of broad scope offers much promise for the effective protection of vulnerable children across international borders. The 1996 Convention and the 1980 Convention are designed to operate in a complementary manner, and in this regard may offer some further tools, at an international level, *for judges who deal with domestic violence issues under the 1980 Convention*" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 31, grifos nossos).

O Secretariado considerou, também, que a CH96, ao determinar que as autoridades do Estado Requerido (país de refúgio) podem adotar qualquer medida necessária, em caso de urgência, *em benefício* de uma criança, tais medidas poderiam *proteger tanto a criança quando o genitor subtrator ou acompanhante, que seja vítima de violência doméstica, exclusivamente* nos casos em que o retorno deste último seja considerado elemento *necessário* para proteção da primeira. Por força da arquitetura da Convenção da Haia de 1996, tais medidas serão, em tese, automaticamente reconhecidas (e, portanto, exequíveis) no país de residência habitual da criança.

O Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1996, por sua vez, indica que "[i]t might be said that a situation of urgency within the meaning of Article 11 is present where the situation, if remedial action were only sought through the normal channels of Articles 5 to 10, might bring about irreparable harm for the child". O autor adverte que "the notion of 'urgency' has been left undefined and also notes that it ought to be 'construed rather strictly'" (LAGARDE, 1998, p. 566).

O documento reflexivo da HCCH apontou-se que o artigo 34 da CH96[907] permite que as autoridades competentes, ao receberem solicitação de emissão de tais medidas protetivas,

---

[906] Análise aprofundada e crítica sobre tal documento – em especial quanto à sua irrelevância, nos termos da CVDT, à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, será efetuada em tópico posterior desta tese. Por ora, serão discutidos apenas os tópicos deste documento que disseram respeito à Convenção da Haia de 1996 em contextos de alegações de violência doméstica.

[907] Sobre o artigo 34 da CH96 vide nota de rodapé em tópico anterior.

poderão solicitar informações a qualquer outro Estado-Parte deste tratado, especialmente sobre as medidas já existentes ou potencialmente disponíveis, em suas jurisdições, para proteção da criança. Tais informações também incluiriam dados sobre alegações ou constatações de *violência doméstica*, custódia, visitação, etc. As autoridades centrais devem fornecer "information of a general character as to the law of their State in connection with the application of the Convention"[908] (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 32).

Por fim, este documento menciona que a Convenção da Haia de 1980 pode ser considerada *limitada* na medida em que em algumas circunstâncias é necessária proteção, *contra violência doméstica*, não apenas à criança, mas também ao genitor. *No entanto, a proteção a outros membros da família, para além da criança ou adolescente não se encontra incluída no escopo da Convenção da Haia de 1996* (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 32). Em certa medida, conforme vem sendo visto no decorrer deste estudo, a Convenção da Haia de 1996 segue a CH80 em seu escopo protetivo *limitado*, diretamente, à proteção apenas de crianças e adolescentes.

Para além do documento reflexivo elaborado unilateralmente – e que, portanto, não contou com a adesão expressa dos Estados-Partes da CH80 ao seu conteúdo – não foram encontradas outras referências relevantes, nos documentos elaborados no âmbito da HCCH, aos impactos da violência doméstica no âmbito da Convenção da Haia de 1996. Esta conclusão, aliada à consideração apresentada no início deste tópico, que defende que, apesar de *potencialmente* relevante à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 a ainda baixa adesão de países à CH96 acaba por torná-la, nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, *inaplicável* à busca de interpretação *uniforme e global* daquela exceção.

Na sequência serão averiguadas as contribuições que outros documentos elaborados no âmbito da HCCH e *aprovados* por seus Estados-Membros – e, para os fins desta tese também incluídos sob o pálio do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da CVDT -, podem oferecer à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, especialmente em contextos de violência doméstica.

---

[908] Nos termos, do artigo 7º, parágrafo 2º da Convenção da Haia de 1980.

E. Conclusões e Recomendações das Comissões Especiais sobre a Operação Prática da Convenção da Haia: instrumentos *aprovados* pelos Estados-Partes da CH80

Ocorrem em relação a alguns tratados elaborados sob os auspícios da HCCH, a realização de reuniões periódicas, entre os Estados-Partes, para revisão de sua aplicação (no caso da Convenção da Haia de 1980, as *Comissões Especiais* ou *Comissão Especial da CH80*). Trata-se de momento importante tanto para avaliação da interpretação e aplicação prática da CH80 nos anos anteriores, quanto para, a partir da identificação das eventuais dificuldades e possibilidades de melhoria, serem apresentadas propostas de *correção do curso* para os anos seguintes. Embora possam ocorrer variações, tais encontros têm periodicidade quinquenal.

Optou-se, metodologicamente, pela apresentação *cronológica* dos resultadas de cada um das Comissões Especiais ocorridas até o momento, identificando-se os temas e posicionamento dos países quanto à interpretação da *exceção de grave risco*, especialmente em contextos de violência em sentido amplo, incluindo-se a violência doméstica. Assim como observou-se em capítulo anterior[909], nas discussões sobre a possível *evolução* do conceito de violência doméstica no transcurso dos anos, a apresentação do incremento de sensibilidade dos Estados-Partes da CH80 a contextos de violência e sua relação com a *exceção de grave risco* deste tratado também parecem restar mais adequadamente apresentadas a partir da sucessão cronológica de suas Comissões Especiais.

As Comissões especiais são travadas em âmbito multilateral e resultam na produção de conclusões e recomendações destinadas aos Estados-Partes. Defende-se, para os fins do presente estudo, que a produção escrita de tais reuniões, adotadas ao final de cada uma dessas sessões, é dotada da natureza jurídica, para os fins do artigo 31, parágrafo 2º, alínea "b", de *acordo posterior, estabelecido e aceito pelos Estados-Partes (da CH80) e relativo à sua interpretação e aplicação*. Em consequência, tais documentos deverão, na linguagem da CVDT, ser considerados como *relevantes* à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

As Conclusões e Recomendações de cada Comissão Especial são submetidas, formalmente, a processo de *aprovação* pelos Estados-Partes presentes à Comissão Especial e,

---

[909] Capítulo 1.

após, *novamente considerados* – para fins de sua aprovação ou rejeição - quando da realização da *Assembleia Geral* da HCCH, o Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH[910], que se reúne anualmente.

Na reunião do Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH, o produto já aprovado no âmbito da Comissão Especial passa por novo processo de consideração pelos Estados-Membros da HCCH. Em decorrência, além de sua relevância, nos termos do artigo 31, parágrafo 3ª, alínea "a" da CVDT, na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, defende-se, neste estudo, que também as Conclusões e Recomendações das Comissões Especiais sobre a CH80 seriam dotadas de conteúdo de seguimento obrigatório aos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980.

Tal posicionamento parece corroborado pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) que emitiu julgamento considerando que teria sido conferido *peso indevido* às resoluções recomendatórias e às "guidelines" da Comissão Baleeira Internacional ("International Whaling Commission"[911]) e que, uma vez que estas não teriam sido *aceitas* por *todos os Estados-Partes* daquela convenção, não seriam relevantes para interpretação do texto do tratado, seja como acordos ou práticas subsequentes[912]. Adotando-se interpretação "a contrario sensu", é possível concluir que, na hipótese de recomendações (e resoluções) efetivamente *aprovadas pelos países, ainda que em regime de consenso* – como ocorre no âmbito da HCCH[913] – estas passam a ser elementos relevantes na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

A revisão multilateral da CH80[914] encontra-se a cargo da Comissão Especial de Monitoramento e Revisão da Operação da Convenção da Haia de 1980 ("Special Commission

---

[910] Em aproximação grosseira à terminologia utilizada no âmbito da ONU, sua Assembleia Geral.
[911] "The International Whaling Commission is an Inter-governmental Organisation whose purpose is the conservation of whales and the management of whaling. The legal framework of the IWC is the International Convention for the Regulation of Whaling. This Convention was established in 1946, making it one of the first pieces of international environmental legislation. All member countries of the IWC are signatories to this Convention. The IWC has a current membership of 89 Governments from countries all over the world". Informação Disponível em https://iwc.int/iwcmain. Acesso em 20.03.2019.
[912] Caso "Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)", julgado em 31 de março de 2014. Relatórios da CJI, 2014, p. 257. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/148/148-20140331-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 20.03.2019.
[913] Nota-se que, progressivamente, as organizações internacionais têm abandonado o mecanismo de votações para preferir o alcance de consensos.
[914] Tais reuniões são compostas por representantes (delegados) de todos os Estados-partes da Convenção da Haia de 1980. Tratando-se de atividade oficial da HCCH, os Estados-Membros desta Organização que, porventura, não sejam Estados-Partes da CH80 também poderão se fazer presentes. É comum, ainda, a participação de observadores: países que ainda não são membros da HCCH ou parte da CH80; organizações da sociedade civil;

for the Monitoring and Review of the Operation of the 1980 Abduction Convention"), que se reúne periodicamente. Desde o ano de 1989 já ocorreram 8 reuniões de tal natureza[915], tendo a última sessão se desenvolvido no ano de 2017. Com a entrada em vigor da Convenção da Haia de 1996, em 2001, a Comissão Especial, desde 2003 passou a revisar a operação prática das Convenções da Haia de 1980 e 1996, em sessão única (na prática e até o momento, as discussões sobre as convenções ocorrem em momentos separados). Em razão do tempo entre tais reuniões[916], bem como da complexidade técnica das questões discutidas, tais reuniões costumam-se alongar por até 2 semanas (de intensos trabalhos).

Na sequência serão analisadas sobre as principais discussões que puderam ser identificadas, a partir da pesquisa documental empreendida, que poderão ser *relevantes* ao exercício proposto nesta tese, qual seja, a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 a partir da moldura hermenêutica da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

i. 1ª Comissão Especial: compreensão do cenário das subtrações internacionais

A 1ª Comissão Especial sobre a Operação da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (1ª Comissão Especial) ocorreu em 1989, para a qual foram convidados "todos os Estados-Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, tenham ou não se tornado partes" da CH80, bem como algumas organizações internacionais e não governamentais interessadas na operacionalização deste tratado. A reunião contou com a participação de 30 países, sendo 10 deles Estados-Partes da CH80 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1993, p. 1)

acadêmicos. As delegações dos países também podem ser mais ou menos heterogêneas, a critério exclusivo de cada Estado – embora nas Comissões Especiais pareça essencial a participação de agentes públicos tecnicamente capacitados a discutir os temas que, por sua vez, afastam-se, em grande medida, de discussões puramente político-diplomáticas. Entende-se que funcionários das Autoridades Centrais e Juízes incumbidos da implementação da CH80 em seus países deverão, obrigatoriamente, integrar as delegações dos países junto a estas reuniões.

[915] Nos anos de 1989, 1993, 1997, 2001, 2002, 2006, 2011 (finalizada em 2012) e 2017. Consta que Autoridade Central Brasil para Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes participou de todas as reuniões desde sua adesão à CH80, no ano 2000, com exceção daquela ocorrida em 2017 em que, por força de restrições orçamentárias severas sofridas pelo Ministério da Justiça brasileiro, tal participação não foi possível.

[916] 4 ou mais anos.

Na ocasião, foi circulado documento aos participantes com questões sobre a aplicação prática da CH80 em seus territórios. Em relação ao artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" (a *exceção de grave risco*), foi submetida à consideração dos países a seguintes pergunta: *O retorno de uma criança foi negado [em seu país] com fundamento no artigo 13(b)?* As respostas dos países, à época, foram compiladas nas Conclusões e Recomendações desta Reunião e indicaram que:

a) foi observado que tanto a alínea "a"[917] quanto a alínea "b"[918] podem levar a táticas dilatórias por parte do subtrator, o que não se coadunaria com o propósito do tratado (ou da exceção), razão pela qual foi reforçado o importante papel das Autoridades Centrais na educação das partes, inclusive quanto ao papel adequado das exceções ao dever de retorno imediato de crianças e adolescentes aos seus países de residência habitual;
b) os países presentes indicaram que as apelações, quando apresentadas como irresignações às decisões judiciais de 1ª instancia, eram comuns, sendo julgadas com celeridade e, também comumente, as ordens de retorno concedidas em 1º grau eram confirmadas e executadas em 2ª instancia. Por fim, também foi apontado que os procedimentos em 1ª instância, deixariam pouco espaço para o subtrator indicar testemunhas;
c) as exceções contidas no artigo 13 da CH80 foram consideradas como alegações raras na prática, sendo a mais frequente, entre estas, a *exceção de grave risco*. No entanto, na maior parte dos casos[919], as cortes locais consideravam que as alegações dos subtratores, no âmbito desta exceção, diziam respeito a questões sobre o bem-estar da criança e, em consequência, deveriam ser decididas pelas cortes de seu país de residência habitual – e não pelas cortes do país de refúgio;

---

[917] Artigo 13, parágrafo 1º, alínea "a" da CH80, segundo o qual: "Artigo 13. Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado Requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar: a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; e (...)

[918] A exceção de grave risco.

[919] Envolvendo os Estados-Partes presentes à tal reunião, à época.

d) no que dizia respeito ao grau de risco grave necessário, bem como à configuração de situação intolerável[920], aparentemente as cortes, em geral, conferiram interpretação restritiva à expressão *grave risco* assim como sugeriram que a palavra *intolerável* indicava que um alto grau de risco se mostrava necessário. Foram incluídos, então, exemplos de *situações intoleráveis*, dentre os quais: a mãe corria o risco de ser encarcerada, por força de procedimentos criminais no país requerente (o estado de residência habitual da criança) ou poderia sofrer problemas migratórios em tal país. Entretanto, *várias delegações consideraram que a possibilidade de persecução criminal do subtrator era irrelevante para os fins do artigo 13 (I) (b)*;
e) as Autoridades Centrais foram consideradas importantes mesmo em casos *indiretamente* relacionados à *exceção de grave risco* como, por exemplo, ao prover assistência social para o genitor subtrator que retornar com a criança para o Estado de residência habitual desta última, nos termos do artigo 7º, alínea "h"[921], da CH80;
f) na época, os Estados-Partes afirmaram que aparentemente nenhum caso teria sido negado com fundamento em questões alheias àquelas permitidas pela CH80 como, por exemplo, a nacionalidade da criança (coincidente com a nacionalidade do Estado Requerido – o Estado de Refúgio) (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1989, pp. 9-10).

Não foram encontradas, nas discussões incluídas no relatório final da 1ª Comissão Especial sobre a CH80, quaisquer considerações sobre o fenômeno da violência doméstica. Por fim, as conclusões desta reunião incluíram que "a simplicidade e velocidade dos procedimentos [da CH80] foram aclamadas entre os presentes como as maiores contribuições para sua efetividade" (CONFERENCIA DA HAIA, 1989, p. 16).

À época, os Estados-Partes entenderam que o Secretariado deveria seguir com seu papel de coordenação e promoção de comunicação adequada entre as Autoridades Centrais, sem ir tão longe a ponto de "publicar um 'practical handbook' sobre esta Convenção, nem tampouco

---

[920] Elementos cuja configuração é intrínseca à *exceção de grave risco*.
[921] Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, "Artigo 7. As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.
Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para: (...) h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança; (...)".

coletar e disseminar sistematicamente a jurisprudência" dos Estados-Partes sobre o tratado, ainda que "o Secretariado tenha expressado seu desejo de ser informado sobre casos significativos decididos sobre a convenção podendo, em circunstâncias apropriadas, disseminar informação sobre casos particulares" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1989, p. 17)[922].

Em suas conclusões, por fim, a 1ª Comissão Especial da CH80 apontou que "existe amplo consenso que, em geral, a convenção funciona adequadamente no atendimento dos interesses das crianças e alcança as necessidades para as quais ela foi redigida" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1989, p. 19). Conforme será analisado do decorrer do presente trabalho – e assim como parece ocorrer com os Guias de Boas Práticas – os documentos produzidos pelas Comissões Especiais também parecem, em alguma medida, *evoluir*, no sentido de incorporar progressivamente o desenvolvimento das ciências sociais e fenômenos *extrajurídicos* – como a violência doméstica.

A característica mais marcante do documento final aprovado pelos Estados-Partes da CH80 presente a tal encontro foi a de evitar a inclusão de *recomendações propriamente ditas* ao Estados-Partes, preferindo, tão-somente, *descrever as práticas que vinham sendo adotadas domesticamente (conclusões)*. Assim, embora considere-se, para os fins da presente tese, que este documento seria *relevante*, nos termos da CVDT – artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" -, à interpretação da *exceção de grave risco*, ele não teria, em seu conteúdo, incluído *recomendações* de seguimento obrigatório pelos países. Essa situação parece alterar-se progressivamente no âmbito das Comissões Especiais, conforme será visto.

---

[922] Conforme será visto, esta posição dos Estados-Partes foi progressivamente abandonada, tanto em relação à edição de Guias de Boas Práticas sobre a CH80, quando pela criação do INCADAT, o banco de dados de decisões judiciais dos Estados-Partes, sobre a interpretação e aplicação da CH80 por seus poderes judiciários locais. Será visto na sequência que nas reuniões das Comissões Especiais posteriores os países passaram a circular suas decisões judiciais e o Secretariado da HCCH passou a efetuar compilação de tais decisões, levando à criação do INCADAT. Sobre o INCADAT: www.incadat.com. "O Escritório Permanente – órgão executivo da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado criou (2000), o Banco de Dados de Sequestro Internacional de Crianças – "International Child Abduction Database" (INCADAT), com o objetivo de tornar acessível muitas das decisões tomadas por cortes nacionais relativas à Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Esse banco de dados está disponível para consulta do público em geral, sendo que os seus principais consulentes são juízes, Autoridades Centrais, advogados, pesquisadores e pessoas interessadas neste campo do Direito que vem rapidamente se desenvolvendo (MARTINS, 2013, p. 207).

ii. 2ª Comissão Especial: *ambiguidade* da violência doméstica como razão para indeferimento do retorno

A 2ª Comissão Especial para Revisão da Operação da Convenção da Haia de 1980 (2ª Comissão Especial) ocorreu entre os dias 18 a 21 de janeiro de 1993 e contou com a participação de 45 países, sendo 23 Estados-Partes da CH80 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1993, p. 1). Nesta reunião foram circulados alguns documentos para consideração dos Estados-Partes, dentre os quais o resumo de decisões judiciais alemãs sobre a CH80, elaborado pelo Secretariado da HCCH[923]; listas, por país, de decisões judiciais sobre esta convenção[924]; e estatísticas sobre a aplicação da CH80, enviadas pelas Autoridades Centrais da Áustria, Espanha, Estados Unidos da América, Israel e Suíça (e complementadas por outros países, apresentadas no decorrer da reunião).

Novamente, a 2ª Comissão Especial concluiu que "a convenção funciona bem na prática e os Estados estão, em geral, felizes com sua operação. No entanto, melhorias podem ser realizadas em algumas áreas" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1993, p. 4). No que diz respeito especificamente à *exceção de grave risco*, novamente foi apresentado, aos Estados, um questionário, que incluiu a questão: *as cortes no seu país recusaram-se a ordenar o retorno de alguma criança com fundamento no artigo 13(b)?*

As respostas, compiladas pela Comissão Especial, foram no seguinte sentido:

a) a maior parte dos especialistas (delegados dos Estados) reportaram que em suas jurisdições a *exceção de grave risco* recebia interpretação bastante restritiva e, portanto, poucas alegações fundadas em tal disposto teriam tido sucesso. Entretanto, um dos presentes sugeriu que a *exceção de grave risco* poderia ser manejada em casos onde "uma criança muito jovem passou longa parte de sua vida com o genitor subtrator e não lembraria do outro genitor". Em reação, outros Estados consideraram que essa abordagem configuraria um uso *inaceitável* do artigo 13(b);

---

[923] Documento que, em tese, teria contrariado sugestão adotada no âmbito da 1ª Comissão Especial, em 1989, de que fossem evitadas compilações e a disseminação de decisões judiciais dos Estados-partes, elaboradas pelo Secretariado da HCCH.

[924] No decorrer da reunião outros países teriam circulado, espontaneamente, cópias de decisões judiciais sobre a CH80, emanadas das cortes de mais de 12 países, alcançando o número de cerca de 250.

b) um observador[925] apontou que o genitor subtrator poderia se recusar a retornar por razões de *violência doméstica*. Na Irlanda, o único Estado que mencionou caso deste tipo, a corte teria *negado* o retorno da criança sob o fundamento de que "qualquer violência doméstica colocaria a criança em severo risco psicológico". No entanto, muitos delegados[926] reagiram duramente a tal consideração, mencionando que o artigo 13b *não deveria ser utilizado para proteger a criança de um genitor em particular, uma vez que essa situação é mais adequadamente tratada pelo país de residência habitual (da criança)*. Dois especialistas[927], por sua vez, sugeriram que a questão mais adequada a ser analisada diria respeito ao grave risco que a criança enfrentaria *ao ser retornada* àquele país, utilizando-se a terminologia exata da *exceção de grave risco*. Um dos presentes, então, teria provocado os demais, ao apontar que "se esta [última] intepretação está correta, qual seria a necessidade da existência do artigo 13(b)?";
c) em relação à elaboração de relatórios sociais para averiguação da incidência da *exceção de grave risco*, um considerável número de delegados apontou que tais relatórios podem levar até 3 meses para serem preparados e, portanto, se eles não estivessem imediatamente disponíveis, a Corte não deveria atrasar o procedimento aguardando sua apresentação (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1993, p. 20-1).

Ao contrário das conclusões da reunião anterior, a 2ª Reunião da Comissão considerou como positivo o papel do Secretariado da HCCH de coleta de decisões judiciais de diferentes Estados-Partes da CH80[928]. Concluiu-se, na ocasião, que o Secretariado da HCCH passaria a receber breves sumários de casos paradigmáticos, assim como estatísticas, enviados exclusivamente pelas Autoridades Centrais, para serem compilados e distribuídos por canais institucionais ou à academia, "mas nunca ao público em geral, advogados privados. Para estes

[925] A 2ª Comissão Especial da CH80 contou com a participação 2 organizações internacionais e 4 organizações não governamentais, na condição de observadoras (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1993, p. 1).
[926] Na linha dos documentos elaborados no âmbito da HCCH, não é comum a menção à nacionalidade das reações apresentadas o que acaba por dificultar a averiguação da posição dos países nas reuniões e negociações.
[927] Também não foi possível apurar sua nacionalidade ou seus nomes.
[928] O Secretariado, no entanto, apontou que carecia de recursos para seguir realizando esta atividade. Solicitou aos Estados, então, o aporte de *considerável* verba extra – na forma de contribuições voluntárias (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1993, p. 29).

últimos, as agências de contato apropriadas seriam apenas as Autoridades Centrais" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1993, p. 29).

Também ocorreram, no âmbito desta reunião, discussões sobre a interseção entre os aspectos civis e criminais da subtração internacional de crianças. Em breves linhas, concluiu-se que, apesar de não ser possível – ou adequada – a interferência na discricionariedade da autoridade persecutória criminal, *o recurso a procedimentos dessa natureza não deveria ser encorajado*, em especial devido ao fato de que tais procedimentos podem ter efeitos prejudiciais em relação aos procedimentos civis, além de potencialmente interferirem no direito da criança de manter relações normais com ambos os genitores (nos termos da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, artigos 9º e 10).

Alguns especialistas defenderam que "a [existência de] persecução criminal nunca deveria ser utilizada como justificativa para recusar o retorno da criança com base no artigo 13b, uma vez que a decisão sobre o que seria melhor em cada caso deve ser deixada para o Estado de residência habitual" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1993, p. 31-2). Outros especialistas discordaram, demonstrando inexistir, neste momento histórico, consenso possível sobre a questão.

Nota-se que entre a 1ª e a 2ª Comissões Especiais, embora tenha decorrido apenas 4 anos, muitos dos entendimentos sobre temas da CH80 sofreram certo grau modificação. Por primeiro, a publicidade das decisões judiciais dos Estados-Partes, consideradas praticamente sigilosas durante as discussões em 1989, foram compiladas e disseminadas durante e após a reunião de 1993 – embora, aparentemente, apenas entre autoridades centrais, canais institucionais e academia. Além disso, incentivou-se a elaboração de estatísticas sobre a aplicação da CH80, discussão praticamente ausente no encontro anterior.

No que diz respeito especificamente à *exceção de grave risco*, os Estados (e observadores) passaram a se engajar mais na identificação de circunstâncias *concretas* de incidência deste dispositivo convencional discutindo, inclusive, alegações de violência doméstica, pela primeira vez – que se tem notícia oficial – em reunião desta natureza. Também

é notável a ausência de consenso, entre os presentes, sobre a intepretação e aplicação que deveria ser conferida à *exceção de grave risco* nas situações aventadas[929].

A interpretação restritiva da *exceção de grave risco* foi identificada, por sua vez, como elemento comum *a ambas as sessões da Comissão Especial* (1989 e 1993). Conforme será visto, estes temas têm permeado a maior parte das discussões dos Estados-Partes (e acadêmicos, além das partes interessadas) - a interpretação, escopo, alcance e aplicação da *exceção de grave risco* da CH80 e, defende-se, no presente ensaio, apenas poderão ser adequadamente endereçados se aplicadas as regras hermenêuticas contidas nos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Por fim, assim como se notou da análise do documento final da 1ª Comissão Especial, a 2ª Comissão Especial sobre a CH80 também teria evitado a inclusão de *recomendações* aos Estados-Partes, preferindo apenas compilar as discussões travadas entre os países durante a sessão. Ainda assim, alguns temas pareciam já contar com alto grau de consenso entre os países presentes ao encontro, dentre eles a natureza restritiva da *exceção de grave risco* e o descabimento de atrasos no processamento de pedidos de restituição motivados pela espera da realização de relatórios sociais (pelo país de residência habitual).

Em outros temas, por sua vez, era clara a absoluta ausência de consenso entre os países, dentre estes a violência doméstica e a persecução criminal do genitor subtrator. Novamente, apesar de documento classificado, para os fins da presente tese, como *relevante*, nos termos da CVDT, à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, em termos práticos não teriam sido incluídas, propriamente, *recomendações* de seguimento mandatório pelos Estados-Partes da CH80.

A relação da violência doméstica com a *exceção de grave risco*, apesar de enunciada pela primeira vez no âmbito de uma Comissão Especial, mostrou-se tema demasiadamente árduo, sem a possibilidade, naquele momento histórico – situação que se repete, em certa medida, até os tempos atuais – de alcance de consenso quanto ao seu tratamento.

---

[929] Violência doméstica, persecução criminal e separação da criança de tenra idade de seu cuidador primário.

iii. 3ª Comissão Especial: *exclusão* do retorno seguro do genitor subtrator

A 3ª Comissão Especial para Revisão da Operação da Convenção da Haia de 1980 (3ª Comissão Especial) ocorreu em 1997 e contou com a participação de 42 países (sendo 35 Estados-Partes da CH80). Outros 7 Estados, não membros da HCCH ou partes da CH80 participaram como observadores. Naquele momento, a CH80 contava com um total de 45 Estados-Partes. Várias organizações internacionais e não governamentais participaram dos trabalhos, na condição de observadores (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1997, p. 1).

Em um número significativo de Estados-Partes a subtração internacional de crianças já se encontrava, naquele momento, *criminalizada*, ainda que a ofensa fosse cometida por um dos genitores da criança. Outros países, como Austrália, Nova Zelândia e Israel, estavam discutindo alterações legislativas para *incluir* este comportamento no rol de condutas penalmente sancionáveis. Ainda persistiam visões divergentes sobre a criminalização da subtração internacional de crianças por um genitor e a possibilidade do manejo concomitante, das vias civil e criminal sobre o mesmo fato.

À época já se considerava o crescimento percentual dos *relatos* de subtração cometidos por mães, em comparação às abduções cometidas por pais, bem como *a existência de decisões judiciais negando o retorno da criança ao país de residência habitual quando existente ameaça de persecução criminal contra o subtrator*. De outro lado, os defensores da criminalização apontaram que seu principal objetivo seria deter tais abduções (reprimindo e prevenindo), especialmente quando cometidas com destino a países que não são Estados-Partes da CH80[930].

[930] Nas subtrações internacionais que tem como destino (Estado de Refúgio) um país que não é Estado-Parte da CH80 (ou de instrumento análogo, bilateral ou multilateral), o retorno da criança ao país de residência habitual poderá depender de: a) contratação de advogado privado no país de refúgio, diretamente pelo genitor abandonado, para discussão da custódia da criança, no qual poderá ser incluído, por exemplo, requerimento para que esta última passe (ou volte) a residir no país do qual foi retirada. As principais desvantagens desta opção relacionam-se às possíveis dificuldades de um genitor ter que ir litigar em outro país, do qual não conhece o sistema o jurídico e, muitas vezes, sequer fala a língua local; e, ainda mais grave, a discussão a ser travada no país de refúgio da criança terá a natureza de questão de guarda, com a profundidade probatória ampla, comum a tais casos; b) utilização dos instrumentos tradicionais de Direito Internacional Privado, como a homologação de sentença estrangeira (que, por exemplo, confere a guarda exclusiva da criança ao genitor abandonado) ou a obtenção de "exequatur" a decisão interlocutória (que, por exemplo, pode incluir ordem cautelar ou antecipatória dos efeitos da tutela ordenando o retorno da criança ao seu país de residência habitual). Esta alternativa poderá esbarrar nos limites que o ordenamento jurídico interno do país requerido eventualmente tiver para homologar ou conceder "exequatur" a decisões dessa natureza (litispendência internacional, impossibilidade de homologação/"exequatur" a decisões de caráter executório e, eventualmente, normas de ordem pública locais), além de configurarem instrumentos de tramitação demasiadamente lenta; c) atuação diplomática em favor da criança (ou do genitor abandonado), nacional do país onde tinha residência habitual. Esta alternativa, por sua vez, esbarra na ausência de obrigação, em

Novamente foi incluída questão aos Estados-Partes, sobre a *exceção de grave risco*, nos mesmos termos da questão apresentada em 1993: *as cortes no seu país recusaram-se a ordenar o retorno de alguma criança com fundamento no artigo 13(b)?* Por primeiro, alguns dos presentes sugeriram que os países, em suas legislações domésticas[931], deixassem de incluir o artigo 20[932] do tratado, na medida em que seu conteúdo estaria coberto pelo Artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b". Discorda-se de tal posição, na medida em que o escopo do artigo 20 e da *exceção de grave risco* parecem diferir substancialmente. Além disso, o artigo 20 foi elaborado, quando da negociação do tratado, para operar como cláusula de ordem pública, enquanto o artigo 13 (I)(b) é dispositivo que veicula exceção específica, não geral[933].

O documento aponta, ainda, que a *exceção de grave risco* deve seguir recebendo interpretação restritiva já que, se manejada de forma inadequada, ela poderá "destruir a efetividade da Convenção". Enquanto alguns dos presentes consideraram que as cortes deveriam demonstrar maior sensibilidade aos perigos que uma criança pode encontrar *em seu retorno*, outros sentem que as cortes *não* devem iniciar uma investigação social detalhada somente com base em alegação de que a criança poderá sofrer danos se retornada, na medida em que tais procedimentos geram o perigo de confundir a decisão sobre a subtração com uma averiguação dos méritos da custódia da criança (que é, nos termos do artigo 16 CH80[934], questão

---

tese, do Ministério das Relações Exteriores, de atuar em favor de seu nacional, em qualquer circunstância. Além disso, ela não garante, necessariamente, que serão adotadas as medidas legais necessárias, no país de destino da criança, para sua efetiva restituição; d) utilização de mecanismos de cooperação jurídica internacional para prestação de assistência jurídica gratuita ao genitor abandonado no país de refúgio da criança (para pedido de retorno ou de custódia, ambos fundados, em princípio, no ordenamento jurídico do país de refúgio). Esta alternativa reduz, em parte, as dificuldades apresentadas no item "a", acima. No entanto, seu escopo de aplicação ainda é bastante limitado, dado o baixo número de países que participam de tratados (multilaterais ou bilaterais) que garantem assistência jurídica gratuita a pessoas residentes no estrangeiro. Em certa medida, a CH80 é tratado que inclui a previsão de assistência jurídica gratuita – nos países que não fizeram reserva a tal mecanismo – ao genitor abandonado com residência habitual no exterior.
Em conclusão, a CH80 (e instrumentos análogos), apesar de suas potenciais dificuldades de interpretação e aplicação práticas, ainda parece ser o mecanismo mais adequado, ao menos na esfera cível, para prevenir a combater o fenômeno deletério da subtração internacional de crianças e adolescentes.

[931] Para implementação, em seus territórios, da CH80, quando necessárias ou existentes.

[932] Convenção da Haia de 1980, "Artigo 20. O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12° 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".

[933] Sobre o artigo 20 da CH80, vide Capítulo 6.

[934] Convenção da Haia de 1980, "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".

de competência exclusiva das autoridades do país de residência habitual da criança). Sugeriu-se, neste ponto, que um "ônus da prova mais elevado [em desfavor do subtrator] deve ser requerido quando estiver em curso [simultaneamente à subtração] procedimentos de custódia, no país de residência habitual da criança" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1997, p. 13).

Foi apresentada sugestão, pela delegação australiana, para incremento da cooperação entre Autoridades Centrais (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1997, p. 13)[935]. Apesar de contar com certo apoio *ao espírito da proposta*, os Estados-Partes incluíram algumas duras considerações, relacionadas, dentre outros aspectos, aos limites dos poderes das autoridades centrais, previstos em suas legislações domésticas. A proposta, portanto, não foi aprovada.

A Austrália, acompanhada de outras delegações[936], apresentou outra proposta que também gerou muitos embates. De forma aparentemente inédita, o documento (na versão inicialmente sugerida) indicava, expressamente, que "a interpretação restritiva deve ser encorajada, pelo fortalecimento das Autoridades Centrais na cooperação para proteção das crianças *e genitores* no retorno". Além disso, o documento concluiu que "é reconhecido que os melhores interesses das crianças não são protegidos pela CH80 se o genitor subtrator não pode retornar em segurança para participar efetivamente do processo de guarda" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1997, p. 22, grifos nossos).

Por primeiro, a delegação canadense discordou, com veemência, da linguagem empregada no documento que, em seu sentir, implicitamente indicava que "todos os subtratores são vítimas", além de discordar que "obrigações sejam impostas às Autoridades Centrais" CONFERÊNCIA DA HAIA, 1997, p. 13). Vários países aderiram à discussão[937] e, ao final, uma nova versão da proposta foi circulada aos Membros[938], onde foi *excluída qualquer menção ao retorno seguro do genitor subtrator*. Em substituição, foi incluído o trecho "é reconhecido que, na maior parte dos casos, a consideração dos interesses da criança requer que ambos os genitores tenham a oportunidade de participar e serem ouvidos nos procedimentos de custódia"

---

[935] Em apertada síntese, a proposta australiana pretendia impor às Autoridades Centrais a obrigação de apresentar informações sobre o bem-estar da criança, após o seu retorno, bem como a adoção de medidas positivas de proteção ao bem-estar da criança quando do seu retorno.
[936] Austrália, Nova Zelândia, Reino Unido, Mônaco, Noruega, Suécia e Suíça.
[937] Dentre eles, além dos proponentes, Itália e França.
[938] A proposta foi revisada pelo Secretariado da HCCH, a partir dos comentários e sugestões dos Estados-partes CONFERÊNCIA DA HAIA, 1997, p. 23).

(CONFERÊNCIA DA HAIA, 1997, p. 23). Resta evidente, neste ponto, o dissenso dos países quanto à proteção do *genitor (subtrator) em seu retorno ao país de residência habitual*.

Por fim, a 3ª Comissão Especial se debruçou sobre o tema das salvaguardas ("undertakings"), para defini-las como "propostas aceitas entre as partes e submetidas à consideração do juiz". Segundo tal documento, devem elas ser *limitadas em seu escopo*, para dizer respeito à proteção exclusivamente da criança, devendo perdurar por período limitado, apenas para permitir o retorno mais célere da criança ao país de residência habitual. Devem ser cumpridas pelos Estados com base no dever de reciprocidade ("comity").

Várias abordagens foram identificadas, nos diferentes Estados-Partes da CH80, no tema das salvaguardas. Nesse sentido:

> "(a) The concept of undertakings is a judicial construct developed in common law jurisdictions. However, there is no legal basis for such undertakings in civil law jurisdictions [nota de rodapé omitida], although some of the latter have adopted a similar practice under which protection orders can be made as a condition for return [nota de rodapé omitida].
> (b) Some courts have been prepared to make return orders conditional on the obtaining of assurances from the prosecuting authorities in the requesting State [nota de rodapé omitida] that criminal charges will not be instigated or will be dropped [nota de rodapé omitida]. (…) However, other courts have taken the view that such conditions are inappropriate. (…) there are strong policy reasons why courts should not be influenced by the prospect of penalties imposed on an abducting parent [nota de rodapé omitida].
> (c) Some courts have recognized that undertakings are virtually valueless unless they can be enforced and thus they require evidence of enforceability [nota de rodapé omitida]. However, other courts have relied on the doctrine of comity [nota de rodapé omitida] as a basis to assume that the requested State will enforce undertakings given by the left-behind parent [nota de rodapé omitida] and have refused to check whether this is indeed the situation [nota de rodapé omitida].
> (d) Some courts have been prepared to require that a mirror order be obtained from the courts of the requesting State [nota de rodapé omitida] in order to ensure that the undertakings will be enforceable there [nota de rodapé omitida]. However, the United States Court of Appeals for the First Circuit has rejected the practice of mirror orders on the basis of the doctrine of comity [nota de rodapé omitida]" (SCHUZ, 2014, pp. 19-20).

Apontou-se que as salvaguardas estariam sendo utilizadas de forma demasiadamente ampla para "conceder vantagens significativas em favor do subtrator" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1997, p. 15). Idealmente, tais acordos[939] entre os genitores deveriam ser incorporados à

[939] Na visão deste documento, aplicou-se o conceito restrito de salvaguardas, para significar tão-somente as condições negociadas pelos genitores (partes privadas) acerca do retorno seguro da criança.

decisão judicial no país de residência habitual da família, para que possam ser mais facilmente executados, em sendo o caso[940].

As discussões travadas nesta Comissão Especial também parecem demonstrar, na esteira das reuniões anteriores, que os Estados-Partes buscaram identificar circunstâncias que possam interagir com a *exceção de grave risco*. Novamente, tratou-se da imperiosa necessidade de interpretação (e aplicação) *restritivas* desta exceção – posição que tem se mostrado a única consensualmente aceita pelos Estados-Partes, em todas as Comissões Especiais. Esta poderia ser, entende-se, verdadeira *recomendação* incluída no documento final da 3ª Comissão Especial – e, em decorrência, tal recomendação seria, em certa medida, dotada de *caráter mandatório* aos Estados-Partes[941].

O documento final desta reunião, aprovado pelos países presentes, deixou claro que, naquele momento histórico, os Estados (ou a maior parte deles) *não estariam dispostos a aceitar, como posição multilateral consensual, que o retorno seguro do genitor subtrator ao país de residência habitual integraria o escopo da exceção de grave risco*. Também não foi alcançado consenso substancial sobre o tema da criminalização da subtração e persecução penal do genitor subtrator. Até o presente momento, é evidente a tensão ainda existente entre os países quanto ao escopo, interpretação, aplicação e, em especial, abrangência desta exceção, *em circunstâncias que não atingem diretamente a pessoa da criança – como o caso, em especial, da violência doméstica*[942].

Entretanto os países, pouco a pouco, têm se inclinado a buscar o alcance de consenso para o tema, em documentos que, ao serem analisados a partir da aplicação da moldura hermenêutica da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – proposta da presente tese – deverão ser considerados para fins de interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*.

---

[940] Não se deve perder de vista que qualquer decisão judicial emitida em um país apenas será válida, em princípio, em outro território, apenas depois de homologada por autoridade judicial competente do 2º Estado. A exceção diz respeito apenas às (ainda raras) situações em que a legislação doméstica (ou tratado internalizado – como a CH96, por exemplo) prevê a automaticidade de decisões judiciais estrangeiras. No Brasil, atualmente, apenas a sentença de divórcio consensual estrangeira seria beneficiada com o reconhecimento automático de validade.

[941] No entanto, pode-se discutir que não seria sequer necessária a consideração do caráter mandatório deste documento, já que a interpretação restritiva de cláusulas de exceção (como a *exceção de grave risco*) seria cânone hermenêutico do Direito, um verdadeiro truísmo.

[942] Na ausência de consenso, cada país segue regulamentando o assunto como lhe aprouver. Essa circunstância, no entanto, reduz sobremaneira a possibilidade de alcance de interpretação e aplicação uniforme do tratado.

iv. 4ª Comissão Especial: abordagem textual e restritiva

A 4ª Comissão Especial[943], realizada em 2001, incluiu suas *conclusões e recomendações* em documento mais enxuto, em que não foram apresentadas as discussões dos países, mas, tão-somente as conclusões alcançadas. Essa alteração no modelo de descrição das discussões, embora possa deixar, em tese, os países em posição mais confortável – ao não serem mais mencionadas, para consulta do público em geral, informações sobre o posicionamento de cada delegação a respeito de cada um dos temas sob discussão – acaba por dificultar a análise pelos pesquisadores (e demais interessados). Em contrapartida, o documento parece valer-se de linguagem com conteúdo mais voltado à sugestão/recomendação de atuação aos Estados-Partes, ao invés de (como em documentos anteriores) descrever as discussões e posições apresentadas pelos países no decorrer das discussões.

No que diz respeito ao tema do presente trabalho, a interação do fenômeno da violência doméstica na interpretação da *exceção de grave risco*, o documento mostra-se *silente*. De forma geral, o documento retorna à leitura da CH80 conforme seu texto, evitando extrapolamentos quanto a sua interpretação. Por exemplo, ao tratar das medidas a serem empregadas para garantir o retorno voluntário ou o alcance de solução amigável, o documento recomenda que devem ser evitados atrasos indevidos na restituição da criança (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2001a, p. 6). Nesta reunião ocorreu a aprovação da elaboração do primeiro Guia de Boas Práticas da CH80, o "Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte I – Prática da Autoridade Central", cuja publicação ocorreu em 2003[944].

O valor das Comissões Especiais, como instância de revisão da CH80 foi reafirmado, mencionando-se como satisfatório que os encontros ocorressem a cada 4 anos, podendo ocorrer reuniões adicionais para lidar com assuntos específicos, sempre que necessário[945]. Pela primeira

[943] 4ª Reunião da Comissão Especial sobre o Funcionamento da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças.
[944] Os Guias de Boas Práticas sobre a CH80 serão pormenorizados em tópico posterior.
[945] Foi incluída a previsão de que os Estados-Partes poderiam ser convidados contribuir para um fundo de auxílio financeiro à participação dos Estados menos abastados a tais reuniões, além de todas as autoridades centrais estabelecidas serem encorajadas a compartilhar suas experiências com outras autoridades centrais, sempre que requeridas (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2001a, p. 9-10).

vez os Estados-Partes incluíram consideração sobre a relevância da *concentração de jurisdição* no julgamento dos casos envolvendo a aplicação da CH80.

Esta subscritora considera que a concentração do julgamento de tais casos, em varas especializadas, em cada um dos Estados-Partes, é medida que tem o condão de, ao menos em tese, otimizar a interpretação e aplicação técnica da CH80, além de importar em ganho de celeridade no tratamento de tais casos[946]. O julgamento célere dos casos da CH80, incluída a fase de apelação, foi considerado, pelos Estados-Partes, nesta Comissão Especial, como providência obrigatória aos países, em atenção ao artigo 11 do tratado[947].

No que diz respeito à interpretação da CH80, a 4ª Comissão Especial reiterou que "a Convenção deve ser interpretada tendo-se em conta sua natureza autônoma e seus objetivos", ressaltando o Relatório Explicativo à CH80, elaborado por Pérez-Vera[948] como auxílio ("aid") à interpretação e compreensão do tratado. Ainda no tópico "Parte IV – Interpretação de Conceitos-Chave", esta Comissão Especial manifestou-se especificamente sobre a *exceção de grave risco*, apontando que:

> "4.3 The Article 13, paragraph 1 b), 'grave risk' defence has generally been *narrowly construed* by courts in the Contracting States, and this is confirmed by the *relatively small number of return applications which were refused* on this basis according to the Statistical Analysis of Applications made in 1999 (Prel. Doc. No 3, March 2001). It is in keeping with the objectives of the Convention, as confirmed in the Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera (at paragraph 34[949]), to *interpret this defence in a restrictive fashion*" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2001a, p. 12, grifos nossos).

---

[946] A Justiça Federal brasileira já empreendeu a concentração de jurisdição no âmbito dos 5 Tribunais Regionais Federais, para julgamento das demandas envolvendo a aplicação da CH80 em 1º grau de jurisdição.

[947] Convenção da Haia de 1980, 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".

[948] A posição do Relatório Explicativo elaborado por Pérez-Vera, aprovado quando da elaboração da CH80, será discutido em tópico posterior, como meio suplementar de interpretação, nos termos do artigo 32 da CVDT – Capítulo 6.

[949] O parágrafo 34 do Relatório Explicativo à CH80 encontra-se assim redigido: "34. To conclude our consideration of the problems with which this paragraph deals, it would seem necessary to underline the fact that *the three types of exception to the rule concerning the return of the child must be applied only so far as they go and no further.* This implies above all that *they are to be interpreted in a restrictive fashion if the Convention is not to become a dead letter.* In fact, the Convention as a whole rests upon the *unanimous rejection of this phenomenon of illegal child removals and upon the conviction that the best way to combat them at an international level is to refuse to grant them legal recognition.* The practical application of this principle requires that the *signatory States be convinced that they belong, despite their differences, to the same legal community within which the authorities of each State acknowledge that the authorities of one of them — those of the child's habitual residence — are in*

Novamente os Estados-Partes presentes teceram considerações relacionadas ao retorno seguro da criança; ao impacto (negativo) da persecução criminal; questões migratórias (inclusive ligadas ao efetivo acesso à justiça das partes)[950]; e à previsão de aconselhamento e assistência jurídica em favor dos genitores. Ao contrário de Comissões Especiais anteriores, o teor das manifestações dos Estados-Partes, em sua 4ª reunião, mostra-se bastante atrelado aos termos estritos da CH80 – conforme mencionado, sem *extrapolamentos*. Para melhor compreensão desta afirmação, incluem-se alguns trechos do documento final aprovado pela 4ª Comissão Especial:

> "PART V - ISSUES SURROUNDING THE SAFE AND PROMPT RETURN OF THE CHILD (AND THE CUSTODIAL PARENT, WHERE RELEVANT)
> Safe return orders
> 5.1 Contracting States should consider the provision of procedures for obtaining, in the jurisdiction to which the child is to be returned, any necessary provisional protective measures *prior* to the return of the child.
> Criminal proceedings
> 5.2 The impact of a criminal prosecution for child abduction on the possibility of achieving a return of the child is a matter which should be capable of being taken into account in the exercise of any discretion which the prosecuting authorities have to initiate, suspend or withdraw charges.
> Immigration matters
> 5.3 Contracting States should, as far as possible, take measures to ensure that, save in exceptional cases, the abducting parent will be permitted to enter the Country to which the child is returned for the purpose of taking part in legal proceedings concerning custody or protection of the child.
> The provision of legal aid and advice
> 5.4 Contracting States should take measures to ensure that parents who participate in custody proceedings after a child's return are given adequate access to a country's legal system to adequately present their case" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2001a, p. 12, grifos nossos).

Nota-se que os Estados-Partes recuaram em relação a posições anteriormente apresentadas – ao menos na redação do documento final desta Comissão Especial. Contudo, não é possível apurar as razões que teriam levado os Estados a deixarem o modelo anterior de Conclusões e Recomendações (no qual as manifestações dos países eram mais claramente expostas e debatidas), para um modelo em que, de forma mais aparentemente mais cautelosa, é

---

principle best placed to decide upon questions of custody and access. As a result, *a systematic invocation of the said exceptions, substituting the forum chosen by the abductor for that of the child's residence, would lead to the collapse of the whole structure of the Convention by depriving it of the spirit of mutual confidence which is its inspiration"* (PÉREZ-VERA, 1982, pp. 434-5, grifos nossos).

[950] Nesse sentido, esta Comissão Especial assim se manifestou: "Contracting States should, as far as possible, take measures to ensure that, save in exceptional cases, the abducting parent will be permitted to enter the country to which the child is returned for the purpose of taking part in legal proceedings concerning custody or protection of the child" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2001a, p. 12).

evitada qualquer identificação do posicionamento de cada Estado-Parte. Buscou-se inequivocamente, manter estrita consonância com os termos do tratado.

Um exemplo muito claro a embasar esta última consideração diz respeito à persecução criminal contra o subtrator, pelo país de residência habitual. Esta deixa de ser *expressamente* desencorajada[951] – como ocorreu em sessões anteriores da Comissão Especial – para receber linguagem mais voltada ao reconhecimento da *discricionariedade* que as autoridades penais dos Estados-Partes possuem em iniciar investigações ou processos criminais dessa natureza, em paralelo aos pedidos de cooperação jurídica internacional de natureza civil tramitados com fundamento na CH80.

A linguagem do documento, apesar de fazer uso do modal em língua inglesa "should", é, em vários trechos, imediatamente suavizada pela expressão "should consider". Assim, o documento acaba por indicar aos países, tão-somente, que estes *devem considerar* a emissão de ordens de proteção em favor do subtrator ou a não persecução criminal (caso este último retorne ao país de residência habitual da família). Não haveria, entende-se, obrigatoriedade de *emitir* ordens de proteção ou *impedimento* à persecução penal.

Outras *sugestões* aos países foram incluídas, tais como a concessão de assistência jurídica gratuita em favor de *ambos* os genitores, e não apenas do genitor subtrator; o ingresso do genitor subtrator ao país de residência habitual e sua permanência apenas *para fins de participação no processo de guarda* (e não obrigatoriamente para residir no mesmo país que a criança/adolescente); o retorno *da criança* deve ser protegido, não necessariamente a volta do genitor que a acompanhar. Conforme mencionado, o cuidado em evitar qualquer extrapolamento em relação ao texto da CH80 mostra-se bastante evidente no documento final desta Comissão Especial.

Também chama a atenção o fato de que foi elaborado, para atenção da 4ª Comissão Especial, a primeira análise estatística sobre a CH80, desde sua aprovação, no início da década de 80. O documento, elaborado por Lowe, Armstrong e Mathias[952] não foi sequer mencionado

---

[951] Lembra-se que, mesmo nas Comissões Especiais anteriores, o desencorajamento à persecução criminal não contava com consenso dos Estados-partes da CH80 presentes à reunião.
[952] Sobre as análises estatísticas sobre a CH80, vide tópico acima.

no relatório final da 4ª Comissão Especial[953]. Em relação ao artigo 20 da CH80 (*exceção de ordem pública*[954]), mencionou-se que poucos casos foram relatados pelos países em que a solicitação de restituição da criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual foi negada com base neste dispositivo.

Por fim, os Estados reconheceram, pela primeira vez em documento desta natureza, as potenciais vantagens da Convenção da Haia de 1996[955] como complemento à CH80, encorajando os demais a considerar sua ratificação e adesão. Nesta mesma Comissão Especial foi *festejado* o estabelecimento do INCADAT – "The International Child Abduction Database", sugerindo os Estados a colaborarem com o Secretariado da HCCH na exploração de possíveis fontes de recursos ou material para colaborar com os esforços de alimentação desta base de dados[956].

Na linha da reunião da Comissão Especial anterior, o documento final alcançado, apesar de mais atrelado à linguagem da CH80, apresentou, novamente, *recomendações voltadas à interpretação restritiva das exceções à obrigação de retorno imediato e à necessidade de decisão célere dos casos de subtração internacional de crianças e adolescentes*. Como tem sido visto, estes pontos, aparentemente, vêm sendo reiteradamente incluídos nos textos finais das Comissões Especiais, ao longo dos anos. Além disso, a linguagem adotada no documento parece aproximá-los da noção de *recomendações*, com caráter mandatório, muito mais do que apenas *compilações das posições* dos Estados-Partes presentes à reunião.

v. Comissão Especial de 2002: o retorno do genitor *acompanhante*

Em 2002, a partir de recomendação adotada no 19º período de sessões diplomáticas da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, ocorreu nova sessão (extraordinária) da Comissão Especial, com mandato exclusivo para considerar:

---

[953] A Comissão Especial de 2002 – que será vista na sequência, por sua vez, fez apenas breve menção à pesquisa, para informar que a proporção de casos de subtração para casos de visitas transnacionais era de 5:1.
[954] No Estado brasileiro, uma das mais conhecidas noções de ordem pública diz respeito à representação da filosofia sócio-político-jurídica que emana do sistema jurídico estatal, incorporando a moral básica da nação e protege os interesses econômicos do Estado (DOLINGER, 2008, p. 394).
[955] Sobre a CH96, vide tópico acima.
[956] Sobre o INCADAT, vide nota acima.

a) a aprovação de 2 Guias de Boas Práticas à CH80 (sobre Práticas das Autoridades Centrais e Medidas de Implementação)[957];

b) relatório final do Secretariado da HCCH sobre contato/acesso transfronteiriço (entre a criança, seus genitores e família estendida, no contexto de subtração internacional)[958] e;

c) relatório sobre comunicações judiciais diretas no contexto da CH80[959].

A Comissão Especial de 2002 diferiu das demais comissões, tanto por seu caráter excepcional (periodicidade menor do que as demais), quanto por apresentar mandato pré-determinado e restrito. Participaram do encontro 47 países, dos quais 44 eram[960], à época, Estados-Partes da CH80[961]; três organizações internacionais e 12 organizações não governamentais também se fizeram presentes, na condição de observadores (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2002, pp 12-3).

No que diz respeito à relação entre violência doméstica e a *exceção de grave risco*, o produto final desta Comissão Especial, *aprovado* pelos Estados presentes, mencionou, *no âmbito das discussões sobre contato transfronteiriço*, que:

---

[957] Sobre o *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte I – Prática da Autoridade Central* e o *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte II – Medidas de Implementação*, vide tópico abaixo.

[958] Em 2008 foi aprovado pelos Estados-partes e publicado o documento *Contato Transfronteiriço relativo às crianças – Princípios Gerais e Guia de Boas Práticas*, cuja análise será pormenorizada em tópico específico, abaixo. Quando da realização da Sessão da Comissão Especial, em 2002, o relatório inicialmente apresentado pelo Secretariado da HCCH aparentemente incluía questão relacionada à *visitação transnacional* de crianças em alguns Estados Islâmicos, discussão que não foi reproduzida no documento final de contato transfronteiriço em 2008.
Esse exemplo demonstra que, por vezes, temas impulsionados inicialmente pelo Secretariado da HCCH acabam por receber tratamento diferente, quando submetidos à discussão entre os países. O documento final, quando alcançado por estes últimos, indicaria, entende-se, o grau de consenso possível, em um dado momento histórico, alcançado pela comunidade internacional (dos países envolvidos), restando ao Secretariado (de qualquer organização internacional), acatar as deliberações daqueles, já que as organizações internacionais devem ser "member driven". Situação semelhante teria ocorrido nas negociações para elaboração do Guia de Boas Práticas sobre a *exceção de grave risco*, entre os anos de 2012 a 2019.

[959] O mecanismo das comunicações judiciais diretas, que vem sendo discutido há anos no âmbito da HCCH, embora relevante, encontra-se excluído do escopo da presente pesquisa.

[960] Rememora-se que, quando da realização da 3ª Comissão Especial, em 1997, estiveram presentes 35 Estados-partes da CH80. Conclui-se, neste ponto, que em um relativamente curto espaço de tempo (entre os anos de 1997 a 2002), o número de Estados-partes deste tratado, que participaram de suas Comissões Especiais, aumentou razoavelmente. O aumento do número de partes a um tratado, entende-se, é fator que pode dificultar o alcance de posições consensualmente aceitas por todos. Por outro lado, amplia a legitimidade e universaliza o alcance da avença.

[961] Quando da realização desta sessão da Comissão Especial, a CH80 contava com 73 Estados-Partes. A participação dos países a tal reunião foi, então, na monta de 60% (em relação ao total de Estados-partes da CH80). Considera-se que este percentual não indica, propriamente, uma ampla participação dos países a tal encontro.

> "7.5.2 National laws and procedures (including enforcement procedures)
> 122. The general principle of the right of the child to maintain contact with both parents is of course broadly accepted. But, there is a difference in the weight attached in different jurisdictions to the presumption in favour of contact by the non-custodial parent, particularly in cases *where domestic violence has been alleged. The issue of enforcement is a difficult one and one which is subject to review with a view to reform in many countries. However, the evidence is that existing systems are not sufficiently sensitive to the special circumstances of international cases*" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2002, pp. 33-4, grifos nossos).

Chama a atenção, em especial, a última parte do trecho acima, em que o documento parece afirmar – afastando-se, em alguma medida, da linguagem *diplomática*[962] da 4ª Comissão Especial – que os sistemas dos países, em vigor à época, não seriam suficientemente sensíveis às circunstâncias especiais de casos internacionais (de subtração internacional de crianças e adolescentes). O documento não se aprofunda em tal afirmação, tampouco apresentando informações sobre as evidências que a embasaram.

Nesta Comissão Especial (2002) ocorreu manifestação expressa sobre *os efeitos deletérios da subtração internacional de crianças e adolescentes*, ao considerar que o retorno da criança em seu retorno ao país de residência habitual deve, desejavelmente, envolver a participação dos serviços sociais, para "promoção do bem-estar da criança que sofreu os traumas da subtração". Salientou-se, também, que as Autoridades Centrais devem atuar de forma cautelosa na avaliação dos pedidos de cooperação jurídica internacionais recebidos e na eventual aplicação do artigo 27 da CH80 a eles[963], bem como que a "ausência de uniformidade na jurisprudência dos países era razão para que os pedidos [fundados na CH80] e considerados

---

[962] Em outros trechos do documento final desta comissão especial foram feitas, diferentemente do documento final da 4ª Comissão Especial, menções expressas ao posicionamento dos países a algumas questões, como o retorno seguro da criança.

[963] Convenção da Haia de 1980, artigo 27: "Quando for constatado que as condições exigidas pela presente Convenção não se encontram preenchidas ou que o pedido não tem fundamento, a Autoridade Central não será obrigada a recebê-lo. Nesse caso, a Autoridade Central informará de imediato o requerente ou, se for o caso, a Autoridade Central que haja remetido o pedido das suas razões".
Conforme será analisado no presente estudo, as Autoridades Centrais vão sendo progressivamente esclarecidas pelos documentos produzidos no seio da CH80, dos limites de suas atribuições, inclusive no que tange ao encerramento ou negativa de processamento de pedidos de cooperação jurídica internacional fundados na CH80. Em especial, os Estados-Partes têm enfatizado, em diversas oportunidades, que a análise das exceções ao retorno de crianças vítimas de subtração internacional ilícita – dentre elas, a *exceção de grave risco* – é matéria de competência *exclusiva* das autoridades judiciais, não podendo ser exercida (ou usurpada) pelas autoridades administrativas (as autoridades centrais). A exceção seriam os países em que cabe exclusivamente às autoridades centrais a decisão final sobre o retorno das crianças, o que parece que não ocorre, atualmente, em nenhuma dos Estados-Partes da CH80. No Brasil, a decisão final sobre a aplicação da alguma das exceções à obrigação de retorno imediato da criança é competência exclusiva do Poder Judiciário nacional, como órgão constitucionalmente investido da solução definitiva dos litígios a ele submetidos.

dúbios deveriam ser enviados" às autoridades judiciais (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2002, pp. 21-2).

Os Estados presentes à Comissão Especial de 2002 reiteraram, ainda, que:

> a) algumas questões relacionadas ao retorno seguro da criança ultrapassam os limites de atribuição das autoridades centrais;
>
> b) era importante reconhecer que a proteção à criança poderá, em alguns casos, requerer sejam tomadas medidas para proteção do *genitor acompanhante*[964];
>
> c) sobre os procedimentos criminais contra o subtrator, muitos apontaram preocupação, na medida em que "o início de tais procedimentos poderia levar à negativa judicial de retorno da criança nos casos em que o genitor não poderia acompanha-la em tal retorno". Foi mencionado, então, que as autoridades centrais deveriam fazer o que estivesse dentro de suas competências (internas) para garantir que tais procedimentos fossem utilizados como último recurso;
>
> d) sobre a concessão de assistência jurídica ao subtrator, apesar de considerada questão relevante, notou-se que tal questão nem sempre se encontra incluída entre as atribuições/competências das autoridades centrais, sendo que o Guia de Boas Práticas deveria refletir tal circunstância (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2002, p. 24).

Durante esta reunião também foi discutido o texto *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte II – Medidas de Implementação*. Conforme será analisado em tópico posterior, este guia não fez menção à *exceção de grave risco* ou ao fenômeno da violência doméstica. Em conclusão, esta Comissão Especial (2002) parece ter se aproximado, neste ponto, das sessões anteriores à 4ª Comissão Especial, com a tentativa de identificação – ainda que com baixo grau de consenso – de circunstâncias ou fenômenos que podem interagir com a

---

[964] Interessante, neste ponto, notar que o documento não se referiu, expressamente, ao retorno do genitor *subtrator*, preferindo deixar em aberto a possibilidade de que a criança, em seu retorno, seja acompanhada por qualquer dos seus genitores e, a depender das circunstâncias do caso, qualquer deles poderá merecer proteção (seja ele o genitor subtrator ou o genitor abandonado). Da mesma forma, conforme será visto em tópico posterior, o Guia de Boas Práticas – Parte I (2003), preferiu a utilização da expressão *genitor acompanhante*, sem pretender limitar a proteção a qualquer deles.

exceção de grave risco. O contexto de *violência doméstica,* por sua vez, recebeu menção – considerada tímida – apenas no âmbito do estabelecimento de contatos transfronteiriços.

Também como observado em Comissões Especiais anteriores, o documento final da Comissão Especial de 2002, aprovado pelos Estados-Partes presentes, preferiu não incluir, diretamente, *recomendações* de seguimento obrigatório aos países, descrevendo as discussões travadas e, em alguns pontos, identificando importantes distinções na regulamentação e prática dos países.

vi. 5ª Comissão Especial: *suficiência* do texto da *exceção de grave* risco e a *ausência* de consenso para sua alteração

A 5ª Reunião da Comissão Especial ocorreu em 2006, ocasião na qual o funcionamento das CH80 e CH96 passaram a ser discutidas em conjunto[965]. Na ocasião, participaram 73 países, dentre os quais 62 Estados-Partes da CH80[966] e 9 da CH96, além de observadores de 6 países que não eram membros de tais tratados ou da HCCH; 8 organizações internacionais e 13 organizações não governamentais. Em comparação com as sessões anteriores, a 5ª Comissão Especial contou com alto nível de engajamento dos Estados-Partes, que franquearam a participação de mais de 200 especialistas (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, p. 20).

Em suas *conclusões e recomendações* – aprovadas inicialmente no âmbito dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 e, após, submetidas à *nova rodada de aprovação,* junto à *Assembleia Geral* da HCCH (onde novamente ocorreu sua aprovação, por consenso, por seus Estados-Membros), a 5ª Comissão Especial apontou, dentre outros aspectos, que aproximadamente 2/3 dos genitores que transferiram ou retiveram uma criança ilicitamente seriam as pessoas especialmente incumbidas dos "cuidados com a pessoa da criança" (cuidadores primários), em sua maioria as mães. Os estudos e pesquisas analisados pela Comissão Especial confirmaram tendência já anunciada na 4ª Reunião desta comissão, ocorrida

[965] Conforme mencionado anteriormente, a CH96, apesar de finalizada no ano de 1996, apenas entrou em vigor em 15 de março de 2003.
[966] Neste momento a CH80 contava com 76 Estados-Partes.

em 2001, gerando questões que, na visão de alguns, não teriam sido previstas pelos redatores do convênio[967].

Conforme apurado em tópico anterior, quando das negociações que culminaram na elaboração da Convenção da Haia de 1980, o cenário aparentemente apontava para uma maior ocorrência de subtrações cometidas pelo genitor varão, em decorrência deste não ter sido contemplado como cuidador primário ou guardião exclusivo da criança, pelas autoridades do Estado de residência habitual[968]. Desde então, o maior número de subtrações internacionais teria passado ser cometido por mães, investidas ou não na função de cuidadoras primárias da criança.

Restou novamente consignado que, na transmissão e recepção dos pedidos de cooperação jurídica internacional, as Autoridades Centrais devem considerar que a avaliação de algumas questões de fato ou de direito incumbem *exclusivamente* ao órgão julgador ou a outra autoridade com atribuições para decisão da solicitação de restituição – devendo as Autoridades Centrais absterem-se de tais análises. Em relação à assistência judicial e jurídica gratuita, a comissão apontou a importância do acesso efetivo, bem como quais providências estão nele incluídas.

Foi reafirmada, ainda, a importância de algumas das recomendações aprovadas na Comissão Especial de 2001, em especial, sobre os seguintes temas:

a) os limites das atribuições das Autoridades Centrais em relação à adoção de providências para proteção da criança vítima de subtração internacional; e
b) a restituição voluntária da criança.

A 5ª Comissão Especial, em vários pontos, reafirmou recomendações e conclusões adotadas pela 4ª Comissão Especial (2001). Nesse sentido, a aplicação restritiva da *exceção de grave risco*, prevista no artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" da CH80, foi novamente reforçada[969],

---

[967] Sobre as críticas à CH80 vide, em especial, o Capítulo 3.
[968] O cuidado que se deve ter com tal contexto é que a única pesquisa estatística que teria sido discutida entre os negociadores da CH80 dizia respeito a universo bastante limitado de subtrações – pouco menos de 100. Vide Capítulo 3, acima.
[969] "155. The Permanent Bureau reminded participants of the recommendations, made at the 2001 meeting of this Special Commission, regarding the interpretation of the key concepts of the 1980 Convention. First, the Convention should be interpreted having regard to its autonomous nature and in light of its objects. Second, emphasis was placed on the importance of the Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera for the interpretation of the

reconhecendo-se que ela já vinha sendo feita, em regra, pelos órgãos julgadores dos Estados contratantes, circunstância confirmada pelo número relativamente reduzido de solicitações de restituição negadas com fundamento nessa exceção (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, p. 70). Para consideração da 5ª Comissão Especial, Lowe e seus colaboradores[970] apresentaram o 2º estudo estatístico sobre a CH80, datado de 2006, discutido em capítulo anterior no presente estudo (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008b).

Considera-se especialmente relevante o trecho do documento final aprovado pela 5ª Comissão Especial, que afirma que "os especialistas concordam que a CH80 fornece ferramentas suficientes aos juízes para recusar o retorno de uma criança quando necessário", sendo especialmente importante a cooperação entre autoridades centrais e magistrados nas hipóteses nas quais o retorno da criança é acompanhado de medidas de proteção "particularmente em casos de violência doméstica" Foi enfatizado, por fim, que o conceito de *situação intolerável*, previsto no artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b", parte final, diria respeito a situações "onde o retorno da criança não necessariamente cria um grave risco, mas onde seria inapropriado ordená-lo" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, p. 46).

Este trecho parece demonstrar, entende-se, a indicação, o mais precisa possível, do conteúdo dos termos da CH80, com a consequente recomendação de atuação aos países. Ainda que tal trecho não tenha sido incluído no capítulo de *Conclusões e Recomendações* do documento final desta Comissão Especial, defende-se que o mesmo configura, "acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições", nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT).

Sob o tema "garantindo o retorno seguro da criança", foi afirmado que as cortes, em muitas jurisdições, têm manejado instrumentos (com variadas denominações, como condições, estipulações, salvaguardas, dentre outras) para facilitar as providências de retorno. Foi esclarecido que tais ordens "limitadas em seu escopo e duração, dirigem-se a questões de curto

---

Convention. Third, it was noted that given the narrow construction by courts in Contracting States of the 'grave risk' defence in Article 13(1) b), as borne out by statistical evidence presented at that meeting (Prel. Doc. No 3, March 2001), the Special Commission recommended that it was in keeping with the objectives of the Convention to interpret this defence in a restrictive fashion" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, p. 44).

[970] O estudo foi elaborado por Nigel Lowe, Emily Atkinson, Katarina Horosova e Samantha Patterson.

prazo e permanecem em vigor até que a corte do país para o qual a criança é retornada adote as medidas necessárias à situação" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, p. 73).

A exequibilidade das medidas protetivas tomadas pelo país de refúgio, para terem efeito no território do país de residência habitual da criança foi considerado tema que deve ser observado pelas *cortes do primeiro país, antes do retorno da criança*[971]. As medidas de proteção à criança podem, *quando apropriado*, incluir o genitor que acompanhar seu retorno[972].

Neste ponto, os países também discutiram a *conveniência e oportunidade* da elaboração de um Protocolo à CH80 sobre medidas protetivas à criança em seu retorno (e, quando necessário, do genitor que a acompanhar)[973]. Embora o valor potencial de tal instrumento (de natureza mandatória) tenha sido reconhecido, ele não foi considerado prioritário. A análise dos documentos consensualmente aprovados pelos Estados-Partes da CH80, desde o início da vigência deste tratado demonstram que parece *inexistir, ao menos até o momento, consenso multilateral suficiente para a elaboração de emendas ou protocolos adicionais à CH80*, inclusive quanto a sua *exceção de grave risco*.

---

[971] Infelizmente, o tema da cooperação jurídica internacional ainda merece ser melhor explorado no Brasil. É muito comum que o grande público e algumas autoridades judiciais brasileiras tenham dificuldades em compreender que as decisões judiciais nacionais são dotadas de efeitos territoriais limitados ao nosso território. Desconhece-se existir, no ordenamento jurídico brasileiro, na atualidade, qualquer tratado que preveja a exequibilidade automática de decisões brasileiras no exterior. Do mesmo modo, toda e qualquer decisão estrangeira, para ter efeitos jurídicos no Brasil, deve passar por procedimento de obtenção de "exequatur" ou homologação (se sentença transitada em julgado). A única exceção, recentemente introduzida no Código de Processo Civil brasileiro, estaria incluída em seu artigo 961, parágrafo 5º, segundo o qual: "A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça". A cooperação internacional penal, mais antiga, parece mais consolidada e difundida em nosso país.
Assim, toda e qualquer decisão judicial proferida no Brasil, ainda que relacionada à proteção da infância (ou de um dos genitores), apenas terá efeitos no exterior se cumpridas as exigências específicas da legislação brasileira para seu reconhecimento e execução. Por isso esta Comissão Especial recomenda que *antes* do retorno da criança, a autoridade judicial do Estado de Refúgio se certifique que as medidas que este considera *indispensáveis* para proteção dos envolvidos e que devam ser executadas no país de residência habitual, tenham validade e eficácia neste último país. No entanto, não se deve perder de vista que tais medidas devem ser, em sua natureza, limitadas tanto quanto ao seu conteúdo (indispensáveis ao *retorno seguro*), quanto à sua validade temporal (poderão ser substituídas, a qualquer tempo, por decisão – semelhante ou diferente – das autoridades do país de residência habitual).

[972] Novamente a Comissão Especial *não* presume que as medidas de proteção serão aplicadas, exclusivamente, em favor do genitor subtrator. Qualquer dos genitores que acompanhar a criança em seu retorno poderá receber proteção, se necessário e se apropriado.

[973] A 5ª Comissão Especial discutiu, de forma pormenorizada, estudos estatísticos relacionados ao cumprimento das ordens de restituição, sob a ótica de 3 possíveis medidas coercitivas, para imposição do retorno da criança: medidas pecuniárias (multa), encarceramento e a remoção física (forçada) da criança. Em brevíssima síntese, os países concluíram que, qualquer que fosse a medida coercitiva adotada para o retorno da criança, esta deveria ser conduzida de forma a não gerar danos a esta última. Dados os limites do presente estudo, o aprofundamento de tais discussões deixará de ser realizado.

As primeiras tentativas de elaboração de protocolos à CH80 foram identificadas apenas durante os trabalhos da 5ª Comissão Especial para Revisão da Operação da CH80 e da CH96 (5ª Comissão Especial).

Nesta reunião a delegação Suíça apresentou, ainda, proposta de inclusão de dispositivo à CH80, para regulamentar a situação em que a criança é retornada ao país de residência habitual, mas a custódia não é deferida a nenhum dos genitores. Esta sugestão também foi veementemente rechaçada pelos demais Estados-Partes, especialmente sob o argumento de que ela "ampliava as bases para emissão de ordem negando o retorno da criança, convidando as cortes do país de refúgio a examinar 'o melhor interesse da criança', que poderia minar o princípio de reciprocidade ('comity')" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, p. 45-6).

Conclusão semelhante foi alcançada, na mesma Comissão Especial, sobre a elaboração de Protocolo à CH80 relacionado ao contato transfronteiriço (visitas transnacionais, previstas no artigo 21 da CH80[974]). Neste ponto, os Estados-Partes concluíram que "era muito cedo para se desenvolver um protocolo sobre o artigo 21 da CH80, sendo prudente aguardar a entrada em vigor da CH96 em um maior número de países" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, p. 53-4). Restou claro que, quando da realização da 5ª Comissão Especial, havia forte *oposição* dos Estados-Partes à elaboração de protocolos à CH80, fossem eles para regulamentação da visitação transnacional ou do retorno seguro da criança ao seu país de residência habitual.

No que tange a persecução criminal do subtrator, pelo país de residência habitual, também foram reafirmadas as Conclusões e Recomendações alcançadas na 4ª Comissão Especial (2001), tendo sido incluído, apenas, que as autoridades centrais devem informar os genitores abandonados sobre as implicações da instituição de persecução criminal, "incluídos

---

[974] Convenção da Haia, artigo 21: "O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retomo da criança.
Às Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades contrais deverão tomar providencias no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.
As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito".

os possíveis efeitos adversos no alcance do retorno da criança" e a existência de meios alternativos para solução amigável da disputa.

Quando do retorno da criança, as autoridades centrais também devem cooperar, "de acordo com a legislação doméstica, para que as acusações contra o genitor sejam abandonadas" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2006, p. 74). Sobre questões migratórias foram mencionadas, por alguns países, dificuldades na obtenção de vistos para ingresso em certos Estados. No entanto, tal discussão não levou à elaboração de conclusão ou recomendação específica.

Em relação ao acesso à justiça, a recomendação aprovada foi no sentido de que os países devem adotar medidas para remover os obstáculos à participação de *ambos* os genitores aos processos de guarda, depois do retorno da criança. Assim como ocorreu nas Comissões Especiais de 1997 e 2001, a 5ª Comissão Especial considerou que os órgãos de proteção à infância devem ser previamente alertados, quando necessário, para garantir o bem-estar da criança (ou adolescente) em seu retorno (ao país de residência habitual), até que as autoridades judiciais deste último Estado possam adotar medidas protetivas efetivas e apropriadas. Além disso, foi considerado que, na maior parte dos casos, o bem-estar da criança *requer* que ambos os genitores tenham a oportunidade de participar e serem ouvidos nos processos de custódia (visitação e responsabilidade familiar).

O documento final da 5ª Comissão Especial[975] reiterou a percepção – dos países presentes – de que a *exceção de grave risco* vinha sendo construída de forma *restritiva* pelas autoridades judiciais, o que seria confirmado – naquele momento histórico – pelo *reduzido* número de pedidos de cooperação jurídica internacional para o retorno da criança (ou adolescente), ao seu país de residência habitual, que eram *negados*.

A interpretação (e aplicação) restritiva – observada na prática - da *exceção de grave risco* foi *celebrada* pelos Estados-Membros, como circunstância adequada aos objetivos da CH80, além de confirmada pelo Relatório Explicativo da CH80[976] que, em seu parágrafo 34, indica que, durante as negociações deste tratado, a "mens legis" de seus negociadores voltava-se a tal desiderato.

---

[975] Assim como algumas que a antecederam (em especial, a 4ª Comissão Especial.
[976] Que será pormenorizado em tópico posterior.

vii. 6ª Comissão Especial: atenção à violência doméstica

A 6ª Comissão Especial para sobre a Operação Prática da CH80 e da CH96 (6ª Comissão Especial) ocorreu em 2 partes, no final do ano de 2011 (1º a 10 de junho) e início do ano de 2012 (25 a 31 da janeiro). No que diz respeito à *exceção de grave risco*, as Conclusões e Recomendações aprovadas ao final desta reunião reconheceram sua interação com o fenômeno da violência doméstica, nos seguintes termos:

> "Article 13(1) b) of the 1980 Convention, including allegations of domestic and family violence
> 80. The Special Commission notes that the evaluation of the evidence and the determination of the grave risk of harm exception (Art. 13(1) b)), including allegations of domestic violence, are an exclusive matter for the authority competent to decide on the return, having due regard to the aim of the 1980 Convention to secure the prompt and safe return of the child.
> 81. The Special Commission recommends that further work be undertaken to promote consistency in the interpretation and application of Article 13(1) b) including, but not limited to, allegations of domestic and family violence.
> 82. The Special Commission recommends that the Council on General Affairs and Policy authorise the establishment of a Working Group composed of judges, Central Authorities and cross-disciplinary experts to develop a Guide to Good Practice on the interpretation and application of Article 13(1) b), with a component to provide guidance specifically directed to judicial authorities, taking into account the Conclusions and Recommendations of past Special Commission meetings and Guides to Good Practice" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012b, pp. 28-9, grifos no original).

Para além de reconhecer, expressamente, que o fenômeno da violência doméstica *pode estar incluído* – embora nem sempre estará - no escopo da *exceção de grave risco*, a recomendação aprovada pelos Estados-Partes presentes à reunião que - defende-se, deve ser seguida por todos os membros deste tratado - indica que a análise da provas e determinação da incidência de tal exceção é matéria de *competência exclusiva* das autoridades – em regra, judiciais – que tem atribuição, de acordo com os ordenamentos jurídicos dos Estados, para decidir (em caráter definitivo) sobre o retorno da criança[977].

A 6ª Comissão Especial também recomendou o aprofundamento dos trabalhos de promoção de consistência na interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* incluindo,

---

[977] Conforme mencionado, no Brasil incumbe ao Poder Judiciário, por mandato constitucional e com exclusividade, a decisão final sobre a aplicação da CH80 e, em decorrência, o retorno (ou não) de crianças (ou adolescentes) alegadamente vítimas de subtração internacional ao seu país de residência habitual. Possivelmente por falta de conhecimento, alguns insistem que seria possível às Autoridades Centrais – mais especificamente à Autoridade Central brasileira – a realização de análise probatória, com o fim de admitir (ou encerrar) a tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional fundados em tal tratado, quando o genitor subtrator alegar a ocorrência de alguma das hipóteses de exceção à obrigação de retorno imediato da criança.

"mas não se limitando", a alegações de violência doméstica e familiar (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012b, p. 28). Por fim, recomendou-se a aprovação, pelo Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH (Conselho Geral), do *estabelecimento de grupo de trabalho* composto por autoridades centrais, juízes e especialistas interdisciplinares, para o desenvolvimento de um Guia de Boas Práticas sobre a interpretação e aplicação do Artigo 13(I)(b), objetivando *prover orientação especificamente dirigida às autoridades judiciais* dos Estados-Partes da CH80, "levando em consideração as Conclusões e Recomendações de Comissões Especiais anteriores e Guias de Boas Práticas" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012b, p. 29). Conforme será visto em tópico posterior, tal guia, logrou ser aprovado em dezembro de 2019.

O relato das discussões travadas na 6ª Comissão Especial comprova que os países se debruçaram, com profundidade, sobre a interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*, incluindo aí, dentre outros aspectos, sua interação com o fenômeno da violência doméstica (e familiar)[978]. A primeira parte da reunião, ocorrida em 2011, voltou-se especialmente para a operação prática da CH80 (e da CH96), enquanto a segunda parte da 6ª Comissão Especial (ocorrida no início de 2012) deveria considerar, inicialmente e dentre outros aspectos, a viabilidade e conveniência de elaboração de um Protocolo à CH80, com a sugestão de tópicos a serem incluídos neste projeto de novo tratado[979].

Diante da inédita circunstância da realização de uma sessão da Comissão Especial em 2 partes, separadas pelo lapso temporal de 7 meses, decidiu-se que o relatório da 1ª parte (desta Comissão Especial) deveria ser mais extenso do que os documentos dessa natureza até então produzidos. Participaram da 1ª parte da Comissão Especial mais de 300 pessoas, entre observadores e representantes de 69 países (dentre estes, 57 Estados-Partes da CH80)[980] e 19 organizações.

---

[978] Os Estados-Partes, na redação de documentos consensuais relacionados à exceção de grave risco, têm preferido diferenciar, em alguma medida, a violência doméstica da violência familiar. Conforme visto no Capítulo 2, ainda persistem divergências sobre a conceituação da violência entre membros da família.

[979] Proposta que, conforme mencionado em tópico anterior, recebeu tamanho grau de *reprovação* dos Estados-Partes que acabou por ser excluída da agenda de discussões da segunda parte da 6ª Comissão Especial.

[980] Considerando-se que, no momento da realização desta reunião a CH80 contava com 85 Estados-Partes, a presença de representantes 57 países (67%) parece indicar uma adesão apenas moderada a tal evento. Em 2011, o número de Estados-partes da CH96 tinha subido para 32, sendo que destes, 27 (84%) estavam presentes à 1ª Parte da 6ª Comissão Especial.

Conforme analisado em tópico anterior, a 6ª Comissão Especial discutiu, com profundidade, os resultados alcançados na 3ª pesquisa estatística realizada por Lowe (e seus colaboradores), publicada em 2011 e relacionadas aos pedidos de cooperação jurídica internacional tramitados entre os Estados-Partes durante o ano de 2008[981]. Este estudo estatístico permeou boa partes das discussões travadas nesta reunião. Por exemplo, sob o tema da "facilitação do retorno seguro" o *Secretariado* da HCCH mencionou que "considerando que em 72% dos casos o genitor subtrator era também o cuidador primário da criança (de forma exclusiva ou compartilhada), as questões sobre o retorno seguro também se apresentariam em relação ao genitor subtrator" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 23).

Em reação, os Estados-Partes reafirmaram conclusões e recomendações alcançadas nas Comissões Especiais de 2001 e 2006[982], dentre as quais:

a) que a proteção da criança (em seu retorno) pode, por vezes, demandar passos a serem tomados para proteger o genitor *acompanhante*;

b) que o melhor interesse da criança requer que ambos os genitores tenham a oportunidade de participar (e serem ouvidos) nos procedimentos de custódia (relativos à criança) (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 7).

As autoridades centrais que responderam ao questionário circulado em novembro de 2010 aos Estados-Partes[983] indicaram que estavam se engajando, cada vez mais, na facilitação da cooperação entre as agências (domésticas) de proteção à criança quando presentes preocupações sobre sua segurança em seu retorno. Além disso, mais autoridades centrais estavam sendo instadas a apresentar informações sobre as implicações da persecução criminal (contra o subtrator) e/ou realizar gestões para a retirada das denúncias em casos de subtração internacional de criança.

---

[981] Vide Capítulo 2.
[982] Vide tópico acima.
[983] Este questionário também foi utilizado como base relevante para as discussões travadas durante a 6ª Comissão Especial. "Prel. Doc. No 1 of November 2010 - Questionnaire concerning the practical operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-Operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection Of Children". Disponível em https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6224&dtid=57. Acesso em 21.07.2018.

A China, neste ponto, propôs que as autoridades centrais deveriam seguir exercendo papel ativo no monitoramento e garantia do bem-estar da criança após seu retorno, até que as autoridades (em regra, judiciais) de seu país de residência habitual tomassem conhecimento da situação. Entretanto, vários países *se opuseram* a tal proposta[984] (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 24), provavelmente, entende-se, por força dos limites de poderes de suas autoridades centrais, regulamentados em suas legislações domésticas.

Um dos representantes brasileiros a esta reunião apontou que "o retorno seguro da criança e do genitor era importante área de preocupação, uma vez que a mãe era a subtratora na maior parte dos casos"[985]. Em reação, várias delegações apontaram que os juízes, em seus países, solicitavam informações às autoridades centrais sobre as medidas que seriam adotadas no país de residência habitual para garantia do retorno seguro, incluindo informações sobre se ocorreria persecução penal e, por vezes, incluindo condições relevantes à efetivação de tal retorno.

As questões migratórias foram identificadas, novamente pelo Secretariado[986] como *prioritárias* em muitos países. Neste ponto, afirmou-se, dentre outros aspectos, que "a inabilidade do genitor subtrator em retornar com a criança, ou a perspectiva da deportação do subtrator depois do retorno poderiam ser relevantes para a defesa contida no artigo 13(I)(b)". O Secretariado também apontou certo grau de dificuldades em casos de subtração internacional e sua interação com solicitações de refúgio[987] (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 24).

Neste tema mostrou-se notável a *polarização* de posicionamentos entre os Estados-Partes: enquanto alguns consideram que o genitor subtrator poderá tentar obter vantagem da situação para solicitar "status" migratório que, de outra forma, não lhe seria deferido, outros países, como o México, apontaram que, por vezes, o genitor foi deportado do país, levando a

---

[984] Dentre estes, Austrália, Canadá, Chipre, Israel, México, Nova Zelândia e Reino Unido.
[985] A lista de participantes da 6ª Comissão Especial indicam que estavam presentes membros da Advocacia-Geral da União, da Autoridade Central Administrativa Federal brasileira para Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, do Poder Judiciário (Federal) e da Embaixada do Brasil nos Países Baixos (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012b, p. 46).
[986] A partir das respostas enviadas pelos Estados-Partes ao questionário circulado no ano anterior.
[987] A interação entre a subtração internacional de crianças e adolescentes e o instituto do refúgio é questão muito interessante, mas que, por força dos limites do presente estudo, não será aprofundada.

criança consigo; então, o genitor abandonado solicita o retorno da criança a tal país[988]. (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, pp. 24-5).

Em conclusão, recomendou-se aos países que suas autoridades centrais atuem em conjunto com seus serviços diplomáticos e demais autoridades migratórias, "para endereçar questões de visto e evitar atrasos indevidos no retorno da criança", uma vez que "a demora na obtenção de documentos de viagem pode gerar reservas às ordens de retorno". Em reação, países como Israel e Estados Unidos da América apontaram que a concessão de vistos depende da legislação interna de cada país e que não seria papel das autoridades centrais a apresentação de pedidos de visto para o genitor subtrator (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 25).

Os Estados-Partes reiteraram que as autoridades centrais, na recepção de pedidos de cooperação jurídica internacional fundados na CH80, devem "respeitar o fato de que a avaliação de questões fáticas e jurídicas é, em geral, atribuição das cortes ou outras autoridades competentes [nos termos da legislação doméstica de cada país] para decisão sobre o retorno da criança" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 26).

Os países, então, passaram a discutir com profundidade *a interação dos fenômenos da violência doméstica e familiar com os procedimentos de retorno fundados na CH80*. Por primeiro, reconheceu-se que até então as sessões passadas da Comissão Especial tinham tocado em tais fenômenos apenas no contexto da garantia do retorno seguro. Pode-se afirmar que a 6ª Comissão Especial foi a reunião em que os temas da violência doméstica e familiar receberam a maior atenção dos Estados-Partes da CH80. Em especial, os limites do Documento Reflexivo, elaborado em 2011 pelo Secretariado da HCCH e que será pormenorizado na sequência, foi discutido. Em especial, reconheceu-se que a *mera alegação* de violência doméstica seria insuficiente para justificar a aplicação da *exceção de grave risco*, uma vez que os especialistas presentes ao encontro consideraram que o nível de prova exigido deve ser substancial e apropriado, hábil a determinar que as alegações são adequadamente fundamentadas. E seguiu:

> "Some experts referred to prima facie evidence. An expert from Canada emphasised the importance of the Article 13(1) b) defence being proven with sufficient evidence, given that the application of Article 13(1) b) may result in a permanent break between the child and the left-behind parent.
> (...)

[988] A manifestação mexicana parece dirigir-se, diretamente, aos Estados Unidos da América. Este último, por sua vez, tem sido uma das vozes que capitaneiam a negação de vistos e autorização de permanência a genitores subtratores.

> 105. A number of experts emphasised the mutual trust between States and shared the view that the courts of the requesting State should be the best placed to determine whether domestic violence occurred, as they would be in the best position to appreciate all the circumstances and in particular the evidence. Several experts reaffirmed in this regard that the courts of the State of habitual residence of the child are the most competent to make long-term decisions concerning the protection of the child and the primary care-giver, including relocation" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 33).

Apesar de terem sido tecidas considerações, *especialmente por parte do Secretariado da HCCH*, em relação à proteção do genitor subtrator, o foco dos países seguiu voltado, primordialmente, à proteção *exclusivamente à criança*. Neste sentido, o trecho abaixo parece suficientemente ilustrativo:

> "119. Several experts noted that the safe return *of the child* was the joint responsibility of both the requested State and the requesting State. Where domestic violence is concerned, it is important that States do all in their power to ensure that *the child does not suffer harm*" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 35) (grifos nossos).

Após intensos debates e várias sugestões de encaminhamentos, aprovou-se a criação de grupo de especialistas, juízes e autoridades centrais, para elaboração de Guia de Boas Práticas, conforme mencionado acima, voltado à uniformidade e *incremento de consistência da aplicação da exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980. A imperiosa necessidade de interpretação uniforme da Convenção da Haia de 1980 – que permeia toda esta tese - também foi expressamente mencionada como preocupação de seus Estados-Partes, conforme demonstrado pelo trecho abaixo colacionado:

> "145. Many experts noted the importance of uniform and consistent interpretation of Convention terms. Some experts pointed out the autonomous definition of the concept of 'rights of custody' in the Convention which must be respected.
> (...)
> 149. The Permanent Bureau explained the role of the Special Commission with regard to the interpretation of the Convention. It reminded experts that it is a well-accepted principle that, in the interpretation of the Convention, regard shall be given to its international character and to the need to promote uniformity in its application" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 35 e 40)[989].

Discutidas as principais conclusões da 6ª Comissão Especial sobre a interação das violências doméstica e familiar à interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 e tendo em vista que tais discussões foram substancialmente impactadas por documento elaborado *unilateralmente* pelo Secretariado da HCCH no ano de

---

[989] A proposta apresentada por alguns países latino-americanos – dentre eles o Brasil – para que a Comissão Especial, endossando a interpretação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no Caso "Abbot vs. Abbot" (mencionado em capítulo anterior desta tese) ao conceito do *direito convencional de guarda* da CH80, apesar de reconhecidamente contar, "em seu espírito", com a adesão dos países, não foi aprovada (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011a, p. 40).

2011 (o *Documento Reflexivo da HCCH de 2001*), resta relevante a abordagem de tal documento, exercício que será elaborado na sequência.

viii. As *dificuldades* do Documento Reflexivo da Conferência da Haia de 2011

Em preparação à 6ª Comissão Especial foi *elaborado* e circulado pelo Secretariado da HCCH[990], aos Estados-Partes da CH80, o documento *Violência Doméstica e Familiar e a exceção de grave risco do artigo 13 da CH80: um documento para reflexão* (doravante, Documento Reflexivo) (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b). Considerando que a relação entre a violência doméstica e a exceção de grave vinha sendo apontada como circunstância merecedora de atenção, *tanto pelos Estados-Partes quanto pela academia*[991], o Secretariado da HCCH decidiu, *aparentemente por conta própria*, elaborar tal documento para consideração de tal Comissão Especial.

Apesar de ser feita menção ao relatório da 3ª Comissão Especial como um dos principais fundamentos do documento, esta subscritora tem dúvidas sobre a existência de mandato *específico*, conferido ao Secretariado, para a realização de tal tarefa, especialmente porque da leitura dos trechos mencionados por este Documento Reflexivo, relativos à 3ª Comissão Especial, não foi feita qualquer menção ao termo violência doméstica[992].

Embora o Documento Reflexivo não pareça encontrar-se incluído como *relevante* à interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*, a partir do marco hermenêutico adotado na presente tese (qual seja, a partir da aplicação da CVDT), na medida em foi elaborado *unilateralmente* por órgão da HCCH e não contar com a *aprovação* dos Estados-Membros desta

[990] Em maio de 2011.
[991] O documento, no entender desta subscritora, também merece crítica de cunho metodológico, na medida em que praticamente todos os estudos citados no documento filiam-se à corrente acadêmica que condenam a CH80 como instrumento que não protegeria de forma adequada as mulheres vítimas de violência doméstica, quando estas são também as genitoras subtratoras. Não há menção, neste documento, às pesquisas que analisam – e rebatem – tais posições. Longe de ser documento *imparcial ou, ao menos, equilibrado,* ele filia-se, claramente, à corrente teórica especifica, aparentemente sem preocupação com posições em contrário.
[992] Neste ponto, ganham corpo as críticas que alguns Estados fazem à HCCH, fundada na constatação de que, por vezes, esta organização (especialmente por intermédio de seu Secretariado), afasta-se da condição de "member driven" para impulsionar pautas que, por algum motivo, lhe interessam (sem que tais pautas tenham sido, obrigatoriamente eleitas pelos Estados-partes para receberem atenção, em dado momento histórico).

organização, o fato que é o mesmo parece ter influenciado, em certa medida, as discussões dos Estados-Partes travadas por ocasião da 6ª Comissão Especial.

Segundo tal documento, seu foco seria um "estudo *limitado* sobre a prática judicial (de 19 Estados-Partes[993], incluídos no INCADAT[994])" sobre questões procedimentais relevantes à aplicação do artigo 13(I)(b) da CH80, "alegadas pela parte que se opõe ao retorno da criança, quando presentes, primariamente, alegações sobre a ocorrência de violência doméstica e familiar". Apesar de reconhecer que alegações falsas de violência doméstica podem ter "efeito devastador" naquele que é indevidamente acusado, o documento, expressamente, indicou que "as faltas alegações de violência doméstica e familiar *não* serão incluídas no escopo da análise"[995] (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, pp. 5-6, grifos nossos).

Apesar de todas as dificuldades ainda existentes na definição uniforme do fenômeno da violência doméstica, apontadas em capítulo anterior desta tese[996], o Documento Reflexivo adotou a seguinte definição:

> "10. The term 'domestic violence' may, depending on the definition used, encompass many different facets of abuse within the family. The abuse may be physical, psychological and / or sexual; it may be directed towards the child ('child abuse') and / or towards an intimate partner (sometimes referred to as 'spousal abuse' or 'intimate partner violence') or other family members. This Paper uses the term 'domestic

[993] Argentina, 2 casos; Austrália, 8 casos; Canadá, 13 casos; Chile, 1 caso; China (Região Administrativa de Hong Kong), 1 caso; Costa Rica, 1 caso; Finlândia, 1 caso; França, 9 casos; Alemanha, 7 casos; Hungria, 1 caso; Irlanda, 4 casos; Israel, 6 casos; Nova Zelândia, 5 casos; Noruega, 1 caso; África do Sul, 1 caso; Espanha, 1 caso; Suíça, 2 casos; Reino Unido, 15 casos; Estados Unidos da América, 12 casos.

[994] Foram incluídas na análise apenas 92 decisões judiciais. Destas, 31 não constam do INCADAT, nem tampouco foi esclarecido, no documento, quais os critérios para seleção de tais decisões – em especial daquelas que não se encontram disponíveis no INCADAT. O documento apenas esclarece que a pesquisa no INCADAT fez uso dos termos *violência* e *violência doméstica*, sendo que "tais pesquisas não necessariamente incluem todos os casos que podem estar disponíveis no INCADAT sobre o tópico da violência familiar, por exemplo, quando os termos 'violência' ou 'violência doméstica' não foram expressamente usados". O documento notou, também, que "outros artigos da convenção [CH80] podem apresentar exceções relevantes ao retorno em casos de violência doméstica, incluindo os artigos 12, 13(2) e 20 (...)". O documento reflexivo – assim como a presente tese – foca na exceção do artigo 13(I)(b), "uma vez que ela parece ser empregada mais frequentemente neste contexto [de violência doméstica]", embora também seja notável a frequência da alegação conjunta da *exceção de grave risco* e aquela contida no artigo 13(2) da CH80 (a oposição da criança ao seu retorno, quando esta possui idade e grau de maturidade suficientes para que suas opiniões sejam levadas em consideração) (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 5).

[995] Considera-se que as falsas alegações de violência doméstica ou familiar, embora tema sensível, deveriam ter sido enfrentadas pelo documento. Além de potencialmente impactarem, estatisticamente, o número de casos de subtração em que tais alegações são apresentadas (se a alegação de violência doméstica ocorreria em muitos casos, mas mesmo assim a maior parte das jurisdições ainda estaria deferindo a ordem de restituição da criança, parece possível que ao menos partes destas alegações seja falsa), elas também podem relacionar-se, ainda que indiretamente, com o cometimento de atos de alienação parental contra a criança.

[996] Capítulos 1 e 2, acima.

> violence'[997], unless stated otherwise, in the broad sense outlined in this paragraph, and will be used interchangeably with the term 'family violence.'
> It should also be noted that scholarly literature has asserted that parental abduction or kidnapping can be both a response to domestic violence and also a form of domestic violence. A parent can kidnap a child or children as part of a continuum of violent or abusive behaviour"[998] (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b p. 6).

Por primeiro, e conforme vem sendo apontado no decorrer desta tese, as expressões *violência doméstica* e *violência familiar* não devem ser utilizadas como sinônimos, na medida em que dizem, de acordo com os modernos avanços das ciências sociais, respeito a fenômenos distintos, especialmente em relação aos seus sujeitos ativos e passivos, diretos e indiretos.

Além disso, o documento pretendeu, em alguma medida, *universalizar* ideias sobre os impactos da violência dirigidas a outros membros da família, em relação à criança que, conforme visto, são bastante controversas como, por exemplo, no trecho:

> "It should be noted that '[c]urrent research suggests that the level of violence is known to vary greatly across families,' and some scholars have suggested a potential approach, based on social science literature, whereby it could be established if a child's exposure to family violence would pose a 'grave risk' of harm to the child" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 7).

Embora o documento peque ao tratar violência doméstica e familiar como se sinônimos fossem, ele aparentemente adere à corrente teórica que compreende a violência doméstica como dependente, necessariamente, da constatação da presença do elemento de *controle coercitivo*[999], ao apontar que "a dinâmica da violência doméstica diz respeito a mais do que somente ocorrências de violência física mas, ao contrário, deve ser feita avaliação sobre o contexto geral dos padrões do relacionamento onde estratégias de 'controle coercitivo' estão presentes" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 7).

O documento segue apresentando noções, incluídas em estudos acadêmicos sobre o tema da violência doméstica, como *litigância intimidatória*[1000]; o incremento do risco de

---

[997] Neste ponto, o documento reconhece que o termo *violência doméstica*, em algumas jurisdições, tem sido usado predominantemente para referir-se ao *abuso entre cônjuges* ou *violência entre parceiros íntimos.*

[998] Chiancone indicou que "cerca de 25% das subtrações envolveriam alegações de violência doméstica *contra o subtrator*, e outras 25% envolveriam alegações [de violência doméstica] *contra o genitor abandonado*" (CHIANCONE, 2001, p. 5, grifos nossos).

[999] Conforme visto no Capítulo 2, esta tese filia-se a tal corrente.

[1000] "Legal scholars have also noted that abusive spouses or partners may use legal proceedings as another way to harass, seek control of and undermine a spouse, initiating and continuing, for example, drawn-out custody, access or other legal proceedings (potentially including Hague return proceedings). This dynamic of what might be called 'intimidatory litigation' may be particularly damaging to one spouse or partner (and also indirectly or directly to a child) if there is a significant gap in legal and financial resources between the two parents in question, or if the respondent parent lacks family and social support" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 8).

violência pós separação[1001]; a síndrome da mulher espancada; e distúrbio do estresse pós-traumático[1002], alguns destes tangenciados em tópicos anteriores do presente estudo.

O Documento Reflexivo, para além da definição (inadequada) de violência doméstica, seguiu buscando – de forma controversa, entende-se –, *defender* a relação (direta) entre padrões de abuso e perigo a um genitor a padrões de perigo à criança "expostas à violência doméstica entre adultos"[1003], apresentando estudo estatístico que indicaria que existira correlação, da monta de 30% a 60%, entre situações de abuso entre parceiros e abuso infantil"[1004], para concluir que "as crianças que fazem parte de uma família onde é encontrada violência doméstica entre adultos estão em maior risco de serem expostas[1005] à prejuízos de ordem física" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 9).

Ao indicar que a exposição da criança à violência doméstica poderá ser *direta* ou *indireta*, o documento mencionou que:

> "22. A body of social science research supports such observations, and it is reported in this literature that there are correlations between a child's exposure to domestic violence, whether direct or indirect, and contemporaneous childhood and later problems in adult life. Such problems may include higher rates of 'aggressive and antisocial' and 'fearful and inhibited' behaviours among children, 'lower social competence,' and higher than average rates of 'anxiety, depression, trauma symptoms

---

[1001] Que o documento reflexivo parece pretender extrapolar para o contexto da subtração internacional. "Also noted in social science literature are potential continued harassment, violence and retaliation patterns of an abusive spouse or partner which may occur when the abused person takes a step to leave an abusive relationship. Research has noted that it may be directly after leaving an abusive situation (by seeking divorce or leaving the family residence, for instance) that the abused person is most at risk of being more seriously injured or even killed by a violent partner. Similar dynamics may be at play upon the departure or return of a parent after the parent has fled cross-border for safety" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 8).

[1002] "Finally, the psycho-social effects of 'Battered Women's Syndrome' and Post-Traumatic Stress Disorder (PTSD) experienced by an abused parent may compromise perceptions of credibility or the believability of the abused person's testimony as a respondent in court, as well as the existence or non-existence of an evidentiary basis on which to assess a respondent's allegations of domestic violence (for instance, delays in or non-reporting of domestic violence incidents to the police could be caused by lack of receptivity of relevant police officials, intimidation, lack of autonomy, 'learned helplessness' due to abuse, or cultures of secrecy around domestic violence)" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 8).

[1003] Neste ponto, o documento deixa de apresentar as crianças (e adolescentes) como vítimas diretas dos atos de violência doméstica, para posicioná-los – de forma mais adequada, entende-se – como sujeitos *expostos* à violência doméstica.

[1004] Conforme visto no Capítulo 2, a fundadora dos estudos da "síndrome da mulher espancada" encontrou, em suas pesquisas, as seguintes estatísticas: "aproximadamente 1/3 dos agressores [de suas parceiras] agridem seus filhos. Tais homens também são suspeitos de comportamento sexual sedutor em relação às [suas] filhas. *Em outro 1/3 dos casos, as mulheres agredidas batiam em seus filhos*. Embora as crianças do terço final não eram fisicamente abusadas, eles sofreram forma mais insidiosa de abuso infantil, porque viviam em um lar onde os pais batiam nas mães" (WALKER, 1979, p. 27, grifos nossos).

[1005] Neste trecho o documento novamente incorreria em equívoco terminológico, na medida em que parece confundir as noções de *exposição* (da vítima indireta de um ato de violência cometido e sofrido diretamente por terceiros) e vítima (direta dos atos de violência).

> and temperament problems'[1006]. The degree of harm to the child in particular situations of family violence has also been found to vary depending on the presence or absence of a variety of other influential factors, including substance abuse of one of the parents, the presence of a protective care-giver or the presence of other protective factors" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 9).

O documento não esclarece a diferença entre exposição *direta* e *indireta da criança,* preferindo defender que em qualquer das formas os efeitos seriam semelhantes. Além disso, a linguagem do documento pende para adoção de uma (inadequada, defende-se) *presunção em relação aos efeitos da violência doméstica em crianças e adolescentes*, dedicando pouca atenção aos fatores que devem ser objetivamente investigados, em cada caso concreto, para que tais efeitos sejam constatados.

- Os diferentes "standards" probatórios: "civil law" e "common law"

A análise empreendida pelo documento reflexivo levou em consideração 92 decisões[1007] judiciais, emanadas de 19 países[1008]. Destas:

a) 48 decisões *ordenaram o retorno* da criança ao seu país de residência habitual (52%);
b) 32 decisões *negaram o retorno* da criança, com fundamento no artigo 13(I)(b) (34%);
c) em 7 casos, a negativa de retorno foi fundada em outra exceção, que não a *exceção de grave risco* (7%);
d) em 4 casos o processo foi retornado às cortes de instância inferior[1009] (4%)[1010].

[1006] Conforme apresentado no Capítulo 2 desta tese, pesquisas realizadas com crianças vítimas de subtração internacional parecem demonstrar, em geral, sintomas semelhantes.
[1007] Tais decisões foram colhidas, segundo o documento, em pesquisa ao INCADAT. Destes, teriam sido escolhidos alguns. No entanto, o documento não informa quais os critérios empregados para a seleção de alguns casos, em detrimentos de outros, o que pode demonstrar viés de seleção. As decisões foram publicadas entre os anos de 1989 e 2011. Sobre o INCADAT, vide nota de rodapé, acima.
[1008] Sobre os países que tiveram suas decisões judiciais analisadas, vide nota de rodapé acima.
[1009] 3 deles para avaliação sobre a disponibilidade de medidas protetivas no case de possível ordem de retorno e 1 deles para a realização de estudo pericial, especializado, sobre as alegações de grave risco à criança relacionado ao seu possível retorno.
[1010] Chama a atenção, neste ponto, a grande diferença estatística encontrável neste documento, em relação às pesquisas estatísticas empreendidas, em pelo menos 4 ocasiões, por Lowe e seus colaboradores, discutidas no Capítulo 2. Em especial, a taxa de negativa de retorno, com fundamento na exceção de grave risco, apontada como alcançando a cifra de 34% (no documento reflexivo), alcançou, nas análises de Lowe, taxas substancialmente menores.

Nos 49 casos em que a ordem de retorno foi deferida, em 25 deles (51%) foi (foram ou seriam) incluídas *condições* ao retorno, com o objetivo de facilitar o retorno seguro da criança e/ou do genitor acompanhante. Sobre a *natureza* das alegações de violência doméstica, em 13 casos não foi possível averiguar a natureza da alegação de violência doméstica[1011]. O cenário mais frequente, encontrado em 36 casos, mencionava a ocorrência de violência doméstica *contra a criança e o genitor (subtrator)*. Em 14 casos não restou claro se a violência doméstica contra o genitor tinha contato com a participação da criança como testemunha.

Em 3 casos restou ambíguo se a violência foi dirigida a ambos (criança e genitor) ou se ao genitor (com a criança como testemunha). A criança teria testemunhado a violência (dirigida ao genitor) em 13 casos, mas não em 3. Por fim, em apenas 10 casos a violência foi dirigida apenas à criança[1012]. As alegações, quando descritas, incluíram ampla gama de comportamentos abusivos, muitas vezes combinados: "abuso físico, psicológico e 'verbal'", sendo que "em muitos casos especificou-se que as alegações eram relacionadas a um *discreto incidente* de violência física"[1013] (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 14, grifos nossos). A maior parte das alegações apresentadas consistiram em:

a) "atos repetidos de abuso físico que também eram frequentemente, alegadamente, acompanhados de abuso psicológico e/ou de outra natureza", bem como
b) ameaças de morte à criança(s) e ao genitor;
c) em alguns casos, foram alegados *padrões de tormento* psicológico e/ou controle (cometidos pelo agressor);
d) em muitos destes, alegou-se que a família paterna participava do abuso à mãe ou à criança;
e) em outros casos, ainda, a mãe (e a criança) teriam se dirigido a abrigos;

[1011] Pesquisou-se se o(s) episódio(s) de violência era(m) dirigido(s): a) à criança e ao genitor; b) somente ao genitor, com a criança como testemunha; c) ao genitor, sem a criança como testemunha; d) somente à criança.
[1012] Conforme vem sendo discutido no decorrer desta tese, considera-se absolutamente equivocada a inclusão da criança como vítima *direta* da violência doméstica, na medida em que esta seria restrita a episódios violentos envolvendo exclusivamente adultos, em que seja possível a detecção de padrão de controle coercitivo. Quando a criança é vítima direta de ato de violência, praticado no ambiente doméstico, deve-se mencionar, tecnicamente, que a criança foi vítima de violência familiar.
[1013] Neste ponto, e uma vez que documento reflexivo parecer acompanhar a corrente teórica do *controle coercitivo* para a definição de violência doméstica, parece controversa a inclusão de alegações de um *discreto incidente* de violência física, sem que se possa constatar a presença do padrão de controle coercitivo.

f) alegações de abuso de álcool e entorpecentes (pelo genitor agressor ou por ambos os genitores) e problemas psiquiátricos ou psicológicos também se mostraram frequentes;
g) em alguns casos, o genitor subtrator envolveu a polícia ou buscou relatórios policiais sobre o incidente de violência;
h) a vítima obteve ordem de proteção contra seu parceiro. Em alguns casos o agressor teria violado tais ordens;
i) em apenas um caso foi relatado que a polícia foi chamada quando da ocorrência do episódio de violência, mas deixou de intervir;
j) em alguns casos pendia persecução criminal contra o agressor (quando da transferência/retenção da criança em outro país). Em um dos casos o agressor já fora condenado, previamente[1014], por assassinato (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, pp. 14-5).

Em muitas situações, segundo o documento, não restou esclarecido se a criança testemunhou a alegada violência doméstica ou se teria idade suficiente para ser considerada *testemunha*. Em relação a crianças de tenra idade, as mães alegaram, em alguns casos, que foram agredidas enquanto a criança estava em seu colo e/ou enquanto grávida. Também em alguns casos foram incluídas alegações de *agressões recíprocas*[1015], na qual ambos os adultos teriam se agredido mutuamente. Nas hipóteses de abuso direto apenas contra a criança, foram frequentes as alegações de:

a) abuso sexual (por vezes cometido pelo novo parceiro do genitor abandonado);
b) tratamento disciplinar severo, incluir "amarrar a criança" ou "embrulhar um fio elétrico em volta do pescoço da criança" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 16).

O documento reiterou que, nos termos do texto da *exceção de grave risco* e do Relatório Explicativo à CH80[1016], o ônus da prova na configuração de tal exceção – assim como das demais – recai exclusivamente sobre a pessoa, instituição ou organismo que se opõe ao retorno – em regra, o genitor subtrator. Assim, caberá a este comprovar, *cabalmente*, que a ocorrência

[1014] Não restou esclarecido se a condenação anterior do genitor, por assassinato, era ou não de conhecimento de sua parceira, quando começaram o relacionamento ou quando do nascimento da criança.
[1015] O tema das agressões recíprocas, no contexto do fenômeno da violência doméstica ainda parece ser tema controverso na jurisprudência brasileira.
[1016] Que será analisado no Capítulo 5 deste estudo.

de violência familiar se subsume aos parâmetros do artigo 13(I)(b) da CH80 (em combinação, entende-se, com seu artigo 18)[1017].

Embora o documento não tenha identificado decisões judiciais que se afastem dessa mecânica, "as cortes demonstraram visões diferentes sobre se deveriam adotar um papel mais ou menos ativo na investigação da validade das alegações apresentadas pelo genitor subtrator" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 16). Esta discussão diz respeito, em especial, aos diferentes *níveis* ("standards") aplicados à produção probatória, pelas diferentes jurisdições. Os exemplos indicados pelo documento parecem demonstrar que tal discussão mostra-se mais comum em países de "common law", tendo as decisões citadas (nesse ponto, apenas de países de "common law") oscilado na avaliação do conjunto probatório entre "clear and convincing[1018]/compelling evidence", "balance of probabilities", "considerable evidence[1019]" [1020].

Em países de tradição civilista ("civil law") – como o Brasil - as discussões sobre os *níveis* de valoração da prova ainda parecem limitadas à consideração de que o princípio dispositivo, pelo qual "o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações das partes", teria sido, paulatinamente, substituído por uma maior participação do Juízo, até que se alcançasse o princípio da livre investigação das provas (o princípio da persuasão racional do Juízo ou livre convencimento motivado do juiz), pelo qual

---

[1017] O documento reflexivo notou, também a ausência, nas decisões judiciais analisadas, de menção ao artigo 13(3) da CH80, que possui natureza eminentemente processual. Segundo este dispositivo "Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança".

[1018] Nível alto de prova, do qual o réu deve se desincumbir, para desconstituir o direito alegado pelo autor. Os Estados Unidos e Reino Unido adotariam, segundo o documento reflexivo, tal *standard*. Sobre os níveis de prova, vide nota abaixo.

[1019] Encontrado em algumas decisões canadenses, imporia ao réu ônus maior do que o critério do balanço de probabilidades (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p.16).

[1020] Segundo Sousa, "Na *common law* dominam dois standards de prova: o standard 'evidence beyond a reasonable doubt' (prova para além de toda a dúvida razoável) para o processo penal e o 'preponderance of evidence (more-likely-than-not)', preponderância de prova, nos casos civis designadamente nos EUA. O standard da prova preponderante visa preservar a igualdade e simetria entre os litigantes, incidindo sobre relações jurídicas em que os bens jurídicos envolvidos merecem igual consideração. Em certos casos civis exige-se uma 'clear and convincing evidence', prova clara e convincente, também explicitada com recurso à expressão 'much-more-likely-than-not' (muito mais provável do que improvável). É o que ocorre designadamente nos casos de restrição dos direitos parentais" (SOUSA, 2017, p. 4). Na terminologia do Código Civil brasileiro, as *responsabilidades parentais* seriam aquelas incluídas no poder familiar, dentre as quais se encontram os poderes-deveres de guarda e visitas que, nos termos do artigo 16 da CH80, seriam questões de competência exclusiva das autoridades judiciais do país de residência habitual da criança. No Reino Unido, por sua vez aos casos cíveis – relacionados à CH80 - seria aplicado o nível de "balance of probabilities" (KEAN; GRIFFITHS; MCKEOWN, 2010, pp. 106-111).

"o juiz não é desvinculado das provas e dos elementos existentes no autos (...), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados "a priori". Assim, no campo do processo civil, em especial quando a causa versar sobre direitos disponíveis[1021], o Juízo poderá se satisfazer, na maior parte dos casos, com a verdade formal – "limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo". No processo penal, ocorreria fenômeno inverso, pela qual apenas "excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade real" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 64-8).

Mais modernamente, a discussão sobre os níveis de prova no processo (civil e penal) continental parece ser aproximar da inclusão de *regras de prova* ao Juízo, com o aproveitamento de critérios – em especial, oriundos dos países de "common law" – para sua valoração[1022]. Defende-se, à título embrionário, que parece razoável que o país para o qual a criança foi levada (Estado Requerido ou país de refúgio) aplique, à *exceção de grave risco*, o nível de *balanço de probabilidades*[1023], tanto porque o pedido de cooperação jurídica internacional fundado na CH80 diz respeito à demanda de natureza civil, quanto pelo fato de que as questões sobre o poder familiar seriam, nos termos do artigo 16 deste mesmo tratado, de competência *exclusiva* das autoridades do país de residência habitual da criança. Segundo o nível do balanço de probabilidades:

> "(i) Entre as várias hipóteses de facto deve preferir-se e considerar-se como verdadeira aquela que conte com um grau de confirmação relativamente maior face às demais;
> (ii) Deve preferir-se aquela hipótese que seja 'mais provável que não', ou seja, aquela hipótese que é mais provável que seja verdadeira do que seja falsa.
> Em primeiro lugar, este critério da probabilidade lógica prevalecente – insiste-se – não se reporta à probabilidade como frequência estatística, mas sim como grau de confirmação lógica que um enunciado obtém a partir das provas disponíveis.
> Em segundo lugar, o que o 'standard' preconiza é que, quando sobre um facto existam provas contraditórias, o julgador deve sopesar as probabilidades das diferentes versões para eleger o enunciado que pareça ser relativamente 'mais provável', tendo em conta os meios de prova disponíveis. Dito de outra forma, deve escolher-se a hipótese que

---

[1021] A restituição de crianças, vítimas de subtração internacional ilícita, ao seu país de residência habitual pode parecer, à primeira vista, como envolvendo direitos *indisponíveis*, em especial porque as demandas judiciais, no Brasil, contam com a participação obrigatória do Ministério Público. No entanto, essa posição parece merecer análise crítica, na medida em que o réu poderá não apenas retornar voluntariamente com a criança, a qualquer momento – sem necessidade, em princípio, de autorização judicial ou manifestação do *Parquet*, quanto reconhecer juridicamente o pedido de restituição, anuindo com a imediata restituição da criança.
A discussão sobre se os direitos discutidos em pedidos de cooperação jurídica internacional envolvendo a aplicação da CH80 são disponíveis ou não se mostra interessante, ainda, para fins da decretação dos efeitos da revelia, ao réu que deixa de apresentar contestação. No entanto, dados os limites do presente ensaio, esta deixará de ser efetuada.

[1022] Por todos, SOUSA, 2017.

[1023] Para o qual o limite mínimo de probabilidade do alegado pelo Requerido deve ser ≥ 0,51 (SOUSA, 2017, p. 7).

> receba apoio relativamente maior dos elementos de prova conjuntamente disponíveis" (SOUSA, 2017, p. 6).

Nessa linha, a adoção do nível de "clear and convincing evidence" (que também é chamado de "much-more-likely-than-not" - *muito mais provável que do improvável*)[1024], ficaria restrito às demandas envolvendo os poderes familiares (dentre estas, em especial, as questões de guarda e visitas) e "processos que dizem respeito à restrição de direitos de personalidade ou capacidade jurídica" (SOUSA, 2017, p. 13)[1025].

Conforme apontado pelo Documento Reflexivo, boa parte da jurisprudência analisada[1026] preferiu a aplicação de nível de prova mais robusto[1027], como visto acima – gerando, em consequência, ônus mais elevado ao requerido (o genitor subtrator) para comprovar a ocorrência de violência doméstica/familiar como elemento hábil a obstaculizar a emissão de ordem de retorno da criança ao seu país de residência habitual. Os Estados-Membros da CH80 ainda encarariam a *exceção de grave risco* como circunstância aplicável apenas *excepcionalmente* na obstaculização do regresso da criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual, dotado de nível de prova, em desfavor do genitor subtrator, mais elevado do que aquele comumente encontrado em demandas de natureza civil.

- Inexistência de consenso judicial sobre os *impactos* da violência doméstica

Especificamente no tema da *violência doméstica em contextos de subtrações internacionais de crianças e adolescentes*, muitas decisões incluídas no Documento Reflexivo afirmaram que "um padrão de violência doméstica recorrente ou comportamento violento no passado ou no futuro deve ser necessário para que seja configurado o grave risco, *e não incidentes isolados de violência familiar*" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, pp. 17-8, grifos

---

[1024] Aponta-se que para o nível de *prova clara e convincente* o "limite mínimo de probabilidade [do alegado pelo Réu] deverá ser "equivalente a ≥ 0,75", considerando-se que "os bens e direitos em litígio exigem uma tutela acrescida que começa pelo próprio standard de aprova a aplicar" (SOUSA, 2017, p. 13)

[1025] No processo penal, o nível mais frequente de prova seria, ao menos nos países de "common law", o da "evidence beyond a reasonable doubt", ao qual competiria à acusação "demonstrar que há razões objetivas para concluir que sua hipótese é a única explicação plausível para os elementos probatórios reunidos no processo". Na ausência de verdades absolutas, tem-se admitido, mesmo no processo penal, a *dúvida razoável* (SOUSA, 2017, p. 16-8).

[1026] Oriunda, majoritariamente, de países de "common law".

[1027] Embora o próprio documento aponte que, em alguns casos, as cortes de 2ª instância teriam reformado o julgamento de 1º grau, para aplicação de nível de prova menos elevado (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 16).

nossos). Tal jurisprudência aproxima-se da corrente teórica da imprescindibilidade da configuração de *controle coercitivo* para a qual, conforme visto, seria mais relevante a observação, para configuração da ocorrência de violência doméstica, de controle coercitivo, do que a quantidade numérica de episódios de agressões.

Ainda em relação ao *grave risco*, o Documento Reflexivo encontrou, na jurisprudência analisada, a confirmação de que:

a) a expressão diz respeito "a avaliação da *seriedade* dos perigos/risco que a criança poderá enfrentar *em seu retorno*";
b) "o perigo de ordem física ou psicológica deve ser mais do que o risco ordinário";
c) "a gravidade do risco deve envolver não somente a probabilidade de perigo, mas também a magnitude do perigo se a probabilidade se materializar";
d) "que o potencial perigo deve exceder a dificuldades que normalmente são esperadas na separação de uma criança de um de seus genitores" ou a "inevitável ruptura, incerteza e ansiedade que acompanham" o retorno à jurisdição da corte de residência habitual; e
e) "a avaliação de risco grave *não* deve envolver um 'teste de melhor interesse' [da criança], na forma em que aplicado nas disputas de custódia ou em outros casos" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 17-8, grifos nossos).

Em especial, uma das decisões judiciais analisadas concluiu que o grave risco de dano diz respeito a situações onde "the child faces a real risk of being hurt, physically or psychologically, *as a result of repatriation,*' mas não às 'situations where repatriation might cause inconvenience or hardship, eliminate certain educational or economic opportunities, or not comport with the child's preferences" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 17, grifos nossos).

As decisões judiciais incluídas neste documento da HCCH, no entanto, dividiram-se quanto à *presunção de impacto à criança* por ocasião de violência doméstica entre adultos. Enquanto para algumas "o perigo ao cuidador primário [da criança] seria ou poderia ser perigo à criança" ou que "a consideração do perigo ao genitor subtrator, assim como para a criança, é

relevante para a avaliação do risco grave", outras decisões afirmaram exatamente o contrário[1028].

Este ponto parece corroborar uma das principais premissas da presente tese, qual seja, a *inexistência de consenso,* entre os diferentes Estados-Partes (neste ponto, entre seus Poderes Judiciários), sobre os *impactos exatos da interação entre o fenômeno da violência doméstica e a interpretação e aplicação da exceção de grave risco*. Considerada a relevância de aplicação uniforme da CH80 entre os Estados-Partes deste tratado, ganham relevo os instrumentos – aceitos multilateralmente como válidos (ou legítimos) – que se propõem a auxiliar o alcance de tal aplicação, consubstanciados, em especial, na ferramenta multilateral de interpretação de tratados do Direito Internacional, a Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados.

A análise das decisões judiciais empreendida demonstrou que "enquanto perigos psicológicos e situação intolerável foram alegadas em um número substancial de casos, em muitos deles os juízes consideraram que o possível perigo não alcançava o nível de 'seriedade' [gravidade] necessário à configuração [da exceção] de grave risco". Muitas vezes a parte Ré apresentou alegação no sentido de que "a situação de estresse do genitor [subtrator] ou sua percepção de intolerância como resultado da violência doméstica e abuso estaria intrinsicamente ligada ao bem-estar psicológico da criança". As decisões judiciais analisadas, entretanto, deixam claro que tal alegação está longe de ser incontroversa, com decisões concordando com a presunção de danos à criança, enquanto outras discordaram veementemente de tal presunção (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 19).

Resta claro que o tema dos efeitos à *criança*, gerados pela violência familiar entre adultos parece receber tratamento diverso nas diferentes jurisdições dos Estados-Partes. Segundo o Documento Reflexivo:

> "73. In a number of cases, children *directly expressed the anxiety* caused to them by the fear that their father would hurt their mother. In Bassi[1029] *the court accepted that the children would be frightened by being returned* to their father *but found that it was not sufficient to establish a grave risk of psychological harm"* (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 20, grifos nossos).

[1028] Muitas decisões consideraram que "o genitor subtrator era livre para retornar com a criança para outra região do Estado Requerido se ela tinha receio de violência doméstica" ou que "em geral um retorno ao Estado Requerente, para localidade remota, distante do alegado agressor, iria afastar a preocupação sobre o grave risco" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 19).

[1029] Caso julgado em 1994 por Juízo de 1º grau na Austrália.

Em algumas decisões foram adotados critérios para averiguação do nível de tolerância, para a criança, de seu retorno ao país de residência habitual como, por exemplo, sintomas físicos e psíquicos por ela manifestados: a criança urinava em sua cama, demonstrava comportamento agressivo e estaria perturbada pela tensão entre seus genitores, tendo sido averiguado que mesmo que a criança fosse acompanhada, em seu retorno, seu estresse extremo não seria aliviado. Em um dos casos, foi considerada que a configuração da Síndrome do Estresse Pós-Traumático, em relação à criança, poderia incluir o caso como situação intolerável[1030].

Neste ponto, considera-se possível a apresentação de algumas críticas a tais decisões que, ao que parece, *não* teriam realizado análise *prospectiva* (futura, em relação ao *retorno da criança*) da *exceção de grave risco* (preferindo focar na situação que teria gerado estresse na criança, *no passado*), além de desconsiderar as medidas que poderiam ser adotadas pelo país de residência habitual para minimizar ou erradicar tal situação (artigo 18 da CH80).

Além disso, pelo menos uma das decisões teria presumido, ainda, o *comportamento futuro* da criança, ao considerar que "mesmo que retornada na companhia de sua mãe" seu extremo estresse não seria aliviado. Em outra decisão, por exemplo, foram detectados sintomas, na criança, de "urinar em sua cama, pesadelos e agressão, que teriam recomeçado quando a criança foi avisada da possibilidade de retorno ao Estado Requerente" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 20). Não é possível analisar, entretanto, se esse comportamento da criança estaria ocorrendo como reação a um possível trauma ocorrido *antes* da subtração ou, ao contrário, seria fruto do ato (violento, portanto estressor) de sua subtração ou, ainda de atos de alienação parental cometidos pelo genitor subtrator, a partir da subtração.

O Documento Reflexivo, então, passa a analisar as decisões quanto ao termo *situação intolerável*, incluído na parte final do texto da *exceção de grave risco*. A premissa adotada pelo documento é a de que tal expressão, nos *trabalhos preparatórios* à CH80[1031] poderia referir-se,

[1030] Considera-se, neste ponto, que não é possível adotar-se qualquer generalização, na medida em que o estresse pós-traumático (assim como a alienação parental, em certa medida) podem ser causados por qualquer dos genitores, bem como podem advir de circunstâncias que ocorreram *antes* da saída da criança do país de residência habitual, quanto ser originados *do ato de subtração em si* – ou atos/comportamentos *posteriores* à subtração.
[1031] Sobre os trabalhos preparatórios à CH80, vide Capítulo 5.

entre outras coisas, a situações de violência familiar, quando a criança não é o alvo principal do abuso físico ou psicológico[1032].

Também foi encontrada divergência, nas decisões judiciais, sobre qual seria a corte mais adequada para investigação das alegações de abuso familiar. Enquanto muitas das decisões analisadas consideraram que a veracidade das alegações de abuso familiar deve ser avaliada, com exclusividade, pelas cortes do país de residência habitual da criança, deixando o Estado de Refúgio com a análise, tão-somente, da avaliação da existência ou não de risco, outras cortes seguiram direção aparentemente oposta: "para avaliar a presença ou ausência de risco grave quando do possível retorno da criança, a corte do Estado Requerido tem o dever de investigar ativamente a veracidade das alegações", exercício que poderá contar, "se necessário e apropriado, com a participação de peritos independentes, geralmente da área de psicologia" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, pp. 20-21)[1033].

Na maior parte dos casos, a provas produzidas pelas partes envolveram testemunhos[1034] (colhidos oralmente ou por escrito, na forma de "affidavits") e provas documentais[1035]: relatórios médicos e fotografias sobre as lesões; registros de ligações telefônicas múltiplas e ameaçadoras; informação sobre as medidas tomadas pelos órgãos locais (do país onde a violência doméstica ocorreu) de proteção à vítimas de violência doméstica; informações sobre a persecução penal do agressor; relatórios policiais e comprovação de que o agressor violou ordem de afastamento ("restraining order"). A oitiva da criança, em especial quando esta apresenta grau de maturidade e idade suficientes para que sua manifestação seja considerada[1036]

[1032] Como se verá no Capítulo 5, esta premissa do documento mostra-se contestável, na medida em que apenas 1 delegado presente às negociações da CH80 (Reino Unido), teria feito menção ao fenômeno da violência doméstica no contexto da subtração internacional de crianças e adolescentes, em ponto adiantado das negociações para adoção da CH80. No entanto, tal comentário não recebeu nenhum eco entre os presentes, nem tampouco teria sido refletido no texto do tratado.

[1033] O próprio documento, entretanto, afirma que "80. In the case law sample, it was sometimes unclear the extent to which allegations of domestic violence were investigated or considered by the presiding judge before making a determination of the veracity or importance of the allegations (i.e., what probing and examination of the evidence took place)" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 21).

[1034] Embora muitas cortes tenham comentado que os casos fundados na CH80, em geral, devem evitar o uso de prova testemunhal (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 23).

[1035] A ausência de provas documentais, corroborando as alegações de violência foram consideradas em desfavor do Réu, em pelo menos 1 caso (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 24).

[1036] Conforme discussão em capítulo anterior, a oitiva de crianças (e adolescentes) deve preceder, preferencialmente, de avaliação sobre seu grau de maturidade para que suas opiniões possam ser levadas em consideração. Nesta avaliação, dentre outros aspectos, deve ser considerada se sua manifestação se mostra verdadeiramente livre sem, por exemplo, mostrar-se distorcida pelo efeito de atos de alienação parental, estresse pós-traumático ou qualquer outra circunstância que possa tornar sua manifestação *viciada*. Quando a manifestação

e quando sua manifestação contraria as alegações de alguma das partes, também foi levada em consideração em muitos casos.

A participação de peritos independentes (os peritos indicados designados pelo Juízo foram considerados preferíveis) ou assistentes das partes, aparentemente tem sido menos comum do que nos casos submetidos à avaliação do Poder Judiciário brasileiro[1037]. Das 92 decisões judiciais analisadas, 39 (42%) consideraram alguma forma de prova pericial que foi levada em consideração – realizadas por assistentes sociais, "child counsellors", psicólogos, relatórios do corpo hospitalar, médicos e um centro de crise ("crisis centre"). As crianças, por sua vez, foram diagnosticadas como portadoras da síndrome do estresse pós-traumático; de distúrbio alimentares e de sono, medo de retornar ao país de regressar ao país de residência habitual (porque testemunhou episódios de violência entre adultos).

Em alguns casos, médicos apresentaram sua opinião sobre se o retorno da criança, desacompanhada de seu cuidador primário, iria ou não gerar danos (à criança). Em outros casos, constatou-se que a criança não apresentava sinais de abuso; que a criança "possuía defesas psicológicas adequadas, apesar do cenário familiar conturbado". O genitor subtrator, por vezes, também foi diagnosticado como portador de síndrome do estresse pós-traumático e, em caso em que se alegou que a subtratora abusava do consumo de entorpecentes, além de ser abusiva contra a criança, foram realizados exames toxicológico e psicológico (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, pp. 24-5).

- Os obstáculos para a inclusão de condições ao retorno seguro

No que diz respeito às garantias ao retorno seguro da criança ao seu país de residência habitual – investigação que, considera-se, é relevante à avaliação da incidência da *exceção de grave risco* – é digna de nota a posição de uma das decisões mencionadas no Documento Reflexivo, segundo a qual "it would be "presumptuous and offensive in the extreme to conclude

---

da criança pode ser levada em consideração, é comum a aplicação da exceção ao retorno prevista no artigo 13 (2) da CH80, isolada ou em conjunto com a exceção de grave risco.
O artigo 13(2) da CH80 dispõe que "A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto".

[1037] Conhecida por esta subscritora em razão de suas atividades profissionais.

that the authorities in the requesting State would not be capable of protecting the returning child and parent" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, pp. 24-5).

Outras decisões, por sua vez, consideraram que incumbiria ao Poder Judiciário do Estado Requerido investigar se medidas protetivas ou condições encontram-se disponíveis no Estado Requerente, antes que a decisão sobre o retorno seja tomada, sendo que em várias dessas decisões foi possível averiguar que tal investigação foi efetivamente efetuada.

Em alguns casos concluiu-se que diante da severidade do abuso alegado, medidas de proteção no Estado Requerido não seriam suficientes para proteger a criança (e/ou o genitor subtrator). As modalidades de salvaguardas/condições ao retorno mostraram-se muito variarias em suas formas[1038] e sempre dependem dos mecanismos de cooperação jurídica internacionais em vigor entre os 2 países envolvidos, para terem eficácia. Em poucos casos o retorno foi condicionado à obtenção de ordem judicial espelho[1039] no país de residência habitual da criança (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 25-6).

Iantorno e Panati desenvolveram listagem de itens considerados relevantes a serem incluídos nas ordens judiciais de regresso da criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual. São estes:

a) data ou prazo em que ocorrerá a restituição;

[1038] Por exemplo, o pagamento das despesas de retorno pelo genitor abandonado (embora o artigo 26 (4) da CH80 indique que "Ao ordenar o retomo da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, *impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança*" – grifos nossos); o pagamento de pensão alimentícia, pelo genitor abandonado, por um período *determinado* de tempo; o custeio de moradia em favor da criança e do genitor subtrator; o afastamento do lar conjugal/"retraining orders".

[1039] As ordens-espelho ("mirror orders"), comuns nos países de "common law", dizem respeito à obtenção de ordens judiciais, no país de residência habitual da criança, que espelham ou mimetizam, dentro do possível, as condições incluídas pelo Juízo do Estado Requerido ao retorno da criança. Além de não serem obrigatórias, dependem, em regra, da existência de *sofisticados* (ou *quase automáticos*) mecanismos de cooperação jurídica internacional vigentes entre ambos os países, hábeis a garantir que tais ordens poderão ser obtidas e, uma vez emitidas, serão válidas e eficazes.

Nos países de tradição civilista a automaticidade da validade e eficácia de decisões judiciais é praticamente ausente. Conforme mencionado, no caso brasileiro, as decisões judiciais estrangeiras, para terem validade (e eficácia) em território nacional, ainda dependem dos tradicionais mecanismos de obtenção de "exequatur" ou homologação de sentença estrangeira (com exceção em relação às sentenças estrangeiras de divórcio consensual que, nos termos do parágrafo 5º do artigo 960 do Código de Processo Civil brasileiro, estão dispensadas, para produção de efeitos no Brasil, de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça).

b) indicação da pessoa que acompanhará a criança em seu retorno – em regra, o *genitor acompanhante*;
c) confirmação de que a documentação de viagem da criança está válida[1040];
d) indicação/confirmação de quem efetuará o custeio da viagem da criança;
e) levantamento das medidas cautelares de proibição de saída da criança do país de refúgio que eventualmente sejam sido impostas durante o processo judicial;
f) apuração da existência de ações judiciais de natureza criminal em desfavor do genitor subtrator no país de residência habitual para, *dentro do possível*, suspender seu andamento ou eliminar seus efeitos, permitindo o retorno seguro também do genitor subtrator[1041];
g) fornecimento, *dentro do possível*, de assistência jurídica em favor do genitor subtrator, no país de residência habitual para, em querendo, (re) discutir os termos da custódia, visitas, alimentos, etc., em relação à criança (ou adolescente);
h) medidas para garantir a participação da criança, tendo em vista sua idade e maturidade, nos procedimentos de execução da ordem de seu retorno;
i) intimação das partes para que cooperem na promoção do cumprimento voluntário da ordem de retorno, para que sejam evitadas demoras desnecessárias;
j) decidir sobre a participação de psicólogos, mediadores, intérpretes, etc., "sempre que isto não gere demoras para o cumprimento da sentença";
k) indicação de como será efetuado o acompanhamento do processo de execução (IANTORNO; PANATI, 2017, p. 80).

Em um dos casos mencionado no Documento Reflexivo[1042] foi apresentado modelo de avaliação das salvaguardas/condições para o retorno, propondo 3 categorias amplas de casos de restituição de crianças vítimas de subtração internacional. Entende-se tratar de proposta interessante de sistematização da discussão, que merece ser incluída na íntegra:

> "1) cases with minor abuse allegations that would not rise to the level of 'grave risk' such that undertakings would be irrelevant;

[1040] Além de passaporte, pode ser necessária a obtenção de visto para ingresso da criança no país de residência habitual.
[1041] Conforme visto no tópico relacionado às Comissões sobre a Operação Prática da CH80, há baixo nível de consenso dos países quanto à persecução penal, em paralelo à aplicação deste tratado civil. Embora a primeira não seja vedada, os primeiros documentos produzidos pelo Estados no âmbito destas Comissões Especiais apontaram para a *não recomendação* do manejo de tal via persecutória.
[1042] Caso Simcox, julgado em 2007 pelas autoridades judiciais dos Estados Unidos da América.

> 2) cases where there is 'credible evidence of sexual abuse, other similarly grave physical or psychological abuse, death threats, or serious neglect', such that undertakings would be insufficient; and
> 3) cases that fall in the middle, where abuse is 'substantially more than minor, but is less obviously intolerable'. In these cases, the question of applicability of undertakings will be fact-based, based on factors including the nature and frequency of the abuse, the likelihood of its recurrence, and whether there are any enforceable undertakings that would 'sufficiently ameliorate the risk of harm to the child caused by its return'" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 26, grifos nossos).

As decisões judiciais analisadas no Documento Reflexivo elaborado pelo Secretariado da HCCH apontaram para a baixa incidência de discussões sobre o *acesso à justiça*, após o retorno do genitor[1043] com a criança, bom como sobre a intenção, das cortes do Estado Requerido, de acompanhar tal retorno (*acompanhamento pós-retorno* ou, na linguagem da HCCH, "post-convention services"). O tema do acompanhamento após o retorno, ainda tem recebido pouca atenção, seja na jurisprudência (no caso, nas decisões judiciais pelo documento reflexivo), seja pelos Estados-Partes, em suas discussões multilaterais[1044]. O documento apontou, por fim, a baixa utilização, pelos órgãos judiciais dos Estados-Partes, dos instrumentos de comunicação direta entre juízes[1045].

O Documento Reflexivo considerou que a compreensão das efetivas estratégias para lidar com as formas variadas de violência familiar teria "se desenvolvido em algumas jurisdições nacionais nas últimas décadas" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 30). Tais *evoluções* vêm, em parte, da concentração de jurisdição, assim como pela adoção de legislação

---

[1043] Via de regra as discussões incluídas no tema do acesso à justiça dizem respeito à percepção, pelo genitor subtrator, de assistência jurídica gratuita – ou facilitada, de qualquer outra forma, em relação ao genitor abandonado - no país de residência habitual da criança para que o primeiro, em querendo, possa (re) discutir os termos da custódia, visitas, alimentos e/ou outros conteúdos da responsabilidade familiar. Esta subscritora tem dúvidas sobre se o único fato de ser genitor subtrator deveria garantir-lhe alguma prerrogativa, em relação ao outro genitor da criança, no que diz respeito ao acesso à justiça. Tal discussão, no entanto, extrapola os limites deste estudo.

[1044] À título embrionário, entende-se possível, a depender da legislação doméstica de cada um dos Estados-Partes, a aplicação do artigo 13(3) para obtenção de informações sobre a situação social da criança, após seu retorno. No entanto, tal posição parece, até o atual momento, longe de ser incontroversa. O artigo 13(3) da CH80 encontra-se assim redigido: "Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança".

[1045] Mecanismo existente, em algumas jurisdições, que confere efeitos jurídicos à cooperação jurídica internacional direta entre órgãos judicantes. Esta subscritora tem sérias dúvidas se o ordenamento jurídico brasileiro comportaria tal forma de cooperação. Em especial, por força da ausência de dispositivo legal específico, que a autorize ou regulamente, esta tese filia-se a posição de que o sistema jurídico brasileiro não reconhece qualquer *efeito* (jurídico) a tais comunicações. No entanto, não se desconsidera que as mesmas podem apresentar contribuições salutares ao processamento de pedidos de cooperação jurídica internacional, por exemplo, ao buscar dirimir dúvidas que o Juízo de um país possa ter em relação ao ordenamento jurídico de outro Estado e que possam ser saneadas pelo manejo de contato informal entre juízes dos países envolvidos. O aprofundamento do tema das comunicações judiciais diretas, entretanto, foge ao escopo do presente estudo.

local/regional específica (como, por exemplo, o Regulamento Bruxelas IIbis e o UCCJEA, nos Estados Unidos da América[1046]).

O cenário de um genitor deixando o país de residência habitual da família, acompanhado da criança, com fundamento em alegada situação de violência familiar teria se tornado comum, bem como "previsível em uma *minoria* de casos envolvendo a CH80". De acordo com as decisões analisadas pelo documento reflexivo da HCCH, resta claro que os países (e, por vezes órgãos judicantes de um mesmo Estado) ainda aplicam diferentes abordagens ao tratamento e avaliação das provas e às noções de perigo e risco incluídas no artigo 13(I)(b) do tratado; do que constituíram situação intolerável à criança; sobre o uso da prova testemunhal; o escopo e limitações das condições ou salvaguardas ao retorno seguro da criança ao país de residência habitual; e ao manejo, quando possível, de instrumentos de comunicação judicial direta (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, pp. 36-7, grifos nossos). Assim, apesar dos *avanços* encontrados, seguem indispensáveis maiores esclarecimentos, consistência e, em grande medida, uniformidade, na aplicação da *exceção de grave risco*.

O próprio documento reconhece que não se deve perder de vista que os procedimentos previstos na CH80 devem ser realizados de forma célere, sendo que "as alegações de violência doméstica não devem comprometer o atendimento rápido do pedido de restituição, uma vez que este está fortemente relacionado ao interesse da criança e da família" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 38).

A proposta da presente tese, conforme exposto, volta-se à aplicação da moldura hermenêutica contida nos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como ferramenta multilateral e amplamente reconhecida (seja como direito diretamente adotados pelos países, seja na condição de direito internacional consuetudinário) para alcance

---

[1046] "The Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act ('UCCJEA'), is a uniform state law which has been enacted in some form in 49 states, the U.S. Virgin Islands, Guam, and the District of Columbia. The UCCJEA requires state courts to enforce child custody and visitation determinations made in a foreign country where the foreign court substantially conformed with the UCCJEA's jurisdictional standards, as long as the parties had notice and opportunity to be heard. Only limited defences apply. The act provides expedited enforcement procedures for enforcement, and procedures to register custody and visitation determinations in advance of enforcement. The UCCJEA also regulates when a court in the United States has jurisdiction to make or modify a custody order, and when to defer to courts in other states or countries". Informação disponível em https://travel.state.gov/content/travel/en/International-Parental-Child-Abduction/abductions/legain-info-for-parents/getting-custody-order-enforced-in-US.html. Acesso em 24.11.2019.

de adequada, coerente e multilateralmente aceita interpretação (e consequente aplicação) da *exceção de grave risco* da CH80, especialmente quanto ao tema da violência doméstica.

Em conclusão – e apesar das críticas acima tecidas -, esta subscritora adere às concepções do Secretariado da HCCH, incluídas em seu Documento Reflexivo, que consideram que o aumento da *consistência e transparência* na lida dos casos em que o fenômeno da violência doméstica é alegado como defesa, sob o pálio do artigo 13(I)(b) pode auxiliar na manutenção dos casos de restituição (e visitas) de acordo com a celeridade prevista na CH80, "sem privar o genitor subtrator da oportunidade de apresentar provas adequadas e buscar proteção ou alívio quando necessário. De fato, orientação clara sobre a lida efetiva e célere de tais casos pode reduzir o número de apelações e outros incidentes processuais"[1047]. Nessa medida:

> "Conforme notado nas discussões (…) dos trechos do Relatório Explicativo [à CH80] e dos Trabalhos Preparatórios da Convenção [CH80], já existe dentro da Convenção do potencial para equilibrar estes objetivos políticos independentes" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, p. 38).

Segue relevante – e, defende-se, possível – o encontro de equilíbrio entre os importantes objetivos político-jurídicos da CH80[1048] e a forte censura à violência familiar e/ou ao abuso entre parceiros, que tem recebido atenção também da comunidade internacional[1049]. Defende-se que tal equilíbrio deve ser encontrado por intermédio do manejo adequado da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos tratados à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Por fim, o Documento Reflexivo conclui pela apresentação de sugestão de estabelecimento de um grupo de especialistas, para o desenvolvimento de princípios ou algum tipo de guia prático sobre o manejo de alegações de violência doméstica no âmbito dos procedimentos fundados na CH80. Conforme visto acima, foi aprovado no âmbito da 6ª

[1047] Edleson e Shetty elaboraram pesquisa (realizada em apenas uma jurisdição) buscando demonstrar a ocorrência de número desproporcional de apelações (7 em 9, em 6 meses), envolvendo alegações de violência doméstica (EDLESON; SHETTY, 2005, p. 120).

[1048] O reforço aos direitos legítimos e apropriados de custódia e visitas dos genitores vigentes em mais de uma jurisdição, evitando decisões judiciais conflitantes; o direito da criança, o tanto quanto possível, de manter relações com ambos os seus genitores, família estendida e comunidade; que as decisões judiciais sobre tais temas sejam adotadas pela jurisdição de seu país de residência habitual; e, por fim, a prevenção e o combate a sua subtração internacional ilícita.

[1049] Conforme defendido no presente estudo, o artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT prevê, em conjunto com o contexto (para além da boa-fé, texto, objeto e finalidade), devem ser levadas em consideração "quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional, aplicáveis às relações entre as partes". Para o aprofundamento de tal discussão, vide tópico abaixo.

Comissão Especial da CH80 e, na sequência, *também pela Assembleia Geral* da HCCH, a criação de Grupo de Trabalho para elaboração de Guia de Boas Práticas sobre a *exceção de grave risco*, endereçado especialmente às autoridades judiciais dos Estados-Partes da CH80.

O amplo esforço do Secretariado da HCCH, na elaboração do Documento Reflexivo[1050], certamente teve repercussões durante a 6ª Comissão Especial – sendo esta a Comissão Especial que em maior profundidade discutiu a interação da violência doméstica com a CH80, embora notáveis as divergências entre seus Estados-Partes.

ix. 7ª Comissão Especial: retomada do silêncio sobre a *violência doméstica e rechaço ao guia sobre a* exceção de grave risco

A 7ª Comissão Especial sobre a Operação Prática das Convenções da Haia de 1980 e 1996 ocorreu em outubro de 2017. Ao contrário de edições anteriores desta reunião, o relatório de referida reunião não foi tornado público, assim como a lista de participantes. Tais documentos foram disponibilizados apenas aos Estados-Membros da HCCH, por intermédio de acesso a área restrita do sítio eletrônico da HCCH.

Sabe-se que o Brasil participou de referida reunião, com ampla delegação, formada por servidores públicos do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Federal, Juíza Federal e da Advocacia-Geral da União. Em razão de sérias restrições orçamentárias a Autoridade Central brasileira para Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, que passou a integrar os quadros do Ministério da Justiça e Cidadania, no mesmo ano de 2017[1051], não participou da 7ª Comissão Especial, pela primeira vez na história da atuação brasileira junto à tal comissão.

Participaram desta sessão da Comissão Especial representantes de 62 Estados-Membros da HCCH, além da União Europeia, 6 Estados-Partes da CH80 que não são membros da HCCH,

[1050] Apesar dos problemas apontados acima, dentre os quais a aparente ausência de mandato específico para elaboração de tal documento, bem como as ambiguidades da metodologia da pesquisa, especialmente quanto à seleção dos casos.
[1051] Naquele momento histórico o Ministro da Justiça era o Dr. Torquato Jardim.

4 países que não eram membros da HCCH ou partes da CH80 e observadores de 14 organizações governamentais e não-governamentais internacionais.

Por primeiro, foram discutidos os resultados alcançados no estudo estatístico coordenado por Lowe[1052] sobre os requerimentos de cooperação jurídica internacional tramitados nos países[1053] em 2015. Notou-se, em especial, "the slightly increased number of decisions ordering return and the decrease in the number of refusals, as well as a modest decrease in the average number of days taken to reach a final outcome in cases, compared with the results of the 2008 statistical survey" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2017, pp. 1-2). Foi esclarecido, ainda, que os custos da pesquisa foram cobertos pelo ICMEC[1054].

Ao contrário da 6ª Comissão Especial, que a antecedeu, as conclusões e recomendações aprovadas ao final dos trabalhos da 7ª Comissão Especial não *fizeram qualquer menção ao termo violência, violência doméstica ou familiar*. Tal circunstância, embora fundada em ilação sobre o silêncio dos países, parece demonstrar, em alguma medida, *reação* dos países às discussões travadas na sessão anterior de reuniões (2011-2012). O Guia de Boas Práticas, cuja aprovação quanto a sua elaboração ocorreu na 6ª Comissão Especial, *não teve sua finalização alcançada,* levando os Estados-Partes presentes à 7ª Comissão Especial apenas tomar nota e autorizar tal grupo a seguir em seus trabalhos, *buscando sua finalização* prioritária (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2017, p. 8)[1055].

[1052] Vide Capítulo 3, acima.

[1053] Que participaram da pesquisa voluntária. A autoridade central brasileira forneceu dados aos pesquisadores, por intermédio de sistema eletrônico fornecido pela HCCH no ano de 2016.

[1054] "International Centre for Missing & Exploited Children", organização internacional não governamental – sediada nos Estados Unidos da América - voltada à erradicação da subtração internacional, exploração e abusos sexuais contra crianças. Informações disponíveis em https://www.icmec.org/about/. Acesso em 24.11.2019.

[1055] Excluídas as discussões sobre o fenômeno da violência doméstica em contextos de subtração internacional de crianças e adolescentes, as principais preocupações e tratados no âmbito desta 7ª Comissão Especial disseram respeito à:

a) atrasos e demoras no alcance de decisões (judiciais) finais aos casos de subtração e visitação transnacional de crianças e adolescentes, que afetam a operação eficiente da Convenção da Haia de 1980;

b) efetivo e célere cumprimento das ordens (judiciais) de retorno da criança – ou adolescente - ao seu país de residência habitual, inclusive por intermédio da adoção, pelos Estados-Partes da CH80, de legislações domésticas específicas que incluam mecanismos progressivos para impedir que o genitor subtrator gere atrasos a tal cumprimento;

c) alteração, após intensas críticas a decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), do posicionamento deste tribunal internacional regional, sobre a avaliação do melhor interesse da criança em demandas de subtração internacional. Segundo consenso alcançado pelos Estados-Partes da CH80 na ocasião, o nível de avaliação do bem-estar da criança, no âmbito da demanda judicial relacionada à sua subtração, deve ser menos profundo do que aquele efetuado em ações que discutem sua custódia;

Conforme apontado em obra anterior:

> "resta esclarecido que a interpretação e aplicação da Convenção da Haia de 1980 não podem perder de vista os trabalhos das Comissões Especiais, que, por intermédio de suas 'recomendações e conclusões', devidamente aprovadas pelos Estados-Partes do tratado, pretendem esclarecer e auxiliar as autoridades dos países envolvidos a adequadamente atingir os objetivos da avença, bem como alcançar o melhor interesse da criança" (MARTINS, 2013, p. 80).

*

Em ensaio aparentemente motivado pelas acaloradas discussões travadas nos Estados Unidos da América, por força do Caso *Abbott vs. Abbott*[1056], decidido pela Corte Suprema daquele país no ano de 2010, Bruch e Durkin parecem buscar reduzir a relevância das Comissões Especiais sobre a CH80 como "locus" interpretativo deste tratado. Em decorrência, entende-se que as autoras diminuem, inadequadamente, a *relevância* dos documentos elaborados no âmbito destas comissões (BRUCH; DURKIN, 2010, p. 76).

Vem se buscando demonstrar, no decorrer desta tese, que a interpretação uniforme da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 é circunstância ideal cujo alcance se torna possível, essencialmente, por intermédio do adequado manejo do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969. Além disso, uma vez que as conclusões e recomendações elaboradas no âmbito das Comissões Especiais sobre a Operação Prática da CH80 (e da CH96) são, tecnicamente, aprovadas pelos Estados-Partes (da CH80) e, após, novamente submetidas à

---

d) a exploração de estudos sobre trabalhos futuros relacionados ao reconhecimento e execução de ordens estrangeiras de proteção;
e) negativa, por ora, de dedicação de esforços para a elaboração de formulário padronizado de autorizações de viagem. Tal proposta, encabeçada especialmente pelo Brasil, não foi aprovada, considerando-se, pelos demais países, que seria suficiente o compartilhamento de informações sobre os requisitos previstos em sua legislação doméstica para permitir o ingresso e saída de crianças e adolescentes de sua jurisdição;
f) ampliação do rol de decisões judiciais publicada no INCADAT ("International Child Abduction Database"), atualização das informações sobre os países em seus "countries profiles", guias de boas práticas da HCCH e INCASTAT ("International Child Abduction Database");
g) estudos sobre os serviços pós-convencionais ("pos-convention services"), ainda pouco explorados, entende-se. Tais questões dizem respeito, essencialmente, ao acompanhamento da situação de crianças e adolescentes após seu regresso aos seus países de residência habitual;
h) aprovação da realização de reuniões dos grupos de trabalho por intermédio de meios eletrônicos, como videoconferências. Considera-se tal mecanismo essencial para redução de custos, aumento de participatividade e incremento de celeridade e dinamismo às discussões; e, por fim,
i) consideração de estudos futuros sobre os efeitos, no curto e no longo prazo, para crianças e demais membros relevantes da família, incluindo os genitores subtrator e abandonado, da subtração dos primeiros (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2017).

[1056] Breve digressão sobre este caso, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi efetuada em capítulo anterior deste estudo, acima.

aprovação pelos Estados-Membros da HCCH, seu conteúdo parece não apenas relevante para os fins da CVDT, mas também de *seguimento obrigatório* por seus Estados-Partes, *apesar de sua linguagem mais branda,* incorporando expressões como *sugere-se aos países*, *recomenda-se aos Estados-Partes*.

Ao contrário, e conforme discutido em capítulo anterior[1057], embora a Organização das Nações Unidas tenha elaborado, por intermédio de vários órgãos que integram sua estrutura, conclusões, recomendações, observações (dentre outros documentos com nomenclatura variadas e que não se confundem com tratados e convenções) tais documentos foram classificados como dotados de *nenhuma relevância*, segundo o capítulo interpretativo da CVDT, à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

Portanto, *nenhum* dos documentos elaborados no âmbito da ONU, sobre violência doméstica, parece servir, tecnicamente e nos termos dos artigos 31 a 33 da CVDT, à interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da CH80 – embora, conforme apontado em tópico anterior, alguns deles podem apresentar indícios indiretos, de elementos que poderiam ser considerados na investigação judicial sobre a ocorrência de atos de violência contra qualquer dos envolvidos[1058].

A moldura hermenêutica veiculada pela CVDT segue oferecendo outros instrumentos interpretativos, que serão analisados na sequência. Analisados os principais esforços – e silêncios aparentemente eloquentes – dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 para regulamentação das relações entre a violência doméstica e a *exceção de grave risco*, o tópico seguinte se debruçará sobre a discussão os elementos configurados, segundo a CVDT, como prática posterior dos Estados-Partes da CH80 e que podem, assim como aquelas já analisados, potencialmente *auxiliar* a interpretação de sua *exceção de grave risco*.

[1057] Capítulo 1.

[1058] Conforme mencionado no Capítulo 1, não foi identificado, no entanto, qualquer tratado que discipline, diretamente, o fenômeno da violência doméstica – embora já tenham sido emitidos inúmeros pronunciamentos unilaterais, de órgãos da ONU (dentre outros) sobre a interação do fenômeno da violência doméstica com tratados (como a CEDAW ou a Convenção contra a Tortura). Ainda restariam, também no âmbito do Direito Internacional Público, algumas *Declarações* que, por sua vez, também não diriam respeito, diretamente e até o momento, ao fenômeno da violência doméstica.

5.3.2. A prática posterior relevadora de acordo entre os Estados-Partes

Segundo o artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, também será *relevante* à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 "qualquer prática seguida posteriormente na aplicação" da Convenção da Haia de 1980, "pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação".

Fazendo referência à decisão judicial emitida no Reino Unido, Gardiner aponta que "a prática subsequente deve ser concordante com a prática dos Estados-Partes, *sem que existam evidências de diferenças claras de opinião entre eles*, embora o grau preciso de universalidade da prática não tenha sido firmemente identificado". O encontro de anuência ou sentido derivado de uma prática pode demandar o exame de uma combinação de ação por um ou mais países com uma ação subsequente em resposta ou inação dos outros (GARDINER, 2015, pos. 2812, 8976 e 9014, grifos nossos). Embora a *anuência* de todos os Estados seja necessária para relevância da prática, é dispensável que todos os Estados-Partes a realizem (WALDOCK, 1966, p. 222).

A prática *entre alguns Estados* poderá ser relevante para a interpretação da *exceção de grave risco*, apenas na extensão das partes envolvidas. As decisões de órgãos regionais de solução de controvérsias – por exemplo, a Corte Europeia de Justiça e as Cortes Regionais (Europeia e Interamericana) de Direitos Humanos -, que já tiveram a oportunidade de se debruçar sobre a Convenção da Haia de 1980, apenas poderão fornecer elementos *de aplicação restrita aos Estados-Partes da CH80 sujeitos a sua jurisdição, razão pela qual sua análise não foi incluída no corte metodológico adotado nesta tese*[1059].

Não foi detectada na pesquisa qualquer decisão emitida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ)[1060] relacionada à Convenção da Haia de 1980, o que parece indicar que, ao menos até o momento, nenhum de seus Estados-Partes foi chamado a responder (ou deu início) à

[1059] Considera-se que as decisões de tais cortes são dotadas de aplicabilidade *regional* e, portanto, seriam inábeis, *por si mesmas*, de configurarem prática pela qual se estabeleça o acordo *dos Estados-Partes da CH80*, nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. O tópico final do Capítulo 4 (item 4.7) analisou, tão-somente, as particularidades encontradas nas decisões de tais cortes regionais relacionadas à interpretação de tratados regionais de direitos humanos e de prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes.

[1060] Órgão internacional de solução de controvérsias entre Estados com vocação jurisdicional universal.

demanda relacionada ao descumprimento de tal convenção perante a CIJ. Não se dever perder de vista que, por força do Protocolo datado do ano de 1931, 17 países signatários[1061] reconheceram Corte Permanente de Justiça Internacional como competente para interpretação de suas convenções[1062].

Tendo em conta a alínea "b" do parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT, foram identificados como *potencialmente relevantes* à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, como *práticas* que indicam, direta ou indiretamente, o *acordo* dos Estados-Partes desta última à interpretação daquela exceção os Guias de Boas Práticas, elaborados, *aprovados* pelos Estados-Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e relacionados à Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes. Tais documentos serão discutidos na sequência.

A. Os Guias de Boas Práticas da CH80: instrumentos que confirmam o acordo entre partes relativo à interpretação da Convenção da Haia de 1980

Defende-se, na presente tese, que os Guias de Boas Práticas elaborados no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, relacionados à CH80, são um dos instrumentos mais relevantes para a adequada interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*. Considera-se, por primeiro, que sua importância decorre, em especial, do fato de que tais documentos são *aprovados* pelos Estados-Partes da CH80 e veiculam, inequivocamente, práticas cujo seguimento é fortemente recomendado a estes últimos, embora não sejam documentos cuja negociação e aprovação siga exatamente o rito de elaboração de tratados previstos no artigo 6º da CVDT[1063].

Além disso, tais documentos apresentam considerações específicas sobre a *exceção de grave risco*, sendo que a recorrência de tais manifestações vem ganhando corpo no decorrer dos

---

[1061] Apenas 9 países ratificaram referido protocolo.
[1062] Protocolo disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1931-protocol. Acesso em 19.09.2019.
[1063] Os Guias de Boas Práticas da CH80, em geral indicam, expressamente, que seu conteúdo *não é de seguimento obrigatório pelos Estados-Partes*. Parece possível defender, no entanto, que tal "disclamer" não alteraria a relevância de tais documentos para os fins da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, uma vez que tais guias compilam em grande medida práticas dos países, passando seu texto por (várias) aprovações – inclusive em momentos diferentes – pelos Estados-Partes da CH80 (e pela totalidade de membros da HCCH).

anos, inclusive a partir do desenvolvimento de pesquisas em outros ramos científicos e do reconhecimento geral da interação entre outras variáveis, externas ao mundo propriamente jurídico, com a interpretação e aplicação desta exceção. Defende-se que as práticas assinaladas em tais guias são *categorizadas*, pelos Estados-Partes da CH80, *como adequadas* – enquanto outras deixam de ser propositadamente incluídas em tais documentos - à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Uma vez eleitas como práticas positivas, elas poderão, ao serem disseminadas, permitir interpretação global uniforme deste tratado.

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado prepara, com a colaboração de seus membros e Estados-Partes de seus tratados[1064], documentos que buscam auxiliar a interpretação e aplicação de seus instrumentos[1065] a partir do compartilhamento de *boas práticas* – que, exatamente por serem identificadas como positivas e adequadas, sua adoção é *recomendada* aos Estados-Partes da CH80. São consideradas *boas práticas*, em tais guias e em geral, procedimentos[1066] adotados por autoridades judiciais ou administrativas e decisões judiciais.

Dentre estes documentos, encontram-se os Guias de Boas Práticas (Guias), voltados especialmente às autoridades dos Membros da HCCH e dos Estados-Partes de seus tratados incumbidos da aplicação das convenções adotadas em seu seio. Tais documentos também se apresentam como relevante fonte de informação para os operadores destas convenções, como Juízes, Advogados, trabalhadores sociais (como assistentes sociais, psicólogos e peritos em geral)[1067], acadêmicos e o público em geral.

A publicação dos Guias de Boas Práticas, via de regra, segue ritualística específica. Por primeiro, sua *elaboração* é aprovada pelo Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (Conselho, Conselho de Assuntos Gerais

---

[1064] Não se deve perder de vista que nem sempre um Estado-Parte de algum dos tratados elaborados no âmbito da HCCH será também membro desta organização. O Estatuto da HCCH permite que qualquer país, membro ou não da organização faça a adesão aos seus instrumentos. Tal razão explica, por exemplo, porque a CH80 possui 101 Estados-Partes, enquanto a HCCH possui 83 Estados Membros (82 países + União Europeia).

[1065] Mostra-se muito comum a elaboração de documentos de natureza explicativa pela HCCH, com as mais variadas denominações, como "principles", "guidelines", "brochures" ou "handbooks".

[1066] Formalizados em instrumentos normativos ou adotados na prática da análise e/ou atendimento de pedidos de cooperação jurídica internacional.

[1067] Informação disponível em https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice. Acesso em 17.07.2018.

ou *Assembleia Geral da HCCH*), instância máxima da HCCH que conta com a participação de todos os membros desta organização e que se reúne, em princípio, anualmente[1068].

A sugestão de elaboração de uma Guia de Boas Práticas é apresentada aos Membros, por qualquer de seus Estados-Membros (ou coalisão de países), durante a reunião deste Conselho, normalmente acompanhada da proposta de criação de um Grupo de Trabalho[1069], que se encarregará de, em determinado período de tempo[1070], apresentar proposta de guia temático, que, além de aprovado no âmbito do Grupo de Trabalho, também deverá ser submetido à aprovação do Conselho de Assuntos Gerais da HCCH[1071].

A participação nos Grupos de Trabalho da HCCH (assim como a qualquer das reuniões desta organização) é, em princípio, franqueada a todos os seus membros em dia com suas obrigações orçamentárias perante este organismo. Os países podem escolher se desejam participar e em que momento. Tem sido prática deste organismo internacional – controversa, para alguns – a inclusão, por convite *direto* do Secretariado da Conferência da Haia, de participantes que não seriam, propriamente, *representantes* dos Estados-Membros. São acadêmicos, Juízes, membros do Ministério Público, dentre outros, que, no entender do Secretariado da HCCH, poderiam compor os Grupos de Trabalho, para colaborar com sua atuação, sem filiação direta aos Estados (ou às posições destes) dos quais são nacionais.

Ocorre que os Estados, por vezes, podem se ressentir de tais contatos diretos entre o Secretariado e tais indivíduos, especialmente, porque tal participação fica à margem das delegações estatais e, em certa medida, podem ocorrer conflitos de posições entre o indivíduo

---

[1068] O Estatuto da HCCH pode ser consultado em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text. Acesso em 17.07.2018.
[1069] Antes da apresentação da proposta de criação de Grupo de Trabalho para elaboração dos Guias, é comum que esta proposta seja discutida, em momento anterior, no seio de outros Grupos de Trabalho ou nas Reuniões das Comissões Especiais, encontros periódicos dos países para avaliação da operacionalização prática dos tratados. Conforme visto acima, a Convenção da Haia de 1980 já realizou 7 Reuniões de sua Comissão Especial, tendo a última ocorrido em outubro de 2017.
[1070] Que poderá ser postergado, a critério do Conselho de Assuntos Gerais.
[1071] E previamente à remessa ao Conselho da HCCH, a depender do calendário das reuniões das Comissões Especiais sobre o tratado a que se refere o Guia, esta última também deverá aprovar o Guia que, apenas após, será remetido à consideração e aprovação do Conselho.

convidado pelo Secretariado e o(s) membro(s) da delegação estatal – normalmente capitaneada pelos Ponto Nacional de cada país junto à HCCH[1072].

Além disso, devido a restrições financeiras enfrentadas por muitos Estados-Membros, a participação nos Grupos de Trabalho, de membros indicados pelos Pontos Nacionais, pode ficar prejudicada, passando o especialista convidado pelo Secretariado da HCCH a ser encarado, em tese e equivocadamente, como delegado ou representante do Estado de sua nacionalidade, embora suas posições, muitas vezes, não tenham sido objeto de discussão prévia ou alinhamento com o Ponto Nacional – ou outros "stakeholders" - do país.

Considera-se que a participação de especialistas, para além de delegados estatais, aos Grupos de Trabalho da HCCH pode ser providência salutar para o enriquecimento das discussões e alcance de documentos tecnicamente mais adequados. O contato direto do Secretariado da HCCH com tais indivíduos, muitas vezes sem comunicação ao Pontos Nacionais dos países membros, pode gerar tensões desnecessárias e contraproducentes, que deveriam ser, na medida do possível, evitadas. Não se deve perder de vista que a HCCH, assim como, tecnicamente, todas as organizações internacionais, é "dirigida por seus membros" ("member driven").

O mais comum é que os Grupos de Trabalho não contem com a participação de todos os Estados-Partes simultaneamente, mas, tão-somente, dos países mais interessados no tema sob discussão e/ou dotados de recursos financeiros para custeio de sua participação. O trabalho de tais grupos é intenso e, com certa frequência, se estende por vários anos, até alcance de documento consensualmente aceito no âmbito do grupo. Ocorrem reuniões presenciais, com periodicidade variável. Modernamente, grande parte do trabalho tem sido carreada por intermédio de encontros virtuais, por vídeo ou teleconferência e intensa troca de opiniões, comentários e colaborações por correio eletrônico. Findas as discussões no âmbito do Grupo de Trabalho, o documento final produzido, após *aprovado* no âmbito deste grupo, é submetido ao

[1072] Órgãos estatais, nomeados junto à Conferencia pelos países para concentrarem a troca de informações entre o Secretariado da HCCH e os Estados-Membros. No caso brasileiro, o Ponto Nacional de contato para a HCCH é a Divisão de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério das Relações Exteriores (DCJI/MRE).

Conselho de Assuntos Gerais[1073], para *consideração e aprovação* de todos os Estados-Partes, em sessão presencial deste órgão[1074].

No que diz respeito à adoção da CVDT como moldura hermenêutica para a interpretação da exceção de grave risco, defende-se, neste estudo, que os Guias de Boas Práticas sobre a CH80 refletiriam, nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b", "prática seguida posteriormente na aplicação" deste tratado, "pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação". Em decisão judicial emitida no Reino Unido[1075], um guia ("handbook"), elaborado em âmbito internacional foi considerado como "declaração guia e recomendação sobre procedimentos e critérios para determinação do 'status' de refugiado" (GARDINER, 2015, pos. 2804).

Até o momento, os Guias de Boas Práticas foram publicados, pela HCCH, apenas em relação a três convenções:

a) a CH80;

b) a Convenção da Haia de 1993 Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (CH93 ou Convenção da Haia de Adoção Internacional)[1076]; e

---

[1073] Na hipótese do Grupo de Trabalho considerar sua tarefa finalizada na proximidade de uma reunião da Comissão Especial para Revisão Periódica da Operacionalização do tratado a que se refere seu trabalho, o documento aprovado no âmbito do Grupo (de Trabalho) será, primeiro, levado à consideração da Comissão Especial relacionada ao tratado ao qual o Guia diz respeito. Neste caso, e apenas na hipótese da Comissão Especial aprovar o documento é que ele seguirá para consideração do Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH. Ao contrário, se a Comissão Especial não aprovar o documento – como ocorreu, no ano de 2017, com o Guia de Boas Práticas sobre a *exceção de grave risco*, o que será visto na sequência – o Conselho poderá deliberar, tão-somente, pela extensão do prazo concedido ao Grupo para finalização de seus trabalhos, e não sobre a aprovação (ou rejeição) de seu conteúdo.

[1074] Se o documento não for aprovado no âmbito do Grupo de Trabalho, da Comissão Especial ou do Conselho de Assuntos Gerais, ele será retornado, em tese, ao Grupo de Trabalho, para retomada das discussões. Durante os trabalhos do grupo, o Conselho da HCCH pode, ao menos em tese, deliberar pela interrupção de seus trabalhos. Não se tem notícia, ao menos no âmbito da CH80, que tal hipótese tenha ocorrido, até o momento.

[1075] Relembra-se, neste ponto, que em princípio as decisões judiciais (unilaterais) dos países não seriam para a CVDT, elemento *relevante* para a interpretação da *exceção de grave risco*.

[1076] Conforme mencionado no Capítulo 1, o Brasil é Estado-Parte desta Convenção, tendo-a internalizado ao ordenamento jurídico pátrio por intermédio do Decreto nº 3.087, de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm. Acesso em 17.07.2018.

c) a Convenção da Haia de 1996 sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Cumprimento e Cooperação relativa à Responsabilidade Parental e Medidas para a Proteção de Crianças[1077].

No âmbito da CH93 foram publicados 2 Guias de Boas Práticas:

a) *A Implementação e Operação da Convenção de 1993 sobre Adoção Internacional: Guia de Boas Práticas*"[1078], em 2008;
b) *Credenciamento e Organismos Credenciados para Adoção: Princípios Gerais e Guia de Boas Práticas*[1079], em 2013;

Em relação à CH80, por sua vez, foram publicados, até o momento, 6 Guias de Boas Práticas:

a) *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte I – Prática da Autoridade Central*[1080], em 2003;
b) *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte II – Medidas de Implementação*[1081], em 2003;
c) *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte III – Medidas Preventivas*[1082], em 2005;
d) *Contato Transfronteiriço relativo às crianças – Princípios Gerais e Guia de Boas Práticas*, em 2008[1083];
e) *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte IV – Cumprimento*[1084], em 2010; e,

---

[1077] O Brasil ainda não é Estado-Parte deste tratado. Vide discussão em tópico anterior.
[1078] Disponível em https://assets.hcch.net/docs/bb168262-1696-4e7f-acf3-fbbd85504af6.pdf. Acesso em 17.07.2018.
[1079] Disponível em https://assets.hcch.net/upload/adoguide2en.pdf. Acesso em 17.07.2018.
[1080] Disponível em https://assets.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf. Acesso em 17.07.2018.
[1081] Disponível em https://assets.hcch.net/upload/abdguide2_e.pdf. Acesso em 17.07.2018.
[1082] Disponível em https://assets.hcch.net/upload/abdguideiii_e.pdf. Acesso em 17.07.2018.
[1083] Embora, à primeira vista, tal documento não indique referir-se, especificamente, à CH80, sua leitura demonstra que seu principal objetivo é *auxiliar a implementação* mais efetiva dos dispositivos da CH80 que dizem respeito ao contato transfronteiriço (entre crianças, adolescentes, seus genitores e família estendida), além de chamar atenção para os dispositivos da Convenção a Haia de 1996 (discutida em tópicos anteriores desta tese) que se relacionam a tal contato e que *suplementam* a CH80, além de apresentar modelo para construção de um sistema internacional de cooperação que garanta respeito efetivo aos direitos de contato/acesso. Além disso, o documento também indica que seu uso se destina a Juízes e Autoridades Centrais incumbidas da aplicação das Convenções da Haia de 1980 e 1996 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008a, p. vii). Este guia encontra-se disponível em https://assets.hcch.net/docs/aabaa1c1-4fb5-4c24-92bd-75a8b161e29a.pdf. Acesso em 01.02.2020.
[1084] Disponível em https://assets.hcch.net/upload/guide28enf-e.pdf. Acesso em 17.07.2018.

f) *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança – Mediação*[1085], em 2012.

A HCCH privilegiado a utilização dos Guias de Boas Práticas apenas para os tratados que contam com o maior número de Estados-Partes (ou, no caso da CH96, a ele relacionados) – no caso, a CH80 e a CH93 - e que são voltados diretamente à proteção da infância. Outras nomenclaturas, como "Handbooks", "Brochures" e "Guidelines", têm sido adotadas em documentos voltados à orientação, interpretação e aplicação de outros tratados celebrados no seio da HCCH, dentre os quais aqueles voltados aos temas clássicos do Direito Internacional Privado (em especial, lei aplicável, jurisdição e cooperação jurídica internacional para reconhecimento e cumprimento de decisões estrangeiras).

i. Os primeiros Guias: silêncio quanto à violência doméstica

No âmbito dos Guias de Boas Práticas já publicados sobre a CH80 (ou a ela relacionados), a *exceção de grave risco* é mencionada em vários momentos, demostrando sua relevância e interação com vários dos temas relacionados à interpretação e aplicação deste tratado. Por primeiro, o *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte I – Prática da Autoridade Central* (Parte I do Guia de Boas Práticas sobre a CH80), publicado em 2003, em seu item 4.5, indica que:

> "Questões como direito de custódia, residência habitual, se a criança está adaptada ao país de refúgio, ou está em *risco grave* de perigo, são questões, enfim, de determinação pela corte ou tribunal, não pela Autoridade Central" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2003, p. 45, grifos nossos).

O guia também tece considerações sobre o impacto que questões migratórias podem apresentar na interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*[1086], nos seguintes termos:

> "Immigration matters
> In the past few years, there have been a number of cases where either:
> (a) a child was not returned (due to the risk of psychological harm) because the abducting parent's immigration status in the requesting country prevented their re-entry; or

[1085] Disponível em https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf. Acesso em 17.07.2018.
[1086] Em tais casos, a *recomendação* deste guia é a de que os Estados-Partes considerem, dentro do possível, adotar medidas que garantam que, *exceto em casos excepcionais*, ao genitor subtrator seja permitido ingressar no país para o qual a criança será retornada, com o fim de participar nos procedimentos jurídicos relativos à custódia ou proteção da criança. Vide, ainda, artigo 10, parágrafo 1º, da Convenção da ONU de 1980 sobre os Direitos da Criança.

> (b) a child was returned even though the abducting parent was unable to re-enter the requesting country for immigration reasons. Consequently the abducting parent could not personally participate in later custody proceedings, with possible adverse consequences for the best interests of the child" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2003, p. 74).

A 4ª Comissão Especial da CH80 concluiu que o principal objetivo é a elaboração de guias de boas práticas cujos "mais importantes princípios tenham aplicação *universal*", com estrutura lógica, linguagem clara e informações acessíveis e abrangentes. Os Estados foram, então, relembrados pelos Presidente desta Comissão Especial (2002), que o "guia não é um tratado; não possui natureza mandatória mas tenciona apresentar o que as Autoridades Centrais devem *aspirar*". Para isso, as autoridades centrais foram encorajadas a adotar a postura de "implementação progressiva" do conteúdo do Guia, "do mesmo modo que a 'interpretação progressiva' da Convenção [CH80] foi adotada como Princípio Operativo Chave"[1087] (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2002, p. 14-5, grifos nossos)[1088].

[1087] A menção à *interpretação progressiva da CH80* como "princípio operativo chave" aparece no Guia de Boas Práticas – Parte I, em seu capítulo inaugural, e foi assim desenvolvida pelo texto: "1.7 Progressive implementation It is desirable that Central Authorities, and their States, acknowledge the value of the concept of 'progressive implementation' of the Convention. All Central Authorities have had to review and revise their early procedures, as they gained more practical experience with the Convention, and obtained more information about practices in other countries. Many countries have also amended their initial implementing legislation in the light of changing interpretations and practices since 1980. This evolution in practices and procedures contributes to more effective ways to implement the Convention and achieve its objectives. *Recognition of progressive implementation as a key operating principle ensures that all Central Authorities, both established and developing, and their Contracting States, will take steps whenever possible to improve the operation of the Convention in their respective countries*" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2003, p. 21, grifos nossos). Para breve discussão sobre o espinhoso tema da interpretação progressiva dos tratados vide, em especial, o Capítulo 4, acima.

[1088] Este guia também aponta o relevante papel das Autoridades Centrais no desenvolvimento e disseminação de informações sobre os riscos e efeitos da subtração de crianças, considerando que o conhecimento ("awareness") de tais riscos é o primeiro passo para que precauções essenciais sejam adotadas (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2003, pp. 74-5). Neste ponto o Guia de 2003, ora em análise, inclui outras questões, sob a denominação de "questões envolvendo o retorno seguro das crianças e genitores". Embora não inclua, com exceção da questão migratória, acima apresentada, a terminologia da *exceção de grave risco*, menciona outros tópicos que tangenciam esta exceção, tais como a obtenção de ordem espelho ou condições ao retorno; a existência de procedimentos criminais em curso contra o subtrator no país de residência habitual da criança e a concessão de assistência jurídica, pelo país de residência habitual da criança, em favor do subtrator.
Segundo informações apresentadas na Comissão Especial de 2002 sobre a CH80, a elaboração da Parte I do Guia de Boas Práticas sobre a CH80 levou em consideração algumas circunstâncias, para além daquelas incluídas nas Conclusões e Recomendações da 4ª Comissão Especial da CH80 (ocorrida em 2001, ambas acima discutidas):
a) as possíveis limitações ou requerimentos dos diferentes sistemas jurídicos dos Estados-Partes, tendo em conta que algumas das práticas sugeridas podem ser aceitas em alguns países, mas não em outros;
b) as necessidades e recursos das autoridades centrais estabelecidas (ou em desenvolvimento), sem perder de vista que "algumas diretrizes são tão fundamentalmente importantes que mesmo as autoridades centrais com poucos recursos ou em desenvolvimento devem tentar atendê-las assim que a CH80 entrar em vigor [em seus países], como receber e responder os pedidos [de cooperação jurídica internacional] de retorno";
c) a garantia de que os objetivos mais importantes sejam alcançáveis por autoridades centrais pequenas ou em desenvolvimento, assim como reconhecer que "algumas sugestões de boas práticas não serão alcançadas por novas autoridades centrais";

Considera-se que tal circunstância pode reforçar a adequação da classificação proposta nesta tese, que indica que os Guias de Boas Práticas (relacionados à CH80) podem ser *relevantes,* nos termos da CVDT, à interpretação da *exceção de grave risco*, ainda que por vezes, mencionem em seu corpo não serem dotados de natureza (completamente) mandatória.

Por fim, a linguagem da Parte I do Guia de Boas Práticas sobre a CH80 preferiu, em vários pontos relacionados ao tema do retorno seguro da criança, a utilização do termo "genitor acompanhante", ao invés de "genitor subtrator" ou "genitor abandonado". Esta subscritora entende que a escolha de tal termo foi deliberada – além de adequada, na medida em que a criança poderá retornar ao país de residência habitual acompanhada por qualquer dos seus genitores[1089].

O *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte II – Medidas de Implementação*, também publicado em 2003 e o *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte III – Medidas Preventivas* (2005) não trouxeram quaisquer considerações específicas sobre a *exceção de grave risco*.

Para além do que se mencionou acima, o documento *Contato Transfronteiriço relativo às crianças – Princípios Gerais e Guia de Boas Práticas*, publicado em 2008, teria inaugurado – em documentos desta natureza - as discussões sobre a interação entre procedimentos criminais no país de residência habitual da criança, movidos ou pendentes contra o subtrator, e a *exceção de grave risco*, nos seguintes termos:

> "Problems can sometimes arise where criminal proceedings are instituted against a parent who abducted his or her child to another country. From the responses to the 2006 Questionnaire, it was noted that criminal proceedings are commonly, but not necessarily viewed as having a negative effect even if they are deterrent (…). Criminal proceedings pending in the child's country of pre-abduction residence *may – in the worst case – make the court dismiss the application for return of the child.* That is more likely where *the child was abducted by the primary carer and the return order would result in the separation of primary carer and child because the parent would be forced to make the choice between not returning with the child or upon return being placed in jail and this separation* – due to the *age of the child or other circumstances – would constitute a grave risk of physical or psychological harm in the sense of Art. 13 b) of the 1980 Convention*. This problem has sometimes been resolved by

d) a ênfase à abordagem gradual ou incremental à melhoria, no qual "pequenas otimizações alcançáveis em um período de tempo terão benefícios de longo prazo para todos os Estados".

[1089] Não é incomum, na prática, que uma vez deferida a ordem de retorno, o genitor abandonado se dirija ao país de refúgio, com o objetivo de buscar a criança e acompanhá-la em seu regresso. Essa circunstância ocorre, em geral, quando o genitor subtrator não quer ou não pode, por variadas razões, retornar ao Estado de residência habitual, acompanhando a criança.

> suspending (the enforcement of) the return order until the charges against the abducting parent are withdrawn. In fact criminal mechanisms may be necessary in some States in order to obtain the assistance of police authorities in locating the child; and once in place it may be beyond the power of the parent or the Central Authority to obtain withdrawal of the charges" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008a, p. 22, grifos nossos).

Também foi incluída, no guia de 2008, interessante discussão sobre a interação entre a *exceção de grave risco* e a ausência de contato da criança com o genitor *abandonado*, durante o processamento (administrativo e judicial) dos pedidos de cooperação jurídica internacional fundados na CH80. Segundo tal documento, especialmente quando ocorrem demoras no alcance de decisão final sobre a subtração – e o retorno da criança ao país de residência habitual – a negativa de contato entre a criança (ou adolescente) e o genitor abandonado pode contribuir para a "alienação da criança em relação àquele genitor podendo, inclusive, ampliar a possibilidade de sucesso da defesa contida no artigo 13 b)" [a *exceção de grave risco*] (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008a, p. xxv).

Embora o documento não se aprofunde na ideia apresentada, parece possível afirmar que a alienação da criança poderia, ao aumentar a dependência (psicológica, por exemplo) desta em relação ao genitor subtrator, ampliar as chances de que este último alegue – e comprove, em alguma medida – que a separação da criança de si poderá gerar graves riscos à primeira, em seu retorno ao país de residência habitual – abordagem que não parece amoldar-se à adequada interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da CH80. Aponta-se que para a aplicação da *exceção de grave risco* não são suficientes meras alegações, "specially if magistrates conclude, especially with the help of experts, that the abductor or retaining parent is actually practicing any form of Parental Alienation" (ALMEIDA, 2014, p. 190).

Conforme posição adotada nesta tese, a alienação da criança, cometida pelo genitor subtrator, que poderá contar ou não com a interrupção efetiva do contato entre a primeira e o genitor abandonado, é circunstância capaz de levar à aplicação da *exceção de grave risco* "a contrario sensu": defende-se, em casos tais, que é exatamente a *permanência* da criança na companhia do subtrator - quando este aliena a criança do contato com o outro genitor ou família estendida (ou se comporta de qualquer outra forma que possa causar risco de dano físico, psíquico ou situação intolerável em relação à criança) - a circunstância que ensejaria a aplicação da *exceção de grave risco em desfavor do subtrator*, para que seja determinado o imediato

retorno da criança ao país de residência habitual, sem maiores delongas ou eventual aprofundamento probatório[1090].

O guia de 2008 tangencia tal tese, ainda que sob o viés do direito à visitação da criança (e à criança) ao mencionar que "uma falha no restabelecimento do contato do genitor abandonado durante o curso dos procedimentos para restituição – que podem se alongar no tempo – apresenta *o risco de danos subsequentes à criança e alienação* [desta última] em relação ao genitor abandonado" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008a, p. 23, grifos nossos).

Este documento segue apresentando outros exemplos de casos em que a *exceção de grave risco pode* interagir com o contato entre a criança e seus genitores. Assim, na hipótese de o retorno da criança ser *negado* – com fundamento em qualquer das exceções incluída na CH80, incluída a *exceção de grave risco* – devem ser estabelecidos, com urgência, meios de contato efetivos entre a criança e o genitor abandonado (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008a, p. xxv).

Neste ponto, ganha relevo o cuidado que se deve ter no estabelecimento de tal contato, sempre que as razões para negativa do retorno da criança estiverem diretamente ligadas a comportamentos abusivos[1091] por parte do genitor abandonado[1092]. Por fim, aponta-se que quando são necessárias restrições ao exercício do direito de acesso (vistas) à criança, comprovados objetivamente (assim como deve ser provada a impossibilidade de prevenção ou redução dos riscos à criança, pelas autoridades competentes) tais limitações devem ser proporcionais aos riscos de abuso e não mais do que necessárias para alcançar a proteção da criança (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008a, p. xxi).

Relembra-se que a Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre o Direito das Crianças apresenta várias prescrições para garantir à criança o direito a convivência familiar e comunitária ampla, conforme visto em trechos anteriores deste estudo[1093]. E o documento de 2008 segue:

[1090] Vide Capítulo 2.5.

[1091] Por exemplo, abuso sexual da criança, para o qual as autoridades do país de residência habitual não tenham, cabalmente, condições de minimizar ou eliminar o risco de dano ou perigo à criança, em seu retorno a tal país.

[1092] O contrário também parece verdadeiro: caso o retorno da criança seja deferido, mostra-se necessária a implementação de meios efetivos de manutenção do contato da criança com o genitor subtrator, retornando ou não este último ao país de residência habitual.

[1093] Ainda à título ilustrativo, menciona-se que guia de 2008 também se debruçou sobre os artigos 9, parágrafo 3º e 10, parágrafo 2º da Convenção da ONU de 1989. Apontou-se que a Convenção da ONU de 1989 prevê que

> "These exceptional cases [nos quais o contato da criança com outras pessoas próximas deve ser evitado] comprise those where there is a history of physical or other abuse of the child, in addition to situations where physical abuse or other abuse of the primary carer has meant that the relationship between the contact parent and the child is too damaged. Where the implementation of a contact regime is the source of continuing conflict between the parents, the contact may also become injurious to the child. It is important also to note the caution that judges sometimes exercise in transnational cases when they balance the value of contact against the risk of non-return and find that as the consequence of a breach is that the children would be lost to the primary carer forever, even a slight risk of a breach will provide an exception to the general principle" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2008a, pp. 4-5).

Em conclusão, o guia de 2008, além de reforçar ideia que vem sendo desenvolvida nesta tese, e que diz respeito à complementariedade dos instrumentos de Direito Internacional Público e Privado, também teceu considerações, dentre outros aspectos, sobre os riscos que podem advir do contato da criança (com seus genitores, família estendida e comunidade), em circunstâncias excepcionais.

Assim como o guia de 2003, Parte I (práticas das autoridades centrais), o guia de 2008 também considerou a interação de questões migratórias com a *exceção de grave risco*, avançando na interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da CH80, para inserir em seu conteúdo questões relacionadas à persecução criminal e os riscos potenciais da ausência de contato efetivo da criança com ambos os genitores (família estendida e comunidade).

Em nota de rodapé, o *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança: Parte IV – Cumprimento*, aprovado no ano de 2010, faz referência à aplicação da *exceção de grave risco* no âmbito da União Europeia onde, encontra-se em vigor o Regulamento "Brussels IIa"[1094], nos seguintes termos:

> "It is worth mentioning that for the Member States of the European Union, a majority of which have a civil law tradition, the Brussels IIa Regulation, at Art. 11(4), states that: '*A court cannot refuse to return a child on the basis of Article 13b of the 1980 Hague Convention if it is established that adequate arrangements have been made to secure the protection of the child after his or her return*'. This should encourage courts

---

apenas em circunstâncias excepcionais a criança não deverá ter contato efetivo com ambos os genitores. O guia menciona que a importância da manutenção de relações pessoais da criança com outras pessoas com as quais a criança possui laços familiares próximos é amplamente reconhecida, devendo-se manter tal contato em todas as circunstâncias nas quais a criança não estiver em risco. Neste ponto, o guia de 2008 da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado faz menção a julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, do ano de 2000, no qual foram reconhecidos os laços da criança com outros parentes, como os avós, sendo que a Corte considerou adequada a proteção a tais laços, sob o pálio do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

[1094] O Regulamento do Conselho (CE) nº 2201/2003, de 27 de novembro de 2003 era também denominado Regulamento "Brussels IIa" ou Regulamento "Brussels IIbis" e foi objeto de alteração legislativa recente em âmbito europeu, passando a denominar-se "Brussels II Recast". A posição da regulamentação europeia à CH80, é dotada de viés marcantemente voltado ao deferimento da ordem de restituição da criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual.

> in both States concerned to co-operate in creating a safe environment for the child after return" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2010, p. 35, grifos nossos).

A importância da interpretação uniforme da CH80, tanto para incremento da segurança jurídica transnacional, quando para garantia de nível coerente e adequado de proteção aos envolvidos – em especial às crianças e adolescentes – parece levar os guias (aprovados pelos Estados-Partes da CH80) a recomendar, *progressivamente*, que os Estados considerem algumas circunstâncias, normalmente adstritas a sua soberania, como variáveis *relevantes* (embora não absolutamente mandatórias) na interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*.

Em conclusão, os primeiros Guias de Boas Práticas elaborados e aprovados pelos Estados-Membros da HCCH *não se debruçaram sobre a interação do fenômeno da violência doméstica com a exceção de grave risco*. Tal silêncio, considerado por esta subscritora proposital, parece demonstrar que os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 não teriam alcançado *consenso* hábil – ao menos até 2010 - à inclusão de *práticas posteriores à adoção da CH80*, nos termos do artigo 31, parágrafo 2º, alínea "b" da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, *relacionadas diretamente à violência doméstica*.

ii. Guia de Mediação: soluções consensuais em situações de violência doméstica?

O *Guia de Boas Práticas da Convenção de Subtração de Criança – Mediação*, publicado em 2012 (Guia de Mediação), debruçou-se diretamente sobre a relação da *exceção de grave risco* com a existência de procedimentos criminais, no país de residência habitual da criança, contra o genitor subtrator[1095]. Apontou-se que:

> "Although the 1980 Hague Child Abduction Convention only deals with the civil aspects of international child abduction, criminal proceedings against the taking parent in the country of the child's habitual residence may affect return proceedings under the 1980 Convention. The criminal charges may include child abduction, contempt of court and passport offences. Pending criminal proceedings in the State of the child's pre-abduction residence can – under certain circumstances – result in the court seised with a Hague return application refusing to return the child. This may, in particular, be the case where the child was abducted by the actual carer and the return order would result in the separation of actual carer and child[1096], and this separation –

[1095] A mediação em processos relacionados à CH80 também deve ser expedita, para não frustrar os objetivos deste tratado. A obrigação de manejo de meios expeditos tem duas implicações principais: o início da mediação deve ser célere; e este procedimento, em si mesmo, também deve ser realizado em um prazo curto (VIGERS, 2011, p. 42).

[1096] Em nota de rodapé, o documento menciona que, neste caso, a única escolha do genitor seria não retornar com a criança ou ser encarcerado em seu retorno (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, p. 35). Deve-se atentar, no entanto, para a circunstância de que é possível que, ainda que o país preveja o tipo penal da subtração de incapazes,

> due to the age of the child or other circumstances – would constitute a *grave risk of physical or psychological harm in the sense of Article 13(1) b) of the 1980 Convention*[1097].
> (…) It should be noted that, even in cases where criminal proceedings were initiated on the motion or with the agreement of the left-behind parent, it might be a matter left to the prosecutor or court alone to decide whether criminal proceedings may be terminated. This means that should criminal proceedings against the taking parent turn out to be a possible obstacle to the return of the child, the left-behind parent may have little influence on removing this obstacle, whether or not the criminal charges were brought on his or her motion or with his or her approval" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, pp. 34-5, grifos nossos).

Este guia complementa, em nota de rodapé, que as respostas dos Estados-Partes ao Questionário de 2006[1098] constatam que os procedimentos criminais (contra o subtrator, manejados no país de residência habitual da criança), embora comuns, não são necessariamente vistos como apresentando efeito negativo[1099].

---

este não seja punido com encarceramento, podendo receber a cominação de penas alternativas (à restrição de liberdade) ou, ainda, prisão domiciliar. No caso do Brasil, por exemplo, entende-se que o artigo 249 do Código Penal apresenta causa de isenção de pena enquanto o subtrator não estiver privado, provisória ou definitivamente, do poder familiar, tutela, curatela ou guarda. O artigo 249 do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940, assim disciplina o crime de subtração de incapazes:
"Art. 249 - Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:
Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.
1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.
2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena".

[1097] Neste ponto, o guia aponta que "This problem has sometimes been resolved by suspending (the enforcement of) the return order until the charges against the abducting parent are withdrawn", nos termos do documento *Contato Transfronteiriço relativo às crianças – Princípios Gerais e Guia de Boas Práticas*, item 4.4, pp. 21 - 22 e nota 118, analisado acima.

[1098] Periodicamente a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado envia aos Estados-partes questionários sobre o funcionamento da CH80. O questionário de 2006 encontra-se disponível em https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_pd01e2006.pdf. Acesso em 17.07.2018. Foram colhidas respostas de 45 Estados-partes, que podem ser consultadas em https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3842&dtid=33. A pergunta sobre procedimentos criminais pode encontra-se no item 19 deste questionário. O Brasil não apresentou resposta ao questionário de 2006.

[1099] Ainda parece persistir alto grau de divergência, entre os Estados-partes da CH80, sobre a possibilidade e adequação do manejo de instrumentos de natureza penal (contra o subtrator), em casos de subtração internacional de crianças e adolescentes (que já vem sendo objeto de cooperação jurídica internacional na esfera civil). Os guias de boas práticas sobre a CH80, por sua vez, parecem avançar, em certa medida, em tal ponto, tendendo a aproximar-se de posição que *não recomenda* o uso de instrumentos penais (embora inclua, expressamente "disclamer" sobre a posição de alguns países, segundo a qual a persecução criminal não deve ter qualquer impacto – negativo – na interpretação e aplicação da CH80). Esse parece ser um exemplo bastante interessante da *força* dos guias de boas práticas que, uma vez aprovados pelos países (e, nos termos desta tese, portadores relevância para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, nos termos da CVDT), acaba por *avançar* no tratamento de temas de difícil consenso.

Além disso, o Guia de Mediação, pela *primeira* vez em documento dessa natureza, manifesta-se *expressamente* sobre a relação entre a CH80 e o fenômeno da violência doméstica, apontando, em especial, que:

> "In the course of Hague return proceedings, domestic violence accusations play a role when it comes to deciding whether an exception to the child's return in accordance with *Article 13(1) b)* [*exceção de grave risco*] of the 1980 Hague Child Abduction Convention can be established. According to that Article, the judicial or administrative authority of the requested State is *not bound* to order the return of the child if it is established that 'there is a grave risk that (the child's) return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation'. Not just child abuse, but also *domestic violence* against the taking parent which *indirectly* affects the child, may be the cause of such a risk. However the exceptions of Article 13, in line with the objectives of the 1980 Convention, are construed narrowly. Whether the conditions for the grave risk exception are fulfilled in a case with domestic violence allegations, will, besides the circumstances of the individual case, also depend on the ability to arrange for protective measures to ensure the safe return of the child and possibly the taking parent to the State of his / her habitual residence" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, pp. 34-5, grifos nossos).

O trecho deixa claro que, os Estados-Partes, ao *aprovarem* o texto do Guia de 2012, anuíram com a interpretação e sugestão de aplicação dos dispositivos da CH80 nele contida. O texto, neste ponto, mostra-se claro ao apontar que tanto o abuso infantil (abuso direito à criança, nos termos do Guia), quanto *a violência contra um dos genitores (que afetarem indiretamente a criança/adolescente*) podem levar à configuração de risco à criança, risco este hábil a levar à consideração da incidência da *exceção de grave risco*, ao menos em tese.

Trata-se, inequivocamente, do reconhecimento – em documento dotado de relevância hermenêutica, por veicular "prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabelece o acordo das partes relativo à sua aplicação", nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b", da CVDT – dos *limites* da interação entre o fenômeno da violência doméstica e a *exceção de grave risco* da CH80.

O Guia de Mediação adota, *neste ponto* e adequadamente, a conceituação moderna de violência doméstica, segundo a qual tal fenômeno estaria adstrito à violência entre adultos, sendo que crianças e adolescentes poderiam ser, tão-somente, suas vítimas indiretas. No entanto, o documento deixa de fazer menção a importante elemento da violência doméstica, o padrão de controle coercitivo, pormenorizado em tópico anterior deste estudo[1100].

[1100] Capítulo 2.

A temática da violência doméstica recebeu, ainda neste guia, capítulo próprio. Antes de tal tópico, e ainda na parte denominada *terminologia*[1101], os termos *violência doméstica* e *abuso de criança* foram assim definidos pelo Guia de Mediação, *de forma que não parece adequada (ou coerente) com a terminologia que foi empregada no decorrer do texto)*. Nos termos do item *terminologia* do Guia de Mediação tem-se que:

> "The term 'domestic violence' may, depending on the definition used, encompass many different facets of abuse within the family. The abuse may be physical or psychological; *it may be directed towards the child ('child abuse')* and / or towards the partner (sometimes referred to as 'spousal abuse') and / or other family members. This Guide uses the term 'domestic violence', unless stated otherwise, in the broad sense outlined above. Regarding domestic violence against a child, the Guide will distinguish between indirect and direct violence. The first is domestic violence towards a parent or other members of the household, which affects the child, and the second is domestic violence towards the child. Only the latter will be referred to as 'child abuse' in this Guide" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, p. 11).

Conforme exaustivamente discutido no Capítulo 2 desta tese, os termos violência doméstica, abuso infantil e abuso entre parceiros *não são sinônimos perfeitos*, embora em algumas circunstâncias eles possam coexistir. As modernas pesquisas preferem conceituar a violência doméstica como fenômeno de *violência exclusivamente entre adultos*, onde é necessária a detecção de *padrão de controle coercitivo* – exercido pelo agressor sobre a vítima.

O Guia de Mediação, em seu capítulo *terminologia*, infelizmente afasta-se diametralmente de tal conceituação, prevendo que a criança poderá ser vítima *direta* de violência doméstica, quando os atos de violência *forem dirigidos contra si*. Reitera-se que não se considerada tal abordagem adequada: defende-se, nesta tese, que a criança poderá ser vítima direta de *abuso infantil*, perpetrado por qualquer pessoa (adulto ou menor), no ambiente privado (violência familiar) ou no espaço público.

Em situação de violência *doméstica*, a criança (ou adolescente) poderá (ou não) ser vítima; quando o forem, serão sempre na condição de vítima *indireta* (testemunha ou, mais adequadamente, pessoa *exposta*). Uma outra crítica relevante ao Guia de Mediação é que, o conceito de violência doméstica incluído no tópico *terminologia*, foi, por vezes, abandonado pelo próprio documento, em outros trechos (conforme visto acima), acirrando a ampla confusão terminológica que assola o tema, identificada especialmente nos Capítulos 1 e 2 deste estudo.

[1101] Capítulo que inaugura a publicação.

Este guia também parece deslocar-se das atuais análises especializadas[1102] sobre violência doméstica, ao incluir em sua conceituação a consideração de que ela poderia variar de um único incidente isolado para ser parte de um padrão recorrente e sustentável. Conforme discutido anteriormente, o fenômeno da violência doméstica necessita da configuração objetiva de um *padrão de controle coercitivo* que, por sua vez, dificilmente poderia ser observado a partir de um episódio (único e/ou isolado).

Aproveitando-se dos estudos sobre o *ciclo de violência*, desenvolvidos inicialmente por Walker (1979; 2017)[1103], este guia indica que no contexto de violência doméstica *recorrente*, o ciclo típico de violência consistiria em:

> a) fase de crescimento das tensões (entre o casal), com a ocorrência de pequenas agressões;
>
> b) um incidente de agressão agudo, que indica escalonamento da violência; e
>
> c) fase de reconciliação, na qual o agressor normalmente roga por perdão e promete nunca mais ser violento novamente, enquanto a vítima busca acreditar em tais garantias, por vezes sentindo-se responsável pelo bem-estar emocional do agressor.

Sob a *teoria do ciclo de violência* especialmente desenvolvida em Walker, é característica, também recorrente, o sentimento da vítima de aprisionamento dentro do ciclo, além de desamparo, acreditando que a situação não pode ser modificada e com receio de deixar o agressor e sofrer violência retaliatória (JOYCE, 1997, p. 450 e 499). Neste ponto, novamente o Guia de Mediação se afasta do conceito de violência doméstica previsto em seu capítulo terminológico, para aproximar-se à observação desta violência como fenômeno relacionado diretamente a indivíduos adultos – o que se considera mais adequado.

É importante mencionar que o Guia de Mediação reconhece que as alegações de violência doméstica, em casos de subtração internacional de crianças e adolescentes, não são raras, embora algumas delas sejam infundadas. Ultrapassando o escopo direto do documento – mediação em casos de subtração internacional de crianças e adolescentes – o guia passa a tecer

---

[1102] Conforme visto em tópico anterior, Edleson e Lindhorst, acompanhando outros, preferem reconceitualizar a violência doméstica como aquela que apresenta como elemento essencial, um padrão objetivamente identificável de controle coercitivo (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 29).
[1103] Vide Capítulo 2.

considerações de caráter geral sobre a violência doméstica e a CH80, em um claro esforço de reforçar a relevância prática – e preocupação – dos Estados-Partes com o tema.

Após alertar as Autoridades Centrais que sempre que uma subtração ocorrer, estas últimas devem tomar todas as medidas para prevenir futuros danos à criança ou prejuízo às partes[1104], o documento reconhece que a maior parte dos casos relacionados à CH80 envolvem a alegação de violência que teria sido cometida pelo genitor abandonado, ainda no país de residência habitual da família (e antes da subtração). De acordo com as leis domésticas – especialmente quanto aos limites de sua atuação – poderá (ou não) caber às autoridades centrais a adoção das providências para segurança da criança e, quando necessário, do genitor subtrator[1105].

O Guia de 2012, ao considerar a conveniência e oportunidade da realização de esforços de mediação em situações onde há a ocorrência comprovada de violência doméstica, manifesta-se no sentido de é *possível* a tentativa de mediação em casos envolvendo a inequívoca ocorrência de violência doméstica[1106]. No entanto, adverte que tal contexto poderá demandar o estabelecimento de medidas para proteção da integridade dos envolvidos, por força das diferenças potenciais do *poder de barganha* dos adultos envolvidos:

> "Even where both parties agree to mediation, attention needs to be paid to specific circumstances such as possible indications of domestic violence. The very fact of a

[1104] Tema discutido em tópico anterior, sobre o imediato retorno da criança ao país de residência habitual quando o comportamento do subtrator causar, à primeira, risco ou perigo de dano.

[1105] Neste ponto ainda parece existir ainda alto grau de desinformação sobre os limites de atuação das autoridades centrais. Em geral, tais órgãos encontram-se inseridos na estrutura do Poder Executivo (Ministérios da Justiça, Relações Exteriores e, em poucos casos, Direitos Humanos ou órgãos análogos), sendo certo que suas atribuições devem respeitar, em absoluto, as limitações impostas à atuação do Poder Executivo, bem como as normas que especificamente regulamentam o exercício de suas funções. As autoridades centrais não são – feliz ou infelizmente – dotadas de *superpoderes*; não podem, por óbvio, interferir em decisões judiciais ou no exercício das atribuições de outras autoridades, como a polícia e o Ministério Público. Em especial, não tem o poder de determinar o cumprimento de condições ou solicitações apresentadas por autoridades brasileiras a autoridades de outros países como, por exemplo, a emissão de passaportes, vistos, autorizações de permanência, naturalizações, a concessão de assistência jurídica e/ou social, a decisão sobre a persecução penal, dentre outras. Todas as providências que devem ser cumpridas ou receber eficácia em outros países deverão seguir, via de regra, os caminhos tradicionais da cooperação jurídica internacional, sejam eles o auxílio direto (administrativo ou judicial), a obtenção de "exequatur" em cartas rogatórias e/ou a homologação de sentenças estrangeiras. Por óbvio, as autoridades centrais poderão, em maior ou menor grau e também a depender, em muito, de sua legislação de regência, buscar gestões junto aos órgãos internos de seu país e às suas congêneres estrangeiras, para que a cooperação jurídica internacional ocorra da maneira mais fluida e adequada possível.

[1106] Muitos especialistas são contrários à exclusão, "a priori" da mediação em casos envolvendo violência doméstica, desde que profissionais adequadamente treinados sejam envolvidos (FREEMAN, 2006, p.53). Além disso, a vítima bem informada, e segura, deve ter o direito de participar em tal exercício, se assim o desejar (STEEGH, 2008-2009, p. 665). Por fim, o envolvimento da vítima em processo de mediação apropriado e bem conduzido pode empoderar esta pessoa (ALANEN, 2008-2009, p. 69).

> joint meeting between the parties in the course of a mediation session might put the physical or psychological integrity of one of the parties, and indeed that of the mediator, at risk. Also, consideration may have to be given to the possibility that drug or alcohol abuse by one of the parties may result in that person's inability to protect his or her interests" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, p. 23).

A possibilidade de realização de mediação em casos de subtração internacional de crianças e adolescentes envolvendo violência doméstica, *desde que* realizada avaliação prévia e em cada um dos casos, sobre tal possibilidade também foi defendida em publicação da organização internacional não governamental "Reunite International Child Abduction Centre", segundo a qual:

> "Allegations of domestic violence do not preclude entering the mediation process and do not affect the ability to reach a Memorandum of Understanding. However, it is important that a risk assessment is undertaken on each case and appropriate measures introduced to ensure that parents feel safe during the mediation process" (REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE, 2006, p. 53).

No capítulo *Mediação e Acusações de Violência Doméstica* o guia de 2012 tece considerações bastante aprofundadas sobre este tipo de violência e, novamente, sobre seus possíveis impactos aos esforços de mediação em demandas sobre a subtração internacional ou visitação internacional de crianças e adolescentes. O documento reconhece que a violência doméstica é fenômeno alastrado que pode adotar diversas formas: abuso físico e psíquico, que incluir abuso emocional, financeiro e sexual (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, pp. 72-5).

Embora o guia não se aprofunde em considerações sociológicas, a teoria já se manifestou sobre o fenômeno da violência doméstica, conforme visto anteriormente, tendo apontado, inclusive, que ela é fenômeno "complexo e culturalmente cambiante" que "perpassa questões de gênero, raça, etnia, idade e socioeconômicas" (ALANEN, 2008-2009, p. 64).

É sabido que as acusações de violência doméstica sido apresentadas, com certa frequência, no bojo de demandas judiciais em que se discute a restituição de crianças e adolescentes aos seus países de residência habitual. Também segundo o Guia de Mediação, embora a CH80 diga respeito ao retorno da criança, o retorno seguro do genitor subtrator, por vezes, pode ser reconhecido como objeto de preocupação para as cortes às quais incumbe decidir sobre a restituição, "especialmente quando o genitor subtrator é o cuidador *exclusivo* da criança", adicionando que as providências para o retorno seguro do subtrator, podem ser condições necessárias para a determinação do regresso da criança, se a separação entre esta

última e o primeiro, devido à inabilidade[1107] do genitor subtrator de retornar expuserem a criança a grave risco de dano ou perigo (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, p. 74).

Neste ponto, o guia parece se afastar de tendência observada em documentos de natureza semelhantes, anteriormente elaborados no âmbito da HCCH, bem como de conclusões e recomendações de Comissões Especial da CH80, que vinham sendo construídos com linguagem *neutra*, para prever proteção ao genitor *que acompanhar a criança em seu retorno*, seja ele o subtrator ou o genitor abandonado[1108]. Por fim, o guia reconhece que lidar com "acusações de violência doméstica nos procedimentos de retorno da [convenção] da Haia é questão muito sensível e não pode, particularmente tendo em vista as muitas facetas em que a violência doméstica é alegada, ser generalizada" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, p. 74).

iii. Guia da *Exceção de Grave Risco*: a principal ferramenta para interpretação da *exceção de grave risco*

Conforme pormenorizado em tópico anterior[1109], a 6ª Comissão Especial sobre a CH80 (2011-2012) sugeriu medida para promoção de maior consistência na interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*. Tal sugestão foi submetida ao Conselho de Assuntos Gerais da HCCH, que decidiu, em abril de 2012, "estabelecer um Grupo de Trabalho, composto por ampla gama de especialistas, incluindo juízes, Autoridades Centrais e especialistas interdisciplinares, para desenvolver um Guia de Boas Práticas sobre a interpretação e aplicação do Artigo 13 (I) (b) [a *exceção de grave risco*] da Convenção da Haia de 1980 sobre Subtração de Crianças" com o principal objetivo de prover orientação especificamente dirigidas às autoridades judiciais (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012c, p. 3).

Em complementação ao extensivo material que já foi produzido, nos termos do artigo 31 da CVDT, sobre a interpretação e aplicação da CH80 – e, para os fins do presente trabalho, sobre a *exceção e grave risco* e sua interação com o fenômeno da violência doméstica – mais

---

[1107] Haveria diferenciação entre cenários em que o genitor subtrator não pode retornar (por questões médicas, familiares, criminais, por exemplo), daquelas em que ele não tem intenção de retornar (por razões puramente subjetivas).

[1108] Parece possível, em alguma medida, notar algumas semelhanças na linguagem do Guia de Mediação e do Documento Reflexivo sobre Violência Doméstica e Familiar, discutido em tópico anterior (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b). Embora o primeiro tenha sido, em tese, elaborado por um grupo de trabalho – e o 2º, exclusivamente pelo Secretariado da HCCH, a adesão à linguagem parecida, assim como a posições teóricas semelhantes (sem considerações relevantes a posições teóricas divergentes) é notável.

[1109] Capítulo 5.3.1.E.

uma vez os Estados-Partes *decidiram, por consenso*, desenvolver outra ferramenta hermenêutica, específica para orientar juízes de seus países.

A elaboração deste guia, além de tomar alongado período de tempo para sua negociação e conclusão – mais de 7 anos, prazo muito superior àquele necessário para aprovação dos demais guias da HCCH vistos anteriormente –, também parece demonstrar a *dificuldade de alcance de consenso, entre os países que são parte da CH80 e membros da HCCH, quanto à interpretação uniforme da exceção de grave risco incluída na primeira, especialmente em contextos de violência doméstica*.

Ainda assim, considera-se que o texto aprovado deste Guia de Boas Práticas, ao *incorporar o nível de consenso possível, entre os Estados-Partes da CH80 e membros da HCCH em relação à exceção de grave risco, torna-se uma das mais importantes – senão a principal – ferramenta para interpretação desta exceção,* nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, *inclusive em contextos de violência doméstica*.

Na sequência, as dificuldades de alcance de consenso quanto ao conteúdo deste guia, bem como suas principais contribuições à interpretação *uniforme* da *exceção de grave risco* da CH80 serão exploradas.

- Tensões entre diferentes conceitos para a violência doméstica

Estabelecido Grupo de Trabalho para elaboração de minuta de Guia de Boas Práticas sobre o Artigo 13 (I) (b) (a *exceção de grave risco*), no ano de 2012, os Estados-Partes interessados, assim como especialistas convidados pelo Secretariado da HCCH passaram a se debruçar sobre o tema. Em 2013, o Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH (Conselho da HCCH), em sua reunião anual, após congratular o progresso do Grupo de Trabalho na elaboração do Guia de Boas Práticas sobre a *exceção de grave risco*, sugeriu ao Secretariado da organização a realização de 2 reuniões presenciais do grupo, a serem reportadas ao Conselho em sua reunião no ano seguinte (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2013, p. 3).

Em 2014, e uma vez que os trabalhos do grupo ainda não tinham sido finalizados, o Conselho da HCCH novamente congratulou o grupo pelo trabalho alcançado, convidando-o a dar seguimento à tarefa (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2014, p. 2). Providência semelhante foi

adotada pelo Conselho da HCCH nos anos de 2015, 2016, 2017. Em 2018, e tendo em vista que o Grupo de Trabalho ainda não finalizara a elaboração da minuta de Guia de Boas Práticas sobre a *exceção de grave risco* (Guia da *Exceção de Grave Risco* ou Guia do artigo 13Ib), o Conselho da HCCH assim se manifestou:

> "19. The Council mandated the Permanent Bureau to implement the Conclusions and Recommendations addressed to it. In doing so, the Permanent Bureau shall prioritise the following projects:
> • finalisation of the draft Guide to Good Practice on Article 13(1)(b) of the 1980 Convention;
> (…)
> 20. The Council endorsed the proposal for the Experts' Group on Article 13(1)(b) to meet in September 2018. The revised Draft Guide will be circulated to Members for comments, before being submitted to Council for approval at its 2019 Meeting.
> 21. In relation to Preliminary Document No 7 of the Seventh Meeting of the Special Commission, the Council recalled Conclusion & Recommendation No 34 of the Seventh Meeting of the Special Commission and stressed that, with a view to ensuring that Members are satisfied with the final document, a revised draft will be circulated to them for review. The Council requested that the document be finalised in a timely fashion" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2018, p. 3).

O Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH considerou que, após cerca de 6 anos de gestação, a finalização do Guia de Boas Práticas sobre a *exceção de grave risco* era *providência prioritária*. Em setembro de 2018 ocorreu nova reunião presencial do grupo, ocasião na qual a minuta de guia de boas práticas sofreu alterações *substanciais*, sendo que a previsão de apresentação da versão final do guia, após circulado para todos os membros, foi prevista para ocorrer em março de 2019. Nesta ocasião, no entanto, o documento não foi aprovado pelos Estados-Membros da HCCH.

Novamente os países demonstraram profunda preocupação com alguns pontos do conteúdo deste guia e novas rodadas de sugestões ao texto foram iniciadas, entre os países interessados, o Secretariado da HCCH e a Presidência do Grupo de Trabalho[1110]. A partir de proposta brasileira e canadense, durante os trabalhos do Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH em 2019, foi possível a criação de interessante e novel mecanismo para *aprovação* de guias de boas práticas: ao invés de nova versão de tai documentos ser circulada apenas na sessão seguinte do Conselho da HCCH, em 2020, foi possível aprovar-se que, após colhidas as sugestões dos Estados interessados em contribuir com a otimização do conteúdo do Guia da *Exceção de Grave Risco*, o mesmo seria *automaticamente aprovado desde que não contasse com oposição de qualquer Estado-Membro da HCCH*.

[1110] Exercida pela Juíza australiana Diana Bryant.

As dificuldades de alcance, por vários anos, de versão final do Guia de Boas Práticas sobre a *Exceção de grave risco* da CH80 parecem ilustrar, adequadamente, a *ausência de consenso multilateral sobre o tratamento específico da interpretação e aplicação deste dispositivo convencional, especialmente no que diz respeito à violência doméstica*. Conforme mencionado acima, após anos de discussões no âmbito do Grupo de Trabalho, a presidente do grupo entendeu por bem apresentar *versão final* do documento, para consideração da 7ª Comissão Especial (2017).

Pela primeira vez na história dos guias de boas práticas da CH80, o documento foi *rechaçado publicamente por grande parte dos países presentes*, levando a 7ª Comissão Especial, conforme visto acima, a sugerir, ao Conselho de Assuntos Gerais da HCCH, a devolução do texto ao grupo de trabalho, para que fosse rediscutido (e apresentada nova versão *final* para consideração da reunião de 2019 do Conselho).

A última comunicação da HCCH aos seus membros, datada de 12 de novembro de 2019[1111], informa que desde a última reunião do Conselho de Assuntos Gerais da HCCH, em março de 2019, o Guia da *Exceção de Grave Risco* foi novamente circulado, para consideração dos Estados-Membros da organização em 3 ocasiões, em março, maio e novembro. Todos os comentários apresentados pelos países foram disponibilizados aos demais e a presidência do Grupo de Trabalho, em consulta aos seus integrantes, efetuou as alterações consideradas possíveis – aquelas dotadas de *consenso* - e adequadas. Alcançando seu final, apenas poucos foram os países que seguiram engajados em tal exercício, sendo o Brasil um deles[1112]. Inexistindo outros comentários que se opuseram à aprovação deste documento, esta ocorreu, *tacitamente*, em 12 de dezembro de 2019[1113].

Algumas são as razões, no entender desta subscritora, que parecem ter contribuído para a situação inédita pela qual o Guia de Boas Práticas sobre a *Exceção de grave risco* passou. Por

---

[1111] Arquivada com esta subscritora.

[1112] Acompanhado de Canadá, Estados Unidos, União Europeia, Israel e Noruega. A subscritora desta tese representou o Estado brasileiro, inicialmente por intermédio da Advocacia-Geral da União e, desde 2016, por força de sua atuação junto à Autoridade Central Administrativa Federal para Adoção e Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Outros órgãos brasileiros tiveram a oportunidade de participar do exercício de elaboração deste guia: em especial, o Ministério das Relações Exteriores, Advocacia-Geral da União e Ministério dos Direitos Humanos (desde janeiro de 2019 denominado Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos).

[1113] Até 31 de janeiro de 2019, entretanto, o documento não foi publicado no sítio eletrônico da HCCH.

primeiro, aparentemente a versão que foi alcançada, consensualmente pelos países, parece ter sido modificada unilateralmente pela Presidência do Grupo, com apoio do Secretariado, tendo sido levado à 7ª Comissão Especial documento aparentemente diferente daquele alcançado no âmbito do grupo. A reação dos países, durante a 7ª Comissão Especial, foi especialmente dura, o que parece comprovar que em qualquer exercício de elaboração de textos no âmbito de organizações internacionais, tentativas de burla à natureza "member driven" destas organizações são efetivamente rechaçadas pelos países.

Além disso, e especialmente quanto às discussões sobre a relação e impactos da violência doméstica na interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*, restou clara a *ausência de consenso* dos países – integrantes do grupo de trabalho e, potencialmente, dos demais Estados-Partes da CH80. Inicialmente, o guia de boas práticas contava com mais de 150 páginas[1114], incluindo-se um capítulo especificamente voltados à *dinâmica da violência doméstica*, elaborado essencialmente por membro da academia.

Inicialmente, tal capítulo teve sua topografia alterada, para deixar de compor o "core" do texto do guia, passando a ser incluído entre seus anexos, como *Anexo 3*. As reações dos países – inclusive brasileira, por parte especialmente do Ministério da Justiça e Segurança Pública -, foram violentas em relação a este trecho do documento, especialmente por seu conteúdo não refletir a conceituação deste fenômeno de forma adequada, além de pretender que qualquer *alegação* de sua ocorrência seria razão suficiente para obstaculizar o regresso da criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual.

Em razão da participação direta da subscritora desta tese em todas as fases de elaboração deste guia, desde a criação do grupo de trabalho, foi possível o acompanhamento do exercício de *formação do consenso* dos Estados e a *constatação segura* de que, até o momento, ainda há importantes dificuldades para discussão da violência doméstica no âmbito da CH80*, quando esta ocorre entre pessoas adultas, sem a comprovação de impactos à criança (ou adolescente) vítima de subtração internacional.*

As discussões travadas no ano de 2017, essencialmente por meios eletrônicos[1115], demonstraram que a maior parte dos membros do grupo de trabalho preocupou-se com uma

[1114] Arquivado com esta subscritora.
[1115] Correspondências eletrônicas arquivadas com esta subscritora.

aproximação exageradamente inadequada da exceção de grave risco à violência doméstica. Corria-se o *risco*, entendiam alguns, de que o Guia da *Exceção de Grave Risco* se transformasse em um *guia sobre violência doméstica* (entre adultos), o que *limitava* seu escopo, além de *dirigir* seu conteúdo para tema que ainda não estaria suficientemente *maduro* para *regulamentação (ou, mais propriamente, eleição de boas práticas* – com a consequente caracterização de outras práticas dos países como *más práticas*).

A tensão entre representantes de países que possuem visão da violência doméstica como voltada à prática de atos *a quaisquer pessoas*, inclusive crianças e adolescentes, por *homens-pais* como motivo único (ou principal) para a *legitimidade* da subtração com aqueles que compreendem a violência doméstica como fenômeno limitado diretamente a adultos e dotado de padrão de controle coercitivo, era evidente e parecia irreconciliável.

A presidência do grupo, exercida por juíza australiana integrante da primeira corrente, também pareceu dificultar, em seus anos iniciais, o adequado equacionamento do *consenso possível* entre os países. Possivelmente por força de seu exercício profissional, alguns países consideraram que seus esforços, algumas vezes, tentaram *impor aos* países a visão que era considerada mais adequada *por ela*. Novamente emergiu a discussão quanto ao trabalho da HCCH – incluída a presidência de seus grupos de trabalho – ser "member driven" – e não dirigida por sua presidência ou pelo secretariado.

A partir de 2018, o anexo sobre a dinâmica da violência doméstica foi definitivamente removido do guia de boas práticas, dado o tamanho do desconforto que ele causou nos Estados-Partes da CH80 quando da realização da 7ª Comissão Especial sobre a Operação da CH80 (e da CH96)[1116]. Foram aprimorados os *cenários* comumente encontrados em *alegações* da incidência da *exceção de grave risco* e desenhado *fluxo* de análise da incidência da *exceção de grave risco* a ser (sugestivamente) seguido pelas autoridades judiciais dos Estados-Partes da CH80[1117].

[1116] Vide Capítulo 5.3.1.E.

[1117] O desconforto de muitos países em relação ao conteúdo deste guia de boas práticas levou à apresentação de solicitação formal, durante as atividades presenciais do Grupo de Trabalho, para *remoção* da minuta de guia da seção pública do sítio eletrônico da HCCH. De fato, também no Brasil notou-se que ao menos uma das genitores-subtratoras, no curso de processo judicial contra si, apresentou minuta não oficial ou aprovada deste guia como se tal documento já estivesse em vigor e seu conteúdo devesse ser observado pelas autoridades judiciais brasileiras.

Novamente a aprovação do Guia da *Exceção de Grave Risco* foi deferida para momento posterior, durante os trabalhos do Conselho de Assuntos Gerais e Política da HCCH, realizada em 2019. Após nova rodada de negociações entre os países interessados – sendo o Brasil o único país da América Latina que seguiu participando deste exercício – o guia foi aprovado, *tacitamente*[1118], em 12 de dezembro de 2020 e passou, desde então, a ser *elemento essencial à interpretação da exceção de grave risco da CH80, ao menos nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados*.

- Estrutura, definições e o reforço do sentido ordinário dos termos da *exceção de grave risco*

Em sua versão final, aprovada em dezembro de 2019 pelos Estados-Membros da HCCH, o Guia de Boas Práticas sobre a *Exceção de Grave Risco* da Convenção da Haia de 1980 teve sua extensão reduzida[1119] em relação às suas versões intermediárias[1120]. Em especial, as questões relacionadas à interação da violência doméstica com a *exceção de grave risco* da CH80 foram redimensionadas, demonstrando a ausência de consenso, ao menos até o presente momento histórico, dos países em relação a tal tema.

Esta tese não tenciona, em absoluto, defender que a exclusão de disciplina da interação entre a violência doméstica e a exceção de grave risco é medida adequada – ou inadequada. O objetivo principal deste estudo é, conforme sabido, identificar e pormenorizar a *interpretação mais uniforme possível da exceção de grave risco*, a partir do princípio do "pacto sunt servanda" e demais elementos do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Tal tarefa deve ser realizada, entende-se, a partir da identificação do *consenso possível* entre os países que participam daquele tratado.

O Guia da *Exceção de Grave Risco* da CH80 encontra-se dividido em glossário, 5 partes e 1 anexo:

[1118] Em razão da ausência de oposição à aprovação previamente prevista na reunião do Conselho de Assuntos Gerais da HCCH em março de 2019.
[1119] Cerca de 40 páginas.
[1120] Que chegaram a contar com quase 150 páginas.

a) Parte I: apresentação do artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" da CH80 a partir de seu principal princípio, o *retorno da criança*;

b) Parte II: aplicação prática da *exceção de grave risco* – identificação das alegações mais comuns em que o subtrator pretende sua aplicação para obstaculizar o regresso da criança; o fluxo para averiguação e julgamento de tais alegações; o ônus da prova; e a inclusão de medidas protetivas e arranjos práticos para garantir o regresso seguro da criança ao seu país de residência habitual;

c) Parte III: sugestão de boas práticas às *autoridades judiciais* dos Estados-Partes da CH80 em casos envolvendo alegação da *exceção de grave risco*;

d) Parte IV: sugestão de boas práticas às *autoridades centrais* dos Estados-Partes da CH80 em casos envolvendo alegação da *exceção de grave risco*;

e) Parte V: indicação de documentos úteis, elaborados no âmbito da HCCH e de alguns Estados-Partes da CH80, para interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980; e, por fim

f) Anexo contendo índice da jurisprudência mencionada no decorrer do texto.

A disposição dos tópicos e sub tópicos deste guia retoma as principais conclusões e recomendações aprovadas pelos Estados-Partes da CH80[1121] sobre este tratado. Por primeiro (Parte I), reitera-se que transferência ou retenção de criança ou adolescente em país diverso daquele em que ela/ele possuía residência habitual é ato ilícito; *oficializa-se* a noção de que a subtração internacional da criança é, em si mesma, danosa à esta última[1122]; reforça-se o quanto contido no artigo 16 da Convenção da Haia de 1980, segundo o qual são as autoridades (judiciais) do país de residência habitual aquelas melhor posicionadas para decidir sobre os direitos de custódia, visitação e responsabilidade parental.

[1121] E membros da HCCH.
[1122] Conforme discussão travada especialmente no Capítulo 2, tal tema careceu, por muito tempo de *visibilidade* adequada no campo das discussões sobre a CH80.

A necessidade de procedimentos céleres, cooperação entre os Estados-Partes – por intermédio de suas autoridades centrais e judiciais[1123]; a obrigação de retorno imediato, pela autoridade judicial do país de refúgio, da criança vítima de subtração internacional ao seu Estado de residência habitual; o escopo limitado e interpretação restritiva das *exceções* à tal obrigação (de regresso imediato) foram mais uma vez apresentados, pormenorizados e *reforçados*.

Esclareceram-se os 3 tipos de riscos graves que estão incluídos no texto da *exceção de grave risco* (exposição *da criança* a danos psíquicos, psicológicos ou que a coloquem em situação intolerável); que o nível *de risco* - e não de dano à criança – é que deve ser qualificado como *grave* e levar, *necessariamente*, à uma *situação intolerável.* Afirma-se, categoricamente, que o texto da *exceção de grave risco* diz respeito à exposição *da criança*, embora os *danos a um de seus genitores, físicos ou psicológicos* (sem inclusão da situação intolerável) possam, *tão-somente em circunstâncias excepcionais*, "criar um grave risco de que *o retorno da criança pode expô-la a danos físicos, psíquicos ou de outra forma a situação intolerável"* (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, quando publicado, p. 16, grifos nossos).

Menciona-se, ainda, que "a exceção do artigo 13(1)(b) "não requer, por exemplo, que a criança seja a vítima *direta ou primária* do dano físico se há provas suficientes que, por força do risco de dano dirigido ao genitor subtrator, há risco grave à criança" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 16, grifos nossos). Neste ponto considera-se, por primeiro, que conforme visto em tópicos anteriores deste estudo, a criança poderá ser vítima *indireta* – nunca *direta* - da violência doméstica, sempre que possível a *comprovação cabal* de seus impactos sobre esta última. Interessante notar, também, que em relação à violência cometida contra o subtrator, a criança poderá ser vitimada apenas quando tal violência for *física*, também deixando o guia de fazer menção à violência psíquica ou situação intolerável em relação ao genitor subtrator.

Peca o guia, entretanto, ao fazer menção apenas à violência sofrida pelo genitor *subtrator*. Conforme discutido no decorrer deste estudo a violência doméstica, infelizmente, pode atingir mulheres e homens, embora não se perca de vista que, numericamente, as mulheres

---

[1123] O Guia eleva a comunicação direta entre Juízes como elemento importante para a aplicação adequada da *exceção de grave risco* e célere da CH80. As dificuldades de implementação desta modalidade de comunicação, especialmente se seu conteúdo for manejado em fase de produção probatória, no sistema jurídico brasileiro, foram brevemente discutidas em tópico anterior desta tese.

ainda são numericamente mais vitimadas do que os homens. Ainda assim, não parece adequado cogitar-se da aplicação de um "double standard" na interpretação da *exceção de grave risco*. Nessa medida, qualquer que seja o sexo ou gênero do genitor subtrator, o tratamento a ser conferido ao julgamento da subtração internacional deve ser o mesmo (SILBERMAN, 2003, p. 45).

O final da Parte I do Guia da *Exceção de Grave Risco* discorre, adequadamente, sobre a perspectiva temporal da análise desta exceção, para reafirmar que sua natureza é *prospectiva*, mirando no *futuro da criança, no país de residência habitual, quando seu regresso for efetivado* ("foward-looking"). A análise da *exceção de grave risco* não deve ser confinada à averiguação das circunstâncias existentes *antes ou no momento* da subtração internacional. Sua adequada aplicação demanda:

> "um olhar para o futuro, isto é, para as circunstâncias que estariam presentes se a criança for retornada imediatamente. O exame da exceção de grave risco deve ainda incluir, *quando considerado necessário e apropriado* [ou seja, nem sempre], consideração sobre a disponibilidade de medidas adequadas e efetivas para proteção no Estado de residência habitual" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 17, grifos nossos).

Segundo o glossário, violência doméstica *ou violência familiar*, dependerão da conceituação *que lhes for conferida pelas legislações domésticas* dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980. Tais violências poderão incluir "uma gama de comportamentos abusivos no âmbito familiar incluindo, por exemplo, tipos de abusos físicos emocionais, psicológicos, sexuais e financeiros" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019). Ainda persistem equívocos na definição veiculada neste documento, na medida em que, por primeiro, os termos violência doméstica e familiar são tomados como se sinônimos fossem; além disso, afirma-se que tais violências "poderão ser dirigidas à criança (abuso infantil) e/ou ao parceiro (referida, por vezes, como 'abuso entre esposos' ou 'violência entre parceiros íntimos') e/ou outros membros da família.

Conforme aprofundado no decorrer deste estudo, violência doméstica e familiar *não são termo análogos*, sendo o último dotado de maior latitude do que o primeiro, que também poderá dirigir-se – e ser cometido – exclusivamente entre *adultos*. A menção à *comportamentos abusivos* parece, por sua vez, aproximar-se da noção de controle coercitivo, embora faça falta, entende-se, menção expressa a tal elemento (indispensável à configuração de violência doméstica e dispensável na violência familiar). Não houve – de forma adequada, limitação da

ocorrência de violência doméstica à vítimas mulheres, permitindo-se que genitores-homens também sejam seus sujeitos passivos.

Realizou-se, tanto no glossário quanto no decorrer do texto deste guia, adequada distinção entre *arranjos práticos* (ao retorno da criança ao seu país de residência habitual) e *medidas protetivas* que, dotadas de alcance e escopo limitados, podem ser fixadas pela autoridade judicial do refúgio, ao ordenar o retorno da criança ao seu país de residência habitual para mitigação ou eliminação de *riscos* no país de refúgio. Segundo tal documento:

> "Practical Arrangements: (...) are arrangements that a court may set out as part of the return order to facilitate and implement the return of the child. Practical arrangements are not intended to address a grave risk and are to be distinguished from protective measures.
> Protective measures: for the purposes of this Guide, the term is to be understood broadly as measures available to address a grave risk" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 8).

Os objetivos do Guia da *Exceção de Grave Risco* encontram-se claramente disciplinados, sendo estes promover, em nível global, a aplicação adequada e consistente da exceção de grave risco, em conformidade com os termos e propósitos da Convenção [da Haia] de 1980, tendo em conta os meios auxiliares de interpretação ["interpretative aids"] como o Relatório Explicativo[1124], bem como as Conclusões e Recomendações da Comissão Especial[1125] e os Guias de Boas Práticas à CH80[1126].

Reitera-se, na linha de outros documentos elaborados no seio da HCCH, a relevância da Convenção da Haia de 1996 como benéfica às crianças vítimas de subtração internacional e a interação entre a CH80 e a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança. O guia, assim como outros documentos desta natureza aprovados no âmbito da HCCH menciona, *expressamente*, que:

> "embora enderece questões interpretativas sob perspectiva geral, este guia *não tenciona* dirigir a interpretação do artigo 13(1)(b) em casos individuais. Tal questão permanece 'exclusivamente a critério da autoridade competente para decisão sobre o retorno', respeitando-se os fatos particulares de cada caso individual. É bem conhecido que os casos da Convenção de 1980 são altamente específicos em seus fatos e as cortes, autoridades centrais e outros são concitados a manter isso em mente quando consultarem este guia.
> Mais além, é importante enfatizar que nada neste Guia deve ser construído para ser mandatório aos Estados-Partes da Convenção de 1980 (e em qualquer outra Convenção da HCCH) e suas autoridades judiciais ou outras autoridades. As boas

[1124] O Relatório Explicativo da CH80 será analisado no Capítulo 6.
[1125] Tais comissões foram analisadas no Capítulo 5.3.1.
[1126] Vistos em tópico anterior deste capítulo.

> práticas descritas neste Guia são puramente consultivas em sua natureza, e sujeitas à legislação e procedimentos relevantes, incluindo diferenças em tradições legais. Além disso, este guia não pretende descrever as posições jurídicas em todos os Estados-Partes e, por necessidade, contém apenas referências limitadas à jurisprudência nacional e legislação comparada. Finalmente, deve-se compreender que os casos referenciados pretendem apresentar exemplos de como algumas cortes abordaram alegações de grave risco, e não prover indicações precisas ou restritas a juízes ou outros utilizando este Guia. (...)" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 11).

Apesar de mencionar, expressamente, seu caráter não mandatório, defende-se que a relevância do Guia sobre a *Exceção de Grave Risco*, aprovado pelos Estados-Membros da HCCH é *inquestionável, nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados*. Embora indiretamente relacionados, os temas da obrigatoriedade e da relevância interpretativa, ao menos no campo da Convenção de Viena de 1969, são *distintos*.

- Fixação de metodologia à interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*

A primeira grande contribuição do Guia da *Exceção de Grave Risco*, entende-se, relaciona-se à *metodologia de análise e aplicação da exceção de grave risco, por intermédio da qual* é fixado *método* para a aplicação de tal exceção*,* objeto de sua Parte II. Segundo tal método, os fatos alegados pelo genitor subtrator, como potencialmente relevantes à obstaculização do regresso da criança ao seu país de residência habitual *devem, por primeiro*, ser substanciais, detalhados e cabalmente comprovados pelo primeiro, bem como devem, obrigatoriamente, *expor a criança*, em seu retorno, a danos físicos ou psíquicos (ou de qualquer outra forma, a situação intolerável).

Se o *genitor subtrator* não lograr efetuar tais comprovações, o retorno da criança *deve ser imediatamente determinado.* Na hipótese de o *grave risco* não ter sido considerado comprovado, o genitor subtrator poderá novamente apresentar suas considerações *à autoridade judicial do país de residência habitual da família, durante futuro (ou em andamento) processo de custódia, visitas e demais responsabilidades familiares*. (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 18). Este é o primeiro passo da metodologia incluída neste guia para interpretação e aplicação da *exceção de grave risco*.

Passando-se ao passo 2 da metodologia do guia, *mesmo que o genitor subtrator se desincumba do ônus probatório acima mencionado*, o órgão julgador do Estado de Refúgio, considerando-se *satisfeito* quanto à existência de grave risco de que o retorno imponha à criança danos físicos, psicológicos ou situação intolerável, *tem a obrigação de levar em consideração*

quaisquer medidas adequadas e suficientes, existentes no país de residência habitual da criança, para sua proteção. Neste ponto, *também incumbe ao genitor subtrator comprovar a inexistência de tais medidas*.

Assim como no passo metodológico anterior, se o genitor subtrator *não se desincumbir deste encargo probatório*, a autoridade (judicial) do país de refúgio *deverá* determinar o retorno imediato da criança ao seu Estado de residência habitual. Ao contrário, se o genitor subtrator provar, adequadamente, os fatos e circunstâncias incluídos *nos passos metodológicos 1* (a efetiva ocorrência de dano à criança em seu retorno) *e 2* (a inexistência de medidas protetivas adequadas e suficientes, no país de residência habitual, em favor da criança, em retorno, para endereçar o grave risco de danos), a *exceção de grave risco pode ser considerada aplicável para obstaculizar o regresso da criança*.

Alternativamente, reconhece o Guia que, em algumas jurisdições os passos 1 e 2 podem ser *invertidos.* Nesses países, as cortes iniciam sua análise perguntando (ao genitor subtrator, às autoridades centrais ou aos juízes de ligação de outros países), se existem medidas adequadas e suficiente para proteção da criança. Constada a existência de tais medidas, o juízo do país de refúgio determinará o *imediato retorno da criança* ao seu Estado de residência habitual. Ao contrário, passará à avaliação sobre se o genitor subtrator se desincumbiu, adequadamente, do ônus de comprovar que o retorno da criança lhe gerará grave risco de danos (físicos, psicológicos ou situação intolerável).

Mesmo que o exercício acima descrito gere a conclusão de que a *exceção de grave risco* é inequivocamente aplicável ao caso, o artigo 18 da Convenção da Haia de 1980 *garante ao órgão julgador o direito de devolver a criança ao seu país de residência*. Tal circunstância ocorrerá em número reduzido de casos. O que deve restar claro é que *o retorno da criança é a medida padrão* ("default") e sua manutenção no país de refúgio será, sempre, medida excepcional.

Infelizmente, a realidade prática da lida de tais casos junto ao Poder Judiciário brasileiro demonstra que a *exceção virou a regra*, e a maior parte das decisões judiciais nacionais nega-se a efetuar o retorno de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita aos seus países de residência habitual, especialmente pela *inadequada* – e em descompasso com as

decisões judiciais de muitos outros Estados-Partes da CH80 – e *lenta* aplicação da *exceção de grave risco*.

Em segundo lugar, o guia contribui para o esclarecimento do conteúdo das medidas protetivas (em oposição aos arranjos para o retorno). Menciona-se que tais medidas, apesar de em muitos casos relacionarem-se que o abuso infantil *e a violência doméstica*, não se encontram limitadas a estas circunstâncias, cobrindo um mais amplo espectro existente de serviços, assistência e suporte, incluindo abrigos, acesso a serviços jurídicos, assistência financeira, de saúde e *outras formas de apoio às vítimas de violência doméstica*, respostas policiais e do sistema judicial penal.

Tais medidas devem ser acessíveis e disponibilizadas com facilidade no país de residência habitual da criança ou, em alguns casos, podem ser incluídas *pelo juízo do país de refúgio*, na ordem de retorno, antes de sua efetivação. No último caso, tais inclusões devem ser *limitadas* a sua indispensabilidade e correlação direta com o grave risco de dano *apurado* – e não potencialmente alegado ou cogitado. Sua vigência temporal é, também restrita: seu cumprimento deixará de ser exequível *assim que* o país de residência habitual logre determinar se alguma medida – semelhante ou diversa – é necessária em relação *à criança*. Situação em que o genitor abandonado teria efetivamente *descumprido sucessivas ordens*, emitidas no país de residência habitual, de proteção, é apresentada como exemplo de circunstância em que a disponibilidade de tal medida não seria suficiente para, na prática, endereçar o grave risco (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 20, grifos nossos).

Idealmente, a necessidade de medidas protetivas deve ser apresentada e analisada, pelo juízo do país de refúgio, *no início do processo judicial*, para incremento de sua celeridade. As *salvaguardas* oferecidas pelo genitor abandonado à corte do país de refúgio devem ser levadas em consideração. Em ambos os casos (medidas protetivas ou salvaguardas) o juízo não deve perder de vista que, na maior parte dos países de tradição civilista *inexiste a possibilidade de que qualquer condição ao retorno seguro da criança seja automaticamente válida em outro país*. Em tais Estados, a *homologação integral da sentença, preferencialmente antes da efetivação do regresso da criança, é essencial.*

A homologação da sentença no país de residência habitual, para garantia de validade e eficácia da sentença do país de refúgio naquele território pode, ao menos em tese, ser substituída

pela emissão, no primeiro, de *ordem espelho* ("mirror order"). Trata-se de *decisão judicial, normalmente adotada pelo juízo de 1º grau do país de residência habitual competente – que está incumbido do julgamento de eventual ação de guarda, visitas, alimentos ou qualquer outro aspecto da responsabilidade parental* - que, a pedido do genitor interessado (e eventualmente da autoridade central de seu país) que *replica*, integral ou parcialmente, as condições ao regresso seguro da criança incluídas na sentença de retorno (do país de refúgio).

Na prática da autoridade central brasileira, conhece-se apenas 2 casos[1127] em que ordens espelho foram obtidas junto a Juízos brasileiros. Em ambos os casos, o genitor abandonado dirigiu-se ao juiz brasileiro (estadual, da Vara de Família, onde tinha curso ação judicial relacionada à criança) e solicitou a emissão de decisão judicial que *espelhasse* as condições de retorno da criança ao Brasil, emitida pela autoridade judicial do país de refúgio.

A adesão do Brasil à Convenção da Haia de 1996 também poderá, ao menos potencialmente, auxiliar a execução de ordens judiciais estrangeiras no Brasil, automaticamente – dispensando-se sua homologação junto ao Superior Tribunal de Justiça. A automaticidade do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em território nacional é questão ainda de difícil debate, na medida em que são identificadas ao menos 2 posições, aparentemente antagônicas. De um lado, alguns defendem que *todas as sentenças estrangeiras devem, necessariamente, passar pelo processo judicial de homologação junto ao Superior Tribunal de Justiça, para seu reconhecimento e execução no Brasil.*

Esta tese filia-se, ao menos em parte, à corrente teórica que aponta que, uma vez que o Código de Processo Civil brasileiro, em sua nova versão[1128], *dispensou de homologação a sentença estrangeira de divórcio consensual* e, até o momento, não houve impugnação à sua constitucionalidade, seria possível, ao menos em tese, que lei ordinária dispensasse de homologação *qualquer outra sentença judicial estrangeira*. Assim, a adesão do Brasil à Convenção da Haia de 1996 poderia permitir a automática validade e exequibilidade de sentenças estrangeiras no Brasil.

Essa discussão, no entanto, mostra-se muito complexa: há obrigatoriedade, em outros dispositivos legais nacionais, de participação do Ministério Público e judicial em questões que

---

[1127] Caso com o Uruguai, em 2017 e com a Austrália, em 2019.
[1128] Artigo 961, parágrafo 5º do Código de Processo Civil brasileiro.

digam respeito ao interesse de menores; todos os interesses de crianças e adolescentes são indisponíveis?; a Convenção da Haia de 1996, complemento à CH80 que, por sua vez, vem dar cumprimento à Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança é tratado *de direitos humanos* (e, portanto, dotado de "status" supralegal no ordenamento jurídico brasileiro)? O aprofundamento de tais questões, no entanto, foge ao escopo deste estudo.

Em *paralelo* às medidas protetivas[1129], o Guia da *Exceção de Grave Risco* considera que, em algumas jurisdições, a autoridade competente para ordenar o regresso da criança ao seu país de residência habitual poderá incluir *arranjos para o regresso imediato da criança*. Tais providências dizem respeito *apenas àquelas necessárias para efetivação do retorno*, em termos práticos, como a quem incumbirá a aquisição dos bilhetes aéreos para a viagem[1130]. Não se dirigem à situação de grave risco, quando esta é existente.

Por fim, outra contribuição metodológica importante, veiculada no Guia da *Exceção de Grave Risco*, diz respeito à *distribuição do ônus da prova* em relação à esta exceção. A Convenção da Haia de 1980 não incluiu, em seu texto, muitas regras sobre a produção de provas, deixando às legislações domésticas a aplicação de suas regras. O nível (ou "standard") da prova a ser produzida, para que se estabeleça a *exceção de grave risco* é exemplo do silêncio deste tratado. Conforme enunciado em tópico anterior, o "standard of proof" aplicado pelos

---

[1129] Via de regra, salvaguardas.

[1130] Segundo o parágrafo 4º do artigo 26 da Convenção da Haia de 1980, "Ao ordenar o retomo da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas *podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança*" (grifos nossos).
Na experiência prática brasileira, os Juízos Federais têm tentado impor à Autoridade Central brasileira o custeio das despesas com o retorno da criança e, ainda, o custeio da realização de provas periciais solicitadas pelo subtrator, Ministério Público ou pelo próprio juízo. Consideram-se tais imposições indevidas e juridicamente inadequadas. Além disso, o Ministério da Justiça e Segurança Pública não seria dotado de rubrica orçamentária para o custeio de passagens aéreas de pessoas privadas, como genitores subtratores ou a criança. Quando tais arranjos são incluídos em sentença judicial, a autoridade central brasileira busca sensibilizar o genitor abandonado, por intermédio da autoridade central estrangeira, da importância de que ele arque com os custos do regresso da criança – e, em circunstâncias absolutamente excepcionais, do genitor subtrator – para que se evite a interposição de recurso de apelação, por exemplo, situação geraria delongas no cumprimento da ordem de regresso.
Em caso recente com a Austrália, surpreendentemente a Juíza australiana impôs ao genitor abandonado brasileiro o custeio das despesas de regresso de sua filha e de sua ex-esposa ao Brasil. Não foi apresentado recurso a este trecho da sentença porque o genitor abandonado concordou com a condição imposta para evitar maiores delongas no regresso da criança ao Brasil.

Estados-Partes da CH80 varia entre o balanço de probabilidades ("balance of probabilities" ou "preponderance of evidence") e o padrão mais elevado da "clear and convincing evidence".

Ao contrário, a distribuição do *ônus da prova* foi prevista, expressamente, pela Convenção da Haia de 1980. Cabe *exclusivamente ao genitor subtrator* (instituição ou organismo), que alega a ocorrência da *exceção de grave risco*, sua ocorrência *e a inexistência de medias protetivas adequadas e eficazes, no país de residência habitual, para endereçá-lo, caso o retorno da criança seja deferido.* É possível aos Juízos do país de refúgio obterem ou determinarem a realização de provas "ex officio". Se o genitor que iniciou os procedimentos de regresso da criança deixar de envolver-se *ativamente* em tais procedimentos, é possível à autoridade judicial competente considerar que o genitor subtrator desincumbiu-se satisfatoriamente de seu ônus (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, pp. 21-2).

Apesar de os países aplicarem seus regimes domésticos de produção de provas, o guia reitera, na esteira de praticamente todos os documentos elaborados no âmbito da HCCH e relacionados à Convenção da Haia de 1980, que a produção de provas (obtenção de evidências) *deve ser compatibilizada com o dever de adoção de procedimentos expeditos*, bem como à imperiosa necessidade de a corte do país de refúgio *limitar suas análises e considerações às questões sob sua competência* – a subtração internacional – sem que se ingresse em questões relacionadas à guarda da criança ou, em especial, *à avaliação ampla do bem-estar* desta última.

Se passíveis de serem obtidos, as autoridades do país de refúgio podem ser beneficiar da produção de documentos, pelo país de residência habitual, sobre a situação social da criança. A norma que facilita tal troca de informações encontra-se incluída no parágrafo 3º do artigo 13 da Convenção da Haia de 1980:

> "Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança"[1131].

Na mesma linha, o guia relembra que o artigo 23[1132] deste tratado também facilita a transmissão de quaisquer documentos relacionados ao pedido de cooperação jurídica internacional, dispensando-os de qualquer formalidade comum à produção de informações sobre o direito estrangeiro ou de documentos alienígenas. Assim, todos os documentos

[1131] Convenção da Haia de 1980, artigo 13, parágrafo 3º.
[1132] "Artigo 23. Nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção".

tramitados entre autoridades centrais ficam dispensados, por exemplo, da obtenção de legalizações ou de seu apostilamento[1133], devendo as cortes dos países aceitarem-nos tal como produzidos, conferindo-os, de acordo com o artigo 30 do mesmo tratado, o valor probatório previsto em sua legislação doméstica.

Em suma, o Guia da *Exceção de Grave Risco* contribuiu, por primeiro e de forma *inequívoca*, com a definição de *metodologia e conceituação para uniforme e adequada interpretação desta exceção pelos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980*. Na sequência serão analisadas as contribuições *de conteúdo* deste guia, especialmente ventiladas na apresentação de *cenários de casos*, construídos a partir de decisões judiciais emitidas por vários de seus Estados-Partes e consideradas, na maior parte das vezes, *boas práticas a serem seguidas – ou, ao menos, conhecidas e consideradas – pelos demais países que participam desta avença internacional*.

Além disso, este guia também efetuou o mais amplo exercício de identificação de *boas práticas* para a interpretação da *exceção de grave risco*, conforme será averiguado na sequência.

- Identificação de boas práticas a partir das jurisprudências nacionais

A partir da *exemplificação das alegações* mais comumente encontradas em processos judiciais evolvendo a *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, o Guia de Boas Práticas em análise inclui as *respostas* – consideradas adequadas – das autoridades judiciais de muitos de seus Estados-Partes.

[1133] A partir, especialmente, de esforços de Programa da Presidência da República voltado à redução de exigências estatais (Programa Bem Mais Simples – Brasil), coordenado por Marcelo Varella e presidido por Afif Domingos, foi possível ao Brasil aderir à Convenção da Haia da Apostila, que substituiu a consularização e legalização de documentos por cartórios e pelo Ministério das Relações Exteriores pela expedição de certificação eletrônica de validade, a apostila digital. Esta subscritora teve a honra de compor a equipe do Programa Bem Mais Simples entre 2015 e 2016. O Ministério da Justiça e Segurança Pública também teria participado dos esforços para adesão do Brasil a tal instrumento. Atualmente, a coordenação desta política pública encontra-se à cargo do Conselho Nacional de Justiça. A Convenção da Haia de 1961 sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (Convenção da Apostila) foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8660.htm. Acesso em 03.02.2020.

Por primeiro, o Guia da *Exceção de Grave Risco* reconhece que a análise de casos envolvendo a aplicação desta exceção é “highly fact-specific”. É, portanto, única e fundada nas circunstâncias particulares de cada caso. Ainda assim, deve ser realizada de forma célere, para que o requisito da Convenção da Haia de 1980 – de retorno imediato – não seja frustrado (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 22).

Os cenários incluídos no guia dizem respeito às mais comuns *alegações* – apresentadas por genitores subtratores – que pretendem obstaculizar o regresso da criança ou adolescente ao seu país de residência habitual, a partir da suposta ocorrência de grave risco. A partir de tais alegações foram *selecionadas decisões judiciais que, consensualmente aprovadas pelos Estados-Partes* da Convenção da Haia de 1980*, seria boas-práticas na interpretação e aplicação da exceção de grave risco*.

Tais alegações foram divididas nos seguintes temas:

a) violência doméstica *contra a criança* ou o genitor subtrator;

b) desvantagens econômicas ou de desenvolvimento da criança após seu retorno;

c) riscos associados com as circunstâncias no Estado de residência habitual;

d) riscos associados à saúde da criança;

e) separação da criança do genitor subtrator, quando o genitor subtrator não pode ou não deseja regressar ao Estado de residência habitual da primeira, especialmente sob os seguintes aspectos:

- persecução penal contra a genitor subtrator no Estado de residência habitual da criança pelo cometimento de crime de subtração de incapaz;
- questões migratórias em desfavor do genitor subtrator;
- falta de efetivo acesso à justiça no Estado de residência habitual
- questões médicas ou razões familiares relativas ao genitor subtrator;
- negativa inequívoca/egoística do genitor subtrator em retornar ao Estado de residência habitual da criança; e

- separação da criança de seu(s) irmão(s).

Na sequência, o Guia da *Exceção de Grave Risco* reitera que, ainda que o genitor subtrator tenha se desincumbido do ônus de comprovar a existência de risco grave à criança, em seu retorno ao país de sua residência habitual, segundo os parâmetros já discutidos acima, "as cortes devem considerar a disponibilidade, adequação e efetividade de medidas para proteção *da criança* de tal risco", no Estado para o qual ela será retornada (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 24).

A relevância da interação do artigo 18 da CH80 com a aplicação da *exceção de grave risco* deste tratado – mencionada em tópicos anteriores deste estudo – também é reconhecida pelo guia, ao apontar, expressamente, que o artigo 18:

> "reforça o dever de garantir o pronto retorno, afirmando que as disposições do Capítulo III da convenção ("Retorno da Criança") [onde encontra-se incluída a *exceção de grave risco*] não limitam o poder da corte de ordenar o retorno da criança a qualquer momento. [Ao contrário, este dispositivo] autoriza a corte incumbida dos procedimentos de regresso a ordenar o retorno da criança invocando outros dispositivos mais favoráveis ao alcance deste fim, por exemplo, pelo reconhecimento e execução de uma ordem de custódia emitida no país requerente [o Estado de residência habitual], notavelmente sob o pálio da Convenção da Haia de 1996 [sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação a Respeito de Responsabilidades Parentais e Medidas para Proteção de Crianças]" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 14).

Conforme discutido anteriormente, as *decisões judiciais nacionais* dos Estados-Partes da CH80 *não* são elementos *diretamente relevantes*, segundo a moldura interpretativa contida na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980. Entretanto, o Guia *da Exceção de Grave Risco* faz uso de algumas decisões emitidas por autoridades judiciais de *alguns* dos países que participam deste tratado, identificando aquelas que, *segundo o consenso alcançado entre os países em sua aprovação*, seriam *boas práticas a serem replicadas pelos demais Estados*. Tais decisões judiciais seriam alçadas, *exclusivamente por força de sua inclusão neste guia*, à categoria de instrumentos *relevantes* à interpretação da *exceção de grave risco*.

Por primeiro, deve-se ter em vista que *não* foram analisadas pelo guia *todas* as decisões judiciais dos Estados-Partes da CH80, mas, tão-somente, aquelas incluídas no INCADAT, banco de dados que compila decisões judiciais *disponibilizadas pelos países* ao Secretariado da Conferência da Haia de 1980. O INCADAT é, conforme brevemente mencionado em tópicos anteriores deste estudo, de acesso *público e gratuito*, por intermédio do endereço eletrônico

https://www.incadat.com/en. Nem todos os Estados-Partes da CH80 remeteram decisões judiciais para composição deste banco de dados[1134]. Todas as decisões judiciais mencionadas no guia serão apresentadas, nesta tese, a partir de sua referência no INCADAT, buscando facilitar a pesquisa de interessados[1135].

Por primeiro, o nível de *gravidade* do *risco* (e não do *dano*) à criança já foi reconhecido por decisão da Corte Suprema do Reino Unido (Inglaterra e Gales), em decisão datada de 2011[1136], segundo a qual:

> "o termo 'grave risco' reflete a intenção dos negociadores [da CH80] que esta exceção deva ser aplicada, alinhada com a abordagem geral conferida às exceções desta convenção, restritivamente. Durante o processo de redação, foi *acordada* linguagem mais limitada ao Art. 13(1)(b) do que aquela inicialmente sugerida. O termo inicial utilizado na exceção era 'risco substancial' que foi substituído por 'risco grave', uma vez que a palavra 'grave' foi considerada qualificador [ao risco] mais intenso".

Também se considerou adequada a menção a decisões judiciais que elevaram o *risco grave de dano* à condição de *situação intolerável*. Resta esclarecido que a menção à *situação intolerável*, contida na parte final da *exceção de grave risco* da CH80, diz respeito, especialmente, aos graves riscos de dano que se encontram incluídos no trecho do texto da exceção que imediatamente a antecede. Segundo a Suprema Corte do Canadá, em decisão emitida em 1994, "o dano físico ou psicológico contemplado na primeira parte do Artigo 13(b) é o risco de tal nível que também gere uma situação intolerável" [1137].

A Alta Corte da Região Administrativa Especial de Hong Kong (China), em 2013[1138] e a Suprema Corte do Reino Unido (2011)[1139] reiteraram trecho de decisão anterior da "United

---

[1134] Dentre os países que ainda não participam do INCADAT encontra-se o Brasil.
[1135] Menciona-se, brevemente, em relação a este ponto, que as versões iniciais deste guia chegaram a incluir decisões judiciais de Estados-partes da Convenção da Haia de 1980 *que não se encontravam publicadas no INCADAT*. Com a *evolução* das discussões entre os membros do Grupo de Trabalho para sua elaboração, consolidou-se a posição de que apenas as decisões judiciais que estivessem publicadas no INCADAT poderiam ser mencionadas pelo guia. Alguns países sentiram-se, então, incentivados a remeter algumas de suas decisões judiciais a este banco de dados que, atualmente, conta com cerca de 1430 decisões, emitidas entre os anos de 1986 e 2019. Infelizmente, o manejo de tal ferramenta pelos operadores jurídicos brasileiros ainda é muito baixo. Esta subscritora desconhece qualquer decisão judicial pátria que tenham feito menção a pesquisas realizadas junto ao INCADAT. A Advocacia-Gera da União, por sua vez, já incluiu decisões judiciais pesquisas neste banco de dados em suas petições. Considera-se salutar o incentivo às autoridades judiciais brasileiras para que façam uso desta ferramenta, de acesso gratuito e pesquisas intuitivas. Entende-se caber primordialmente à Autoridade Central brasileira a seleção de decisões judiciais brasileiras para inclusão neste banco de dados, após adotadas as cautelas para anonimizar as partes e demais elementos identificadores que possam ferir o sigilo processual que é, via de regra, decretado pelo Juízo brasileiro.
[1136] HC/E/UKe 1068. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1068. Acesso em 14.12.2019.
[1137] HC/E/CA 11. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/11. Acesso em 14.12.2019.
[1138] HC/E/CHh 1408. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1408.
[1139] HC/E/UKe 1068. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1068. Acesso em 14.12.2019.

Kingdom House of Lords (England and Wales)" – Corte Superior de Apelação, em 2006, segundo a qual "intolerável é palavra forte, mas quando aplicada a uma criança deve significar uma situação em que não se deve esperar que esta criança em particular, nestas particulares circunstâncias, tolere" [1140].

Reconhecendo a correlação entre *risco e dano*, a Corte Suprema do Reino Unido, novamente em sua decisão acima mencionada, de 2011, decidiu que

> "embora 'grave' caracterize o risco e não o dano, a linguagem ordinária relaciona ambos. Assim, um relativamente baixo risco de morte ou dano realmente sério podem, propriamente, serem qualificados como 'grave' enquanto um nível mais alto de risco deve ser requerido para outras formas menos sérias de dano" [1141].

A relação da *exceção de grave risco* da CH80 com *comportamentos anteriores à subtração* foi objeto de decisão da Corte de Apelação de Munique (Alemanha), emitida em 2016[1142], segundo a qual o risco no retorno não pode ser inferido a partir do comportamento violento passado, notando, ainda, que – no caso concreto sob análise – existia ordem de proteção em vigor no país de residência habitual da criança, permitindo ao genitor subtrator buscar proteção adequada proteção contra qualquer comportamento alegado do genitor abandonado (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 17).

No mesmo sentido, Corte de Apelação de Família ("Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne"), em 2006 apontou que, "enquanto o passado pode ser um bom indicador do futuro, não é determinante", sendo que a disponibilidade de proteção legal contra tal comportamento impedia a constatação de risco grave que o returno exporia a criança a dano físico ou psicológico ou a colocaria, de outra forma, em situação intolerável[1143].

No que diz respeito à *impossibilidade de apresentação de alegações sem sua devida comprovação, pelo genitor subtrator, bem como a relevância do afastamento de tais alegações em processo judicial anterior travado no país de residência habitual da família,* o guia incluiu decisão adotada pela Corte Suprema Argentina ("Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina"), datada de 2013 e que contou, inclusive, com a participação do Magistrado E. Raúl

---

[1140] HC/E/UKe 880. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/880. Acesso em 14.12.2019.
[1141] HC/E/UKe 1068. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1068. Acesso em 14.12.2019.
[1142] HC/E/DE 1405. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1405. Acesso em 14.12.2.2019.
[1143] HC/E/AU 876. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/876. Acesso em 14.12.2019.

Zaffaroni – juiz bastante festejado em terras brasileiras por conta, dentre outros aspectos, de seu garantismo na seara penal[1144]. Segundo excerto de tal decisão:

> "en lo que hace a la excepción contemplada por el art. 13, inc. b, del CH 1980, al margen de que la progenitora recurrente *no invocó el tema de los maltratos o de violencia familiar al contestar el pedido de restitución*, el débil planteo efectuado por aquélla en sus presentaciones - examinado en el punto VII.i del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante - *sumado al carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980*, impiden tener por configurada la citada excepción; *más aún si se tiene en cuenta que la progenitora ya ha invocado ante los tribunales holandeses alegaciones del tenor de las mencionadas y, frente a ello, tales jueces resolvieron la ampliación del régimen de contacto entre padre e hijo* (conf. fs. 68/72)" [1145] (grifos nossos).

Confirmando discussões travadas em tópicos anteriores deste estudo e relacionadas ao *nível do ônus da prova* do qual deve o genitor subtrator desincumbir-se, quando apresentação alegação da incidência da *exceção de grave risco* ao seu caso, o guia considerou como boa prática, ainda, decisão adotada em 1988 pela Corte de Apelação de Família ("Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne"), que apontou que provas "muito gerais e não específicas" aduzidas pelo genitor subtrator de episódios *significantes* de violência contra o *genitor subtrator e contra a criança* foram consideradas *insuficientes* para o nível de grave risco que o retorno deveria expor a criança[1146].

Em relação aos *limites das medidas protetivas que podem ser incluídas, pela autoridade judicial do país de refúgio, para que surtam efeitos no país de residência habitual após o regresso da criança (ou adolescente) a este último,* o Guia da *Exceção de Grave Risco* faz uso de decisão canadense de 2018, adotada pela "Court of Queen´s Bench of Manitoba", segundo a qual:

> "In determining whether or not a situation of alleged domestic violence is of such a nature that return of the children would expose them to physical or psychological harm or place them in an intolerable situation, the Court must in any Hague Convention proceeding start from the basis that, *except in the most extraordinary of cases or where evidence is sufficient to establish the contrary, the Courts and the authorities in the state of the children's habitual residence will be able to take measures to protect the children, including protecting their mother from any domestic violence"* [1147].

[1144] Veja-se, por exemplo https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-03/raul-zaffaroni-jurista-argentino-funcao-do-direito-penal-e-limi. Acesso em 14.12.2019.
[1145] HC/E/AR 1305. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1305. Acesso em 14.12.2019.
[1146] HC/E/AU 255. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/255. Acesso em 14.12.2019. Nesse ponto, importante notar que mesmo decisões *antigas* ainda vêm sendo consideradas boas práticas pelos Estados-partes da Convenção da Haia de 1980.
[1147] HC/E/CN 1416. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1416. Acesso em 14.12.2019.

Tal decisão, além de indiretamente limitar o escopo de medidas que podem ser incluídas pelo juízo do país de refúgio, mas que devam ter efeitos em outro país, *reforça princípio basilar da cooperação jurídica internacional: a imperiosa necessidade de confiança entre os Estados que compartilham um tratado de que eles são – em certa medida, ao menos, igualmente – capazes de proteger crianças, adolescentes e quaisquer outros membros da família – inclusive a genitora subtratora – contra quaisquer formas de violência.*

Na lida prática com tais casos ainda se nota, seja por desconhecimento ou preconceito, decisões judiciais – inclusive brasileiras – em casos envolvendo aplicação da Convenção da Haia de 1980, que claramente demonstram *desconfiança* em relação às autoridades judiciais de outros Estados-Partes deste tratado. Aponta-se que tanto a preocupação compartilhada com a maior parte dos países do globo quanto a confiança e comunalidade devem ser os vetores para fortalecimento contínuo da cooperação entre os Estados (WEINER, 2008b, p. 658).

Comprovando a hipótese defendida nesta tese de que as garantias ao retorno seguro ("safeguards" ou "voluntary undertakins") podem ser *oferecidas – e exigidas – apenas entre particulares, sem que seja possível sua imposição da autoridades públicas, nacionais ou estrangeiras (dentre estas, em especial, as autoridades centrais)* a única decisão judicial incluída neste guia relativa ao tema diz respeito à sentença emitida, no ano de 2015, pela "United States District Court for the District of Maryland"[1148].

Em tal sentença, a autoridade judicial incluiu, como condição para efetivação de sua ordem de retorno da criança ao Peru, a obrigação do genitor abandonado lograr obter, junto ao Poder Judiciário peruano, a revogação da ordem de guarda conferida em seu favor, *após a saída da criança do Peru*[1149], restabelecendo-se ordem judicial anterior que conferia a guarda

---

[1148] HC/E/USf 1383. Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1383. Acesso em 14.12.2019. Importante mencionar que nos Estados Unidos da América é possível litigar casos relacionados à Convenção da Haia de 1980 junto aos Poderes Judiciários Estadual ou Federal. A princípio, tal escolha recai sobre o autor da ação. A figura do "fórum shopping", comum em discussões sobre a escolha de foros *em diferentes países*, não parece presente nesta situação. O aprofundamento desta discussão, entretanto, foge ao escopo desta tese.

[1149] Ainda tem sido comum que, *após a subtração* internacional da criança ou adolescente, o genitor *abandonado* procure as autoridades judiciais do país de residência habitual da família, obtendo a emissão de ordem judicial que *a partir daquele momento, lhe garanta a custódia unilateral da criança*. Tais decisões, via de regra, são emitidas tanto em casos em que inexistia decisão judicial anterior regulamentando a custódia da criança (porque os genitores eram casados, conviventes ou não estavam formalmente divorciados) quanto no bojo de ações de guarda em curso (tendo o genitor subtrator *fugido* antes de seu desfecho final). Tais decisões, comumente denominadas "chasing orders", parecem possuir efeitos limitados, já que podem não refletir, por vezes, a *situação legal* da criança *no momento de sua transferência ou retenção para outro país* – elemento essencial para a configuração (ou não) de

unilateral da criança em favor da mãe subtratora. Também foi incluída outra *importante condição ao regresso da criança*: apenas após terem sido julgadas improcedentes ("dismissed") as acusações criminais contra a genitora subtratora a ordem de retorno ao Peru foi executada[1150].

- Quando a violência doméstica *poderá* obstaculizar o retorno

As *alegações* de violência doméstica inauguram o tópico do Guia da *Exceção de Grave Risco* com *exemplos de alegações* sobre tal exceção, o que comprova a relevância da interação dos fenômenos. Como será visto, as *alegações* de *violência doméstica* não significarão, obrigatoriamente, o *reconhecimento* da aplicação da *exceção de grave risco* ao caso ou a obstaculização do regresso da criança. Em verdade, *na maioria* das boas práticas incluídas neste guia as alegações apresentadas pelo genitor não foram reconhecidas como válidas.

As *alegações* de *violência doméstica*, apresentadas pelo genitor subtrator, podem incluir diferentes conteúdos:

a) grave risco de dano *direto à criança*, em razão de abusos físicos, sexuais ou qualquer outra forma de abuso por ela sofrido[1151];

b) *exposição* da criança à violência doméstica cometida pelo genitor abandonado contra o genitor subtrator;

---

sua subtração ilícita. O aprofundamento do *valor probatório* das "chasing orders", no entanto, foge ao escopo desta tese.

[1150] O próprio guia reconhece, no entanto, que "as condições incluídas neste caso podem não ser possíveis em um grande número de outros Estados-partes" da Convenção da Haia de 1980 (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 21). Há muitos países, inclusive o Brasil, em que a ação penal pelo cometimento do crime de subtração de incapazes é dotada de natureza pública *incondicionada*. Assim, particular que efetua a denúncia não possui *controle* sobre seu processamento ou desfecho, uma vez iniciada a atuação do Ministério Público – titular da ação penal – ou das autoridades policiais – incumbidas de sua investigação. A eventual inclusão de condições dessa natureza – relacionadas à persecução penal e à obtenção de ordens judiciais em ações de guarda – devem ser adotadas *com a máxima cautela pelo juízo do país de refúgio e, tão-somente, após confirmação de que tais medidas poderão ser adotadas no país de residência habitual*. Do contrário, pode-se criar a odiosa situação do *ganha, mas não leva*: a inclusão de condições *impossíveis de serem cumpridas no Estado de residência habitual* leva, na prática, à obstaculização da execução da ordem de retorno emitida no Estado de Refúgio, o que parece um ilogismo.

[1151] Conforme vem sendo discutido no decorrer desta tese, tal circunstância não seria, tecnicamente, violência *doméstica*, mas violência *familiar* cometida diretamente contra a criança. O guia, no entanto, conceituou ambas as violências como sinônimos.

c) risco *potencial* ao genitor subtrator, cometido pelo genitor abandonado após o retorno, incluindo a situação em que o dano pode prejudicar *significativamente* a habilidade do genitor subtrator cuidar da criança em seu retorno.

Por primeiro nota-se que, em princípio, o guia elegeu como alegações possíveis apenas aquelas mencionadas acima. Tal situação já reduz, por si só, o espoco da *exceção de grave risco*. É relembrado que a comprovação da *existência de situação de violência doméstica,* por si só, *não é suficiente para estabelecer a existência de um grave risco à criança* (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2019, p. 22). Isso porque o guia adota – adequadamente, defende-se – abordagem que, segundo a textualidade da CH80, a análise de risco deve seguir os passos seguintes:

a) *comprovação dos efeitos* da violência doméstica *na criança;*

b) *após seu retorno* ao país de residência habitual*;*

c) *desde que tais efeitos alcancem o alto nível* ("high threshold") da *exceção de grave risco* sob os pontos de vista de*:*

- *natureza da violência;*
- *frequência da violência;*
- *intensidade da violência; e*
- *circunstâncias em que ela poderá exibir-se.*

As *alegações* de violência apresentadas pelo genitor subtrator dizem respeito, via de regra, a eventos *temporalmente anteriores* à efetivação da subtração internacional da criança. Ainda se consideram necessários aprofundamentos sobre a inclusão de *limite temporal* a tais ocorrências, para que elas possam, efetivamente, ser consideradas como *motivos* da subtração. Nesse sentido, se a exposição da criança ocorreu muitos anos antes da subtração e, por exemplo, ela foi atendida por serviços psicológicos depois do episódio, *seria razoável motivar-se a subtração neste evento?* O aprofundamento desta discussão, que também não foi incluída no Guia da *Exceção de Grave Risco*, escapa ao escopo desta tese.

Buscando sistematizar as *escolhas de boas práticas incluídas no guia no tópico voltado à violência doméstica*, elaborou-se tabela contendo decisões judiciais tomadas pelos Estados-

Partes da CH80[1152] e publicadas no INCADAT, em que a *violência doméstica foi considerada como alegação legítima para fins de manutenção da criança no país de refúgio, indeferindo-se o pedido de seu regresso* ao seu país de residência habitual*:*

[1152] Na condição de países de refúgio ou Estados Requeridos.

Ref. Caso INCADAT - Autoridade Judicial - e Ano da Decisão	*Considerações da Autoridade Judicial sobre Violência Doméstica*[1153]	*Fundamento(s) para a negativa de Retorno (Arts. da CH80)*
1. HC/E/US 1145[1154] – "United States District Court, Southern District of Ohio, Western Division" – 1ª instância – 2000	Dois psicólogos testemunharam em favor do genitor subtrator. O 1º diagnosticou *as crianças* como portadoras de distúrbio de estresse pós-traumático, tendo sofrido trauma considerável, abuso físico, emocional e verbal, *além de testemunhado o abuso do genitor subtrator*. Este profissional considerou que o retorno das crianças à Noruega criaria situação intolerável em seu desfavor. O segundo profissional entendeu que a impressão diagnóstica era de, no mínimo, distúrbio sério de estresse de cada uma das crianças, com todas descrevendo o *alcoolismo excessivo* do genitor abandonado e os *múltiplos incidentes de abuso, dirigidos às crianças e ao genitor subtrator*. Além disso, o 2º psicólogo opinou que o genitor abandonado *sofria de distúrbio de personalidade narcisista* que *poderia* impor um grave risco de danos *às crianças ou coloca-las em situação intolerável caso retornadas à Noruega*. Por fim, tais profissionais indicaram que o simples fato de regressar as crianças à Noruega lhes geraria dano psicológico irreparável, ainda que não permanecessem sob a custódia do genitor abandonado.	*- 13 (1) (b)*; - 13(1)(a); e - 13(2)
2. HC/E/AU 574[1155] "Family Court of Australia" – 1ª instância – 2003	"Resta claro que a existência de *ordens judiciais e sanções penais* [contra o genitor abandonado e emitidas por autoridades do Estado de residência habitual – Reino Unido] não reduziram o nível de violência"[1156] (grifos nossos), tendo a corte australiana considerado devidamente comprovado o grave risco de dano no caso.	*- 13(1)(b)*

[1153] O equívoco conceitual quanto ao termo *violência doméstica* acaba por gerar efeitos também em relação à eleição de boas práticas a partir de decisões judiciais. Em especial, situações de violência dirigida contra a criança acabaram por ser incluídas no tópico de *violência doméstica*, o que não parece tecnicamente adequado. Rememora-se que no Guia da *Exceção de Grave Risco* os termos violência *doméstica e familiar* foram considerados sinônimos.
[1154] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1145. Acesso em 14.12.2019.
[1155] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/574. Acesso em 14.12.2019.
[1156] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/574. Acesso em 14.12.2019.

3. HC/E/FR 1010[1157] "Cour d'appel de Paris, Première Chambre Section C" – 2ª instância – 2006	Embora o genitor subtrator tenha apresentado às autoridades do país de residência habitual (Holanda) *acusação de estupro de uma das crianças* pelo então companheiro da mãe abandonada, nenhuma medida preventiva efetiva foi adotada quando *a criança* efetuou graves denúncias e expressou grande reserva quanto ao seu regresso para residir com a genitora abandonada.	- *13(1)(b)*
4. HC/E/US 1144[1158] "United States District Court – Eastern Division Pennsylvania – 1a instância – 2010	A corte considerou que os abusos do genitor abandonado contra o genitor subtrator – comprovados por este último, incluindo *ameaças de morte* e alcoolismo excessivo, bem como outros fatores como a *inabilidade das autoridades de Chipre* (Estado de residência habitual) em protege-la, *e o resultante distúrbio de estresse pós-traumático da criança* foram considerados elementos suficientes para configuração de *grave risco*.	- *13(1)(b)*
5. HC/E/CN 1115[1159] – "Ontario Court of Justice" – 1ª instância – 2010	A corte considerou a prova produzida pela mãe subtratora suficiente para comprovar que ela fora atacada ou sofrera ameaça de ser atacada em *múltiplas ocasiões*, *incluindo ameaça de estupro e a manutenção de uma arma carregada enquanto a genitora carregava a criança*. Além disso, a corte entendeu que não poderia ser desconsiderado o *ressentimento* do pai abandonado contra as alegações feitas pela mãe subtratora em relação à incidência do artigo 13(1)(b). Embora o genitor abandonado tenha concordado com o *oferecimento de salvaguardas* e estas seriam exequíveis na Califórnia/EUA, a corte não se considerou convencida de que o comportamento *futuro* do genitor abandonado poderia ser *controlado* pelas autoridades judiciais dos EUA, tendo em vista seu *descumprimento de ordens judiciais anteriores* e sua dificuldade de controle de sua raiva. Em conclusão, o juízo canadense de 1ª instância decidiu pela manutenção da criança no Canadá, uma vez que *seu retorno impunha à criança e ao genitor subtrator risco grave que não poderiam ser adequadamente controlados pelo uso de salvaguardas exequíveis em território dos EUA.*	- *13(1)(b)*
6. HC/E/US 1184[1160] "United States Court	A corte considerou comprovado que o genitor abandonado ameaçou utilizar-se de terceiras pessoas para causar danos físicos (e *talvez assassinar*) o genitor subtrator. Considerou-se que o caso era único	- *13(1)(b)*

[1157] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1010. Acesso em 15.12.2019.
[1158] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1144. Acesso em 15.12.2019.
[1159] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1115. Acesso em 14.12.2019.
[1160] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1184. Acesso em 14.12.2019.

of Appeals for the 11th Circuit" – 2ª instância – 2012	porque o risco *à criança* derivava não somente das ameaças feitas pelo genitor abandonado, mas também por uma pessoa desconhecida. Além disso, as *atividades criminosas fraudulentas* do genitor abandonado criaram *e possivelmente seguiriam criando, no futuro*, risco *substancial* de dano *à família*, e um *grave* risco de dano à criança, se retornada.	
7. HC/E/US 1407[1161] "United States Court of Appeals for the 11th Circuit" – 2a instância – 2016	"Enquanto a análise adequada deve focar no risco enfrentado pela *criança*, não *pelo genitor* (…) ameaças suficientemente sérias e violência dirigida contra um dos genitores pode, entretanto, apresentar-se *também como um risco à criança*"[1162]. A corte norte-estadunidense negou o regresso da criança ao seu país de residência habitual, a Venezuela, em razão da violência doméstica sofrida *pelo genitor subtrator*, cometida *pela mãe abandonada.*	- *13(1)(b)*

Fonte: tabela elaborada pela autora.

[1161] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1407. Acesso em 15.12.2019.
[1162] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1407. Acesso em 15.12.2019.

Constata-se, por primeiro, que os 7 casos acima, incluídos no Guia da *Exceção de Grave Risco*, apesar de mencionados em tópico relativo à *violência doméstica*, apresentam, na maioria dos casos, circunstâncias de violências *dirigidas diretamente contra crianças ou adolescentes ou por elas sofridas de forma indireta,* além de outros adultos. Rememora-se crítica anteriormente ventilada a tal guia, que diz respeito ao manejo dos termos violência *doméstica* e *familiar como sinônimos*. Tal aproximação parece, conforme comprovado em capítulo anterior desta tese, inadequada.

Além disso, vários dos casos acima mencionados, *eleitos* pelo guia como boas práticas *como situações de violência doméstica*, dizem respeito, mais propriamente, à *cumulação da violência doméstica com a violência contra crianças ou adolescentes no ambiente familiar*[1163]. Tal situação acaba por *obscurecer* o impacto da violência doméstica na análise do pedido de regresso da criança, uma vez que bastaria a configuração de risco de dano *direto* à criança, cumulada com a impossibilidade de o Estado de residência habitual oferecer proteção adequada em seu retorno, para se possibilitar sua manutenção no país de refúgio. Por fim, considera-se que em pelo menos 1 dos casos (HC/E/FR 1010) não teria ocorrido, tecnicamente, violência doméstica.

- Críticas ao manejo de presunções em substituição à efetiva avaliação dos impactos ou danos

A partir da percepção de que muitos dos casos eleitos pelo guia como exemplos de situação em que as alegações do genitor subtrator podem obstaculizar o regresso da criança ao seu Estado de residência habitual, a tabela abaixo busca demonstrar a efetiva relação entre a ocorrência de violência *doméstica* com outras violências que podem ser cometidas contra crianças e adolescentes *antes de sua subtração.*

Referência do Caso	Violência Doméstica (entre adultos)?	Violência *direta* contra a criança/adolescente?
1. HC/E/US 1145	Sim	Sim Comprovação de abusos físicos, verbais e emocionais. Crianças

[1163] A violência familiar, conforme defendido, pode ser cometida contra crianças, adolescentes, ou adultos, assim como seus sujeitos ativos também poderão ser crianças, adolescentes ou adultos.

		diagnosticadas como portadoras de síndrome de estresse pós-traumático, *em razão do comportamento do genitor abandonado antes da subtração.*
2. HC/E/AU 574	Sim	Não Comprovação de impactos *indiretos* às crianças, por força da violência doméstica sofrida pela mãe subtratora.
3. HC/E/FR 1010	Não	Sim A alegação de estupro da criança pelo então companheiro da mãe *abandonada* da criança não foi objeto de proteção suficiente pelas autoridades do país de residência habitual.
4. HC/E/US 1144	Sim	Não Comprovação de impactos *indiretos* à pelo menos uma das crianças, por força da violência doméstica sofrida pela mãe subtratora.
5. HC/E/CN 1115	Sim	Não apurada pela autoridade judicial. Comprovação de *exposição* da criança a episódios de violência doméstica.
6. HC/E/US 1184	Sim Ameaças de morte à genitora subtratora pelo genitor abandonado e por *terceiros* desconhecidos	Não Considerou-se que o risco à criança seria *derivado* das ameaças recebidas pela mãe e que as atividades *criminosas* do genitor abandonado seguiriam, *no futuro*, causando graves riscos à *família.*
7. HC/E/US 1407	Sim Ameaças e violência contra o genitor subtrator – violência doméstica cometida pela mãe contra o pai).	Não Comprovação de *exposição* da criança a episódios de violência doméstica.

Fonte: tabela elaborada pela autora – *TABELA NÃO RETORNO*

Considera-se, por primeiro, que deve ser *excluído* da análise o caso nº 3 (HC/E/FR 1010), uma vez que ele *não inclui, propriamente, a ocorrência de violência doméstica*, tendo sido apresentada, exclusivamente, alegação de violência *sexual contra a criança*. Em relação aos 6 casos remanescentes, tem que:

a) Em 1 deles ocorreu violência *direta* às crianças (caso nº 1);

b) Nos outros 5 casos (casos nºs 2, 4, 5, 6 e 7), *não* teriam sido perpetrados atos de violência *diretamente* às crianças (ou adolescentes). No entanto:

- Em 2 deles (casos nº 2 e 4) comprovou-se a ocorrência de *impactos indiretos* à criança (ou adolescente) em razão da violência sofrida pelo indivíduo adulto;
- Em outros 2 casos (casos nºs 5 e 7), embora não constada a ocorrência de *impactos indiretos* à criança (ou adolescente), restou *comprovada a exposição* desta à violência sofrida pelo indivíduo adulto;
- Em 1 caso (caso nº 6) o comportamento *criminoso* do genitor abandonado, aliado às ameaças de morte sofridas pela mãe subtratora – de autoria do genitor abandonado *e* de terceiros – foi considerado suficiente pela autoridade judicial para que se pudesse *presumir* grave risco de danos à criança, *no futuro*, caso retornada ao seu país de residência habitual.

Em conclusão, na maioria *absoluta* dos casos incluídos neste trecho do Guia da *Exceção de Grave Risco*, os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 consideraram como boa prática a obstaculização do retorno da criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual, sempre que *comprovados danos diretos ou indiretos à criança* (ou adolescente).

Embora não tenha sido incluído no tópico relacionado à violência doméstica do guia, um outro caso[1164] também merece menção. Trata-se do caso HC/E/UKe 1147[1165], decidido pela Corte Suprema do Reino Unido (Inglaterra e Gales), no ano de 2012. Neste caso a autoridade judicial aceitou as provas de natureza médica de que a saúde da subtratora, que sofria de Síndrome do Estresse Pós-Traumático, "conhecida como Síndrome da Mulher Espancada, sofreria enormemente se ela fosse compelida a retornar à Austrália". Tendo em consideração a fragilidade da saúde mental da subtratora, o órgão julgador considerou que "as medidas protetivas oferecidas não evitariam o grave risco de que, se retornada para a Austrália, a criança seria colocada em situação intolerável" [1166].

[1164] Incluído no tópico intitulado [alegações] de razões médicas ou familiares relacionadas ao genitor subtrator.
[1165] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1147. Acesso em 15.12.2019.
[1166] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1147. Acesso em 15.12.2019.

Nessa medida, embora a mãe tenha cometido subtração ilícita da criança, a autoridade judicial britânica considerou que os requisitos para incidência da *exceção de grave risco* teriam sido cumpridos pela primeira[1167]. Nota-se, neste ponto, que os efeitos da violência doméstica sofridos pela mãe subtratora foram efetivamente considerados, após *avaliado* o nível de proteção que as autoridades do país de residência habitual poderiam conceder à tais circunstâncias. Chama a atenção, entretanto, que tal caso não tenha sido incluído no tópico do guia relacionado à violência doméstica.

Ousa-se discordar do guia, entretanto, em relação a pelo menos 4 casos considerados como *boas práticas*. São eles os casos de nºs 5, 6 e 7 e o caso HC/E/UKe 1147. Em relação aos casos nº 6 e HC/E/UKe 1147, conforme defendido no decorrer desta tese, toda arquitetura da Convenção da Haia de 1980, a ser interpretada e aplicada a partir do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratado *impediria a adoção de presunção de dano*, devendo os impactos de qualquer forma de violência, direta ou indireta, cometida contra crianças e adolescentes, serem *efetivamente apurados.*

Especificamente em relação ao caso HC/E/UKe 1147 esta subscritora tem dúvidas sobre qual seria a posição da corte inglesa caso não tenha sido o genitor abandonado que tenha dado causa ao seu transtorno psicológico – na hipótese, por exemplo, de um outro parceiro, anterior ou posterior ao genitor abandonado, ter sido o causador de tal distúrbio. Seria razoável, nessa circunstância, que o regresso das crianças fosse também inviabilizado? Parece que não – embora, em termos práticos, na 2ª hipótese o sofrimento psíquico da mãe pareça semelhante àquele que foi evitado pela decisão judicial tomada.

É possível argumentar-se, em relação ao caso nº 6, que as circunstâncias comportamentais do genitor abandonado - e seu entorno, incluindo terceiros que ameaçaram a família de morte por força das atividades do genitor varão - seriam *tão excepcionalmente gravosas à toda família* que a aplicação da presunção de risco de dano futuro à criança, em seu retorno, não invalidaria o impedimento do manejo de tais presunções *como regra*.

Em relação aos casos nº 5 e 7, considera-se, na linha do que se defende neste estudo, que ainda que seja possível a *comprovação da exposição* da criança (ou adolescente) à violência

[1167] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1147. Acesso em 15.12.2019.

doméstica sofrida *diretamente* por outrem (em geral, o genitor subtrator), *os impactos de tal exposição também não devem ser objeto de presunções, devendo ser constatados pelas autoridades do país de refúgio*, idealmente pela realização de exames periciais especializados. Seja na hipótese de impactos diretos, indiretos ou exposição da criança ou adolescente à violência, segue-se defendendo, neste estudo, a imprescindibilidade de *comprovação cabal de seus às crianças e adolescentes envolvidos*.

Parece adequadamente demonstrado que o Guia da *Exceção de Grave Risco*, *não desconsidera* a violência doméstica sofrida por adultos em cenários que antecedem a subtração ilícita de crianças e adolescentes. Contudo, o *nível de consenso possível de ser alcançado pelos países,* no momento histórico de sua aprovação e publicação (2019), ainda parece apontar para a *escolha consciente de utilização da exceção de grave risco da Convenção da Haia de 1980 majoritariamente apenas para aquelas situações em que é possível a comprovação cabal de que a criança (ou adolescente) sofreu, efetivamente, impactos da violência – direta ou indiretamente – cometida contra si*.

No entanto, conforme mencionado ainda chamam a atenção pelo menos 3 casos – dos 7 acima discutidos – que parecem afastar-se, parcialmente, de pelo menos 1 das noções defendidas nesta tese: a impossibilidade de presunção de quaisquer impactos de atos de violência em relação à crianças e adolescentes. Tal ideia foi pormenorizada, em especial, no Capítulo 2.6, acima.

- Quando a violência doméstica *não poderá* obstaculizar o retorno

Complementando as ideias acima formuladas, passar-se-á à apresentação dos casos eleitos pelo *Guia da Exceção de Grave Risco* como situações em que a adequada interpretação desta exceção *não* poderá obstaculizar o retorno da criança ou adolescente ao seu país de residência habitual – apesar das alegações da ocorrência de *violência doméstica* apresentadas pelo genitor subtrator.

Assim como no tópico anterior, será apresentada tabela que sistematiza as decisões judiciais (domésticas), emitidas por alguns dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 (também na condição de países de refúgio ou Estados Requerido), publicadas no INCADAT e

incluídas no Guia da *Exceção de Grave Risco* que *afastaram alegações de violência doméstica* efetuadas pelo genitor subtrator.

Ref. Caso INCADAT - Autoridade Judicial - e Ano da Decisão	*Considerações da Autoridade Judicial sobre Violência Doméstica*	*Alegações afastadas, deferindo-se o retorno (Arts. da CH80)*
1. HC/E/ZW 340[1168] - "High Court" (do Zimbábue) – 1ª instância – 1999	A corte notou que a conduta intimidatória e violenta do genitor abandonado foi dirigida exclusivamente à mãe subtratora *e não às crianças*, bem como que o *ambiente estressante* ao qual o genitor subtrator disse que as crianças estavam *expostas* era causado pelas relações tensas entre os genitores. Também se apontou que a subtratora não objetou as solicitações de visitação às crianças efetuadas pelo genitor abandonado e, ao contrário, ela parece ter *encorajado* o genitor abandonado a manter contato com a criança mais jovem. *Antes* da emissão da ordem judicial de retorno das crianças, do Zimbábue para o Reino Unido determinou-se que o pai oferecesse várias salvaguardas de curto prazo para *facilitar o retorno da mãe e da criança*.	- *13(1)(b)*
2. HC/E/USf 465[1169] – "United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division" – 1ª instância – 2000	O histórico de abuso do genitor subtrator não foi considerado como constituidor de grave risco à criança porque *a criança esteve presente em apenas duas ocasiões* em que o genitor abandonado teria sido *violento contra o genitor subtrator* e porque, desde a subtração, os genitores acordaram em relação às visitas (da criança ao genitor abandonado) sem dificuldades. Apontou-se que o genitor abandonado nunca teria ferido sua filha fisicamente durante os 2 incidentes que ela presenciou. Por fim, a Autoridade judicial considerou que o fato de que o pai teria, por uma vez, chacoalhado a criança, frustrado com seu choro, não seria suficiente para incidência da *exceção de grave risco* ao caso. O retorno da criança, com pouco menos de 2 anos de idade, para a Itália, foi determinado pela autoridade judicial norte-estadunidense. Foi incluída condição de que o genitor abandonado faria "todo o necessário" para proteger a genitora de persecução penal na Itália.	- *13(1)(b),* - 3º e 12; e - 13(1)(a).
3.HC/E/UKe 1116[1170] - "UK Family Division of	A Autoridade judicial considerou-se satisfeita com a informação de que a criança receberia proteção adequada das cortes francesas e/ou o genitor abandonado ofereceu salvaguardas protetivas suficientes. Nessa medida, o genitor subtrator não poderia valer-se, via de regra, da exceção contida no artigo	- *13(1)(b)*

[1168] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/340. Acesso em 15.12.2019.
[1169] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/465. Acesso em 15.12.2019.
[1170] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1116. Acesso em 15.12.2019.

the High Court" – 1ª instância – 2008	13(1)(b), especialmente em casos onde a ocorrência de violência doméstica foi alegada. Além disso, considerou-se que o genitor abandonado afirmou que iria cooperar com qualquer procedimento e apresentar salvaguardas de não molestação e ameaça.	
4. HC/E/US 1240[1171] - "United States Court of Appeals for the Second Circuit" – 2ª instância – 2013	As alegações de abuso entre parceiros ("spouse abuse") cometidos pelo genitor abandonado foram consideradas "relevantes, de acordo com o Artigo 13(b) se elas seriamente colocarem *em perigo a criança*. O dispositivo não se volta à situação em que o regresso da criança poderá colocar a *segurança do genitor subtrator* sob risco grave, mas se tal regresso *poderia sujeitar a criança a grave risco de dano físico ou psicológico*"[1172] (grifos nossos). Concluiu-se que embora tenham ocorrido situações de *abuso doméstico*, a criança não foi alvo ou atingida em nenhuma ocasião, bem como que as provas não demonstram que a criança enfrenta um grave risco de dano físico ou psicológico *por força de* seu regresso ao país de residência habitual.	- *13(1)(b)* e – 20
5. HC/E/NL 1391[1173] - "District Court of The Hague" (Holanda) – 1ª instância – 2018	Considerou-se que as alegações da mãe subtratora de que teria sido *exposta com regularidade à violência doméstica na presença da criança* eram *insuficientes* para a conclusão da existência de grave risco, uma vez que todas as circunstâncias devem ser devidamente levadas em consideração, incluindo se as medidas de proteção à criança ou outros arranjos adequados pode ser feitos (no âmbito do país de residência habitual, no caso a Austrália) para garantir que as *consequências da violência doméstica não coloquem a criança em risco* (ou deixem de colocá-la em risco).	- *13(1)(b)* e - 12(1)

Fonte: tabela elaborada pela autora

[1171] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1240. Acesso em 15.12.2019.
[1172] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1240. Acesso em 15.12.2019.
[1173] Disponível em https://www.incadat.com/en/case/1391. Acesso em 15.12.2019.

A listagem dos casos em que as alegações de violência doméstica, apresentadas pelo genitor subtrator *não foram admitidas pelas autoridades judiciais dos países de refúgio* indica, por primeiro que os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 ainda *privilegiam a interpretação restritiva de sua exceção de grave risco*.

Além disso, ganha relevo à *averiguação da existência de medidas protetivas, sejam elas oferecidas pelo genitor abandonado, ou potencialmente disponíveis no Estado de residência habitual da criança (ou adolescente), a serem implementadas após o regresso desta última,* que podem reduzir ou, preferencialmente, eliminar o risco grave de dano que tenha sido comprovado perante a autoridade judicial do país de refúgio. A conjugação entre a *exceção de grave risco* e o artigo 18[1174], ambos da Convenção da Haia de 1980, ganha, entende-se, importância fulcral.

Os 5 casos de *não* retorno incluídos no trecho do Guia da *Exceção de Grave Risco* sobre violência doméstica, ainda podem ser analisados sob outros aspectos. A tabela abaixo busca considerar as situações, *eleitas* no Guia *da Exceção de Grave Risco* e em que, *mesmo quando configurada violência doméstica* em desfavor do(a) genitor(a) subtrator*, o retorno da criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual foi considerado como medida que adequadamente soluciona a questão*[1175].

Referência do Caso	Alegação de Violência Doméstica (contra a/o genitor subtrator)?	Violência *direta* contra a criança/adolescente?	Retorno *Deferido* com salvaguardas?
1. HC/E/ZW 340	Sim	Não *Exposição* da criança à *relação tensa* entre os genitores	Sim
2. HC/E/USf 465	Sim	Sim *Exposição* da criança a 2 episódios + 1 episódio de violência física	Sim
3. HC/E/UKe 1116	Sim	Não encontrada menção	Sim

[1174] Rememora-se que, de acordo com o artigo 18 da CH80, "As disposições deste Capítulo [que inclui a *exceção de grave risco*] não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento".

[1175] A partir da relação entre as violências entre adultos, entre estes últimos e as crianças (ou adolescentes) e o oferecimento de garantias (ou condições – "safeguards"), via de regra pelo genitor abandonado, em favor do regresso seguro da criança.

	Análise deferida à jurisdição do Estado de residência habitual		
4. HC/E/US 1240	Sim	Não *Exposição* da criança à violência doméstica	Não
5. HC/E/NL 1391	Sim	Não *Exposição* da criança à violência doméstica	Não

Fonte: tabela elaborada pela autora – *TABELA RETORNO*

Por primeiro, nota-se que, em apenas 1 dos casos teria ocorrido episódio de violência física *diretamente* dirigida à criança[1176]. Tal situação, entretanto, não foi considerada, pela autoridade judiciária, como hábil a configurar a ocorrência de que a criança estaria sujeita, em seu futuro regresso ao seu país de residência habitual, à grave risco de dano físico ou psíquico[1177].

Ao contrário dos casos analisados no tópico anterior[1178], em *todos os demais casos* (com exceção do caso nº 2), os órgãos julgadores não teriam constatado a ocorrência de *atos de violência dirigidos diretamente à criança* (ou adolescente). Elas teriam sido, por sua vez *expostas à episódio(s) de violência doméstica* que tiveram a genitora subtratora como alvo. Confirmando hipótese desenvolvida neste estudo, crianças e adolescentes podem ser categorizados como vítimas *indiretas* da violência doméstica, quando *expostas* à violência doméstica cometida e perpetrada exclusivamente entre indivíduos adultos[1179].

Em relação à violência *doméstica* (entre adultos), em *todos* os casos sua ocorrência teria sido constada, embora durante as discussões do caso nº 3 a autoridade judicial tenha considerado que *não lhe cabia* decidir sobre fato controverso (a ocorrência ou não de tal violência), uma vez que tal averiguação deveria ser realizada, com *exclusividade*, pelas autoridades do país de residência habitual da família (e local de ocorrência dos abusos alegados).

[1176] Alegação de que o pai teria chacoalhado a criança em uma ocasião, frustrado com seu choro.
[1177] Ou situação intolerável.
[1178] Em que o retorno da criança foi *indeferido*, como visto.
[1179] Sendo possível, ainda, constatar os efeitos de tal exposição em relação a estas crianças e adolescentes.

- A ainda intrincada relação vítimas diretas e indiretas da violência doméstica

A comparação das tabelas apresentadas acima - *TABELA NÃO RETORNO E TABELA RETORNO* - chama a atenção, especialmente, para a seguinte situação: o somatório das circunstâncias *violência doméstica + exposição da criança à violência doméstica* poderá permitir *ou* obstaculizar o regresso da criança ao seu país de residência habitual – de acordo com as decisões judiciais selecionadas pelos Estados-Partes da CH80 para integrarem o Guia da *Exceção de Grave Risco*.

Defende-se, neste ponto, que o primeiro elemento, em tal contexto, para decisão sobre o regresso (ao Estado de residência habitual) ou manutenção da criança (no país de refúgio) *deverá ser a apuração e comprovação dos impactos, à criança (ou adolescente), da violência doméstica a que elas foram expostas*. E aqui não poderão, conforme vem sendo discutido no decorrer deste estudo, ser aplicadas *presunções* (relativas ou absolutas): a comprovação dos impactos de *qualquer ato de violência em crianças e adolescentes deve ser objeto de produção de prova técnica e especializada*. Em segundo lugar, deve ser avaliada a possibilidade de o Estado de residência habitual lograr proteger, efetivamente, os envolvidos, quando do regresso da criança ao seu território, eliminando ou mitigando a níveis razoáveis tal exposição.

No entanto, a comprovação dos *impactos* da violência doméstica a que a criança foi exposta e a possibilidade de mitigação de danos pelo país de residência habitual não seriam os únicos elementos que distanciariam os casos da *TABELA NÃO RETORNO* daqueles eleitos para integrar a *TABELA RETORNO*. A presença de *salvaguardas*, oferecidas pelo genitor abandonado em favor da criança – e, por vezes, da subtratora – para garantir seu regresso seguro ao país de residência habitual também parece possui papel determinante para a emissão de ordem de regresso da criança, *mesmo em situações de comprovada ocorrência de violência doméstica (contra o genitor subtrator), cumulada com a exposição da criança (ou adolescente) a tal circunstância*[1180]. O oferecimento de condições, pelo genitor abandonado, ao retorno seguro da criança integra, *em sentido lato*, o nível de avaliação das possibilidades de o *Estado de residência habitual* eliminar ou mitigar danos à criança em seu regresso.

[1180] Breves discussões sobre o tema das salvaguardas, ou condições ao retorno seguro de crianças e adolescentes aos seus países de residência habitual já foram travadas em capítulos anteriores deste estudo, aos quais se remete o leitor.

Por todo o demonstrado, defende-se que Guia da *Exceção de Grave Risco* da Convenção da Haia de 1980 vem, 40 anos depois da entrada em vigor desta convenção, *definir* a mais equilibrada, coerente *e uniforme* aplicação desta exceção, a ser aplicada – de forma mandatória, entende-se – a *todos* os seus Estados-Partes. Embora o próprio documento mencione que os países não estão obrigados a seguir seu conteúdo, tendo em vista que cada caso concreto possui particularidades que podem transformá-lo em *único*, seu conteúdo – tanto metodológico quanto em relação às boas práticas identificadas e nele incluídas a partir de decisões judiciais *nacionais* mostra-se *inequivocamente relevante, nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados* – a CVDT.

Incluído o Guia *da Exceção de Grave Risco* no âmbito do artigo 31 da CVDT, que veicula *regra de interpretação de seguimento mandatório pelos países que são parte da Convenção de Viena*, deriva-se daí a conclusão de que, apesar do "disclaimer" quanto a sua natureza, incluído no Guia *aprovado pelos Estados-Membros da HCCH*, seu conteúdo *vincularia* as autoridades judiciais dos Estados-Partes da CVDT[1181].

Os guias da HCCH apresentam, em regra, um "disclaimer", apontando, por exemplo, que "nada neste Guia deve ser construído como obrigatório aos Estados-Partes da CH80 ou outra Convenção da Haia de Família". Além disso, é comum mencionarem que "os princípios gerais incluídos neste Guia são puramente consultivos em sua natureza" (Por todos, CONFERÊNCIA DA HAIA, 2012a, p. 13). Tais circunstâncias, defende-se, não parecem invalidar o que se pretendeu demonstrar até o momento: que os guias se incluem, no quadro hermenêutico da CVDT, em seu artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" e, portanto, serão *relevantes* para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Ao contrário de algumas críticas a este tratado, que insistem em apontar que a interpretação e aplicação da CH80, especialmente, quanto à *exceção de grave risco*, tem desconsiderado a evolução das ciências sociais e o incremento da preocupação geral com os impactos físicos e emocionais, à crianças e adultos, de circunstâncias como a ocorrência de violência doméstica, a concorrência de procedimentos criminais e pedidos de cooperação jurídica civis para restituição da criança, a separação da criança (ou adolescente) de seu

[1181] Não se ignora, no entanto, a crítica que pode ser feita a tal tese, segundo a qual a inclusão dos guias de boas práticas no âmbito do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" da CVDT dependeria, necessariamente, do estabelecimento de *acordo* das partes relativo à interpretação de determinada prática.

guardião exclusivo e questões migratórias postas em desfavor do subtrator[1182] – os Estados-Partes já aprovaram documentos que, nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b", da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, devem ser considerados (como relevantes) na interpretação e aplicação de tal exceção.

Os Guias de Boas Práticas veiculam práticas cujo seguimento é *fortemente recomendado* aos Estados-Partes. Além disso, as *boas práticas*, selecionadas para serem incluídas nos guias, são, *na prática*, aprovadas pelos países que acabam por *endossar seu conteúdo como adequado, inclusive fomentando que sejam replicadas nos demais Estados.*

No que diz respeito especificamente à interação do fenômeno da violência doméstica com a *exceção de grave risco* da CH80, tem-se que os Guias de Boas Práticas progressivamente vêm apontando o impacto potencial que o primeiro possui em relação à interpretação e aplicação da segunda, em claro reconhecimento – aprovado pelos Estados-Partes, consensualmente – da relevância do assunto. Pode-se dizer, neste ponto, que os guias vêm se apresentando como ferramentas adequadas para uma interpretação *progressiva e uniforme* da *exceção de grave risco*, alinhados, via de regra, com o desenvolvimento dos estudos sociais e o aumento de preocupação ("awareness") com o fenômeno da violência doméstica.

Concluída a análise dos elementos que, segundo o artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados seriam, potencialmente ou efetivamente *relevantes* para interpretação uniforme da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, o tópico seguinte se debruçará sobre os elementos incluídos no o artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" e parágrafo 4º da CVDT: *as regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes e a fixação de sentido especial aos termos da exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

[1182] O Guia da *Exceção de Grave Risco* também se debruça sobre tais assuntos. Entretanto, dados os limites desta tese, estes não serão aprofundados.

5.4. As regras gerais de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes e a inexistência de *sentido especial* ao *grave risco*

Os dois últimos elementos incluídos na Regra Geral de Interpretação da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados dizem respeito a "quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional, aplicáveis às relações entre as partes (artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c") e à consideração de que "um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que esta era a intenção das partes" (artigo 31, parágrafo 4º da CVDT).

Considera-se que as *regras gerais de Direito Internacional*, para os fins do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT coincidiriam com os *Princípios Gerais de Direito Internacional* alçados à categoria de *fontes* do Direito Internacional por força do artigo 38, parágrafo 1º, alínea "c", do Estatuto da Corte Interacional de Justiça[1183]. Importante mencionar que o *costume internacional* também poderia, em tese, ser incluído no âmbito do dispositivo da CVDT ora em comento. Entretanto, uma vez que o costume internacional diz respeito a "*práticas* duráveis, consistentes e gerais, aceitas como Direito Internacional" (CRAWFORD, 2012, pp. 23-7), entende-se que tais práticas já foram, quando identificadas como relevantes à interpretação da *exceção de grave risco*, objeto de análise em tópico anterior desta tese, relacionado ao artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Após discussão sobre os princípios gerais de direito (internacional) relevantes e aplicáveis às relações entre os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980, o tópico constatará a inexistência de *sentido especial*, conferido à *exceção de grave risco*, no *texto* deste último tratado.

De acordo com Rezek, o fundamento de validade dos princípios gerais do Direito Internacional também repousa, assim como os tratados e o costume internacional, no consentimento dos países que compõem a comunidade internacional – novamente, o "pacta sunt servanda". O teórico esclarece que o consentimento poderá ser *criativo* ou *perceptivo*, distinção "entre o direito livre e originalmente forjado pelos Estados e o direito por estes não mais que reconhecido ou proclamado" (REZEK, 2002, p. 129). Nessa medida:

[1183] Sobre as fontes do Direito Internacional, vide Capítulo 3.

> "é irrecusável (...) que os sujeitos do direito internacional vêm consentindo secularmente em torno de normas que lhes parecem por um lado, advindas de um domínio diverso daquele de sua própria e discricionária inventividade e, por outro – e consequentemente -, imunes ao seu poder de manipulação" (REZEK, 2002, p. 130).

Complementando o raciocínio acima, Varella elenca os principais princípios gerais do direito internacional, nos seguintes termos:

> "os princípios gerais mais importantes de direito internacional que dão organicidade e lógica ao sistema jurídico são:
> a) igualdade soberana;
> b) autonomia, não-ingerência nos assuntos internos dos outros Estados;
> c) interdição do recurso à força e solução pacífica de controvérsias;
> d) respeito aos direitos humanos; e
> e) *cooperação internacional*" (VARELLA, 2009, p. 5, grifos nossos).

Especificamente em relação aos princípios de respeito aos direitos humanos e a cooperação jurídica internacional, este teórico considera que o princípio do respeito aos direitos humanos representa, ao mesmo tempo, "um objetivo comum e um pressuposto do direito internacional para o reconhecimento do próprio Estado", devendo todos os países buscar a proteção de tais direitos. Sendo a *cooperação internacional* valor comum a todos os sistemas de direito, este princípio "significa que os Estados devem agir em conjunto, colaborando para a busca de objetivos comuns", justificando-se a busca de soluções compartilhadas para os problemas comuns". (VARELLA, 2009, pp. 6-7).

Quoc Dinh et. al. apresentam larga listagem de princípios gerais de direito (não exclusivamente de Direito Internacional) que teriam sido consagrados pela *jurisprudência internacional*. Em breve resumo, são eles:

"a) princípios relacionados com o conceito geral de direito:

- abuso do direito e princípio da boa-fé;
- ninguém pode impor o seu próprio erro;
- qualquer violação de um compromisso envolve a obrigação de reparar o prejuízo sofrido;
- princípios de segurança jurídica e do respeito da 'confiança legítima';

b) princípios de caráter contratual transpostos para a matéria dos tratados:

- princípio do efeito útil;
- princípios relativos aos vícios do consentimento e à interpretação;
- força maior;

- prescrição liberatória (de acordo com a doutrina dominante);

c) princípios relativos ao contencioso da responsabilidade:

- princípio da reparação integral do prejuízo;
- juros de mora;
- exigência de uma elo causa-efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o prejuízo sofrido;

d) princípios processuais contenciosos[1184]:

- força da coisa julgada;
- ninguém pode ser juiz e parte em causa própria;
- igualdade entre as partes;
- respeito aos direitos da defesa;

e) princípios do respeito dos direitos do indivíduo:

- proteção dos direitos fundamentais;
- proteção específica dos direitos dos agentes públicos;

f) princípios que incidem sobre o regime dos atos jurídicos:

- princípio da segurança jurídica;
- princípios relativos ao efeito intertemporal dos atos jurídicos;
- equilíbrio dos interesses em presença (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 320-1).

Nota-se que os autores acima citados parecem divergir, em certa medida, quanto ao conteúdo dos termos *princípios gerais de direito*, para os fins do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Enquanto autores mais modernos restringem-se a enunciar os princípios gerais de direito *internacional*, teóricos mais tradicionais consideram que tais princípios seriam, em verdade, *princípios comuns às ordens jurídicas nacionais da maioria dos*

[1184] Segundo os autores, "a transposição destes princípios para a ordem internacional justifica-se plenamente dado o grau de aperfeiçoamento atingido pela organização jurisdicional interna, sob reserva do reduzido lugar concedido aos indivíduos" (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 321).

países, que sejam aptos a serem transpostos para a ordem jurídica internacional (QUOC DIHN; DAILLIER; PELLET, 1999, pp. 318-9).

De qualquer forma, considera-se que para fins de interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, especialmente em contextos de violência doméstica, as potenciais contribuições dos instrumentos identificáveis como incluídos no escopo do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT são de *pouca valia prática*. Por óbvio, não se desconsidera que a proteção aos direitos humanos dos envolvidos em situações de subtração internacional ilícita (de crianças ou adolescentes) e das pessoas vítimas, diretas ou indiretas, de violência doméstica, deve ser efetivada. Do mesmo modo, a cooperação internacional entre os Estados. No entanto, uma vez que tais princípios são dotados de natureza *programática* e conceituados de forma sobremaneira ampla, sua relevância, para os fins da CVDT, para o alcance de interpretação uniforme e global da *exceção de grave risco* da CH80 seria praticamente nula.

Alcança-se, finalmente, o parágrafo 4º do artigo 31 da Convenção de Viena de 1969, que disciplina a identificação e manejo de *termos especiais* no contexto da interpretação de tratados. As cortes adotam muita cautela as alegações de que conclusões devem ser extraídas a partir da alteração da redação de um tratado durante o processo de sua negociação, particularmente na ausência de registros das razões para tal(is) alteração(ões). Do mesmo modo, a rejeição a uma tentativa de alteração da redação sem explicação ou o consenso sobre o sentido da palavra mantida podem ser de pouca ajuda na tarefa interpretativa (GARDINER, 2015, pos. 12646 e 12654).

Enquanto muitos tratados incluem, em seu texto, um *glossário* de termos, a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes não se engajou em tal exercício. Ao contrário, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados incluiu, em seu artigo 2º, tópico denominado *expressões empregadas,* onde foram conceituados, para seus fins, alguns de seus principais termos, dentre os quais: tratado, ratificação, aceitação, aprovação, adesão, plenos poderes, reserva, Estado negociador, Estado contratante, parte, terceiro Estado e organização internacional[1185].

[1185] CVDT, artigo 2º: "Artigo 2. Expressões Empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção:
a) 'tratado' significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

Em conclusão, não parece possível afirmar que teria sido conferido *sentido especial aos termos da exceção de grave risco da CH80,* para inclusão da ocorrência violência contra outros membros da família (que não a criança ou adolescente), especialmente quando não se mostrar possível a confirmação cabal dos impactos de tal violência na criança ou adolescente vítima de subtração internacional ilícita.

Pormenorizada a aplicação prática da Regra Geral de Interpretação dos Tratados, incluída no artigo 31 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, em suas implicações à subtração internacional de crianças e adolescentes permeada de violência doméstica, o Capítulo 6, na sequência, discorrerá, por primeiro, sobre os Meios Suplementares de Interpretação, contidos no artigo 32 da CVDT. Após, será possível constatar-se, nos termos do artigo 33 desta última convenção, a inexistência de divergências entre as versões autênticas da *exceção de grave risco,* em inglês e em francês, bem como de suas traduções para a língua portuguesa, disponíveis nos diplomas normativos em vigor no Brasil e em Portugal.

Por fim, restará confirmada a tese desta pesquisa, que diz respeito à viabilidade da aplicação do capítulo hermenêutico da CVDT à *exceção de grave risco* da CH80 para alcance da interpretação mais uniforme e global possível desta última a contextos de violência doméstica – e as decorrências de tal aplicação. Ao seu final, o Capítulo 6 poderá apresentar, em caráter embrionário, alternativas – incluídas na Convenção da Haia de 1980 – para a proteção de mães subtratoras vítimas de violência doméstica, *para além da exceção de grave risco*.

---

b) 'ratificação', 'aceitação', 'aprovação' e 'adesão' significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado;
c) 'plenos poderes' significa um documento expedido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designadas uma ou várias pessoas para representar o Estado na negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado;
d) 'reserva' significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;
e) 'Estado negociador' significa um Estado que participou na elaboração e na adoção do texto do tratado;
f) 'Estado contratante' significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado, tenha ou não o tratado entrado em vigor;
g) 'parte' significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este esteja em vigor;
h) 'terceiro Estado' significa um Estado que não é parte no tratado;
i) 'organização internacional' significa uma organização intergovernamental.
2. As disposições do parágrafo 1 relativas às expressões empregadas na presente Convenção não prejudicam o emprego dessas expressões, nem os significados que lhes possam ser dados na legislação interna de qualquer Estado".

Capítulo 6 - Os Meios Suplementares de Interpretação, as línguas oficiais da CH80 na interpretação da *exceção de grave risco* e a proteção de mulheres para além desta *exceção*

O último capítulo deste estudo busca, por primeiro, finalizar os esforços de aplicação do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT ou Convenção de Viena de 1969), a partir dos Meios Suplementares de Interpretação incluídos em seu artigo 32. Relembra-se que os instrumentos e documentos classificados sob tal rubrica devem ser manejados apenas de forma *subsidiária*, para "confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31 deixa o sentido ambíguo ou obscuro ou conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado"[1186].

Enquanto os trabalhos preparatórios à elaboração da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes encontram-se textualmente mencionados no "caput" do artigo 32 da CVDT, esta tese optou, metodologicamente, pela inclusão também do Relatório Explicativo à CH80 como *meio suplementar de interpretação* da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, apesar das divergências teóricas apontadas especialmente no Capítulo 4 deste estudo. Os trabalhos preparatórios à elaboração da Convenção da Haia de 1980, aí incluído o Relatório Explicativo deste tratado serão discutidos no capítulo 6.1.

Na sequência, a relevância da análise das versões autênticas da CH80 – em inglês e em francês – e a ausência de divergências *relevantes* ao texto da *exceção de grave risco* poderão ser constatadas. Também será constatada a inexistência de diferenças relevantes nas *traduções* da Convenção da Haia adotadas no Brasil e em Portugal – embora estas últimas, ao menos para a CVDT, não sejam elementos relevantes à interpretação daquela exceção.

Por fim, e concluindo-se a apresentação de proposta de interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 a partir da moldura hermenêutica da Convenção de Viena e 1969 – principal objetivo desta tese – será possível constatar que tal exceção, seja por seu texto, contexto, acordos concomitantes (a sua adoção), ou práticas, acordos, regras

[1186] CVDT, artigo 32.

pertinentes de Direito Internacional ou versões linguísticas, volta-se *exclusivamente* à proteção das crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita, fazendo-o de forma considerada *adequada e suficiente*, especialmente por força do *nível de consenso* passível de ser encontrado entre seus Estados-Partes, intérpretes autênticos. *Além disso,* será possível constar que a aplicação da CVDT à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 é a única medida hábil a permitir sua *interpretação da forma mais uniforme possível*, dentre o amplo espectro de países que integram esta avença.

Não há esforços efetivos, até o presente momento histórico – e consubstanciados, ao menos, em instrumentos ou documentos relevantes, para os fins da CVDT – à proteção de *outros membros da família*, para além de crianças e adolescentes, *contra a violência doméstica* – com a conceituação que lhe seria mais adequada, a partir dos avanços recentes das ciências sociais – *por intermédio da exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Essa conclusão, entretanto, permitiria admitir, sem maiores reflexões, uma das críticas comumente encontradas sobre *a CH80,* de que ela *não protege adequadamente mulheres da prática de violência doméstica, quando esta violência é o (principal ou único) motivo para a perpetração da subtração internacional ilícita de sua filha ou filho*?

Defende-se, firmemente, que a resposta a tal indagação é negativa. Ultrapassando o escopo desta tese, o último tópico de seu último capítulo pretende, ao menos em caráter embrionário, apresentar sugestões de manejo de *outros dispositivos* da Convenção da Haia de 1980 em circunstâncias de violência doméstica *que não contem com a comprovação cabal da ocorrência de impactos diretos à criança ou adolescente subtraído.* Em especial, será possível iniciar e fomentar os debates sobre:

a) o artigo 20 da CH80 como norma de *ordem pública* voltada à proteção de quaisquer seres humanos – incluídas mulheres - contra violações de direitos humanos e liberdades fundamentais;
b) a *retirada da aceitação* de um Estado-Parte da CH80 à posterior adesão de outro país a este tratado, quando constatadas violações *sistemáticas e irremediáveis* à proteção das mulheres contra a violência doméstica ou a ineficiência prática de proteção adequada a tais indivíduos;

c) a *não aceitação* da adesão de um novo Estado-Parte à Convenção da Haia de 1980 quando constada a ausência ou ineficiência prática de proteção institucional adequada às mulheres contra violência doméstica; e, por fim,
d) a fixação coercitiva de residência habitual no contexto da violência doméstica.

Será possível fomentar novos debates relacionados ao *impacto da violência doméstica* na subtração internacional de crianças e adolescentes, a partir da enunciação de *outros* dispositivos incluídos na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes que poderão, mais propriamente, dedicarem-se a tal finalidade, tendo em vista as limitações que os Estados-Partes deste tratado ainda consideram relevantes a sua *exceção de grave risco em contextos de subtração internacional de crianças e adolescentes cumulada com a prática de violência doméstica entre seus genitores*.

Inaugurando este capítulo, serão analisados os trabalhos preparatórios à Convenção da Haia de 1980 que, nos termos da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, revelariam as "circunstâncias de sua conclusão"[1187].

6.1. Os trabalhos preparatórios à Convenção da Haia de 1980 e as circunstâncias de sua conclusão

Os trabalhos preparatórios à conclusão de um tratado, como instrumentos para sua interpretação, segundo a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (CVDT), ocupam posição controversa, ao menos no campo teórico. Para Allot, a definição de um tratado é "um *desacordo* reduzido por escrito" (ALLOT, 1999, p. 43, grifos nossos), razão pela qual os trabalhos preparatórios acabam por revelar alto grau de divergência, discordância e falta de resultados conclusivos sobre o sentido do texto do tratado a ser interpretado.

Nos termos do artigo 32 da CVDT, os trabalhos preparatórios foram classificados como Meio Suplementar de Interpretação, sendo que nem este dispositivo, nem qualquer outro da CVDT indicam a *extensão* do que se deve compreender por *trabalhos preparatórios*. McNair, teórico clássico[1188] descreve a expressão *trabalho preparatório* como "an omnibus expression

[1187] CVDT, artigo 32.
[1188] Sua obra encontra-se, em certa medida, ultrapassada.

which is used rather loosely to indicate all documents such as memoranda, minutes of conferences, and drafts of the treaty under negociation" (McNAIR, 1961, p. 411).

Gardiner aponta que, embora mencionados em conjunto no artigo 32 da CVDT, as expressões *circunstâncias de conclusão de um tratado* e *trabalhos preparatórios* não seriam sinônimas, embora, por vezes, as circunstâncias de conclusão do tratado podem ser mencionadas nos trabalhos preparatórios (GARDINER, 2015, pos. 2113-2121). Um exemplo desta situação, entende-se, pode ser encontrado nos trabalhos preparatórios à Convenção da Haia de 1980 que, dentre outros aspectos, levaram em conta estudos estatísticos – que, defendeu-se neste estudo, seriam apenas parciais – sobre o cenário da subtração internacional de crianças e adolescentes pelo globo, quando das negociações desta última convenção.

Waldock aponta que embora os trabalhos preparatórios não se mostrem, tecnicamente, como mecanismo autêntico de interpretação, eles podem apresentar evidências sobre o sentido, sendo que seu grau de cogência "depende da extensão pela qual eles fornecem prova do entendimento comum das partes como sentido atrelado aos termos do tratado" (WALDOCK, 1964, p. 58). Interpretações mais liberais consideram os tratados preparatórios como prática seguida posteriormente pelas partes – incluída no artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" – ao invés de meio suplementar de interpretação (artigo 32) (GARDINER, 2015, pos. 2702). Esta tese, conforme mencionado filia-se, neste ponto, à interpretação textual do artigo 32 da CVDT, que inclui, expressamente, os trabalhos preparatórios em seu escopo.

Não existiriam esclarecimentos, na CVDT, sobre quanto tempo na história do tratado deve-se retroceder para buscar auxílio interpretativo. Segundo Gardiner (2015. Pos. 4600), as autoridades judiciais tendem a buscar todas os esclarecimentos que atestem um sentido que tenha sido aceito, ao menos implicitamente, pelas partes[1189], excluindo lembranças individuais ou "memoirs".

[1189] Em circunstâncias excepcionais, no entanto, cortes internacionais já fizeram uso de declaração unilateral de um país, como explicações públicas apresentadas ao órgão legislativo durante a preparação para ratificação de um tratado. Nesse sentido, vide Caso Belilos v. Suíça (Application no. 10328/83), julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1988, parágrafos 31-32 e 48. Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57434. Acesso em 16.03.2019. Criticando a utilização de tal material unilateral pela Corte Europeia de Direitos Humanos, mas, no entanto, considerando possível diante de tribunal arbitral, veja Gardiner (2015, pos. 4779). O mesmo autor, ainda, considera que uma declaração unilateral que seja considerada como evidência de "opinio juris" deveria ser aplicada no âmbito do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT (regras relevantes de Direito Internacional) e não sob o pálio do artigo 32.

No caso da Convenção da Haia de 1980, os trabalhos preparatórios disponíveis para consulta encontram-se compilados no documento "Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement d'enfants", publicado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982). Este documento contém:

a) questionário sobre subtrações internacionais de crianças por um dos genitores, remetido pela HCCH aos seus Estados-Membros;

b) relatório sobre o assunto redigido por Adair Dyer (doravante, Relatório Dyer);

c) respostas dos Estados-Membros da HCCH ao questionário (mencionado no item "a", acima);

d) conclusões das discussões travadas durante a Comissão Especial de Subtração, de março de 1979;

e) minuta preliminar da Convenção da Haia de 1980, apresentada por esta comissão em novembro de 1979;

f) o relatório explicativo da Convenção da Haia de 1980, elaborado por Elisa Pérez-Vera (PÉREZ-VERA, 1982);

g) comentários dos governos dos Estados-Membros à minuta preliminar de convenção, datada de novembro de 1979;

h) "minutes" e documentos de trabalho da "First Commission", que foram discutidos durante a 14ª Sessão da HCCH;

i) "minutes" da sessão final que aprovou o texto final da CH80; e, por fim,

---

O conceito de "opinio juris" foi explicado pela CIJ, no Caso Nicaragua v. Estados Unidos, em que foi retomada ideia já ventilada no julgamento do Caso "North Sea Continental Sheifcases (Relatórios CIJ de 1969, p. 44): "(…) for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned 'amount to a settled practice', but they must be accompanied by 'opinio juris sive neccessitatis'. Either the States taking such action or other States in a position to react to it must have behaved so that their conduct is evidence of a belief that the practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such belief, the subjective element, is implicit in the very notion of 'opinio juris sive neccessitatis'". Caso "relativo às atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua" (Nicarágua v. Estados Unidos da América), julgado em 27 de junho de 1986, parágrafo 207. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em 16.03.2019.

j) o texto final aprovado para a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes.

Durante a 13ª Sessão (Quadrienal) da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em 1976, ocorreu a aprovação, de seus Estados-Membros, de início dos trabalhos de elaboração de um tratado multilateral voltado à prevenção e repressão à subtração internacional de crianças e adolescentes, nos seguintes termos:

> "warmly supported the Recommendation that the Conference undertake this topic, which has become intercontinental in its scope with a pattern of abduction routes cross-hatched across the globe, from Australia to Austria, from Canada to France (and back, by way of the secondary abduction), from Berlin to Israel, England to Holland, Holland to Morocco and so on in a seemingly endless flow" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 12)".

Conforme mencionado em trechos anteriores deste estudo, as negociações da Convenção da Haia de 1980 contaram com a participação de pouco menos de 25 países e tiveram, como ponto de partida, relatório, redigido por Adair Dyer (Relatório Dyer) - então Primeiro Secretário da HCCH - a partir de questionário enviado aos Estados-Membros da HCCH, acompanhado de estudo sociológico e relato sobre circunstâncias relacionadas à subtração internacional de crianças e adolescentes (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, pp. 9-51).

Além de reconhecer o aumento do volume de subtrações de crianças cometidas por um de seus genitores – embora mencionando, expressamente, a ausência de estudos estatísticos globais -, não foram efetuados comentários, por Dyer, sobre o gênero do subtrator. O relato se limitou a afirmar que a *frustração* do genitor que era *injustificadamente* privado da custódia da criança (ou adolescente) seria motivo relevante para a ocorrência de tais subtrações (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, pp. 18-9). A frustração como elemento motivador de subtrações internacionais ilícitas parece conclusão discutível, conforme visto, em especial, no Capítulo 2 deste estudo.

O documento também reconhece, tendo em vista o "incremento em volume da literatura", que a verdadeira vítima da subtração infantil é a própria criança, indivíduo que sofre de várias formas, tais como:

> "com a alteração abrupta de sua estabilidade, a perda traumática de contato com o genitor que vinha sendo responsável por seu crescimento, a incerteza e frustração que surgem com a necessidade de adaptar-se a uma língua estranha, condições culturais não familiares e professores e parentes desconhecidos" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 21).

O importante papel dos estudos sociológicos sobre os efeitos da subtração de crianças e adolescentes foi reconhecido por Dyer:

> "An important modern trend in sociological thought support this presumption, since many sociologists and social workers lay increasing stress on the child's need for stability - some even suggesting that all custody orders should in principle be final and unconditional and that the parent given custody should have discretion over whether or not to grant visitation to the noncustodial parent [nota de rodapé omitida]" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, pp. 21-2).

Ainda sobre este tema, o documento aponta que, embora muitos dos relatórios elaborados por peritos judiciais acabam por indicar que a criança subtraída estaria se adaptando adequadamente ao país de refúgio, tais exames periciais devem ser vistos com *suspeita*, na medida em que haveria tendência *natural* de tais profissionais, se nacionais do mesmo país que o subtrator, de compartilhar com este último a mesma língua e hábitos culturais e religiosos. CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 22). Tal circunstância merece atenção, em especial por parte dos órgãos julgadores dos Estados-Partes da CH80, que – ao menos no Brasil – muitas vezes acabam por acolher integralmente, sem reflexão crítica, os relatórios elaborados por peritos judiciais no bojo de demandas relacionadas à aplicação da Convenção da Haia de 1980.

O Relatório Dayer também reconheceu as dificuldades na definição do problema – a subtração internacional de crianças e adolescentes – e para adoção de terminologia a ele adequada, mencionando a remessa de questionário pelo ISS – "International Social Service", aos seus países de atuação. Tal estudo já foi objeto de análise crítica no Capítulo 2 desta tese, ao qual se remete o leitor.

Em relação aos *termos de um tratado*, o Relatório Dyer considera que "unless a legislative effort is made to set out the specific elements for establishing these standards in particular cases, one ultimately falls back on more nebulous methods of fleshing out the bones, such as 'choice-influencing considerations' or 'principles of preference'" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 23). Sem que sejam efetuados esforços para elevar o grau de precisão da linguagem da Convenção da Haia de 1980, ganha vulto o diferimento, ao órgão julgador, do adensamento de conteúdo dos termos da CH80 quando diante do julgamento de cada um dos casos.

Discutiu-se, à época, a criação de um tribunal internacional para julgamento dos casos de subtração internacional de crianças e adolescentes. Tal ideia foi considerada "more unwieldy in the context of the Hague Conference than [it was] within the regional framework of the

Council of Europe, for the obvious reason that the worldwide scope of the [Hague] Conference involves greater differences and more diverse cultural patterns" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 47). Até o momento, como é sabido, inexiste órgão internacional transnacional voltado, especificamente, ao julgamento de demandas relacionadas à subtração internacional de crianças e adolescentes[1190].

O questionário remetido pelo Secretariado da HCCH aos seus Estados-Membros, discutido no bojo do Relatório Dyer, foi respondido por 22 países[1191]. Nenhuma das questões incluídas neste documento disseram respeito, especificamente à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 ou à *violência doméstica* em contextos de subtração internacional de crianças ou adolescentes.

Os trabalhos preparatórios à Convenção da Haia de 1980 também incluíram sumário do Estudo ISS, discutido em tópico anterior desta tese[1192]. Merece menção, neste ponto, trecho do Estudo ISS em que foram tabulados os *motivos* alegados pelo genitor subtrator para sua conduta[1193]:

Amor pela criança e desejo de tê-la em sua companhia	43
Controlar o desenvolvimento (religioso, educacional, étnico) da criança	33
Incomodar, aborrecer, etc. o outro genitor	29
Excluir o outro genitor do contato com a criança	24
Forçar o outro genitor a reatar os laços familiares (casamento, união estável - reconciliação)	20
Proteger a criança de tratamento inadequado perpetrado pelo outro genitor	19
Ganhar acesso à criança	17
Evitar o pagamento de pensão alimentícia em favor da criança, quando tal pagamento era efetuado ao outro genitor	5
Oferecer à criança melhores condições econômicas	3
O genitor subtrator não queria (mais) viver em um país estrangeiro	2
Ter acesso aos bens da criança	0
Outras razões	15
Total	213

[1190] A Corte Internacional de Justiça poderá decidir demandas envolvendo Estados; as Cortes Regionais de Direitos Humanos poderão analisar violações de Estados, contra particulares, pela aplicação inadequada da CH80, em violação a tratados regionais de proteção a direitos humanos. A HCCH não possui funções de adjudicação de casos.

[1191] Alemanha, Austrália, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Irlanda, Israel, Japão, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça, Tchecoslováquia, Turquia e Iugoslávia.

[1192] Capítulo 3.

[1193] Foram tabulados, em 104 subtrações, 213 motivos, indicando que, geralmente, o genitor subtrator ofereceu mais de uma razão para a subtração cometida. Em 10 casos os motivos eram desconhecidos.

Fonte: CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, pp. 135-6.

Os fatores precipitadores das subtrações[1194], segundo o Estudo ISS foram:

Discussão com o outro genitor	29
Evitar uma ordem judicial pendente (sobre a custódia da criança)	20
Frustração em relação à extensão inadequada ou indeterminada do direito de visitas	13
Preocupação com o estado de saúde mental ou físico da criança	11
Tratamento de saúde recente do outro genitor	11
Novo casamento ou formação de novo relacionamento pelo outro genitor	9
Evitar a remoção forçada de uma criança, após a obtenção de ordem judicial em favor do outro genitor	8
Frustração com a situação marital	4
Retomar a posição de cuidador da criança	4
Hostilidades entre os genitores e seus parentes mútuos	4
Pressão da criança	3
A primeira subtração (em casos de re-sequestro)	2
Frustração em relação à falta de disposição das autoridades para executar uma decisão judicial	2
Outros fatores	35
Total	151

Fonte: CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, pp. 135-6.

Nota-se que o Estudo ISS, neste ponto, foi elaborado a partir da visão do fenômeno da subtração sob a ótica do genitor subtrator. A violência doméstica *não foi detectada* como motivo ou fator precipitador da subtração internacional ilícita – embora alguns dos comportamentos descritos possam ser, em termos práticos, categorizados como tal[1195]. Parece perder força comentário apresentado, por vezes, durante discussões atuais sobre a Convenção da Haia de 1980, segundo o qual *a maior parte das subtrações internacional é realizada em razão do cometimento de violência doméstica pelo genitor abandonado.* Do mesmo modo, o comentário de Dyer sobre ser a *frustração* relevante fator para o cometimento de subtrações, também parece merecer reparos. As estatísticas contidas no Estudo ISS parecem afastar ambas as ideias.

Em conclusão, os documentos que embasaram as negociações da Convenção da Haia de 1980 e que inauguram as "Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III,

[1194] Em 16 casos os fatores precipitadores eram desconhecidos.
[1195] Por exemplo e por todos, o *medo* do outro genitor.

Enlèvement d'enfants"[1196], neste ponto, especificamente o Relatório Dyer e o Estudo ISS - embora relevantes para compreensão das circunstâncias sociológicas do início de negociação daquele, praticamente não fazem menção à *exceção de grave risco,* razão pela qual não parecem, à primeira vista, elementos *relevantes*, nos termos da CVDT, à interpretação daquela exceção.

6.1.1. A preocupação dos negociadores *exclusivamente* com a violência contra crianças e adolescentes

Em março de 1979 ocorreu encontro da "Special Commission on International Child Abduction by One Parent" (doravante Comissão Especial de Subtração), para discussão de uma primeira minuta da Convenção da Haia de 1980. De acordo com Shapira, esta comissão sugeriu, por primeiro, que o tratado deveria conter "rules forbidding or limiting the exercise of judicial jurisdiction to determine child custody on the merits in a contracting State to which the child had been brought following an abduction", considerando, ainda, que "such prohibition or limitation is indeed a necessary corollary to the obligation of the latter State´s authorities to return promptly an abducted child to its country of habitual residence" (SHAPIRA, 1989, pp. 190-2).

Na ocasião, a redação da atual exceção de grave risco era *diferente* daquela aprovada ao final da negociação, no ano seguinte. Em relação ao texto anterior, a Comissão Especial de Subtração considerou que "the prompt return of an abducted child could only be declined (…) if such return was likely to be gravely prejudicial to the interests of the child" (SHAPIRA, 1982, p. 191), adotando, em novembro do mesmo ano (1979), a seguinte versão para o texto da *exceção de grave risco*:

> "[…] the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person who has removed or retained the child establishes that
> […]
> b) there is a *substantial* risk that the return would expose to child to physical *and* psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 168, grifos nossos).

[1196] Publicação que incorpora os *trabalhos preparatórios* deste tratado.

De acordo com relato desta comissão, naquele momento histórico os negociadores sabiam que os termos "substantial risk, psychological harm" e "intolerable situation" eram vagos o suficiente para permitir discricionariedade em sua interpretação, em "entirely different ways" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 203). Segundo Pérez-Vera, a comissão, em discussões posteriores, *decidiu pela redução da flexibilidade* inicialmente conferida ao dispositivo (PÉREZ-VERA, 1982, p. 203). Foi esclarecido que:

> "the substantial risk designates a serious risk which may be objectively verified, but it does not comprise the idea of 'immediate' risk; this latter interpretation was in the end discarded. As to the psychological harm, the Special Commission intended it to cover both the mental harm and a certain aspect of the moral harm, but it has knowingly avoided the latter expression, which is too vague, and which could even be interpreted as encompassing religious convictions. Having regard to what must be understood by an intolerable situation, the special Commission had in mind an objective case; a proposal to replace the word 'intolerable' by 'unacceptable' was rejected because this latter word comprises an element of subjective evaluation which had to be avoided. Moreover, the Special Commission thought that the exception would not apply if the child's return was thought to be prejudicial to his economic or educational future" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 203).

À primeira vista, tal discussão pode soar como mero jogo de palavras. Ao buscar esclarecer o conteúdo do dispositivo, os negociadores apenas lograram concordar com expressões vagas. Os intercâmbios entre as palavras *intolerável* e *inaceitável* teriam mantido a imprecisão e as dificuldades para as pessoas comuns cumprirem, "ex ante", com seu conteúdo (MARTINS; RIBEIRO, 2019, p. 188).

Além disso, pode-se argumentar que, enquanto os negociadores se esforçaram para *reduzir* a discricionariedade judicial na interpretação do termo "substantial", a versão inicial da *exceção de grave risco* demandava a *cumulação* da exposição da criança (ou adolescente) à riscos substanciais físicos *e* psicológicos. Atualmente, a *exceção de grave risco* não prevê mais a cumulação de ambos, permitindo sua incidência nas hipóteses em que é possível a constatação cabal impacto à criança em razão de sua exposição a riscos de natureza física *ou* psíquica. Nessa medida, enquanto alegadamente se buscou reduzir a flexibilidade dos órgãos julgadores pela substituição do termo "substantial" por "grave", ampliou-se a possibilidade de manejo da *exceção de grave risco* a situações de exposição a danos psicológicos *ou* físicos, sem a necessidade de sua cumulação.

Menos de um ano depois destas discussões, a 14ª Sessão Quadrienal da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado "entrusted the task of preparing the [final version]

Convention to its First Commission"[1197], nas quais "the First Commission [composed of 24 representatives] analyzed the Preliminary Draft drawn up by the Special Commission" (PÉREZ-VERA, 1982, p. 426). Representantes de 24 Estados trabalharam na preparação deste documento[1198]. Em paralelo aos trabalhos da *Primeira Comissão* ("First Commission"), um Comitê de Redação[1199] também foi designado (PÉREZ-VERA, 1982, p. 426).

Todos os Estados-Membros da HCCH e 16 países com "status" de observador[1200] se fizeram presentes na 14ª Sessão da HCCH aprovando, *à unanimidade* o texto final da Convenção da Haia de 1980, (SHAPIRA, 1982, p. 192). Ao final, 23 países[1201] aprovaram este tratado, em 24 de outubro de 1980 (PÉREZ-VERA, 1982, p. 426).

Os trabalhos preparatórios à Convenção da Haia de 1980 também incluíram as *respostas* dos Estados-Membros da HCCH ao questionário elaborado pela HCCH, sob os auspícios de Adair Dyer. Na sequência serão abordados os principais comentários, direta ou indiretamente relacionados à *exceção de grave risco*, que puderam ser colhidos. Em especial, tal exercício marca circunstância fundamental, para a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados: a averiguação do grau de consenso dos países (ligado diretamente ao "pacta sunt servanda").

[1197] O presidente desta comissão foi o A.E. Anton (Reino Unido) e o vice-presidente foi Dean Leal (Canadá), que foram, respectivamente, presidente e vice-presidente da Comissão Especial de Subtração. A comissão realizou 13 reuniões.

[1198] Argentina, Austrália, Bélgica, Canadá, Tchecoslováquia, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha (oriental), Grécia, Irlanda, Itália, Japão, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido, Estados Unidos da América e Iugoslávia. Um delegado da Turquia se fez presente à 1ª reunião, em março de 1979.

[1199] Que realizou 7 encontros. Este comitê trabalhou sob a batuta do vice-presidente da Comissão Especial sobre Subtração e incluiu representantes da Finlândia, França, Reino Unido e Adair Dyer (PÉREZ-VERA, 1982, p. 427).

[1200] Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Tchecoslováquia, Dinamarca, República Árabe do Egito, Finlândia, França, República Federal da Alemanha, Grécia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Iugoslávia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Espanha, Suriname, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos da América e Venezuela.

[1201] Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Japão, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça, Tchecoslováquia, Venezuela e Iugoslávia. As delegações do Egito, Israel e Itália, embora tenham tipo papel ativo durante os trabalhos da "first commission", assim como representantes do Conselho da Europa e do "International Social Service", não participaram da votação. O Marrocos, a Santa Sé e a União das Repúblicas Soviéticas enviaram observadores.

A. Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá e Estados Unidos: críticas à vagueza da redação *inicial* da *exceção de grave risco*

As respostas dos países ao questionário formulado pela HCCH parecem confirmar que a intenção dos Estados que participaram das negociações para elaboração da Convenção da Haia de 1980 seria a de *restringir* o escopo, objeto, alcance e grau de discricionariedade das autoridades domésticas de seus Estados-Partes, em relação à *exceção de grave risco*. O Estado Alemão, por exemplo, sugeriu redação restritiva para tal exceção, "with more objective criteria" que poderia "restrict the danger of a too large scope of discretion", assim como:

> "an itemization of the general wording, breaking it down to individual concrete situations of danger, such as neglect, maltreatment, abuse, etc. In this way the competent courts would be compelled more precisely to consider and state the reasons for their decision" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 217).

Tal comentário parece relacionado, entre outros aspectos, com a constatação dos altos custos de adjudicação e cumprimento que advém do uso de linguagem normativa vaga (MARTINS; RIBEIRO, 2019, pp. 189-90). A manifestação austríaca referiu-se à demora no julgamento de casos, agravada pelo uso de linguagem vaga, considerando que a versão inicial da *exceção de grave risco* "includes the risk that the prompt return of the child – as it is one of the objects of the Preliminary Draft (article 1, paragraph a) – might be thwarted or at least delayed" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 218).

Em relação ao risco *da demora* no alcance de solução efetiva para situações de subtrações internacionais de crianças e adolescentes, a resposta da Áustria mencionou que o Conselho da Europa teria *rejeitado* a *exceção de grave risco* como fundamento para obstaculizar o retorno de crianças subtraídas aos seus países de residência habitual. No entanto, não foi oferecida redação alternativa para esta exceção pelo governo austríaco, que preferiu ter a esperança de que "no or only very little use will be made of the possibility" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 219).

Ao contrário, os comentários da Bélgica sugeriram emenda à *exceção de grave risco* da CH80 para esclarecer que *apenas* as autoridades judiciais *do país de residência habitual* seriam dotadas de competência para determinar a ocorrência de risco grave à criança. Tal comentário buscou, claramente, limitar o poder das autoridades judiciais, por intermédio da redução do escopo da análise das autoridades judiciais do país de refúgio. Mencionou-se, na ocasião, que:

> "de l'avis des autorités belges, le project de Convention devrait être sérieusement amendé. [...] on peut envisage un aménagement de l'article 12 et plus particulièrement de l'article 12b. Il est certain que cette disposition, qui peut se comprendre à première vue, va être utilisée par le ravisseus pour s'opposer ou retarder le retour de l'enfant. [...] se le lettera b devait être redigé de telle sorte que le retour de l'enfant ne sera pas ordonée si le ravisseus établi que selon les autorités judiciaires du pays d'oú l'enfant a été enlevé, il exist un risque grave pour ce dernier'" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 220).

Conforme pode se constatar no decorrer deste estudo, o manejo da *exceção de grave risco* por genitores subtratores tem sido cada vez mais frequente, contrariando as expectativas de alguns países presentes à negociação deste tratado. Além disso, a versão final deste dispositivo, em vigor desde o início da década de 80, não logrou ser aprimorado de forma suficiente, durante as negociações da CH80, para permitir, diretamente, sua interpretação e aplicação uniformes pelas autoridades (judiciais) de seus Estados-Partes. A proposta belga também não foi acolhida pelos países negociadores, elevando os custos de adjudicação destes processos (MARTINS; RIBEIRO, 2019, p. 190) pela ampliação dos limites de análise das autoridades (judiciais) dos países de refúgio.

O Guia de Boas Práticas da *Exceção de Grave Risco*, aliado às principais conclusões de recomendações das Comissões Especiais sobre a Operação Prática da CH80, temas discutidos em tópicos anteriores desta tese, retomam, décadas depois e em grande medida, as preocupações das delegações acima mencionadas, em relação à:

a) identificação de circunstâncias fáticas que poderão – ou não – ser incluídas no âmbito da *exceção de grave risco*;

b) necessidade de consulta ao país de residência habitual sobre a possibilidade de serem adotadas medidas de proteção à criança, em seu retorno[1202].

O Canadá, em suas respostas ao questionário da HCCH que embasou a negociação da CH80, reconheceu que a *exceção de grave risco* seria a principal alegação a ser apresentada pela defesa. Buscando esclarecer seu conteúdo, os delegados canadenses apresentaram circunstâncias *objetivas* que poderiam configurar violência física, como espancamentos e abusos; os danos psicológicos estariam, por sua vez, relacionados à crueldade mental; e, por

[1202] Circunstância esta que levaria à efetivação do regresso da criança, ainda que configurada cabalmente sua exposição a riscos de danos físicos, psíquicos ou situação intolerável (que seriam, por sua vez, mitigados – a níveis toleráveis - ou eliminados por medidas adotadas pelas autoridades do país de residência habitual).

fim, em relação à situação intolerável, embora também vaga, sua inclusão ao texto estaria suficientemente justificada, "objetivando proteger a criança, não o subtrator*"*.

A não admissão de algumas propostas voltadas à limitação ainda maior do escopo da *exceção de grave risco* não foram adotadas pela comissão[1203] incumbida de redigir o texto, conforme se nota do trecho de comentário do Canadá incluído nos trabalhos preparatórios:

> "the commission did not adopt certain proposals aimed either at restricting the scope of the provision even further, for example through the use of the term 'immediate risk', or at broadening it, for example, in the case where the child has become integrated into his new social environment. Neither is there any mention of 'moral danger' (incest or drug addiction, for example), even though this might, in certain cases, form part of the 'intolerable situations' referred to in the provision. Finally, a proposal that the expression 'unacceptable situation' be used instead of 'intolerable situation' was rejected on the ground that it allowed the judge too much discretion" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 234).

A delegação dos Estados Unidos da América (EUA) também se mostrou altamente crítica à versão inicial da *exceção de grave risco*[1204]. Segundo este país, sua manutenção, nos termos inicialmente propostos, poderia colocar em risco os objetivos da CH80, uma vez que tal dispositivo seria excessivamente amplo. A diferença sutil entre os termos "intolerable" e "unacceptable" foi considerada de pouca relevância. Um dos principais pontos de discordância dos EUA àquela versão da exceção dizia respeito a sua oposição à inclusão de desvantagens econômicas e educacionais como circunstância hábil obstaculizar o retorno da criança ao seu país de residência habitual, questão esta que surgiu, durante os debates orais (HAGUE CONVENTION, 1982, p. 242-3).

B. A manifestação isolada do Reino Unido: a violência doméstica como *situação intolerável*

A partir das manifestações escritas dos Estados-Membros da HCCH em resposta ao questionário elaborado pela HCCH, foram iniciados os debates orais entre os países presentes à negociação, durante reuniões da comissão. Entre as manifestações orais registradas, a delegação do Reino Unido comentou que a efetividade de qualquer tratado sobre subtração

---

[1203] As decisões nas comissões da HCCH, bem como durante a 14ª Sessão da Conferência da Haia eram, à época, adotadas após votação. Atualmente o sistema de votação, no âmbito das organizações internacionais, não é comum, sendo uma de suas exceções as deliberações do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

[1204] Naquele momento a *exceção de grave risco* encontrava-se incluída no artigo 12 da CH80. Atualmente, como sabido, ela está encartada em seu artigo 13, tendo a *exceção de adaptação* passado a integrar o artigo 12 da versão final deste tratado.

internacional de crianças dependeria, em muito, do volume de países que concordassem em participar da avença. Por óbvio, apenas se pode discutir a *interpretação uniforme global* da Convenção da Haia a partir do alto número, na atualidade, de seus Estados-Partes[1205].

O Reino Unido reconheceu que esta efetividade também dependeria do fato de as autoridades judiciais dos Estados-Partes conferirem efeito (aplicação) justa ("fair"). Infelizmente o Reino Unido, assim como Austrália, Irlanda, Noruega, Finlândia e Áustria, dentre outros, não apresentou sugestões de nova redação à *exceção de grave risco*.

O relato dos debates orais ocorridos durante a 14ª Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, incluídos na publicação de seus trabalhos preparatórios, comprovam que a *principal* preocupação dos países dizia respeito à redação vaga da *exceção de grave risco*. Buscava-se reduzir tal vagueza e o alto nível de discricionariedade à disposição das autoridades judiciais dos países de refúgio (MARTINS; RIBEIRO, 2019, p. 191).

Durante as discussões sobre os elementos constitutivos da *exceção de grave risco*, a Bélgica desistiu da substituição dos termos "physical or psychological harm" por "grave harm". Negociadores de outros países, incluindo Israel e Grécia, apoiaram a sugestão dos EUA de exclusão da expressão "economic or educational disadvantages" como elementos hábeis a permitir a permanência da criança no país de refúgio, negando-se seu retorno ao seu Estado de residência habitual.

Um dos delegados do Reino Unido, durante os debates orais, sugeriu a inclusão da expressão "or otherwise place the child in an intolerable situation", incorporada ao texto final da exceção. Sua justificativa, registrada nos anais dos trabalhos preparatórios, parece não ter sido mencionada anteriormente na resposta oficial do país ao questionário da HCCH. Entretanto, ainda que tenha sido manifestação isolada, durante a fase oral de debates sobre a *exceção de grave risco*, sua menção deve ser realizada, especialmente por tratar-se da *única consideração registrada nos trabalhos preparatórios à CH80 sobre a interação entre a violência doméstica e a exceção de grave risco contida neste tratado*.

Segundo tal delegado, a *exposição* da criança à situação intolerável, em seu retorno, que não poderia ser mitigada ou removida pelas autoridades do país de residência habitual da família

---

[1205] Atualmente, 101 países.

poderia dizer respeito à situação em que "one spouse was subject to threats and violence at that hands of the other and forced to flee the matrimonial home, it could be argued that the child suffered no physical or psychological harm although it was clearly exposed to an intolerable situation" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 302). Nesse sentido, veja-se na íntegra sua colocação:

> "Mr. Jones (United Kingdom) [...] Moreover, it was necessary to add the words 'or otherwise place the child in an intolerable situation' since there were many situations not covered by the concept of 'physical and psychological harm'. For example, where *one spouse* was subject to *threats and violence at the hands of the other and forced to flee the matrimonial home*, it could be argued that the child suffered no physical or psychological harm, although it was clearly exposed to an intolerable situation" (CONFERÊNCIA DA HAIA, 1982, p. 302).

Tal colocação parece, por primeiro, demonstrar que, à época da negociação da Convenção da Haia de 1980, *já havia noção de que a violência entre adultos não geraria, necessariamente, efeitos em crianças e adolescentes*. A violência doméstica, portanto, era conhecida, ao menos por parte dos negociadores – consideração que afastaria crítica comum à Convenção da Haia de 1980, segundo a qual a violência doméstica não era circunstância conhecida na década de 70[1206].

Em segundo lugar, interessante notar o esforço do representante do Reino Unido de encontrar espaço para a violência doméstica no âmbito da *exceção de grave risco*, deslocando-a para a parte final do dispositivo, a partir da inclusão do trecho sobre a inclusão da criança, em seu retorno, em *situação intolerável*. Novamente, nota-se que a manifestação não perde de vista que a violência entre indivíduos adultos não gerará, em todos os casos, impactos diretos em crianças e adolescentes. Mais uma confirmação, entende-se, da ideia defendida nesta tese em tópicos anteriores, que aponta para a *impossibilidade* da presunção de impactos (ou danos) à crianças e adolescentes *antes, durante ou após* sua subtração internacional ilícita.

Menciona-se, ainda, que a manifestação do delegado do Reino Unido deve ser vista com cautela, como alerta o principal Relator Especial da "International Law Commission" para o tema da interpretação de tratados:

> "Today, it is generally recognized that some caution is needed in the use of 'travaux préparatoires' as a means of interpretation [nota de rodapé omitida]. They are not, except in the case mentioned [referência a acordos, instrumentos e documentos anexados ao tratado ou elaborados em conexão com sua conclusão], an authentic

[1206] Embora tal terminologia não tenha sido utilizada por Mr. Jones em sua manifestação.

> means of interpretation. They are simply evidence of the intentions of the parties, and their cogency depends on the extent to which they furnish proof of the *common* understanding of the parties as to the meaning attached to the terms of the treaty. *Statements of individual parties during the negotiations are therefore of small value in the absence of evidence that they were assented to by the other parties*" (WALDOCK, 1964, p. 58, grifos nossos).

Forçoso reconhecer que o comentário efetuado por este delegado não recebeu, à época, *qualquer repercussão entre as demais delegações presentes à negociação da CH80*, na medida em que não foram incluídos, nos Trabalhos Preparatórios, quaisquer informações sobre reações ou comentários dos demais países à declaração feita pelo Reino Unido. Nessa medida, considera-se que, ao menos quando da negociação de aprovação da CH80, a violência entre adultos não recebeu repercussão entre os países, que permitisse alcançar qualquer consenso sobre seu tratamento.

O *silêncio* dos Estados-Partes em apoio à manifestação do delegado do Reino Unido quanto ao manejo do trecho da *exceção de grave risco* sobre situação intolerável para inclusão da violência doméstica, tornou-a manifestação isolada, sem apoio, rechaço ou repercussão. Assim, conclui-se que tal situação representou, inequivocamente, a ausência de *consenso* entre os países sobre ela, naquele momento histórico.

Na sequência dos trabalhos foi apresentada nova proposta de texto à *exceção de grave risco*, ainda mais restritiva que a anterior, por intermédio de Proposta de Alteração n. 12[1207], "which sought to make the provisions of article 12(1)b[1208] as clear and as narrow as possible, so as to deter abductions" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 263). A proposta, relativa à *exceção de grave risco*, foi assim apresentada:

> "Amend sub-paragraph 1b to read: there is a substantial risk, supported by the evidence which is supplied by the Central Authority of the State of origin or other competent authorities or persons of that State, that the return would subject the child to severe conditions of neglect, maltreatment, or abuse, other than economic or educational disadvantages" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 263).

Mencionou-se que a proposta visava *desencorajar* os órgãos julgadores domésticos dos países a ingressar no mérito das discussões sobre a custódia da criança durante o julgamento das disputas de subtração internacional (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 301-302). Na versão final da Convenção da Haia de 1980, tal preocupação parece ter sido endereçada entre

---

[1207] Outras propostas de alteração à *exceção de grave risco* (nºs 32, e 35) foram apresentadas, respectivamente, por Holanda e Bélgica. No decorrer das discussões orais elas foram substituídas ou retiradas pelo país proponente.
[1208] Conforme mencionado em nota de rodapé anterior, na versão final da Convenção da Haia de 1980 o texto do artigo 12, parágrafo 1º, alínea "b" foi renumerado como 13, parágrafo 1º, alínea "b".

os artigos 16, 17 e 19[1209]. Tais questões indicam a preocupação dos Estados negociadores com os altos custos de especificação terminológica da *exceção de grave risco*, inversamente proporcionais aos custos de adjudicação das demandas judiciais relacionadas a este tratado. (MARTINS; RIBEIRO, 2019, p. 192).

Na sequência dos relatos incluídos nos trabalhos preparatórios à Convenção da Haia de 1980, o Presidente da comissão concluiu que o objetivo era a redação de um tratado que angariasse, no futuro, o maior número possível de países participantes. Por tal razão, seria necessário alcançar uma *fórmula de compromisso*, permitindo flexibilidade suficiente à *exceção de grave risco*. Solicitou-se aos Estados que dirigissem sua atenção para considerar dispositivos que poderiam ser aceitos pela maioria dos países (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 302).

A posição *mediadora* do presidente da comissão aponta para consideração encontrada em Posner, para quem a redução dos custos de alcance de consenso (acordo) pode ser obtida a partir do compromisso com linguagem menos ambiciosa – mais vaga, portanto – deixando a tarefa de completar o sentido da norma para as autoridades judiciais ("adjudication costs") e indivíduos envolvidos em tais circunstâncias ("compliance costs"). A questão, no entanto, foi à votação (POSNER, 2007, p. 586).

Em processo de votação, a Proposta de Alteração n. 12 foi rejeitada por uma apertada maioria[1210]. Seus apoiadores apresentaram, então, sugestão alternativa, com a exclusão do trecho "supported by the evidence which is supplied by the Central Authority of the State of origin or other competent authority or persons of that State," e a palavra abuso.

O Relatório Explicativo à Convenção da Haia de 1980 menciona que a rejeição da proposta inicial *não* deve levar à conclusão de que as exceções à obrigação de retorno imediato,

---

[1209] Convenção da Haia de 1980, "Artigo 16. Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.
Artigo 17. O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado Requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção. (...)
Artigo 19. Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente Convenção, não afetam os fundamentos do direito de guarda".

[1210] 12 votos contra, 10 a favor e 4 abstenções.

aos seus países de residência habitual, de crianças e adolescentes, teriam passado a permitir interpretação extensiva (PÉREZ-VERA, 1982, p. 33). A preocupação principal era negar-se a possibilidade de que outras circunstâncias fossem incluídas como razões legítimas para negar o regresso de crianças internacionalmente subtraídas. A prática posterior sobre as exceções da CH80 parece ter demonstrado que esta preocupação foi, ao menos em parte, abandonada por muitos dos órgãos julgadores de seus Estados-Partes, nestes incluídos o Brasil.

O Comitê de Redação à Convenção da Haia de 1980 trabalhou em paralelo à Comissão Especial de Subtração, tentando ajustar o texto às propostas acordadas – ou votadas. Em 22 de outubro de 1980, esta comissão distribuição uma nova minuta de texto para a Convenção da Haia de 1980 (Documento de Trabalho n. 75). Neste, a *exceção de grave risco* encontrava-se assim redatada:

> "[…] the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return established that:
> b) there is a substantial risk that the return would expose the child to physical and psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 349-350).

Somente na reta final das negociações a palavra "substantial" foi substituída por "grave", após breve discussão em que os negociadores concordaram que *grave* seria termo mais forte do que *substancial*, preferindo a adoção de palavra que garantisse, mais uma vez, interpretação restritiva da *exceção de grave risco*. Aponta-se, contudo, que "one can see the discussion as a last attempt to reduce the vagueness of the terms contained on the grave risk provision which would reduce overall costs. In practical term, we see both provisions as equally vague" (MARTINS; RIBEIRO, 2019, p. 193). Além disso, menciona-se alerta incluído em Gardiner (2015, pos. 12645), para quem "tribunals approach with caution assertions as to the conclusion to the drawn from a change in wording during the drafting process of a treaty, particularly if there is no record at all of why the change was made".

Gardiner confirma que o alcance do conteúdo de um termo de um tratado pode ser apurado a partir da *exclusão* de uma interpretação, durante sua negociação (GARDINER, 2015, pos. 12521). Para tanto, este autor faz uso de decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, no Caso "Lamb Meat"[1211]. O painel, em sua análise, fez

[1211] "United States – Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia – WT/DS177/R (2000). Disponível em

uso da moldura hermenêutica contida na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Por primeiro, apurou o sentido ordinário da expressão sob disputa ("domestic industries").

Na sequência, o painel apurou o contexto e fez uso de outras ferramentas de interpretação. Buscando os trabalhos preparatórios para *confimar o sentido* identificado, notou-se que:

> "in a Panel Report pre-dating the negotiation of the current Safeguards Agreement, the Panel had found that the only way a wide interpretation of 'domestic industry' could be adopted would be by amending the treaty through negotiation. (...) Since proposals for, and objections to, changing the 'domestic industry' definition were extensively discussed in the Uruguay Round negotiations without any agreement to broaden the industry definition, the exclusion of any wider meaning was effectively confirmed" (GARDINER, 2015, pos. 12533-8).

A situação acima parece diferir, ligeiramente, da situação encontrada a partir da proposta isolada da delegação do Reino Unido quanto à inclusão da violência doméstica no âmbito da parte final da *exceção de grave risco*, que trata da situação intolerável. De fato, não foram encontrados quaisquer comentários ou repercussões àquela consideração, que teria sido, ao menos a partir da leitura dos trabalhos preparatórios, *solenemente – e propositalmente – ignorada pelos demais países*.

A partir de julgamento de Corte de Apelação (2ª instância) dos Estados Unidos da América, em disputa envolvendo a Convenção de Varsóvia para unificação de certas de relativas ao transporte aéreo internacional[1212], Gardiner aponta que proposta da delegação do Reino Unido – durante a negociação deste tratado – que previa a inclusão de dispositivo equivalente à doutrina do "fórum non conveniens" não teve suas discussões – se é que chegaram a ocorrer – incluídas na publicação dos trabalhos preparatórios de tal convenção (GARDINER, 2015, pos. 12652-68).

O relato apenas menciona que a delegação britânica não teria insistido em tal inclusão. A Corte de Apelação dos EUA, no julgamento do caso, notou que não restou devidamente esclarecido se a proposta do Reino Unido foi considerada e rejeitada ou foi simplesmente

---

https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds177/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#. Acesso em 04.01.2020.

[1212] Internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro for força do Decreto nº 20.704 de 24 de novembro de 1931. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em 04.01.2020.

abandonada quando outras propostas para o texto do tratado foram aceitas. Tal corte observou, contudo, que:

> "(...) the failed British amendment is not irrelevant. That the British delegation proposed an explicit incorporation of the doctrine of 'forum non conveniens' strongly suggests that the contracting parties were cognizant of the doctrine and did not understand Article 28(2) as silently incorporating, or acquiescing in, its application. It is even more difficult to construe Article 28(2) as silently incorporating or acquiescing in the application of 'forum non conveniens' when one considers the historical context in which the British amendment was offered and, more generally, in which the treaty was drafted and negotiated" (GARDINER, 2015, pos. 12568-75).

Em decorrência, o órgão julgador norte-estadunidense *se negou* a *inferir* "from the treaty´s incorporation of local procedural law that the drafters acquiesced in the application of 'forum non conveniens', a concept that was (and is) both alien to and unwelcome by the majority of the contracting parties", preferindo considerar que "the more reasonable inference is that the delegates, if they had intended to permit the application of 'forum non conveniens', would have done so explicitly" (GARDINER, 2015, pos. 12575-81).

A discussão travada acima permite concluir que os trabalhos preparatórios também podem auxiliar a identificação de uma interpretação que foi *excluída* pelas partes, como parece ser da manifestação isolada do representante do Reino Unido em relação à Convenção da Haia de 1980, acima analisada. Além disso, sem dúvida, os trabalhos preparatórios à elaboração da CH80 parecem colaborar, em grande medida, com o esclarecimento da natureza, conteúdo e alcance da *exceção de grave risco*, especialmente para *excluir* de seu âmbito situações de violência perpetrada diretamente a outros membros da família que não a criança.

Verificadas as contribuições que os trabalhos preparatórios à Convenção da Haia de 1980 são capazes de fornecer à interpretação da *exceção de grave risco*, *confirmando* o sentido encontrado, nesta tese, a partir da Regra Geral de Interpretação, o tópico seguinte se debruçará sobre o Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980, elaborado por Eliza Pérez-Vera e publicado concomitantemente aos trabalhos preparatórios a este tratado.

6.1.2. O Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980: a confirmação do escopo reduzido da *exceção de grave risco*

Comentários, relatórios explicativos e documentos similares podem ser elaborados ao mesmo momento em que um tratado é discutido ou em momento posterior. Se redigidos *em*

momento coincidente com a preparação ou conclusão de uma convenção, entende-se que estes poderão ser classificados, para fins da CVDT, como incluídos dentre os *acordos* mencionados no artigo 31, parágrafo 2º, alínea "a" ou, alternativamente, como parte dos trabalhos preparatórios[1213].

Se os comentários, relatórios explicativos (e documentos similares) são, por sua vez, preparados *em separado* (especialmente em momento temporalmente distinto), eles poderiam ser admitidos sob a rubrica contida no artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT, discutida acima[1214], tão-somente na "extensão que eles declarem Direito Internacional como reconhecido pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça" (GARDINER, 2015, pos. 12888).

Nos termos do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, os relatórios explicativos seriam dotados de natureza subsidiária, o que parece dificultar sua adequada inclusão junto ao artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT, que dispõe sobre *regras de Direito Internacional*. Entende-se que faltaria a tais relatórios, tecnicamente, a natureza jurídica de *regras*, de comando mandatório aos países, *aplicáveis às relações entre as partes*.

Suas características intrínsecas parecem levar à conclusão de que os Relatórios Explicativos – nestes, em especial, o Relatório Explicativo sobre a CH80, devam, mais adequadamente, ser analisados sob a rubrica dos *Meios Suplementares de Interpretação* e, portanto, incluídos no âmbito do artigo 32 da Convenção de Viena de 1969.

Os mais conhecidos exemplos de documentos elaborados durante (ou, mais propriamente adotados) no momento da conclusão de tratados são encontrados nos relatórios explicativos que acompanham muitas das convenções elaboradas no seio do Conselho da Europa e da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, embora "a base precisa para o uso deste material nem sempre seja clara" (GARDINER, 2015, pos. 12888-94). Esta parece ser a posição do Relatório Explicativo sobre a CH80, elaborado por Pérez-Vera que, tendo acompanhado as negociações para elaboração da CH80, publicou referido documento apenas algum tempo depois da conclusão deste tratado.

[1213] Ambas as categorias foram pormenorizadas em tópicos anteriores desta tese.
[1214] "Quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional, aplicáveis às relações entre as partes", sendo que estas, quando identificadas, comporiam a *Regra Geral de Interpretação* enunciada no artigo 31 da CVDT.

Relatório Explicativo tem sido a denominação utilizada pela HCCH para os documentos mais comumente produzidos em paralelo aos trabalhos de negociação de uma convenção no âmbito da HCCH. São documentos, via de regra, elaborados por um especialista no tema daquele tratado[1215], escolhido pela Conferência da Haia, que participa ativamente, na condição de observador[1216] do processo de negociação do texto convencional. Tais relatórios buscam informar o público sobre a *intenção* dos países negociadores, por intermédio das manifestações – orais e escritas – de seus representantes diplomáticos, durante as negociações, até o momento de aprovação dos tratados. Sua contribuição, via de regra, liga-se ao aclaramento das circunstâncias de elaboração do tratado, especialmente quanto ao conteúdo, objeto e finalidade de cada um dos dispositivos incluídos em seu texto.

Esta tese considera que o Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980 deve ser considerado como integrante dos meios suplementares de interpretação da CH80, uma vez que, embora não tenha sido elaborado diretamente pelos países, seu conteúdo foi, inequivocamente, *incluído* como parte integrante dos trabalhos preparatórios da Convenção da Haia de 1980, publicados, pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) com o título "Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement d'enfants".

Praticamente todas as convenções atualmente em vigor no âmbito da HCCH contam com Relatórios Explicativos[1217]. Eles são incluídos, em geral, nos documentos procedimentais da sessão da Conferência da Haia dedicada à aprovação de determinado tratado. Em sendo, nos

---

[1215] Mais recentemente, alguns dos Relatórios Explicativos têm contado com autoria coletiva, como: a) o Relatório Explicativo da "Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e outros Membros da Família", elaborado por Alegría Borrás e Jennifer Degeling, com colaboração de William Duncan e Philippe Lortie, no ano de 2013. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/expl38.pdf. Acesso em 17.07.2018; b) o Relatório Explicativo sobre a "Hague Securities Convention", elaborado por Roy Goode, Hideki Kanda e Karl Kreuzer, com a colaboração de Christophe Bernasconi, em 2017. Disponível em https://assets.hcch.net/docs/d1513ec4-0c72-483b-8706-85d2719c11c5.pdf. Acesso em 17.07.2018.
O documento "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts" encontra-se incluído na sessão de Relatórios Explicativos do sítio eletrônico da HCCH e teria sido publicado em 2015. No entanto, ele não conta com a indicação de autor mencionando-se, apenas, tratar-se de publicação da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. O documento "Princípios de Escolha de Lei em Contratos Comerciais Internacionais" é o primeiro instrumento normativo de "soft law" desenvolvido e aprovado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/conventions/txt40en.pdf. Acesso em 17.07.2018.

[1216] Já que não integra a delegação de nenhum país.

[1217] A consulta aos Relatórios Explicativos pode ser feita em https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/publications2/explanatory-reports. Acesso em 17.07.2018.

termos, do artigo 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, meios suplementares de interpretação, os relatórios explicativos devem ser consultados:

a) a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 da CVDT; *ou*

b) determinar o sentido, quanto a aplicação do artigo 31 da CVDT gerar sentido ambíguo, obscuro ou conduzir a resultado manifestamente absurdo ou desarrazoado[1218].

O Relatório Explicativo da CH80 foi elaborado por Pérez-Vera (doravante, Relatório Explicativo) ao final da 14ª Sessão da HCCH e apresentado no ano de 1982 aos Estados-Partes, a partir das notas do *Rapporteur* e dos debates orais. Esclarece-se que este documento "has not been approved by the Conference" (PÉREZ-VERA, 1982, pp. 427-8). A HCCH, em documento elaborado unilateralmente por seu Secretariado, em 2011[1219], apontou que o Relatório Explicativo "provides an authoritative supplementary means of interpretation of Article 13(1) b)", além de reiterar que o Relatório Explicativo mencionaria, adequadamente o principal objetivo da CH80. (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2011b, pp. 11-2).

Silberman considera que o Relatório Explicativo é *comentário oficial da CH80* (SILBERMAN, 2005, p. 12), além de particularmente relevante, uma vez inexistir instituição supranacional que forneça interpretação autorizativa às questões que surgem a partir da aplicação da Convenção da Haia de 1980 (SILBERMAN, 2006, p. 466).

O Relatório Explicativo "is not limited to supplementing the Special Commission's Report, but rather constitutes an autonomous commentary on the Convention" (HAGUE CONFERENCE, 1982, p. 5). Segundo Pérez-Vera, os relatórios explicativos são vocacionados ao atendimento de pelo menos 2 objetivos:

a) retratar, da forma mais adequada possível, os princípios que formam a base do tratado e, sempre que necessário, também o desenvolvimento das ideias que que levaram à escolha de alguns desses princípios, dentre as opções existentes. Reforça-se noção anteriormente discutida nesta tese, segundo a qual "the point of view

---

[1218] Artigo 32 da CVDT.
[1219] O documento reflexivo do Secretariado da HCCH foi discutido pormenorizadamente em tópico acima – Capítulo 5.3.1. E. viii.

reflected in the Convention will sometimes be more easily grasped by being set opposite other ideas which were put forward" (PÉREZ-VERA, 1982, p. 427);

b) disponibilizar àqueles que irão, no futuro, aplicar a Convenção da Haia de 1980, comentários detalhados sobre seus dispositivos, especialmente no que diz respeito à *literalidade* deste tratado.

Durante o decorrer do presente estudo o Relatório Explicativo à Convenção da Haia de 1980 foi apresentado e discutido, quando necessário à melhor compreensão do tema sob análise. Em consequência, o presente tópico busca, tão-somente, complementar tais discussões, a partir de trechos do documento que ainda não foram analisados anteriormente.

A Convenção da Haia de 1980 reflete, em sua inteireza, um *compromisso* entre 2 valores potencialmente conflitantes, em relação à solução a ser alcançada às subtrações internacionais de crianças e adolescentes:

a) de um lado, tem-se o desejo de proteger as situações fáticas alteradas pela subtração internacional ilícita de uma criança;
b) de outro, a garantia de respeito pelos relacionamentos, inclusive jurídicos, que estão subjacentes a tal situação.

Em relação ao *problema* que este tratado busca endereçar, Pérez-Vera indica que as situações regulamentadas derivam do *uso da força* – violência, em certa medida, conforme defendido nesta tese – pelo subtrator, para o estabelecimento de uma *jurisdição artificial,* em outro país ("fórum shopping"), buscando obter a custódia da criança. A CH80 teria buscado um *delicado balanço* entre tais valores (PÉREZ-VERA, 1982, p. 428-9).

Em relação ao *objetivo* da CH80, elemento de apuração relevante, nos termos do artigo 31 da CVDT, conforme visto anteriormente, indica-se que ele:

> "places at the head of its objectives the restoration of the status quo, by means of 'the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State'. The insurmountable difficulties encountered in establishing, within the framework of the Convention, directly applicable jurisdictional rules [nota de rodapé omitida] indeed resulted in this route being followed which, although an indirect one, will tend in most cases to allow a final decision on custody to be taken by the authorities of the child's habitual residence prior to its removal" (PÉREZ-VERA, 1982, p. 429).

Confirmando que a Convenção da Haia de 1980 *foca na proteção de um grupo específico de indivíduos, as crianças e adolescentes,* seres humanos que não devem ser

objetificados ou considerados como propriedade de seus genitores, o Relatório Explicativo afirma que:

> "the struggle against the great increase in international child abductions must always be inspired by the desire to protect children and should be based upon an interpretation of their true interests. Now, the right not to be removed or retained in the name of more or less arguable rights concerning its person is one of the most objective examples of what constitutes the interests of the child. In this regard it would be as well to refer to Recommendation 874(1979) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, the first general principle of which states that 'children must no longer be regarded as parents' property, but must be recognised as individuals with their own rights and needs [nota de rodapé omitida]" (PÉREZ-VERA, 1982, p. 431).

Tendo em mente que a prevenção e a repressão à subtração internacional de crianças e adolescentes, na forma em que foram disciplinadas pela Convenção da Haia de 1980, correspondem à uma noção específica – em alguma medida, *um sentido especial*, nos termos do artigo 31, parágrafo 4º da CVDT – do princípio do *melhor interesse da criança*, o Relatório Explicativo confirma que a transferência (ou retenção) de uma criança pode, por vezes, ser *legítima*, desde que fundada em *razões objetivas* relacionadas à pessoa ou o ambiente ao qual aquela encontra-se *mais conectada.*

Estes seriam os fundamentos para a inclusão das exceções à obrigação de retorno imediato no texto da Convenção da Haia de 1980, dentre estas, a *exceção de grave risco.* Nesse sentido:

> "It is thus legitimate to assert that the two objects of the Convention — the one preventive, the other designed to secure the immediate reintegration of the child into its habitual environment — both correspond to a specific idea of what constitutes the 'best interests of the child'. However, even when viewing from this perspective, it has to be admitted that the removal of the child can sometimes be justified by objective reasons which have to do either with its person, or with the environment with which it is most closely connected. Therefore the Convention recognizes the need for certain exceptions to the general obligations assumed by States to secure the prompt return of children who have been unlawfully removed or retained. For the most part, these exceptions are only concrete illustrations of the overly vague principle whereby the interests of the child are stated to be the guiding criterion in this area" (PÉREZ-VERA, 1982, p. 432).

Em sendo o regresso da criança ao seu país de residência habitual a força motriz da Convenção da Haia de 1980, as exceções à esta regra geral formam relevante elemento para compreensão da extensão do dever incluído no mecanismo de retorno imediato. No entanto, os comentários iniciais do Relatório Explicativo à Convenção da Haia de 1980 mostram-se bastante abreviados em relação à *exceção de grave risco*, como pode-se notar do trecho abaixo encartado:

> "On the other hand, paragraphs lb and 2 of the said article 13 contain exceptions which clearly derive from a consideration of the interests of the child. Now, as we pointed out above, the Convention invests this notion with definite content. Thus, the interest of the child in not being removed from its habitual residence without sufficient guarantees of its stability in the new environment, gives way before the primary interest of any person in not being exposed to physical or psychological danger or being placed in an intolerable situation" (PÉREZ-VERA, 1982, p. 433).

Comentando, em caráter geral e *apenas* quanto à *literalidade* dos dispositivos convencionais, o documento indica que as exceções à obrigação de retorno de crianças e adolescentes não se aplicam *de forma automática*, embora confiram às autoridades judiciais do Estado de Refúgio certo nível de discricionariedade – *mas não obrigação*, tendo em vista especialmente sua conjugação com o artigo 18 do tratado – para negar o pedido de retorno da criança em certas circunstâncias.

Em relação ao artigo 13 da CH80 – que, conforme visto inclui outras exceções, para além da *exceção de grave risco*, menciona-se que o *ônus da prova* quanto aos fatos incluídos nas alíneas "a" e "b" incumbem exclusivamente à pessoa que se opõe ao regresso da criança, seja ela pessoa física[1220], instituição ou organização. Tal regra de distribuição do ônus da prova segue o corolário jurídico segundo o qual incumbe a comprovação do fato àquele(a) que alega sua existência ou ocorrência. Além disso, considera-se que tal norma pretende *equilibrar* as posições entre o subtrator e o genitor abandonado, colocando o segundo em posição equânime em relação ao primeiro que, em tese, *escolheu* a jurisdição que lhe parecia mais conveniente[1221] (PÉREZ-VERA, 1982, p. 460).

Sobre a *exceção de grave risco*, o Relatório Explicativo, de forma bastante sucinta, apenas aponta que:

> "116. The exceptions contained in 'b' deal with situations where international child abduction has indeed occurred, but where the return of the child would be contrary to its interests, as that phrase is understood in this sub-paragraph. Each of the terms used in this provision is the result of a fragile compromise reached during the deliberations of the Special Commission and has been kept unaltered. Thus it cannot be inferred, 'a contrario', from the rejection during the Fourteenth Session of proposals favouring the inclusion of an express provision stating that this exception could not be invoked if the return of the child might harm its economic or educational prospects [nota de rodapé omitida], that the exceptions are to receive a wide interpretation.
> 117. Nothing requires to be added to the preceding commentary on the second paragraph of this article (…)" (PÉREZ-VERA, 1982, p. 461).

[1220] Via de regra, o genitor subtrator.
[1221] O fenômeno do "fórum shopping".

No que diz respeito ao parágrafo 3º do artigo 13 da Convenção da Haia de 1980[1222], o documento constata sua natureza procedimental, também funcionando, por um lado, como *compensação* ao ônus da prova colocado sobre aquele que se opõe ao regresso da criança. De outro lado, o dispositivo amplia a utilidade das informações fornecidas pelas autoridades do país de residência habitual da criança – informações estas que podem ser altamente importantes para determinação da existência das circunstâncias alegadas pelo subtrator no contexto do artigo 13 da CH80 (PÉREZ-VERA, 1982, p. 461).

Comentando o artigo 18 da CH80, o Relatório Explicativo indica, na linha desta tese, que:

> "(…) article 18 indicates that nothing in this chapter limits the power of a judicial or administrative authority to order the return of the child at any time. This provision, which was drafted on the basis of article 15 of the Preliminary Draft, and which imposes no duty, underlines the non-exhaustive and complementary nature of the Convention. In fact, it authorizes the competent authorities to order the return of the child by invoking other provisions more favourable to the attainment of this end. This may happen particularly in the situations envisaged in the second paragraph of article 12, i.e. where, as a result of an application being made to the authority after more than one year has elapsed since the removal, the return of the child may be refused i f it has become settled in its new social and family environment" (PÉREZ-VERA, 1982, p. 459).

Por fim, o Relatório Explicativo confirma que a interpretação das exceções à obrigação de retorno imediato de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita *devem ser interpretadas, sempre, de forma restritiva*. Tal circunstância não apenas consagra cânone interpretativo consolidado, mas também garante que a Convenção da Haia de 1980 não se torne *letra morta* (PÉRZ-VERA, 1982, p. 434). Reitera-se que a confiança mútua entre as autoridades dos Estados-Partes da CH80 é absolutamente essencial:

> "The practical application of this principle requires that the signatory States be convinced that they belong, despite their differences, to the same legal community within which the authorities of each State acknowledge that the authorities of one of them — those of the child's habitual residence — are in principle best placed to decide upon questions of custody and access. As a result, a systematic invocation of the said exceptions, substituting the forum chosen by the abductor for that of the child's residence, would lead to the collapse of the whole structure of the Convention by depriving it of the spirit of mutual confidence which is its inspiration" (PÉREZ-VERA, 1982, pp. 434-5).

[1222] Convenção da Haia de 1980, artigo 13, parágrafo 3º, "Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança".

Discutidas as principais contribuições que o Relatório Explicativo à Convenção da Haia de 1980, como meio suplementar de interpretação, pode oferecer à *exceção de grave risco*, o tópico seguinte, finalizando a aplicação prática do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, se debruçará, brevemente, sobre a aplicação prática do artigo 33 deste último tratado.

6.2. A ausência de divergência no texto da *exceção de grave risco* nas duas línguas oficiais e em português (Portugal e Brasil)

O último artigo do capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados disciplina a interpretação de tratados que possuem mais de uma versão autêntica, situação em que a Convenção da Haia de 1980 se enquadra. Segundo tal dispositivo:

> "Artigo 33. Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas
> 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.
> 2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.
> 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.
> 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos"[1223].

A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes foi aprovada em duas versões – inglês e francês, consideradas igualmente autênticas, conforme se nota em sua cláusula final:

> "Done at The Hague, on the 25th day of October, 1980, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Fourteenth Session".

Durante as discussões junto à "International Law Commission" (ILC), para elaboração da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, alguns membros desta comissão consideraram que o mais adequado seria que o intérprete, antes de se decidir sobre o significado

---

[1223] Artigo 33 da CVDT.

dos termos de uma avença internacional, deveria investigar os textos de *todas* as suas versões autênticas. No entanto, esta posição foi abandonada no decorrer das negociações, por ser considerada muito trabalhosa. Em substituição, adotou-se, no texto do artigo 33, posição segundo a qual a análise das diferentes versões autênticas de um tratado deverá ocorrer apenas quando constada divergência, alegada por alguma das partes em uma disputa concreta (GARDINER, 2015, pos. 13465-651).

Identificada tal divergência, a presunção incluída no parágrafo 3º do artigo 33 da CVDT – que se funda no *sentido ordinário* dos textos autênticos - cederia lugar à incidência de seu parágrafo 4º que, por sua vez, privilegia, em sua solução, a adoção do texto – ou sentido – que mais se aproximar do objeto e finalidade do tratado a ser interpretado[1224]. Para Gardiner, no entanto, uma vez identificada divergência entre dois ou mais textos autênticos de um tratado, *todos os elementos dos artigos 31 e 32 da CVDT* devem ser utilizados, e não apenas o objeto e finalidade/propósito do tratado (GARDINER, 2015, pos. 13758). O mesmo autor, por sua vez, sugere cautela redobrada no manejo dos trabalhos preparatórios neste exercício de conciliação dos textos autênticos de um mesmo tratado (GARDINER, 2015, pos. 14294).

Na hipótese de serem encontradas divergências, estas devem ser, sempre que possível, *reconciliadas*, não sendo adequado afastar-se um dos textos em detrimento do outro. Se impossível a reconciliação, deve-se preferir a adoção do texto ou da interpretação que mais se aproximar do objeto e finalidade do tratado.

Comparando-se as versões entre inglês, francês e português – adotadas no Brasil e em Portugal, em relação à *exceção de grave risco* alcança-se o seguinte cenário:

Inglês[1225]	Francês[1226]	Português (Brasil)[1227]	Português[1228] (Portugal)
"Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the	"Nonobstant les dispositions de l'article précédent,	Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a	Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a

[1224] Interessante observar, neste ponto, que a tradução brasileira da Convenção de Viena de 1969, criticada em tópico anterior em relação ao uso da expressão *objetivo e finalidade* no texto do artigo 31, preferiu usar a expressão *objeto e finalidade* – considerada mais adequada por esta subscritora – no texto do parágrafo 4º do artigo 33.
[1225] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24. Acesso em 12.01.2020.
[1226] Disponível em https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=24. Acesso em 12.01.2020.
[1227] Decreto nº 3.413/2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em 12.01.2020.
[1228] Disponível em https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24. Acesso em 12.01.2020.

judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that -	l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :	autoridade judicial ou administrativa do Estado Requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:	autoridade judicial ou administrativa do Estado Requerido não é obrigada a ordenar o regresso da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se opuser ao seu regresso provar:
b) there is a grave risk that his or her return *would expose* the child to physical or psychological harm or otherwise *place* the child in an intolerable situation".	b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant *ne l'expose* à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière *ne le place* dans une situation intolérable".	b) que existe um risco grave de a criança, no seu *retorno*, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.	b) que existe um risco grave de a criança, no seu *regresso*, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, *a* ficar numa situação intolerável.

Fonte: elaborado pela autora.

Por primeiro, nota-se que as versões *oficiais* – embora não autênticas – da Convenção da Haia de 1980 adotadas por Brasil e Portugal são praticamente *idênticas*, com apenas duas pequenas diferenças:

a) a versão brasileira faz uso da palavra retorno, enquanto a versão lusitana usa o termo regresso. De acordo com o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa (Michaelis), os termos regresso e retorno são sinônimos[1229]. Conclusão semelhante pode ser alcançada em consulta ao Dicionário Infopédia da Língua Portuguesa, publicado pela Porto Editora, de Portugal[1230].
b) No trecho final dos dispositivos a versão lusa inclui a preposição *a* antes do trecho *ficar numa situação intolerável*. Tal preposição não se encontra mencionada na versão brasileira e considera-se irrelevante, para os fins do exercício ora empreendido.

[1229] Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa (Michaelis), versão "online". Disponível em
[1230] Dicionário Infopédia da Língua Portuguesa, "online". Disponível em https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/retorno. Acesso em 13.01.2020.

Em segundo lugar, no que diz respeito à comparação das versões autênticas, em inglês e em francês, da *exceção de grave risco*, os textos autênticos desta exceção também se mostram praticamente idênticos, com exceção de uma peculiaridade: enquanto a versão inglesa faz das expressões "would expose" e "place", a versão francesa utiliza-se de "ne l'expose" e "ne le place". Entretanto, assim como constatado em relação às versões em língua portuguesa, tais diferenças, tendo em vista as particularidades gramaticais de ambos os idiomas, não são relevantes para alteração do sentido do texto.

Por fim, embora para os fins da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados apenas interessa a análise, quando alegada divergência, dos textos das versões autênticas da Convenção da Haia de 1980 – inglês e francês – concluiremos este tópico com a comparação da versão em língua inglesa (autêntica, portanto), com a versão brasileira da *exceção de grave risco*, buscando averiguar a existência de divergências relevantes que, em decorrência, poderão ter o condão de macular – ou, ao menos, dificultar – a interpretação adequada, pelas autoridades judiciais nacionais, desta exceção. Veja-se:

Inglês[1231]	Português (Brasil)[1232]
"Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that -	Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado Requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:
b) there is a grave risk *that his or her return would expose* the child to physical or psychological *harm* or otherwise place the child in an intolerable situation".	b) que existe um risco grave de a criança, *no seu retorno, ficar sujeita a perigos* de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, *ficar* numa situação intolerável.

Fonte: elaborado pela autora.

As potenciais divergências entre as versões acima merecem consideração em relação aos seguintes pontos:

a) a versão inglesa, ao utilizar-se do discurso direto ("a grave risk that his or her return") parece deixar mais clara a ênfase que os negociadores pretenderam conferir ao trecho, para quem apenas os problemas *a serem enfrentados pela criança*, em seu

[1231] Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24. Acesso em 12.01.2020.
[1232] Decreto nº 3.413/2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em 12.01.2020.

futuro regresso ao país de sua residência habitual e que estariam incluídos no escopo desta exceção;

b) ao contrário, o uso de termo deslocado, na versão brasileira do texto "um risco grave de a criança, no seu retorno") tem, ao menos na prática, levado à *desconsideração,* por órgãos julgadores, da função *prospectiva* desta exceção, preferindo aquelas autoridades focar nos riscos que a criança *teria enfrentado em seu passado, antes de sua subtração*;

c) os termos "harm" e *perigos* não parecem ser, tecnicamente sinônimos. Enquanto "harm" tem como sinônimos "damage" ou "injury", a palavra perigos, ao ser traduzida ao inglês, parece aproximar-se do termo "danger". Sob esta ótica, a versão em inglês parece mais restritiva – ao demandar a configuração de um prejuízo ou dano – do que a versão brasileira, que, mais frouxamente, se contentaria com a configuração de um perigo. Considera-se, neste ponto, que as versões portuguesas, adotadas por Brasil e Portugal parecem pecar na tradução efetuada, em prejuízo da interpretação restritiva que devem ser adotadas por normas excepcionais;

d) por fim, e em sentido inverso da conclusão alcançada no item anterior, a versão portuguesa do trecho *ficar exposta*, ao fazer uso da forma verbal do infinitivo presente, parece mais restritiva do que a versão inglesa, que fez uso do verbo auxiliar condicional "would expose".

Em conclusão, considera-se que a versão em língua portuguesa da *exceção de grave risco* apresenta dificuldades que podem prejudicar o alcance de interpretação uniforme deste tratado. Embora o mesmo texto deva ser aplicado *dentro do território nacional*, ele é, em si mesmo, ao menos ligeiramente diferente do texto autêntico da Convenção da Haia de 1980, circunstância capaz de gerar dificuldades aos órgãos julgadores brasileiros – e portugueses.

6.3. Proteção às mulheres vítimas de violência doméstica: breves considerações para além da *exceção de grave risco*

Esta tese logrou constatar que a *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, quando interpretada a partir da moldura hermenêutica da Convenção de Viena de 1969 sobre o

Direito Tratados, *não é dispositivo adequado para proteção de outros membros da família, para além das crianças e adolescentes* vítimas de subtração internacional ilícita.

Isso não parece querer dizer, contudo, que *a Convenção da Haia* de 1980 não permite o manejo de outros de seus dispositivos, ao menos em tese, para proteção dos adultos vítimas de violência doméstica. O tópico a ser desenvolvido na sequência busca, extrapolando o escopo desta tese, apresentar, em caráter apenas embrionário, outros dispositivos ou mecanismos, incluídos neste tratado, que poderão ser manejados por mulheres ou homens subtratores e vítimas de violência doméstica, objetivando a obstaculização do retorno da criança ao seu país de residência habitual.

Encerrando este trabalho, buscar-se-á fomentar os debates sobre os seguintes temas:

a) artigo 20 da Convenção da Haia de 1980 como norma de proteção contra violações sistêmicas de direitos humanos e liberdades fundamentos cometidas pelo Estado de residência habitual da criança;
b) a não aceitação e/ou retirada da aceitação às adesões de países à CH80 em razão do reconhecimento, pelo Estado brasileiro de ausência sistemática de proteção institucional ou práticas adequadas em favor de mulheres e homens contra a violência doméstica; e,
c) a violência doméstica como circunstância hábil a configurar a fixação coercitiva de residência habitual.

Conforme mencionado, tais temas ultrapassam o corte metodológico adotado nesta tese. Entretanto, parece importante apresentá-los, ainda que de forma abreviada, para que os debates sobre a Convenção da Haia de 1980 em sua interação com a violência doméstica possam seguir sendo travados sob sólidas bases técnicas, evitando-se especulações, ambiguidades e politizações.

Na sequência abordar-se-á brevemente o artigo 20 da Convenção da Haia de 1980 como dispositivo que potencialmente poderá ser manejado para proteger, além de crianças e adolescentes, também adultos vítimas de violência doméstica.

6.3.1. O artigo 20 da CH80: proteção a violações de direitos humanos e liberdades fundamentais de adultos, crianças e adolescentes

O artigo 20 da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças prevê mais uma possibilidade de não ser determinada a restituição de criança vítima de subtração internacional ao seu país de residência habitual, quando tal medida não seja permitida pelos princípios fundamentais do Estado Requerido com relação à proteção aos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Segundo tal dispositivo:

> "Artigo 20. O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12° 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"[1233].

Assim como as demais exceções à obrigação de retorno de crianças e adolescente aos seus países de residência habitual, o artigo 20 encerra o Capítulo III da convenção, o que destacaria o caráter excepcional que sempre deve nortear sua aplicação (PÉREZ-VERA, 1982, p. 34). Coletivamente consideradas, as técnicas de redação legislativa são de grande importância, reforçando a presunção que norteia a Convenção da Haia de 1980, segundo a qual uma ordem de restituição apenas poderá ser negada em circunstâncias excepcionais (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 228). Encartado no Capítulo III deste tratado, também ao artigo 20 é aplicável o artigo 18 da CH80.

O alcance exato do artigo 20 também parece de difícil determinação. Sua veiculação na Convenção da Haia de 1980 resulta, assim como visto em relação à *exceção de grave risco*, de compromisso entre as delegações favoráveis e contrárias à inclusão, no texto, de uma *norma de ordem pública*. Houve amplo debate no seio da Primeira Comissão da HCCH para negociação da CH80, com a sugestão de distintas fórmulas para o dispositivo.

A conceituação de ordem pública, como exceção à aplicação de uma norma, é comumente incluída em tratados de Direito Internacional Privado. Aponta-se que a noção de *ordem pública,* no Direito Internacional Privado, seria dotada dos seguintes elementos:

> "sua contemporaneidade, pois os valores admitidos devem ser aqueles vigentes à época em que a lei ou a sentença estrangeira se apresenta ao ordenamento brasileiro. O segundo [elemento] é a relatividade ou instabilidade do conceito de ordem pública, visto que este varia no tempo e no espaço, não sendo idêntico de um estado para o outro, modificando-se conforme a evolução temporal da sociedade de cada país. O último deles, por fim, trata-se do fator exógeno, significando que o instituto existe

[1233] Artigo 20 da CVDT.

> independentemente da ordem jurídica (lei), mas nela incide em razão de sua aplicação estar inserta na mentalidade, no espírito ou na filosofia da sociedade[1234] (FONTOURA COSTA; ROCHA GABRIEL, 2016, p. 48).

Dolinger considera existir uma ordem pública universal ou internacional, voltada não ao impedimento da internalização de uma sentença estrangeira ao território nacional, mas à colaboração entre os países para atendimento de objetivos comuns. Tal instituto promoveria o respeito mútuo entre os países e a *uniformização* de atitude de todas as nações, fundadas em tratados – como a Convenção da Haia de 1980 – objetivando o alcance de *equilíbrio* na aplicação de padrões de moralidade, equidade e igualdade entre os países (DOLINGER, 1979, pp. 7, 148 e 246-51). Alerta-se, por sua vez, que:

> "ao se falar em ordem pública universal, faz-se necessário também interpretá-la sob a ótica dos direitos humanos. Isso, pois, ao se fixar a necessidade de observância aos direitos do homem como padrão ético internacional, que deve ser atendido na medida em que se realiza o reconhecimento da validade e eficácia das normas, sentenças e atos estrangeiros, a ordem pública acabaria atuando como mecanismo de defesa da tutela jurídica de tais direitos.
> Além disso, ao se resguardar os direitos humanos por intermédio da ordem pública internacional, através de um *consenso* no âmbito da comunidade internacional, cria-se um mínimo de segurança jurídica para que esses direitos não sejam afetados por disposições específicas de cada ordenamento jurídico nacional que possam atentá-los ou ameaça-los" (FONTOURA COSTA; ROCHA GABRIEL, 2016, p. 57).

Jayme, por sua vez, considera a ordem pública um conjunto de princípios gerais que fundamentam um sistema jurídico, *impedindo a aplicação de legislação estrangeira* no território nacional. Dentre tais princípios, encontra-se a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos – ou, mais propriamente, os próprios direitos fundamentais aos seres humanos, *eleitos* por aquela unidade nacional e incluídos, via de regra, em sua constituição (JAYME, 1995, p. 228).

Desde que a Conferência da Haia retomou seus trabalhos, após a Segunda Guerra Mundial, houve a inclusão de *exceção geral* nos tratados elaborados sob seus auspícios, para os casos nos quais a aplicação de suas regras fosse manifestamente incompatível com a *política pública* do Estado chamado a aplicá-las (DYER, 1980, p. 260). Havia o receio, no entanto, de que o artigo 20 da CH80 viesse alterar toda sistemática convencional, construída sobre a premissa da competência exclusiva das autoridades do local de residência habitual para regulamentar o fundo do direito de guarda (visitas e responsabilidade familiar) das crianças vítimas de subtração internacional (MARTINS, 2013, p. 185).

[1234] Nota de rodapé original: "DOLINGER, 2008, p. 403".

Na aprovação do texto final da Convenção da Haia de 1980, alcançou-se a fórmula atual, que reduziu sensivelmente o papel da legislação interna do Estado de Refúgio[1235]. Os delegados incumbidos da negociação do texto desta convenção travaram longa batalha quando da redação do dispositivo, para garantir que o mesmo diria respeito, tão-somente, a princípios que são *fundantes* para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, e não a qualquer noção ampliada de política pública (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 228).

Conforme abordado em obra anterior, enquanto as demais exceções ao retorno de crianças dizem respeito a consideração de situações de fato e ligadas à conduta das partes ou a uma apreciação específica do interesse da criança, concretamente considerado, a disposição ora analisada implica a admissão da possibilidade de negar-se o retorno de uma criança com base em argumentos puramente *jurídicos*, retirados do direito interno de cada país de refúgio. (MARTINS, 2013, pp. 185-6). Além disso, a menção específica aos direitos humanos e liberdades fundamentais conferiria à Convenção da Haia de 1980 uma *certa autoridade moral*, que se mostra valiosa nas discussões sobre sua constitucionalidade (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 176).

Ao invés de veicular conceitos, o artigo 20 acaba por deixar a cada ordenamento jurídico a definição do que se entenderá por *princípios fundamentais* e *proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais*. No entanto, não será somente o direito doméstico de cada país que determinará o conteúdo de tais termos. Também normas oriundas do Direito Internacional, *desde que adotadas* pelo país também terão papel relevante[1236].

[1235] A referência aos princípios fundamentais relativos à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais é matéria objeto de inúmeros tratados internacionais.

[1236] Nesse sentido, "As for the substance of this provision, two comments only are required. Firstly, even if its literal meaning is strongly reminiscent of the terminology used in international texts concerning the protection of human rights, this particular rule is not directed at developments which have occurred on the international level, but is concerned only with the principles accepted by the law of the requested State, either through general international law and treaty law, or through internal legislation. Consequently, so as to be able to refuse to return a child on the basis of this article, it will be necessary to show that the fundamental principles of the requested State concerning the subject matter of the Convention do not permit it; it will not be sufficient to show merely that its return would be incompatible, even manifestly incompatible, with these principles.

Secondly, such principles must not be invoked any more frequently, nor must their invocation be more readily admissible than they would be in their application to purely internal matters. Otherwise, the provision would be discriminatory in itself, and opposed to one of the most widely recognized fundamental principles in internal laws. A study of the case law of different countries shows that the application by ordinary judges of the laws on human rights and fundamental freedoms is undertaken with a care which one must expect to see maintained in the international situations which the Convention has in view" (PÉREZ-VERA, 1982, pp. 461-2).

Em consequência, a autoridade judicial do Estado de Refúgio poderá efetuar, em certa medida, espécie de *comparação* entre os sistemas de proteção de seu país e do Estado de Residência habitual, a partir da ótica de proteção conferida aos direitos humanos pelas suas leis internas, os tratados internalizados e a constituição (DONCKERS, 2005, p. 21). O objetivo de tal exceção seria a proteção dos direitos da criança de ter um local estável de residência e um relacionamento contínuo com ambos os seus genitores, bem como da sua liberdade de viver sem o medo constante de ser vítima de ser subtraída, podendo frequentar livremente a escola e brincar em parques públicos (DYER, 1980, p. 263).

No mais, o artigo 20 da CH80 impõe que, para sua aplicação, a autoridade do país de refúgio deverá *comprovar* não somente a existência de uma contradição, mas também o fato de que os princípios protetores dos direitos humanos (e/ou das liberdades fundamentais) proíbem o retorno solicitado (PÉREZ-VERA, 1982, p. 8). Assim, para adequada incidência do artigo 20 a um caso concreto, a autoridade judicial do Estado de Refúgio deverá, após averiguar o *nível* de proteção concedido à crianças, adolescentes *e mulheres* no país de residência habitual, *decidir se tal nível mostra-se compatível com os direitos e liberdade fundamentais de seu próprio ordenamento jurídico*.

Não se deve perder de vista que esta ideia pode merecer maiores aprofundamentos. Isso porque, por exemplo, em Reunião de Especialistas realizada na Haia, em 1989, apurou-se que, até aquele momento, todas as menções ao artigo 20 refletiam a defesa dos interesses de genitores subtratores, e não da criança, razão pela qual foram *desatendidas*. Em encontro datado em 1993, os Estados chegaram à conclusão, consensualmente, de que se deve *evitar* a aplicação deste dispositivo. Os Estados participantes acataram, na ocasião, a opinião de que as circunstâncias mencionadas no artigo 20 estariam descritas no artigo 13 (DOLINGER, 2003, p. 252).

Parece razoável argumentar-se que a violação a princípios tão primários e essenciais (proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais) também dão azo a um grave risco ou, de qualquer forma, uma situação intolerável, nos termos do artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" do tratado. No entanto, seria possível diferenciar o artigo 20 do artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b", na medida em que, enquanto o primeiro diz respeito a questões eminentemente jurídicas, o segundo trata de situações fáticas.

Alguns países, como Reino Unido e Finlândia, apesar de Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980, não repetiram o conteúdo do artigo 20 do tratado em suas legislações domésticas que internalizaram ou regulamentaram esta convenção. Não há, no entanto, previsão de reserva ao artigo 20 da CH80. Teóricos consideram que a *redução do número de exceções à obrigação de retorno* não seria medida irregular, tendo em vista os objetivos desta convenção e seu artigo 36 (BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 174).

Apesar das controvérsias a respeito do conteúdo, objetivo e alcance do artigo 20 da Convenção da Haia de 1980, defende-se que tal dispositivo diria respeito, fundamentalmente, *ao retorno da criança a um país onde os direitos humanos e liberdades fundamentais não são observados* – ainda que o órgão julgador do Estado de Refúgio deva, na aplicação desta norma, observar os limites de seu próprio sistema legal doméstico, para apurar se haveria em seu ordenamento alguma vedação expressa ao retorno da criança[1237].

Avançando este raciocínio[1238] tem-se a possibilidade de que, ao menos em tese, ao julgar uma demanda de subtração internacional de criança ou adolescente, a autoridade judicial do Estado de Refúgio logre apurar que *inequivocamente*, o país de residência habitual *possui regramento jurídico – ou aplicação prática de tal regramento – manifestamente incompatível com os princípios fundamentos do Estado Requerido no que tange à proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais* de crianças, adolescentes *ou mulheres*.

Em hipótese em que a subtratora alega e comprova, cabalmente, que o país de residência habitual possui normas sobre direitos humanos e liberdades fundamentais incompatíveis com aquelas do país de refúgio, *por exemplo no que diz respeito à proteção contra vítimas de violência doméstica*, parece possível cogitar-se da obstaculização do retorno da criança (ou adolescente):

a) a uma, porque esta criança ou adolescente, quando se tornar adulto, não terá proteção adequada – seja homem ou mulher – contra violência doméstica futura e eventualmente cometida contra si;

[1237] Em sentido parcialmente análogo, veja SILBERMAN, 2005, p. 7.
[1238] Que, conforme afirmado anteriormente, pode merecer aprimoramentos que, entretanto, fogem ao escopo desta tese.

b) a duas, caso *imprescindível* o regresso do genitor subtrator acompanhando a criança ao país de residência habitual, o subtrator não encontrará um sistema jurídico capaz de garantir-lhe *nível de proteção adequado* (tecnicamente, compatível com aquele do país de refúgio).

De acordo com Weiner (2004), o artigo 20 também poderia ser utilizado em casos de separação da criança de seu guardião na hipótese em que este último seria o cuidador primário da criança e seu retorno, ao país de residência habitual, a/o devolveria a uma situação de violência doméstica. Tal circunstância, segundo a teórica, poderia ser construída como violação a direitos humanos, nos termos do artigo 20 da CH80. Julgamentos similares sobre a separação de crianças de suas mães, em casos de violência doméstica sofrida por estas no país de residência habitual antes da subtração internacional, já teriam sido julgados por Cortes dos Estados Unidos da América, em instâncias superiores. Identificou-se case em que, reformando decisão de 1ª instância que ordenou o regresso da criança ao seu Estado de residência habitual, tal retorno foi considerado como violador de direitos constitucionais titularizados pela criança *e* por sua mãe (LANSNER, 2008).

Conforme visto no decorrer desta tese, a consideração de Weiner, acima incluída, deve ser analisada com cautela, tendo em conta o nível de consenso que os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 teriam alcançado, até este momento, sobre os temas da separação da criança (vítima da subtração) de seu genitor subtrator e da violência doméstica. Constatou-se que, ao menos a *exceção de grave risco*, não seria dispositivo hábil a permitir a manutenção da criança no país de residência habitual. Poderia, então, o artigo 20 do mesmo tratado ser manejado, em lugar da *exceção de grave risco*, a tais circunstâncias, para obstaculizar o regresso da criança de seu país de residência habitual? O aprofundamento desta questão, conforme mencionado, foge ao escopo desta tese.

Também se encontrou posicionamento segundo o qual *o ato de subtração internacional de criança e adolescente* seria, por si só, uma violação aos direitos humanos titularizados por tais indivíduos (CLEMENS, 2003, pp. 151, 174-8). Em sendo possível a aplicação de tal tese, parece razoável considerar-se que, assim como discutido em tópico anterior desta tese, em que se propôs a aplicação "a contrario sensu" da *exceção de grave risco*, o artigo 20 da CH80 poderia, de forma análoga, ser aplicado automaticamente a todas as subtrações, para ordenar o

imediato retorno da criança ao seu país de residência habitual, inclusive "inaudita altera parte". Por cautela, entende-se que tal discussão parece merecer aprofundamentos.

No mais, constata-se que baixa utilização do artigo 20 da Convenção da Haia de 1980, não parece permitir – tampouco negar, peremptoriamente – a possibilidade de manejo do artigo 20 da Convenção da Haia de 1980 para obstaculizar o regresso de uma criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual em situação em que *a falta de nível de proteção suficiente ao genitor subtrator, vítima de violência doméstica*, neste último Estado, *é o único elemento alegado e comprovado junto às autoridades judiciais do país de refúgio.*

6.3.2. A *não aceitação e/ou retirada da aceitação* às adesões de países à Convenção da Haia de 1980: ausência de proteção institucional ou práticas adequadas em favor de adultos contra a violência doméstica

A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes é um tratado de tipo *semiaberto*, no que diz respeito à participação dos países. Embora qualquer país, membro ou não da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado possa aderir a esta convenção, *sua vigência bilateral* depende da *aceitação* da adesão de cada um dos seus novos membros, pelos membros que já se encontram incluídos na avença. Nesse sentido, o artigo 38 da CH80:

> "Artigo 38. Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção.
> O instrumento de adesão será depositado junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.
> A Convenção entrará em vigor, para o Estado aderente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito de seu instrumento de adesão.
> A adesão apenas produzirá efeito nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que tenham declarado aceitar essa adesão. Esta declaração deverá ser igualmente feita por qualquer Estado membro que ratifique, aceite ou aprove a Convenção após tal adesão. Esta declaração será depositada junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, que, por via diplomática, enviará uma cópia autenticada a cada um dos Estados Contratantes.
> A Convenção entrará em vigor entre o Estado aderente e o Estado que tenha declarado aceitar essa adesão no primeiro dia do terceiro mês após o depósito da declaração de aceitação"[1239].

Nessa medida, quando um país *adere* à Convenção da Haia de 1980, ela passará a ter vigência internacional, em relação a ele, no *primeiro dia do 3º mês após o depósito de seu*

[1239] Artigo 38 da Convenção da Haia de 1980.

instrumento de adesão. O Brasil, por exemplo, depositou seu instrumento de adesão a esta convenção em 19 de outubro de 1999, tendo ela passado a vigorar, para o Estado brasileiro, a partir de 1º de janeiro de 2000. A vigência *bilateral* da CH80, entre Brasil e seus então Estados-Partes, por sua vez, apenas ocorreu *após cada um dos países que já compunham o grupo de partes aceitarem, expressamente e de forma individual, a adesão brasileira*.

Do mesmo modo, após 1º de janeiro de 2000, todos os novos países que aderiram à Convenção da Haia de 1980 passaram a depender de manifestação do Estado brasileiro para que o tratado fosse vigente, bilateralmente, entre ambos. Assim:

> "41. On this point also, by virtue of the decision that it be of a 'semi-open' type, the Convention is shown to be one of co-operation. In principle, any State can accede to the Convention, but its accession 'will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States as will have declared their acceptance of the accession' (article 38). The Contracting States, by this means, sought to maintain the requisite balance between a desire for universality and the belief that a system based on co-operation could work only if there existed amongst the Contracting Parties a sufficient degree of mutual confidence. What is more, the choice of a system based on the express acceptance of accession by each Member State, by which such acceptance becomes effective as amongst themselves, 1 8 in preference to a more open system by which accession has effect except as regards Member States which raise objections thereto within a certain period of time, 1 9 demonstrates the importance which the States attached to the selection of their co-signatories in those questions which form the subject-matter of the Convention" (PÉREZ-VERA, 1982, p. 437).

Resta claro que a cooperação *bilateral* entre os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 depende, necessariamente, a *aceitação da adesão dos novos países por cada um de seus* antigos *partícipes.* O Secretariado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado mantém tabela atualizada sobre a vigência bilateral desta convenção. De acordo com a última versão disponível de tal tabela[1240], a Convenção da Haia de 1980 está em vigor entre Brasil e seus demais Estados-Partes, com exceção de: Burquina Faso, Ilhas Maurício, Montenegro, República do Norte da Macedônia, Barbados, Fiji, São Cristóvão e Neves e Zimbábue.

Comparando-se as datas de entrada em vigor internacional do tratado para cada um desses países tem-se que:

a) o Estado brasileiro aguarda a aceitação de sua adesão pelos seguintes países, para que a CH80 possa ser aplicada bilateralmente: República do Norte da Macedônia, Burquina Faso, Ilhas Maurício, São Cristóvão e Neves, Zimbábue e Fiji;

[1240] Datada de 29 de novembro de 2019 e disponível em https://assets.hcch.net/docs/d796ab1c-7137-4376-8564-3dcd7d078e49.pdf. Acesso em 08.01.2020.

b) pende o oferecimento, pelo Estado brasileiro, de aceitação da adesão de Barbados[1241].

Considerando-se o mecanismo de *aceitação de adesões posteriores*, incluído na Convenção da Haia de 1980, parece possível, por primeiro, que o Estado brasileiro possa *deixar* de aceitar a adesão de um *novo* Estado-Parte deste tratado, *discricionariamente*[1242]. Na hipótese em que um novo aderente à CH80 seja considerado, pelo Brasil *como dotado de mecanismos jurídicos ou circunstâncias fáticas, insuficientes – ou inexistentes – para proteção efetiva de mulheres (ou homens) vítimas de violência doméstica* seria possível, ao menos em tese, que este tratado *não entre em vigor entre Brasil e referido país*, enquanto mantida a posição brasileira de não aceitar sua adesão à Convenção da Haia.

Considera-se que tal medida teria o condão de *evitar comprometimento bilateral* do Brasil com países que venham a integrar, *no futuro,* o quadro de Estados-Partes desta convenção, mas que, infelizmente, não protejam efetivamente as vítimas de violência doméstica em seus territórios. Assim, o artigo 38 da CH80 poderá ser manejado como ferramenta de alcance efetivo, ainda que indireto, da proteção às mulheres (e outros adultos) vítimas de violência doméstica em contextos de subtração internacional de crianças e adolescentes.

Em segundo lugar, no que diz respeito às aceitações que *já foram oferecidas pelo Brasil* a países que ingressaram posteriormente àquele nos quadros da CH80, não se encontrou na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, nem tampouco na Convenção da Haia de 1980, disposição permitindo – ou vedando – a *retirada de aceitação anteriormente concedida*.

Em que pese o silêncio das normas epigrafas, também parece possível, ao menos em caráter teórico, considerar-se possível que o Estado brasileiro *decida retirar sua aceitação a um outro Estado-Parte* da CH80 *oferecida no passado, em razão da constatação de que tal Estado,* assim como na hipótese anterior[1243], não possui ou é *dotado de mecanismos jurídicos ou circunstâncias fáticas insuficientes para proteção efetiva de mulheres ou homens vítimas de violência doméstica*.

[1241] A CH80 entrou em vigor para Barbados apenas em 1º de outubro de 2019.
[1242] Assim como, quando o Brasil aderiu à CH80, os Estados-Partes que já compunham esta avença.
[1243] Que tratou de novos países aderentes.

A consequência desta hipótese, entende-se, seria semelhante à primeira, acima mencionada: a partir da entrada em vigor da *retirada da aceitação* brasileira, o tratado deixaria de vigorar, *bilateralmente*, entre os países envolvidos. Não se deve perder de vista que a confirmação de tal hipótese depende de aprofundamentos teóricos e práticos que fogem ao escopo desta pesquisa. Por exemplo, qual instrumento deverá ser manejado pelo Estado que pretende *retirar aceitação anteriormente ofertada?* Pode ser apresentada tal manifestação por intermédio de *declarações*, ainda que a Convenção da Haia de 1980 parece prever tal instrumento apenas para as hipóteses incluídas em seus artigos 38 e 39[1244]?

Por fim, resta a discussão sobre como o Estado brasileiro poderia agir quando constatar que um Estado-Parte da CH80, que assinou, ratificou e/ou aderiu a esta convenção *antes* do Brasil, não possui ou é *dotado de mecanismos jurídicos ou circunstâncias fáticas insuficientes para proteção efetiva de mulheres (ou homens) vítimas de violência doméstica*. A Convenção da Haia de 1980 não prevê nenhuma potestade, ao país que ingressar posteriormente em seus quadros, de anuir *ou se opor* à aceitação de sua própria adesão por Estados *mais antigos* (mais antigos em relação à participação neste tratado). Não parece possível, em princípio, que o Estado brasileiro se utilize do artigo 38 da Convenção da Haia de 1980 – ou qualquer outro dispositivo deste tratado – para *negar vigência a uma relação bilateral que foi estabelecida sem sua anuência direta*. Nesse último caso, parecem indispensáveis aprofundamentos teóricos sobre quais outras alternativas poderiam ser utilizadas, pelo Brasil, em tal hipótese. Tal discussão, conforme mencionado, escapa ao escopo desta tese.

6.3.3. A fixação *coercitiva* de residência habitual no contexto da violência doméstica

Por fim, outra possibilidade para proteção de adultos – mulheres e homens, vítimas de violência doméstica - em situação que culminam com a subtração internacional ilícita de

[1244] "Artigo 39. Qualquer Estado poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, declarar que a Convenção será aplicável ao conjunto dos territórios que internacionalmente representa ou apenas a um ou mais deles. Essa declaração produzirá efeito no momento em que a Convenção entrar em vigor para esse Estado.
Tal declaração, bem como qualquer extensão posterior, será notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos".

crianças e adolescentes, diz respeito ao manejo do conceito de residência habitual, mencionado em diferentes dispositivos da Convenção da Haia de 1980.

Para Lubin, a residência habitual deve ser avaliada tendo em vista *toda a vida* da criança, ao invés do período imediatamente anterior à subtração. Os benefícios desta abordagem seriam:

a) encorajar as famílias a realocarem-se juntas;
b) remover o impacto inadequado sobre os genitores que ficam em casa ("stay-at-home parents"); e, por fim,
c) é mais provável que a residência habitual seja o local ao qual a criança possui maiores ligações ou relacionamentos (LUBIN, 2005, p. 445).

Encontrou-se posição teórica que considera que, nos casos em que um dos genitores foi *obrigado*[1245], pelo outro, a fixar residência em determinado país, não ocorreria, tecnicamente, fixação de residência habitual da criança - ou do adulto coagido - naquele país e, portanto, não haveria que se falar em subtração internacional ilícita quando da transferência da criança ou adolescente – ou sua retenção – para outro Estado (WEINER, 2000, p. 630-1).

Segundo esta linha teórica, a residência habitual da família e, em decorrência, da criança ou adolescente, é estabelecida *somente* se ambos os genitores *voluntariamente dirigiram-se a tal país e decidiram lá permanecer*, acompanhados de sua prole. Há que se ter cautela na apresentação de tal argumento, uma vez que, a depender das circunstâncias do caso, ele poderá, por si mesmo, configurar a *exceção de grave risco*, ao menos em relação à criança (ou adolescente), se a manutenção deste último naquele país tiver a conotação de *coação* exercida por um de seus genitores[1246].

Discorda-se, no entanto, da posição de Weiner, quando esta autora pretende que a fixação de residência coercitiva, em circunstâncias em que a violência doméstica afeta a interpretação da *intenção de permanecer* em determinado local, geraria a incidência da *exceção de grave risco* para proteção de *mulheres adultas* (WEINER, 2000, p. 630-1). Conforme demonstrado no decorrer deste estudo, tanto o conceito operacional de violência doméstica

[1245] Por exemplo, por atos de violência física, psíquica ou econômica.
[1246] No limite, tal coação poderá, para além de causar de danos físicos e/ou psíquicos à criança, também configurar os crimes de constrangimento ilegal ou cárcere privado – crimes estes que poderão ter como sujeitos passivos, para além da criança ou adolescente, também adultos.

quanto a interpretação da *exceção de grave risco* por intermédio da Convenção de Viena de 1969 *não permitem a inclusão de indivíduos adultos, de qualquer gênero, em seu escopo*.

Em pesquisa jurisprudencial sobre o tema, Donckers aponta que órgãos julgadores de Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980, interpretando de forma restritiva a *exceção de grave risco*, rejeitaram o argumento de que o abuso sofrido pelo subtrator, por si, deveria ser levado em consideração na avaliação sobre a intenção das partes de agregar elemento de habitualidade local de residência da família (DONCKERS, 2005, pp 10-11).

O Estudo Edleson de 2010, pormenorizado, sob outros aspectos, em tópico anterior desta tese[1247], apurou, a partir da entrevista de 22 mães subtratoras, Rés em ações judiciais em curso nos Estados Unidos da América fundadas na Convenção da Haia de 1980, que a fixação *forçada* de residência habitual, apesar de presente em uma minoria dos casos, seria realidade. Foi possível apurar, a partir de 15 casos analisados, que:

Fixação voluntária de residência habitual pela mulher	60% das mulheres relataram sua ocorrência
Fixação voluntária de residência habitual pela mulher, mas parceiro impediu retorno imediato	26% das mulheres relataram sua ocorrência
Retorno voluntário sob premissas falsas e a mulher decidiu não regressar	6% das mulheres relataram sua ocorrência (1 caso)
Ameaça direta pelo parceiro que forçaram a mudança para fixação de residência habitual pela mulher	6% das mulheres relataram sua ocorrência (1 caso)

Fonte: Adaptada de EDLESON et. al., 2010, p. 112.

Em cerca de 40% dos casos as mulheres, segundo seus relatos, teriam sido enganadas em sua realocação para outro país, para fixação de nova residência habitual, impedidas de retornar ao país que anteriormente residiam ou, em um caso, forçada por ameaças de seu parceiro para que o acompanhasse ao outro país. Em casos tais, o estudo concluiu que inexistiu, claramente, decisão voluntaria de partir e permanecer no novo país. Além disso, padrão de coerção e ameaças físicas, associadas com violência doméstica, teriam sido elementos presentes nestes 6 casos, embora dotados de diferentes níveis de subterfúgios ou violência propriamente dita (EDLESON et. al., 2010, p. 113 e 115).

[1247] Capítulo 2.

Em conclusão, o Estudo Edleson de 2010 apontou que a violência doméstica *não foi* um fator relevante para a fixação de residência habitual da mulher na maior parte dos casos, tendo sido tal decisão realizada em conjunto entre os parceiros ou tomada unilateralmente pela mulher, antes do relacionamento, sempre sem qualquer forma de coerção. Na menor parte dos casos a fixação de residência da mulher teria sido fruto de ameaças diretas de seu parceiro ou produto de sua intimação e esforços para controlar a mulher e seus filhos.

Nestes casos, observou-se, a partir dos relatos das mulheres entrevistadas[1248] algum nível de engano ou coerção na realocação ao novo país de residência da família. Em contextos de abuso, os pesquisadores consideram que:

> "some children are residing in the other country because their mothers were not free to negotiate their residence because of the father's abuse and intimidation. A mother's decision to remain in another country may be more reflective of a strategy to ensure her own and her children's survival, than a voluntary decision to reside in this location" (EDLESON et. al., 2010, p. 119).

Concluem os pesquisadores, então, que:

> "the issue of habitual residence in these families has to be carefully explored to uncover whether the decision to reside in the other country is a mutual and voluntary one. To determine the child's habitual residence solely on the bases of length of time in the other country, without acknowledgement of the underlying reasons for this residence, is to further perpetuate abuse of the women and potentially further harm the children" (EDLESON et. al., 2010, p. 120).

Análise realizada por Vesneski sobre decisões judiciais emitidas nos Estados Unidos da América sobre a Convenção da Haia de 1980 apontaram que em 7% dos casos as autoridades judiciais relacionaram os padrões de controle coercitivo, incluído na violência doméstica, com a fixação de residência habitual coercitiva da família (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 176).

Em conclusão considera-se, assim como nos tópicos antecedentes, necessário o aprofundamento desta hipótese, para que seja possível apurar, assim como efetuado no decorrer desta tese quanto à *exceção de grave risco*, o nível de consenso que os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 lograram alcançar, até o momento, quanto a possibilidade de que a constatação de residência habitual coercitiva, pelas autoridades judiciais do Estado de Refúgio, possa ser manejada como obstáculo à obrigação assumida por seus membros de prevenir e combater a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes.

[1248] Diretamente ou por intermédio de seus advogados, intermediação esta que pode fragilizar um pouco, entende-se, as conclusões alcançadas.

Conclusões da Parte III

As noções apreendidas nas Partes I e II tornaram possível alcançar a aplicação prática da Convenção de Viena de 1969 à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, objeto principal da Parte III deste estudo e desta tese. Buscou-se, a partir dos artigos 31 a 33 da CVDT, elaborar proposta de hermenêutica desta exceção tendo em vista, por primeiro, que a relação da violência doméstica no âmbito da CH80 deve ser realizada da forma mais uniforme possível, pelo maior número de seus Estados-Partes.

Além disso, uma vez que a estrutura da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados encontra-se fundada, em especial, no princípio do "pacta sunt servanda", a interpretação da *exceção de grave risco* não poderá deixar de respeito o nível de sensibilidade que o grupo dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980, logrou alcançar nos temas da proteção de vítimas de violência em contextos de subtrações internacionais de crianças e adolescentes.

A aplicação cuidadosa do artigo 31 da CVDT, elaborada no Capítulo 5, permitiu concluir que a interpretação da *exceção de grave risco* pode ser efetuada, em princípio, *exclusivamente* a partir da *Regra Geral de Interpretação*, sem que seja necessária a aplicação dos demais artigos da CVDT – artigos 32 e 33. Todos os elementos identificados como incluídos, pela CVDT, na interpretação daquela exceção, especialmente identificados no Capítulo 1, foram pormenorizados, discutidos e aplicados. O Capítulo 5 tornou possível confirmar ou, por vezes, infirmar, em relação a cada um dos itens do artigo 31 da Convenção de Viena de 1969, a impressão inicial quanto à sua relevância prática – e não apenas potencial[1249] – à hermenêutica da *exceção de grave risco* em contextos de violência doméstica.

Também como se identificou no Capítulo 1, a violência doméstica não possui, até o momento, conceituação unívoca – no âmbito da comunidade internacional, nas análises acadêmicas e nos debates junto ao grande público – tendo sido necessário, para aplicação prática dos artigos 31 a 33 da CVDT, o exercício de adoção de conceito operacional para este fenômeno, discussão efetuada em especial no Capítulo 2. Sem a adoção de conceito unívoco

[1249] Observada no capítulo 1.

para a violência doméstica, a interpretação da *exceção de grave risco*, entende-se, resta sobremaneira dificultada – senão absolutamente obstaculizada. A aplicação prática da moldura interpretativa da CVDT à *exceção de grave risco* em situações de violência doméstica também precisou, para sua construção, do delineamento de *teorias gerais* do capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 e da Convenção da Haia de 1980, o que foi realizado nos capítulos 3 e 4.

O Capítulo 5, portanto, é o ápice desta tese, permitindo concluir que a *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, interpretada à luz do artigo 31 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, apresenta mecanismos adequados para proteção *exclusivamente* das crianças e adolescentes subtraídos, sempre que estes forem vítimas diretas de quaisquer atos de violência ou indiretas, no caso da violência doméstica. A *exceção de grave risco*, no entanto, não dedica esforços objetivamente observáveis para proteção de mulheres ou homens vítimas diretas de violência doméstica – ao menos quando a violência doméstica não gera impactos nas crianças e adolescentes.

Além do texto da *exceção de grave risco*, foram analisados os objetos e finalidades da Convenção da Haia de 1980, que iluminam a interpretação de boa-fé deste tratado. A vagueza de muitas destas expressões não facilita o exercício hermenêutico empreendido. A Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, embora globalmente difundida e muito comentada, apresenta normas de caráter eminentemente programático, não disciplinando de maneira efetiva os impactos da violência doméstica em relação à crianças e adolescentes.

A Convenção da Haia de 1980 mostra-se inequivocamente compatível com a Convenção da ONU de 1989, apesar de temporalmente anterior a ela, conforme comprovado. Além disso, a implementação da primeira pode, por exemplo, na questão da representação judicial autônoma da criança, beneficiar-se da preocupação da segunda com a efetiva participação da criança e do adolescente, nos processos judiciais que lhe digam respeito, como as discussões sobre sua subtração internacional.

A Convenção da Haia de 1996, apesar de aclamada como complemento à CH80, também se mostrou de baixa relevância prática na interpretação da *exceção de grave risco* em contextos de violência doméstica. Além disso, a ainda baixa adesão de países à CH96 acaba

por torná-la, nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, *inaplicável* à busca de interpretação *uniforme e global* daquela exceção. Também de pouco auxílio prático foram as *regras gerais de Direito Internacional*, mencionadas no parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT. A existência de *sentido especial*[1250] aos termos da *exceção de grave risco* também foi descartada.

Ao contrário, a maior parte dos documentos aprovados pelos Estados-Membros da HCCH e elaborados no âmbito desta organização, são, em geral, de relevância inequívoca à hermenêutica da *exceção de grave risco* da CH80. O nível – ainda baixo, conforme apurado – de sensibilidade dos países à violência doméstica como motivo para a subtração internacional de uma criança ou adolescente pode ser claramente delineado, por primeiro, pela sucessão de Comissões Especiais sobre a Operação Prática da Convenção da Haia de 1980, onde tal tema, inicialmente ignorado, começou a ser discutido, foi abandonado novamente, até receber atenção, mais uma vez, a partir de 2011.

Em período temporalmente paralelo, também foram aprovados Guias de Boas Práticas que, ora avançando, ora recuando na interpretação da *exceção de grave risco*, também conferem visibilidade ao grau de consenso dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 sobre a interação e consequência dos fenômenos objeto desta tese. Apenas em dezembro de 2019 logrou-se aprovar um Guia de Boas Práticas sobre a *Exceção de Grave Risco*, cujo conteúdo comprova que esta exceção se volta, *no entender dos membros da HCCH*, deve seguir sendo interpretada e aplicada de maneira bastante restritiva e voltar-se à proteção, tão-somente, das crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional.

O Guia de Boas Práticas da *Exceção de Grave Risco*, embora sem ter feito qualquer menção à Convenção de Viena sobre o Direito do Tratado, aplica, praticamente de forma impecável, o método hermenêutico incluído nesta última convenção – reforçando, ainda que indiretamente, que a aplicação da CVDT a um tratado que, dentre outros aspectos, regulamenta conflitos privados, proposta nesta tese, não é nada desarrazoada.

Apenas de não parecer indispensável, o Capítulo 6 pretendeu esgotar a análise do regramento interpretativo da CVDT, discutindo as contribuições que o artigo 32 - que veicula

---

[1250] Nos termos tecnicamente delineados no parágrafo 4º do artigo 31 da CVDT.

os *Meios Suplementares de Interpretação* – fornece para "confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31". Constatada a *adequada* interpretação da *exceção de grave risco* a partir da Regra Geral de Interpretação, o Capítulo 6, por primeiro, se debruçou sobre os principais elementos considerados incluídos como *Meios Suplementares de Interpretação*[1251] à Convenção da Haia de 1980. Em relação ao artigo 33 da CVDT, apurou-se a inexistência de divergências essenciais nos textos autênticos da *exceção de grave risco* ou em suas traduções efetuadas nos regramentos adotados pelo Brasil e Portugal.

Não se deve perder de vista que a *adequação* da resposta protetiva *parcial* desta exceção encontra-se essencialmente consubstanciada no nível de sensibilidade que os Estados-Partes da CH80 lograram alcançar, consensualmente e até o momento, ao relacionamento da violência doméstica com a subtração internacional de crianças e adolescentes. Concordando-se ou não, pessoalmente, com a interpretação da *exceção de grave risco* apurada, a Convenção de Viena de 1969 não deixa de ser o único tratado multilateral internacionalmente em vigor voltado à hermenêutica das avenças internacionais. E a CVDT, conforme constatado, privilegia os textos dos tratados e a averiguação da existência de consenso dos países, concretizando-se o princípio do "pacta sunt servanda".

Não se ignora que, apesar de ter sido possível confirmar-se a hipótese de pesquisa desta tese, a conclusão de que a interpretação *adequada* da *exceção de grave risco* exclui de se escopo protetivo os adultos vítimas de violência doméstica, pode gerar algum *desconforto.* O Capítulo 6, então, finaliza esta tese buscando incitar debates futuros sobre o manejo de *outros* dispositivos – ou mecanismos - da Convenção da Haia de 1980 que poderão, ao menos em tese, ser explorados para proteger quaisquer indivíduos adultos da prática de violência doméstica contra si, quando tal circunstâncias os tiver levado ao cometimento do ato unilateral de subtração internacional de uma criança ou adolescente. São estes o artigo 20 da CH80, a não aceitação ou retirada de aceitação, por exemplo pelo Estado brasileiro, da adesão de outros Estados-Partes a este tratado, quando seus sistemas jurídicos, em tese ou na prática, não protegerem adequadamente as vítimas diretas da violência doméstica. Por fim, também poderá ser objeto de discussão, em demandas judiciais concretas, a ocorrência da própria subtração, quando comprovar-se, cabalmente, que a fixação de residência habitual da família – ou, mais

[1251] Os "travaux préparatoires" e o Relatório Explicativo à CH80.

propriamente, da criança, do adolescente ou do genitor subtrator – se deu de forma coercitiva[1252].

[1252] E perpetrada pelo genitor alegadamente abandonado.

Conclusão

Nenhum sistema jurídico será inteiramente bem-sucedido na proteção de todas as pessoas, crianças, adultos ou adolescentes, em sua jurisdição (STHOEGER, 2011, p. 547) a todo momento. Apesar das distinções práticas que um país possa ter em relação a outros, no que diz respeito ao seu nível de proteção aos seres humanos, parece necessária a busca de intepretação, o mais uniforme possível, à *exceção de grave risco* contida na Convenção da Haia de 1980, entre seus 101 Estados-Parte.

A subtração internacional de crianças e adolescentes ocorre em razão de uma gama de diferentes razões, "desde narcisistas até heroicas" (GREIF; HEGAR, 1993, p. 270). A Parte I desta tese voltou-se, por primeiro, à constatação empírica do *problema* que motivou a elaboração do estudo: as dificuldades de conceituação do fenômeno da violência doméstica pela comunidade internacional. Tais dificuldades foram identificadas, em especial, no Capítulo 1, a partir da profícua elaboração, pela comunidade internacional, de documentos e instrumentos *internacionais*, para proteção de crianças, adolescentes e mulheres.

O Capítulo 1 logrou comprovar que a comunidade internacional, apesar de ter adensado o arcabouço jurídico-normativo de proteção à infância e às mulheres, criou instrumentos relevantes – ao lado de outros, irrelevantes[1253] – para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80. Além disso, os documentos gerados em âmbito internacional apresentam *conceituação ambígua* do fenômeno da violência doméstica, levando a confusões terminológicas entre esta, violência familiar e contra a mulher fundada no gênero. Tal circunstância tem o condão de reduzir a uniformidade na interpretação daquela exceção à obrigação de retorno imediato de crianças e adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita, aos seus países de residência habitual.

Referido capítulo iniciou-se com a apresentação e discussão do arcabouço protetivo - especialmente voltado proteção em favor de crianças, adolescentes e mulheres, incluído nos ramos classicamente definidos como Direito Internacional Público e Privado – sempre mirando a temática da violência contra estes sujeitos. No caso do Direito Internacional Privado, o corte metodológico adotado gerou a análise dos tratados produzidos no âmbito da Conferência da

[1253] Para os fins do capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

Haia de Direito Internacional Privado, órgão que, além de pioneiro na proteção internacional da infância (MARTINS, 2018a, p. 343) é, até os dias atuais, a mais importante organização internacional voltada à uniformização do Direito Internacional Privado.

A proposta de compreensão de tais documentos, instrumentos, acordos, práticas e regras, apresentada nesta tese, voltou-se primordialmente à reflexão sobre a *relevância* que eles poderão possuir, para os artigos 31 e 33 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, especialmente em contextos de violência *doméstica*. Sem se dirigir, diretamente, ao *grau de obrigatoriedade* dos instrumentos produzidos em âmbito internacional[1254], o capítulo interpretativo da CVDT parece conferir relevo, conforme constatado, à *forma e momento de criação (ou elaboração*) de tais documentos (acordos, práticas, etc.) para, como consequência, percebê-los como incluídos (ou excluídos) na moldura hermenêutica da CVDT para interpretação da *exceção de grave risco*. Para tanto, o Capítulo 1, ao identificar os principais documentos elaborados em âmbito internacional para proteção de crianças, adolescentes e mulheres contra a violência, buscou classificá-los a partir de sua *relevância*, segundo ditames da CVDT, para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

No que diz respeito à *forma* de elaboração de tais instrumentos defendeu-se, nesta tese, que os documentos elaborados pela comunidade internacional e que seguem o rito da produção de tratados – incluídos nos artigos 6º e seguintes da CVDT, serão – ao menos em tese - *independentemente da nomenclatura a eles conferida*[1255], potencialmente relevantes à interpretação da CH80 aí incluída sua *exceção de grave risco*, desde que incluam outros elementos, também enumerados no capítulo hermenêutico da CVDT.

Em circunstâncias específicas, os instrumentos produzidos em âmbito internacional multilateral, seja em organismos internacionais voltados à produção de instrumentos integrantes do Direito Internacional Público (ONU, OIT, dentre outros) ou do Direito Internacional Privado

---

[1254] Conforme visto, indiretamente a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados tangencia o tema do grau de obrigatoriedade dos instrumentos produzidos em âmbito internacional, por exemplo, ao relacionar a forma de produção do documento (aprovação ou aceitação pelos Estados-Partes) à sua relevância à interpretação de um tratado. No entanto, não parece existir, nos termos dos artigos 31 a 33, qualquer menção *direta* à normatividade de tais instrumentos, razão pela qual esta tese adotou corte metodológico que excluiu, ao menos diretamente, as discussões sobre tal normatividade na busca de interpretação uniforme à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

[1255] Tratado, acordo, convenção, memorando de entendimento, etc.

(no caso desta tese, exclusivamente a HCCH, em razão do corte metodológico adotado), que, embora não *sigam o rito para produção de tratados*, previsto na CVDT, *são aprovados* pelos países[1256], também poderão ser relevantes, segundo a moldura hermenêutica incluída nesta última convenção, para a interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, inclusive em contextos de violência doméstica. Da mesma forma que os tratados, não basta, para configuração de sua relevância à interpretação desta exceção, a *aprovação de seu conteúdo*, devendo ser identificados outros elementos, mencionados naquela.

Em relação ao *momento* de sua elaboração, serão relevantes, segundo ditames da Convenção de Viena de 1969, os instrumentos elaborados *em conexão à conclusão do tratado* – ou seja, no átimo de sua conclusão – ou *em momento posterior*, sempre sendo conferido relevo ao princípio do "pacta sunt servanda": a imperiosa necessidade de que os Estados estejam *de acordo* com sua utilização como instrumento interpretativo – em regra, entende-se, pela *aprovação* de sua elaboração e conteúdo.

Consequentemente, aos documentos elaborados no âmbito do Direito Internacional Público (em especial no seio da ONU) e do Direito Internacional Privado (no caso da presente tese, pela HCCH) que, além de não seguirem o rito de elaboração de tratados, não tem seu conteúdo formalmente aprovado pelos países, consubstanciando-se, no mais das vezes, *opiniões e recomendações unilaterais de órgãos ou agências das Nações Unidas (ou da HCCH)*, não seria garantida qualquer relevância, segundo a CVDT, para a adequada e uniforme interpretação e aplicação da *exceção de grave risco* da CH80.

A utilidade da identificação dos documentos ou práticas, produzidos no âmbito da comunidade internacional e voltados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres em sua eventual relação ou conexão com a CH80, realizada no Capítulo 1 deste estudo, justificou-se pela consequente inclusão – ou exclusão – de tais instrumento na moldura hermenêutica da CVDT.

Referido capítulo comprovou, ainda, que embora os documentos de Direito Internacional Privado da HCCH tenham buscado, exclusivamente, a defesa de interesses e direitos mais essenciais de crianças e adolescentes, em suas relações *práticas* e *específicas*, os

[1256] Ou por grupos de Estados.

documentos de Direito Internacional Público apresentam equilíbrio entre a proteção de crianças, adolescentes e mulheres, *ainda que de forma, no mais das vezes, programática*. Assim, concluiu-se que o arcabouço normativo atualmente em vigor, no âmbito da comunidade internacional, já apresenta relevantes instrumentos para proteção de tais sujeitos – embora nem todos serão relevantes, de acordo com a moldura hermenêutica da Convenção de Viena de 1969, para interpretação da *exceção de grave risco*.

A busca de interpretação uniforme e adequada à *exceção de grave risco* da CH80, em sua interação com o fenômeno da violência doméstica, não pode perder de vista a complementariedade do consenso multilateral que foi possível ser alcançado, até o momento, pela comunidade internacional, nos diferentes foros em que tais temas vêm sendo discutidos. A conjugação, então, dos instrumentos produzidos no âmbito do Direito Internacional Privado e Público multilateral, então, mostra-se essencial. A distinção entre Direito Internacional Público e Privado, nesta tese, teve função meramente didática.

Uma vez que nem todos os documentos produzidos no âmbito da comunidade internacional e relacionados à proteção de crianças, adolescentes e mulheres conta a violência (em sentido amplo) seriam relevantes para interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, segundo os artigos 31 a 33 da CVDT, mostrou-se necessário avançar na classificação de tais documentos a partir de outras características, *para além* da distinção já consagrada em entre "hard law" e "soft law"*,* classificação que olha primordialmente para sua *consequência* (a obrigatoriedade de seguimento de seu conteúdo pelos países/"mandatory level") dos instrumentos internacionais, e não para sua *forma e momento (em relação ao tratado a ser interpretado) de produção*.

Conforme constatado, a CVDT, em seu capítulo hermenêutico, não se dirige, diretamente, ao grau de obrigatoriedade dos instrumentos, quando da classificação de sua relevância para a interpretação dos tratados. O principal foco dos artigos 31 a 33 da CVDT relaciona-se à *forma de produção do documento, instrumento, acordo ou prática* – ou seja, se se trata de elemento que conta (em seu conteúdo ou seguimento) ou não com a *aprovação* dos países, seguindo ou não o rito da elaboração de tratados – bem como o *momento* de sua elaboração – se concomitante ou posterior à negociação e aprovação do tratado a ser interpretado.

Constatada, no Capítulo 1, a profusão de instrumentos elaborados pela comunidade internacional na proteção de crianças, adolescentes e mulheres contra atos de violência – relevantes e irrelevantes para a CVDT, bem como suas ambiguidades na conceituação do fenômeno da violência doméstica, o Capítulo 2 (Parte I) desta tese buscou propor *conceituação adequada* aos fenômenos da violência familiar, *doméstica* e contra a mulher fundada no gênero, a partir da adesão a marco teórico oriundo das modernas ciências sociais. Além das dificuldades conceituais dos instrumentos internacional analisadas no Capítulo 1, parte das críticas à CH80 – em sua interação com a violência doméstica –, e que foram apresentadas no Capítulo 3 (Parte II) deste estudo, também tangenciam *confusões sobre a correta conceituação – e contextualização da violência doméstica*.

A violência doméstica é fenômeno de suma relevância que, infelizmente, ainda ocorre com frequência, em todo o globo. No entanto, ainda existe[1257] ampla divergência sobre sua definição, modalidades e consequências. Inexistiria, conforme visto e até o momento, por exemplo, uma *Convenção para Combate à Violência Doméstica*. Enquanto para alguns, a *violência doméstica* parece se apresentar como termo análogo ou sinônimo de *violência familiar*, tal aproximação não se mostrou correta. De forma tecnicamente mais adequada, outros campos das ciências sociais consideram, modernamente, que a violência doméstica seria fenômeno mais adequadamente descrito pelas figuras do *abuso conjugal* ou da *violência entre parceiros* (exclusivamente adultos, em princípio), normalmente praticada em âmbito doméstico (privado) e que pode, ao menos em tese, atingir diretamente qualquer membro adulto da família, *independentemente de seu gênero*. Além disso, a comprovação da ocorrência de *controle coercitivo*, exercido (ou tentado), pelo agressor em relação à vítima, mostra-se essencial.

Diante da ausência de conceito unívoco para a violência doméstica – especialmente nos *discursos* relacionados à CH80, aderiu-se a marco teórico que elabora (re)conceituar deste fenômeno sob a noção de *controle coercitivo*. Conforme visto, "controle coercitivo é um padrão persistente de comportamento pelo *parceiro* dominante que usa intimidação, ameaças indutoras de medo, e agressões físicas e sexuais episódicas para *controle* o comportamento de outrem, relacionamentos com outras pessoas e ação independente no mundo" (EDLESON; LINDHORST, 2012, p. 29, grifos nossos).

1257

Uma leitura atenta desta definição indica, por primeiro, que a violência doméstica é fenômeno envolvendo *diretamente* adultos (parceiros, do termo inglês "partners") e que, em tese, poderá ser cometido por pessoas de qualquer dos gêneros[1258]. Além disso, ganha relevo a *finalidade* dos atos de violência, que devem estar atrelados à obtenção ou manutenção de controle (coercitivo) de um parceiro contra o outro. Sob este prisma, a violência doméstica perpetrada poderá coincidir, em muitas situações, com a violência familiar[1259].

Contudo, não serão em todas as circunstâncias que ambas as situações poderão ser compreendidas como sinônimos. Constatou-se ser mais adequado considerar que a *violência doméstica*, no mais das vezes, é *espécie* do *gênero* violência familiar. Por fim, na hipótese da violência doméstica (ocorrida sempre em âmbito privado), cometida contra a mulher, alcança-se, simultaneamente, a prática de violência doméstica e *contra a mulher, fundada no gênero*[1260]. A violência contra a mulher fundada no gênero poderá ocorrer, ao menos em tese, dentro ou fora do contexto familiar. Quando sua ocorrência se der fora do contexto familiar ela não terá, conceitualmente, qualquer relação com a violência familiar ou doméstica.

Ainda que a definição acima enunciada pareça indicar que a violência *doméstica* diria respeito exclusivamente a atos cometidos e sofridos por adultos, mostrou-se absolutamente possível que tais atos, ainda que não dirigidos *diretamente* à criança ou adolescente, gerem *efeitos ou impactos* nestes últimos. Na hipótese de tais impactos gerarem, quando do retorno da criança[1261], sua colocação em situação de perigos de ordem física, psicológica (ou, de qualquer outra forma, em situação intolerável) e restar comprovado que o Estado de residência habitual não dispõe de condições para *efetivamente* reduzir ou eliminar tais riscos, seu retorno ao país de residência habitual poderá restar obstaculizado. Neste cenário, defende-se que a criança poderá ser *vítima indireta da violência doméstica e que seu regresso ao país de sua residência*

[1258] As pesquisas estatísticas, no entanto, apontam que a vítimas, na maioria esmagadora dos casos, por todo o globo, são mulheres.
[1259] Em geral, sob tal prisma, a violência entre membros adultos de uma família será a violência *direta* entre parceiros *adultos*.
[1260] Será, por exemplo, a violência contra a mulher, fundada no gênero, ocorrida em espaço não privado – ou público, como um estupro em uma via pública. A violência contra a mulher fundada no gênero, ao contrário da violência doméstica, também poderá ter como vítimas, além de mulheres adultas, crianças ou adolescentes do gênero feminino.
[1261] Vítima de subtração internacional.

habitual poderá, legitimamente e em tese*, ser indeferido,* nos termos da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Na sequência, o Capítulo 2 (Parte II) seguiu, então, para discussão de hipótese ainda pouco explorada em âmbito teórico – e jurisprudencial, ao menos no Brasil: a subtração internacional como ato, em si mesmo, de *violência contra a criança* (ou adolescente). A partir de estudos teóricos, concluiu-se que a prática da subtração possui efeitos deletérios relevantes em crianças e adolescentes que, por vezes, *perduram por toda sua vida*. Embora outros atos de violência contra a criança, como a *alienação parental*, também possam ser praticados no contexto pré, durante e após uma subtração internacional ilícita, a discussão sobre este último fenômeno foi excluída no escopo deste estudo.

O Capítulo 2 encerrou-se com a ideia de que não é possível *presumir* impactos ou danos às crianças ou adolescentes, *antes, durante ou após a subtração*. Além disso, defendeu-se a aplicação "a contrario sensu" da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 pela autoridade judicial do país de refúgio, durante a demanda em curso, para imediatamente, e "inaudita altera parte", retornar à criança (ou adolescente) ao seu país de residência habitual sempre que se constatar que sua permanência no Estado de refúgio a está incluindo em situação de vulnerabilidade – especialmente física ou psíquica -, seja tal situação causada pelo genitor subtrator, por terceiros ou pelo próprio Estado.

Constatadas as dificuldades da profusão de instrumentos internacionais relevantes (e irrelevantes, nos termos do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969) para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 e da ambiguidade terminológica neles incluídas, relacionadas aos fenômenos da violência *doméstica, familiar e contra a mulher fundada no gênero*, alcançou-se a Parte II desta tese.

A Parte II, voltada marcos normativos balizadores desta tese em sua intrínseca e necessária internacional, inaugurou-se, no Capítulo 3, com a discussão do protagonismo da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional na proteção de crianças e adolescentes contra o deletério fenômeno de sua subtração internacional. A CH80, conforme percebido, é instrumento multilateral pioneiro para prevenção e combate à subtração internacional de crianças e adolescentes.

Conforme constatado, a subtração internacional de crianças e adolescentes não é fenômeno novo. Entretanto, a atenção internacional a ele, que se intensificou com a ampliação dos movimentos migratórios, em especial a partir do século XX, ganhou expressão jurídica internacional específica apenas no final da década de 70, recebendo a mais relevante regulamentação multilateral por intermédio da Convenção da Haia de 1980.

As principais finalidades deste tratado são a prevenção e combate ao deletério fenômeno, crescente no globo, da subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, em seus aspectos civis – ou seja, não penais. Esta convenção, por intermédio de seu *mecanismo de retorno imediato*, prevê a imediata restituição, ao seu país de residência habitual, da criança ou adolescente dele removida (ou retida em outro Estado), sem autorização de ambos os genitores[1262]. Além disso, embora excluído do escopo deste estudo, a Convenção da Haia de 1980 também regulamenta o direito de *visitação transnacional* em favor de crianças e adolescentes que *não são vítimas de subtração internacional ilícita,* mas que, por alguma circunstância concreta, estão sendo impedidas de receber a visita ou viajar para outro país, para visitar seu outro genitor ou demais membros de sua família estendida.

Conforme identificado, a aplicação do mecanismo de retorno imediato ao seu país de residência habitual, de crianças ou adolescentes vítimas de subtração internacional ilícita, não é automática, devendo ser mediada pela aplicação das *exceções* a sua restituição ao seu país de residência habitual, previstas textualmente também na Convenção da Haia de 1980. Além da *exceção de grave risco* da CH80, incluída no artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b", o tratado prevê outras hipóteses que podem, uma vez cabalmente comprovadas[1263] obstaculizar o retorno daqueles ao seu Estado de residência habitual.

Tais exceções encontram-se taxativamente previstas nos artigos 12, 13 e 20 deste tratado:

> "Article 12
> [Parágrafo 1°] Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less

[1262] Ou outra pessoa, organismo ou instituição que, de acordo com a legislação do país de residência habitual, detenha os cuidados com a pessoa da criança e/ou os direitos de decidir qual será seu país de residência.
[1263] Pelo subtrator da criança ou do adolescente ou pela pessoa que estiver em sua companhia e se opuser a sua restituição.

> than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.
> [Parágrafo 2°] The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.
> [Parágrafo 3°] Where the judicial or administrative authority in the requested State has reason to believe that the child has been taken to another State, it may stay the proceedings or dismiss the application for the return of the child.
> Article 13
> [Parágrafo 1°] Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that:
> a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or
> b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.
> [Parágrafo 2°] The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.
> [Parágrafo 2°] In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence.
> Article 20
> The return of the child under the provisions of Article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms"[1264].

O Capítulo 3 alcançou, então, a discussão da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 e dispositivos a ela correlatos, assim como as principais críticas, apresentadas na atualidade, sobre os possíveis *problemas* da interação deste tratado com a crescente preocupação global com o fenômeno da violência doméstica. Apesar de mensagem *aparentemente* clara em relação ao mecanismo retorno imediato de crianças e adolescentes aos seus países de residência habitual, bem como da inclusão de hipóteses que, à primeira vista, poderiam ser *facilmente* interpretadas e aplicadas, para obstaculizar a sua restituição da criança (ou adolescente) ao "status quo ante", muitas vozes têm se levantado *contra* a aplicação da CH80 em casos envolvendo a ocorrência de violência doméstica.

Enquanto alguns (por todos, BEAUMONT; McELEAVY, 1999, p. 10) mencionam que, *após* a negociação e adoção do texto deste tratado, o *contexto* da subtração internacional de crianças e adolescentes teria se alterado *diametralmente*, tanto em relação ao *gênero* do subtrator, quanto – possivelmente – também no que diz respeito aos *motivos* da subtração. Por

---

[1264] Optou-se, deliberadamente, neste trecho, pela inclusão do texto integral das exceções em língua inglesa, veiculado em versão autêntica deste tratado.

fim, ainda, para outros, conforme visto acima, a interpretação e aplicação da *exceção de grave risco,* especialmente pelas autoridades judiciais de muitos dos Estados-Partes desta convenção seriam inadequadamente restritivas, não refletindo, na maior parte das vezes, o aumento da preocupação global com o fenômeno da violência doméstica.

Após apresentação e discussão dos principais tópicos da CH80 relacionados ao presente estudo, bem como das principais críticas que vêm sendo apresentadas a tal tratado, constatou-se que a CH80 não é *apenas* um tratado integrante do ramo do Direito Internacional Privado, mas que, além disso, também integra o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por *derivação* direta da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, tema ainda pouco discutido pela academia e demais operadores jurídicos, na aplicação prática deste tratado, especialmente no Brasil.

Na sequência, o Capítulo 4 da Parte II apresentou e discutiu a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), especificamente no que diz respeito ao seu capítulo hermenêutico como principal ferramenta – senão a única, elaborada e *aceita* pela comunidade internacional, para interpretação (e aplicação) adequada *e uniforme* da *exceção de grave risco* da CH80. Buscou-se desenvolver uma *Teoria Geral* sobre a CVDT – em especial, sobre seu regramento de interpretação de tratados.

A Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados entrou em vigor, internacionalmente, apenas na década de 80. No entanto, os princípios interpretativos nela colacionados, a partir dos trabalhos da "International Law Commission" (ILC) da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovados pelos países, consolidaram práticas para a interpretação de tratados que já detinham natureza de Direito Internacional Consuetudinário – circunstância reconhecida, por exemplo, pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), mesmo antes do início da vigência (internacional) da CVDT. A CVDT, em seu capítulo hermenêutico (artigos 31 a 33), conforme comprovado, não confere a mesma relevância a *todos* os acordos, instrumentos, práticas ou regras, produzidos em âmbito internacional (ou eventualmente doméstico).

Os elementos principais, identificados na CVDT, hábeis a conferir relevância a tais documentos ou práticas, dizem respeito à *forma* de sua elaboração – em especial se conta ou não com a participação e anuência dos países quanto ao seu conteúdo e relação com o tratado a ser interpretado – e o *momento* de tal elaboração (se em conexão temporal com a finalização do

tratado a ser interpretado ou em momento posterior). Regras *pertinentes* às relações entre as partes e as diferentes versões das traduções do documento também poderão ter papel importante na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, conforme visto. Em consequência, comprovou-se, nesta tese, que *os instrumentos que não puderem ser classificados como relevantes, segundo a CVDT, na interpretação daquela exceção, não poderão ser manejados em tal exercício, mesmo quando elaborados em âmbito internacional.*

Embora a *jurisprudência* tenha papel *controverso* na interpretação dos tratados segundo os artigos 31 a 33 da CVDT – as decisões judiciais domésticas (dos países) não são, em si mesmas, elementos *relevantes* para a interpretação de tratados, embora pareçam dotadas de certa importância, dentro de determinadas condições, as decisões de órgãos *internacionais* de solução de controvérsias, como a Corte Internacional de Justiça (e sua antecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional), a Organização Mundial de Comércio, a Corte Permanente de Arbitragem e as Cortes Regionais de Direitos Humanos (europeia e americana).

Muitas decisões *jurisdicionais internacionais* - acabaram por, em grande medida, auxiliar – em conjunto com os trabalhos preparatórios das Comissão de Direito Internacional (ILC, em seu acrônimo em inglês – "International Law Commission") - a *interpretação do próprio capítulo hermenêutico da CVDT.* Assim, a *construção de sentido* dos termos contidos nos artigos 31 a 33 da CVDT vem sendo, em grande medida, *esclarecida e fixada* por decisões emitidas por tais órgãos, internacionais (multilaterais e regionais), tornando a aplicação do capítulo hermenêutico da CVDT à *exceção de grave risco* da CH80, entende-se, ainda mais interessante.

O Capítulo 4 também se debruçou sobre a relevância e dificuldades da aplicação da CVDT na interpretação de tratados. Foram alcançadas respostas, em especial, às seguintes indagações:

a) por que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é relevante na interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes?

b) a CVDT pode ser aplicada à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80 quando esta é realizada por cortes domésticas?

c) em que circunstâncias a CVDT *deve* ser aplicada por órgãos julgadores domésticos na solução de demandas à primeira vista *privadas*, como a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes?

d) quais as principais dificuldades na interpretação e aplicação do capítulo hermenêutico da CVDT?

e) como interpretar o *manual de interpretação* (a teoria geral dos artigos 31 a 33 da CVDT)*?*

A CVDT é o único tratado aceito, multilateralmente, para regulamentação de *toda a vida* das demais avenças internacionais. Seu capítulo interpretativo, entre seus Estados-Partes e por força de sua natureza de Direito Internacional Consuetudinário, tem aplicação mandatória à Convenção da Haia de 1980. Suas contribuições ao alcance de interpretação global e uniforme da *exceção de grave risco*, em contextos de violência doméstica, comprovou-se ser essencial.

Embora tratado internacional, a Convenção de Viena de 1969 deverá ser aplicada não apenas por cortes internacionais, mas também pelas cortes de seus Estados-Partes, a partir de sua internalização aos ordenamentos jurídicos domésticos. Neste último caso, a CVDT deverá conviver com as normas internas voltadas ao mesmo desiderato, cedendo lugar, tão-somente, às regras hierarquicamente superiores a ela – em geral, de caráter constitucional[1265]. Nessa medida, além de indispensável, a CVDT deve ser aplicada à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, pelas autoridades judiciais brasileiras, apesar de, à primeira vista, a subtração internacional de crianças e adolescentes, em seus aspectos civis, dizer respeito a interesses privados.

Especialmente em razão de sua linguagem ampla – comum em textos aprovados em âmbito multilateral – a compreensão do capítulo hermenêutico da CVDT não é tarefa fácil, tendo sido necessária a elaboração de uma *Teoria Geral* da Interpretação de Tratados, exercício prévio à aplicação prática dos artigos 31 a 33 desta última à *exceção de grave risco* da CH80.

Por fim, o Capítulo 4 discutiu algumas das principais contribuições de cortes internacionais regionais à interpretação de tratados de direitos humanos e à Convenção da Haia

---

[1265] Em no caso brasileiro, também às disposições de natureza *supralegal*, como os tratados de direitos humanos, nas circunstâncias fixadas pelo Supremo Tribunal Federal.

de 1980 – Corte de Justiça da União Europeia, Interamericana de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos. No entanto, não foi empreendida análise aprofundada de tal assunto, na medida em que a moldura interpretativa da CVDT não parece conferir relevância à tais decisões, para o alcance de interpretação uniforme e global da *exceção de grave* risco, em especial em razão de não dizerem respeito a *todos* os Estados-Parte da Convenção da Haia de 1980.

Apresentados e discutidos, na Parte I e II desta tese, os principais marcos normativos e teóricos do presente estudo, sua aplicação prática à *exceção de grave risco* da CH80 foi realizada na Parte III desta tese. O Capítulo 5 do estudo voltou-se, então, à aplicação pormenorizada do artigo 31 da CVDT, a *Regra Geral de Interpretação* dos tratados, à interpretação da *exceção de grave risco* da CH80.

A aplicação da regra geral de interpretação contida no artigo 31 da CVDT levou em conta, simultaneamente e sem hierarquia, *o texto, o contexto e o objetos e finalidades da CH80, além de sua interpretação de boa-fé* (artigo 31, parágrafo 1º). Os textos dos tratados, conforme visto, vêm sendo interpretados a partir de definições incluídas em dicionários – e esforço semelhante foi realizado em relação aos termos contidos na *exceção de grave risco* da CH80. *Contexto*, para os fins do capítulo hermenêutico da CVDT, tem conteúdo próprio e é também elemento relevante.

O contexto, para a CVDT, inclui o texto do tratado, seu preâmbulo, anexos e acordos ou instrumentos, elaborados pelas partes, *em conexão* com a conclusão da convenção a ser interpretada. O termo *em conexão*, por sua vez, não diz respeito à relação de conteúdo (matéria ou conteúdo relacionado àquele do tratado a ser interpretado), mas ao *momento de celebração do instrumento/acordo*: assim, para a CVDT, será elemento *em conexão* com a CH80, qualquer acordo ou instrumento celebrado *em momento simultâneo a sua finalização e adoção*. Em conclusão, serão acordos ou instrumentos relevantes para a interpretação da *exceção de grave risco*, no âmbito destes dispositivos, apenas aqueles que tenham sido elaborados em momento temporalmente coincidente com a negociação e aprovação da CH80.

Ainda no âmbito do parágrafo 1º do artigo 31 da Convenção de Viena, foram travados debates relacionados aos objetos e finalidades da Convenção da Haia de 1980: a prevenção e o

combate à subtração internacional de crianças e adolescentes, mitigadas pela proteção incluída na *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980

Em relação ao artigo 31, parágrafo 2º, alíneas "a" e "b" da CVDT, apurou-se a inexistência de "qualquer *acordo ou instrumento* estabelecido por *uma, várias ou todas* partes *em conexão* com a conclusão" da CH80 *e "aceito pelas outras partes* como instrumento *relativo* ao tratado". *Nenhum acordo ou instrumento* foi, quando da aprovação da Convenção da Haia de 1980, estabelecido por seus Estados-Partes como *instrumento relativo* a esta última convenção. Este ponto, dentre outros, também demonstrou uma característica muito relevante do capítulo hermenêutico da CVDT: o absoluto respeito ao "pacta sunt servanda". Não apenas a elaboração de tratados, mas também sua interpretação, apenas podem se valer de instrumentos que contem com a *aceitação das partes*, preferencialmente expressa, de sua relação com a convenção a ser interpretada – no caso, a Convenção da Haia de 1980.

Nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a", da CVDT, foram levados em consideração na interpretação da *exceção de grave risco*, ao lado de seu contexto, "qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições". Ao contrário do identificado em relação ao parágrafo 2º do artigo 31, é profícua, em certa medida, a produção de instrumentos (*acordos* entre as partes *relativo à interpretação* da CH80 *ou à aplicação* de suas disposições), em âmbito internacional, pelos países, *temporalmente posterior* à conclusão da CH80. Alguns de tais instrumentos, apresentados no Capítulo 1 (Parte I) do estudo foram retomados, para serem pormenorizados especificamente a partir de suas contribuições à interpretação daquela exceção.

Foram aprofundadas as potenciais contribuições que podem auxiliar na busca de interpretação *uniforme* à exceção de grave risco oferecidas pela:

a) Convenção da ONU de 1989 sobre o Direito das Crianças;

b) Convenção da Haia de 1996[1266] - instrumento que, infelizmente, ainda conta com baixa adesão pela comunidade internacional;

[1266] Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de proteção das crianças. Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70. Acesso em 19.09.2019. O Brasil não é Estado-Parte deste tratado, até o momento.

c) Conclusões e Recomendações sobre a Operação Prática da CH80, *aprovadas* pelos Estados-Partes da CH80 entre os anos de 1989 e 2017.

Enquanto os primeiros são propriamente acordos entre os países que seguem o rito dos artigos 6º e seguintes da CVDT, as Conclusões e Recomendações sobre a Operação Prática da CH80 são *aprovadas* pelos países, sem que adotem o rito de produção de convenções. São adotadas na sequência de reuniões voltadas à revisão da operacionalização prática da CH80. Tal circunstância demonstrou, dentre outros aspectos, que instrumentos dotados de *diferentes formas de elaboração* podem ser dotados, pela CVDT, de semelhante relevância para a interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

A Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, apesar de contar com ampla adesão dos países ao seu conteúdo, acaba por ser de pouco auxílio para a intepretação da *exceção de grave risco* da CH80 em contextos de violência doméstica. Por primeiro, este tratado silencia em relação a tal fenômeno, preferindo adoção de normas protetivas programáticas e, essencialmente, voltadas à proteção apenas de crianças e adolescentes. No entanto, a CVDT confere legitimidade à Convenção da Haia de 1980, em razão da compatibilidade apurada da segunda à primeira.

Ultrapassando, em parte, o escopo deste estudo, também foi apresentada proposta, decorrente do manejo conjunto da Convenção da ONU de 1989 com a CH80, de inclusão obrigatória de representante judicial autônomo em favor de crianças e adolescentes – a figura do guardião "ad litem" – para permitir a participação efetiva destes últimos sujeitos nas ações judiciais que lhe digam respeito – especialmente naquelas relacionadas à sua subtração internacional ilícita. Tal prática é absolutamente inexistente em muitos países, inclusive no Brasil, até o momento. A criança, *objeto*[1267] da disputa, acaba não sendo diretamente representada na demanda e, via de regra, o genitor subtrator considera que seu posicionamento – contrário ao regresso da criança ao país de sua residência habitual – é apresentado *em representação* aos interesses do infante. E o genitor abandonado, que por vezes litiga diretamente contra o genitor subtrator – e defende, portanto, o retorno da criança – deixa ele de ser seu representante legal?

[1267] Nos Capítulos 1 e 2, em especial, discutiu-se a importância da *desobjetificação* de crianças e adolescentes.

O Ministério Público, que no sistema processual civil brasileiro é incluído em lides que digam respeito a interesses de incapazes não se encontra, defende-se, adequadamente posicionado para *representação judicial* de tal criança. Em especial, os membros do Ministério Público, além de não contatarem as crianças e adolescentes vítimas de subtração, são dotados de independência funcional constitucional, que lhes garante que sua opinião *individual* sobre o caso pode ser apresentada em juízo. A solução proposta, nesta tese, foi a designação de representação judicial autônoma da criança, por determinação judicial, incumbindo tal atribuição à Defensoria Pública Federal ou advogado "ad hoc".

Outro acordo posterior à CH80 comumente indicado como complementar a esta última, a Convenção da Haia de 1996, também foi objeto de análise. No entanto, não foram encontrados referência relevantes aos impactos da violência doméstica em contextos de subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes. Além disso, defendeu-se que a ainda baixa adesão de países à CH96 acaba por torná-la, nos termos do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "a" da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, *inaplicável* à busca de interpretação *uniforme e global* daquela exceção.

A discussão pormenorizada das Conclusões e Recomendações sobre a Operação Prática da Convenção da Haia de 1980, aprovadas no âmbito da HCCH, permitiu confirmar que os países ainda oscilam em relação ao grau de sensibilidade à interação da violência doméstica com a subtração internacional de crianças e adolescentes. Apesar de constatadas algumas *idas e vindas*, ora considerando-se a violência doméstica, ora silenciando sobre ela, os Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 parecem vir, progressivamente, buscando regular tais fenômenos.

No entanto, ainda é evidente a intenção dos países em manter a *exceção de grave risco* com escopo reduzido, aplicável, tão-somente, à proteção de crianças e adolescentes, *em seu retorno ao país de refúgio*. A violência doméstica, cometida contra outros membros da família e *anterior* à tal subtração, segue sendo afastada como circunstância hábil para obstaculizar o regresso da criança ao seu país de residência habitual, ao menos nos termos do artigo 13, parágrafo 1º, alínea "b" da Convenção da Haia de 1980. Não se pode dizer, por sua vez, que os Estados-Partes deste último tratado *ignoram* a relação deste tipo de violência com a subtração internacional.

Apesar das dificuldades metodológicas e de conteúdo, identificadas e criticadas no âmbito do Capítulo 5.3.1.E.viii, o Secretariado da HCCH elaborou, de forma unilateral e voluntária, Documento Reflexivo sobre os impactos da violência doméstica à CH80. Tal documento certamente impactou os países, sensibilizando-os à necessidade de aprofundamentos sobre o tema. Em consequência, em 2012 aprovou-se consensualmente a elaboração de uma Guia de Boas Práticas sobre a *Exceção de Grave Risco*, voltado à uniformização da interpretação de tal exceção entre as autoridades judiciais dos países.

A alínea "b" do parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT, conforme apurado, inclui como elementos também importantes para interpretação dos tratados qualquer *prática* seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se *estabeleça o acordo* das partes relativo à sua interpretação. Neste ponto, discutidos os Guias de Boas Práticas da Convenção da Haia de 1980, uma vez que estes, embora não sigam o rito de elaboração de tratados previsto nos artigos 6º e seguintes da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tem seu conteúdo inequivocamente *aprovado* pelos Estados-Partes deste tratado, refletindo sua aceitação em relação a práticas colhidas junto aos ordenamentos domésticos dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980.

Enquanto os primeiros guias de boas práticas silenciaram quanto à violência doméstica na subtração internacional de crianças e adolescentes, o Guia de Boas Práticas à Mediação de conflitos fundados na Convenção da Haia de 1980 incluiu os primeiros esforços dos países à consideração da relação entre tais fenômenos. No entanto, foi apenas com a aprovação, em dezembro de 2019, do Guia de Boas Práticas sobre a *Exceção de Grave Risco*, que se alcançou a principal, no entender desta tese, o mais relevante instrumento, nos termos da Convenção de Viena de 1969, para interpretação de tal exceção, inclusive em contextos de violência doméstica cometida contra o genitor subtrator *antes* da subtração.

O Guia de Boas Práticas sobre o artigo 13Ib – a *exceção de grave risco* – da CH80 protagoniza os esforços de interpretação e aplicação uniformes e globais de tal dispositivo. Por força do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" da CVDT, todos os Guias de Boas Práticas relativos à CH80 e aprovados no âmbito da HCCH *devem* ser levados em consideração na interpretação (e aplicação) deste último tratado, porque relevantes, nos termos do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969.

O Guia da *Exceção de Grave Risco*, no entanto, ainda reflete algumas das ambiguidades terminológicas identificadas em outros documentos produzidos no âmbito da comunidade internacional quanto à violência doméstica. Além disso, também reproduz a intrincada e ainda incompreendida, por muitas, relação entre a posição de crianças como vítimas *indiretas* de violência doméstica – e, em consequência, exclusivamente dos adultos como vítimas *diretas*.

No entanto, reforçando o sentido ordinário dos termos desta exceção, foi fixada metodologia para sua interpretação. As autoridades judiciais do país de refúgio devem considerar, nas ações judiciais e por primeiro, a cabal ocorrência de impactos à crianças e adolescentes, *quando de seu retorno ao país de residência habitual*. O cometimento de violência doméstica contra qualquer dos genitores, *antes da subtração* e que não tenha sido possível a comprovação de efeitos objetivamente constatáveis, à criança ou adolescente, *não estaria,* tecnicamente, incluída no escopo da *exceção de grave risco*, segundo seus Estados-Membros, à unanimidade.

Na hipótese de comprovação de tais impactos, o segundo passo metodológico à interpretação da *exceção de grave risco*, diz respeito à averiguação, dentro dos limites de sua competência, pela autoridade judicial do país de refúgio, das condições jurídicas e práticas, do país de residência habitual, de eliminar ou reduzir, a níveis razoáveis, quaisquer riscos de danos à criança ou adolescente – físicos, psíquicos ou que os coloquem, de qualquer outra forma, em situação intolerável – que seu retorno ao Estado de residência habitual possa-lhes causar. Se este último for dotado de tais mecanismos, o retorno da criança deverá ser efetivado.

O guia também prevê caminho metodológico alternativo, a ser adotado a critério da legislação do país de refúgio. Neste segundo cenário, bastaria que a autoridade judicial deste último apurasse se existem condições jurídicas e práticas para que o Estado de residência habitual elimine ou reduza a níveis satisfatórios, qualquer *potencial* risco de dano físico, psíquico ou situação intolerável. Em caso positivo, o Juízo sequer passaria à investigação da *efetiva ocorrência* de tais riscos, determinando de imediato o regresso da criança. Em caso negativo, passar-se-á ao segundo passo: a comprovação cabal da ocorrência de tais riscos à criança ou adolescente, quando de seu retorno.

Embora tenha sido constatado que a jurisprudência dos países não seria elemento relevante, nos termos da CVDT, à interpretação de tratados, a incorporação de algumas destas,

no texto deste guia - documento aprovado pelos Estados-Parte – as alçam, entende-se, à categoria de práticas que devem ser replicadas pelas autoridades judiciais domésticas, para o deferimento ou indeferimento da ordem de regresso da criança ao seu país de residência habitual. O conteúdo das decisões incluídas no guia e relacionadas à violência doméstica foi pormenorizado, sobre diferentes aspectos, conforme visto. A jurisprudência incluída no guia confirmou as ideias defendidas nesta tese – e alcançadas a partir da aplicação da moldura interpretativa da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980.

Após a análise aprofundada dos instrumentos incluídos no escopo do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "b" da CVDT, o Capítulo 5 alcançou, então, a alínea "c" do parágrafo 3º do artigo 31 da CVDT, que incluiu a averiguação e discussão de "*quaisquer regras pertinentes* de Direito Internacional, aplicáveis às relações entre as partes" (grifos nossos) como elementos relevantes à interpretação e aplicação uniformes da *exceção de grave risco* da CH80.

Constatou-se, neste ponto, que a intepretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, especialmente em contextos de violência doméstica, não parece se beneficiar, diretamente, das contribuições dos instrumentos identificáveis como incluídos no escopo do artigo 31, parágrafo 3º, alínea "c" da CVDT, para além das normas gerais de proteção aos direitos humanos dos envolvidos e de efetivação da cooperação internacional entre os Estados. No entanto, uma vez que tais princípios são dotados de natureza *programática* e conceituados de forma sobremaneira ampla, sua relevância, para os fins da CVDT, para o alcance de interpretação uniforme e global da *exceção de grave risco* da CH80 mostra-se praticamente nula.

Ainda no Capítulo 5, por fim, discutiu-se o parágrafo 4º do artigo 31 da CVDT que, por sua vez, indica que "um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que esta era a intenção das partes". Neste ponto, comprovou-se que não foi conferido à *exceção de grave risco sentido especial.* Em especial, não foi incluída a inclusão da ocorrência violência contra outros membros da família (que não a criança ou adolescente) no escopo dos termos desta exceção.

Finalizada a análise do artigo 31 da CVDT e, apesar de considerar-se que não restaria qualquer obscuridade ou ambiguidade na interpretação da *exceção de grave risco* da CH80, o

Capítulo 6 desta tese iniciou-se com a aplicação prática do artigo 32 da Convenção de Viena de 1969, buscando confirmar os resultados obtidos a partir da aplicação da Regra Geral de Interpretação[1268]. Referido tópico analisou os *Meios Suplementares de Interpretação,* que deverão ser manejados *subsidiariamente* àqueles incluídos no artigo 31 deste último tratado, sempre que se mostrar necessário "confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31, deixa o sentido ambíguo ou obscuro ou conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado".

Entrou em cena, por primeiro, a análise pormenorizada dos trabalhos preparatórios ("travaux préparatoires") da CH80, especialmente no que diz respeito à preocupação dos negociadores da CH80 com a violência contra crianças e adolescentes. Constatou-se que, durante as negociações deste tratado, ocorreu manifestação isolada de integrante da delegação do Reino Unido sobre a violência entre cônjuges[1269]. No entanto, tal tema não recebeu qualquer repercussão entre as demais delegações, nem tampouco veio a ser refletido no texto da CH80, o que comprovaria inexistência de consenso, naquele momento histórico, sobre o tratamento do tema pela CH80, ao menos no que diz respeito à proteção das vítimas (diretas) adultas de tal fenômeno.

Apurou-se, também junto aos trabalhos preparatórios publicados sobre a CH80, a forte preocupação da maior parte dos países que participaram do exercício de negociação deste tratado, com a vagueza da redação inicial da *exceção de grave risco*, defendendo a redução de seu escopo. A preocupação dos negociadores com a limitação da *exceção de grave risco* apenas para a proteção de crianças e adolescentes mostrou-se evidente.

Na sequência, o Capítulo 6, aderindo à corrente teórica que inclui o Relatório Explicativo sobre a CH80 dentre os *Meios Suplementares de Interpretação*, foram feitas considerações sobre as contribuições deste documento à interpretação da exceção de grave risco[1270]. Via de regra, também no âmbito das convenções produzidas no seio da HCCH, tais

---

[1268] Como sabido, contida no artigo 31 da CVDT.
[1269] Buscando, conforme visto, incluí-la no âmbito da *situação intolerável*, mencionada no trecho final da *exceção de grave risco*.
[1270] Como tal *aprovação* não parece auto evidente e, inclusive muitos destes documentos não possuem *caráter vinculante*, eles parecem mais adequadamente incluídos como *meio suplementar de interpretação* da *exceção de grave risco* da CH80, nos termos do artigo 32 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

relatórios são redigidos por acadêmicos especializados que acompanham as negociações dos tratados e que, quando apresentados, aparentemente são *aprovados* pelos Estados-Partes.

Tal documento, em especial, traz esclarecimentos importantes sobre as principais discussões e conteúdo dos termos da *exceção de grave risco*, além de veicular questões relacionadas às circunstâncias de elaboração e conclusão da CH80 (questões que, conforme visto, tangenciam tanto a Regra Geral de Interpretação quanto seus Meios Suplementares). Foi possível confirmar, por intermédio do Relatório Explicativo da CH80, a propriedade da aplicação, efetuada no Capítulo 5, do capítulo interpretativo da CVDT à *exceção de grave risco*, que apontou para sua interpretação restritiva.

O Capitulo 6 se debruçou, na sequência, à análise do artigo 33 da CVDT, que regulamenta a intepretação de um tratado *na hipótese de divergência no texto em suas diferentes línguas oficiais*. Concluiu-se inexistir divergência importante no texto da *exceção de grave risco* nas duas línguas oficiais da HCCH e versões autênticas da CH80, inglês e francês. Também se averiguou a existência de divergências na tradução da CH80, em suas línguas oficiais, para o Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000[1271] e para a versão que internaliza a CH80 ao ordenamento jurídico português. Estas últimas, apesar de não incluídas no escopo da CVDT, podem impactar negativamente a interpretação da *exceção de grave risco* pelas cortes brasileiras.

Finalizada a aplicação prática do capítulo hermenêutico da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados à interpretação da *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, foi possível dimensionar, adequadamente, os impactos da violência doméstica na subtração internacional de crianças e adolescentes, objeto principal desta tese. Conforme visto, constatou-se que a *exceção de grave risco* da CH80, quando interpretada pela CVDT, garante proteção *efetiva* à crianças, adolescentes e adultos vítimas (diretas ou indiretas) da prática de atos de violência doméstica.

As crianças e adolescentes que sofrerem os *efeitos* da violência doméstica encontram-se adequadamente incluídos no escopo da *exceção de grave risco* da CH80. Em relação às

[1271] Que internalizou a CH80 ao ordenamento jurídico brasileiro.

mulheres vítimas de violência doméstica, de fato esta exceção não prevê - e nem o deveria, entende-se, sob pela de extrapolamento de seu objeto - proteção específica, ainda que algumas propostas de interpretação da CH80 possam ser vislumbradas em favor das mulheres (e homens) vítimas deste fenômeno. Não concordamos com a conclusão de Edleson e Lindhorst (2012, p. 11) que apontam que "a Convenção da Haia [de 1980] não foi concebida como remédio para questões de violência".

No entanto, e diante da comprovação de que a *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980 *não garante* proteção imediata à mulheres-subtratoras vítimas de violência doméstica no país de residência habitual, quando tal violência *não gera impactos objetivamente constatáveis* na criança *ou quando*, mesmo que constatados tais impactos, *o Estado de residência habitual possui mecanismos para eliminar ou mitigar* (em níveis razoáveis), o grave risco de que a criança, em seu retorno[1272], seja exposta a perigos de ordem física, psíquica ou situação intolerável, esta tese avançou, *brevemente*, em discussões sobre possíveis alternativas à *exceção de grave risco* para proteção das vítimas, mulheres ou homens adultos, da violência doméstica.

Nesta medida, no último tópico desta tese apresentou breve discussão sobre os efeitos, em relação aos genitores adultos, da constatação cabal da ocorrência de violência doméstica *sem impactos diretos* na criança ou no adolescente[1273]. Embora, tenha sido possível concluir, nesta tese que, em princípio, a *exceção de grave risco* não teria se dedicado à proteção de outros membros da família vítimas de violência doméstica[1274], a proteção do genitor vítima *direta* de tal fenômeno *também poderá ser alcançada*, por intermédio da adoção de outras ferramentas ou institutos previstos na CH80 e/ou no Direito Internacional, aplicáveis em substituição à impossibilidade de manejo (por inadequação ou impossibilidade) da *exceção de grave risco* da CH80. Em especial, foram apresentadas, ainda que à título embrionário, as seguintes possibilidades potenciais de proteção à pessoa vítima de violência doméstica e envolvida na

[1272] Ao seu país de residência habitual.
[1273] Ou, ainda que constatados tais efeitos, o Estado de residência habitual contém instituições e mecanismos suficientemente aparelhados para endereçá-los, permitindo às autoridades do país de refúgio que determinem o regresso da criança.
[1274] Quando esta não atinge direta ou indiretamente a criança ou, quando atingida diretamente, o Estado de residência habitual possui meios para eliminar ou reduzir tais riscos quando do retorno da criança.

posição de subtrator na transferência ou retenção de uma criança (ou adolescente) em país diferente daquele em que esta última tinha sua residência habitual:

a) aplicação do artigo 20 da CH80, segundo o qual "O retomo da criança (...) 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". Apesar da baixa incidência, na jurisprudência estrangeira e nacional, de aplicação de tal dispositivo, considerado comumente como *norma de ordem pública*, caso seja possível ao órgão julgador do Estado de Refúgio constatar e comprovar que, por força do ordenamento jurídico, ou sua aplicação prática, do Estado de Residência Habitual da criança não é dotado de arcabouço adequado e suficiente para proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais dos envolvidos[1275] mostra-se possível, ao menos em tese, a obstaculização do regresso da criança (ou adolescente) a este último país, mantendo-se ela (ou ele), normalmente acompanhado de seu genitor subtrator, no Estado de Refúgio;

b) uma vez que, por disposição expressa, a CH80 apenas entra em vigor bilateralmente entre os países após a *aceitação da adesão* de um novo membro pelos demais Estados-Partes, parece possível discutir-se a possibilidade de *retirada* da aceitação da adesão de um determinado país, por exemplo pelo Estado brasileiro, quando constatado[1276] aquele não protege, *sistematicamente* e de forma adequada as vítimas (diretas e/ou indiretas) de violência doméstica. A possibilidade de *retirada* da aceitação da adesão de um país, por outro, não parece, por sua vez, encontrar previsão expressa na CH80, mas, defendeu-se, pode ser caminho possível, a partir da análise conjunta deste último tratado com a CVDT. Não há notícias, no entanto, da realização de tal procedimento, até o momento, por nenhum dos 101 Estados-Partes da CH80;

c) uma outra possibilidade, aparentemente mais viável, juridicamente, do que a anterior, diz respeito à *não aceitação, expressa, pelo Estado* (por exemplo, o Estado brasileiro) *da adesão de um novo Estado-Parte à CH80,* quando constatado que este último não protegeria, *sistematicamente* e de forma adequada as vítimas (diretas e/ou indiretas) de violência doméstica. Assim, parece imperioso recomendar-se que toda nova adesão de um país à CH80

[1275] E não apenas da criança ou adolescente vítima de subtração internacional ilícita.
[1276] Em momento temporal posterior ao oferecimento da aceitação da adesão de tal país.

seja acompanhada de análise pormenorizada, especialmente pelo Poder Executivo brasileiro, do cabedal jurídico (e sua aplicação prática) de proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais de crianças, adolescentes e adultos que possam ser vítimas, diretas ou indiretas, de violência doméstica, especialmente no caso daqueles que não possuem a nacionalidade do país de residência habitual da família;

d) por fim, a comprovação cabal da ocorrência de violência doméstica também poderá, ao menos em tese, obstaculizar o retorno de criança ou adolescente ao seu país de residência habitual, mesmo que tal violência não lhe tenha gerado impactos diretos, sempre que for possível constatar-se que a *fixação de residência habitual* em determinado país ocorreu de forma *coercitiva*. Assim, se a residência habitual do genitor (e, em decorrência, da criança) foi fixada a partir de manobras de coerção, cometidas pelo outro genitor da criança, pode-se considerar que a transferência ou a retenção da criança em outro país, *para fugir de tal coerção*, não configuraria, tecnicamente, subtração internacional ilícita da criança (ou adolescente).

Não se tem notícia de que qualquer das possibilidades *para além da exceção de grave risco*, para proteção de adultos vítimas de violência doméstica, acima elencadas, tenha sido discutida, no Brasil, em âmbito teórico ou jurisprudencial. No exterior, conhecem-se debates apenas em relação à alternativa "d", capitaneados por Weiner.

À título conclusivo, a presente tese se encerra tendo comprovado, entende-se, que *nem todos os documentos e instrumentos produzidos em âmbito multilateral são relevantes para fins de interpretação da exceção de grave risco da CH80, assim como não o seriam os documentos unilateralmente produzidos pelos Estados, em seus ordenamentos jurídicos internos*[1277]*, sob o marco teórico da CVDT*.

Em segundo lugar, as ambiguidades quanto ao conteúdo e efeitos da violência doméstica mostram-se ainda frequentes, dificultando o exercício de alcance de interpretação uniforme e global à *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, quando a violência doméstica é o motivo alegado pelo genitor subtrator para a realização da subtração internacional da criança (ou adolescente). Em razão disso, foram formulados conceitos operacionais aos institutos da violência familiar, doméstica e contra a mulher fundada no gênero, buscando reduzir as

[1277] Em especial, dentre estes, as legislações domésticas dos países e as decisões judiciais internas (jurisprudência nacional).

ambiguidades encontradas especialmente nos *discursos*, emitidos por alguns teóricos, grande público e até mesmo identificado em documentos produzidos no âmbito de organizações internacionais.

Ao fim, após discussão sobre os principais aspectos dos marcos normativos eleitos para elaboração deste estudo, e sua aplicação escrupulosa, demonstrou-se *como os instrumentos considerados, pela CVDT, como relevantes à aplicação da exceção de grave risco da CH80 permitem, quando adequadamente manejados, em conformidade com a moldura hermenêutica da primeira, interpretação adequada e uniforme desta exceção, em situação de subtração internacional de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência doméstica (e familiar) previamente a sua transferência ou retenção em país diverso daquele em que elas possuíam residência habitual.*

Qualquer episódio ou situação de violência contra a criança (ou adolescente), *em seu retorno e que não possa ser adequadamente endereçada pelo país de residência habitual da criança*, será objeto de proteção *imediata* pela *exceção de grave risco* da Convenção da Haia de 1980, seja ela cometida por qualquer pessoa (membro ou não de sua família), órgão, instituição ou pelo próprio Estado. Entretanto, mesmo a ocorrência de violência *direta* contra a criança, antes de sua subtração, não significará, necessariamente, que ela deverá deixar de ser retornada ao seu país de residência habitual, uma vez não ser adequada a presunção de risco à crianças e adolescentes, conforme será visto.

Os atos de violência *direta* contra a criança (de natureza física ou psíquica) poderão, por sua vez, serem cometidos *por membro da família* e/ou *no ambiente familiar*. Neste cenário estaríamos – sob a ótica das recentes discussões no âmbito das ciências sociais[1278] –, entende-se, mais próximo da ideia de *violência familiar (ou intrafamiliar)*. Quando tal violência se dirigir *diretamente* à criança, conforme mencionado, esta circunstância poderá ensejar a aplicação da *exceção de grave risco* da CH80, desde que seguidos alguns passos hermenêuticos e de produção probatória, também previstos neste tratado – dentre estes, em especial, a averiguação prevista no artigo 18 da CH80 que garantiria a viabilidade da restituição da criança ao seu país de residência habitual se for possível a este último prover meios (efetivos) para

[1278] Que, conforme será visto, parece reservar o termo violência doméstica para a dinâmica de controle coercitivo entre adultos e parceiros.

redução ou eliminação dos eventuais riscos de danos físicos, psíquicos (ou situação intolerável) *à criança (ou adolescente), em seu retorno*.

Na hipótese de atos de violência cometidos por membro da família e dirigidos *diretamente* a outro membro da família (que não à criança), essa situação também parece configurar violência *doméstica (e, simultaneamente, violência contra a mulher fundada no gênero,* quando a mulher for a vítima*)* que poderá – ou não – ter seus *impactos* sentidos pela criança. Não parece adequada a adoção de qualquer *presunção*, relativa ou absoluta, de que a violência contra outros membros da família impacte, em todos os casos, a criança ou o adolescente.

Caso constatado que a criança sofreu os *impactos* da violência (familiar, doméstica ou contra a criança ou adolescente fundada em seu gênero feminino) cujos atos *materiais* não foram cometidos *diretamente* contra ela, parece mais adequado considerar que a criança foi vítima *indireta* de tal modalidade de violência e, em tal circunstância, a partir de interpretação da CH80 fundada no capítulo hermenêutico da CVDT, a criança (ou adolescente) também estaria suficientemente protegida pela incidência da *exceção de grave risco*, mediada pelos ditames contidos no artigo 18 da CH80 e seguindo-se a metodologia delineada no Guia de Boas Práticas da *Exceção de Grave Risco*, aprovado em dezembro de 2019 no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

No entanto, *a exceção de grave risco da CH80 não seria aplicável à ocorrência de violência doméstica (cometida contra homens ou mulheres), quando não se mostra possível a demonstração de seu impacto em relação à criança (ou adolescente).* Tal constatação, não entanto, não significa, necessariamente, que outros dispositivos e mecanismos, também incluídos na Convenção da Haia de 1980, não podem, satisfatoriamente, indicar caminhos para proteção de adultos vítimas diretas de violência doméstica ou familiar e/ou mulheres vítimas de violência fundada no gênero.

Em conclusão, a interpretação mais uniforme e global da *exceção de grave risco* – contida no artigo 13 parágrafo 1º, alínea "c" da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes -, possibilitada pela aplicação pormenorizada do capítulo interpretativo da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, gera nível adequado de proteção, exclusivamente, a quaisquer crianças e adolescentes

vítimas, cumulativamente, de subtração internacional ilícita e atos de violência – seja tal violência cometida direta ou indireta contra estes sujeitos. Em relação aos adultos envolvidos – especialmente às mulheres vítimas de violência doméstica – outras alternativas, para além da *exceção de grave risco,* devem ser buscadas. A aplicação do método e instrumentos normativos *corretos* são os principais elementos para proteção de todos os seres humanos contra quaisquer atos de violência que sejam praticados em seu desfavor.

Referências

ADAMSON, J.L.; THOMPSON, R.A. Coping with interparental verbal conflict by children exposed to spouse abuse and children from nonviolent homes. **Journal of Family Violence**, vol. 13, pp. 213-232, 1998.

AGOPIAN, Michael W. **Parental child-stealing.** Massachusetts: Lexington Books, 1981.

ALANEN, Julia. Remedies and resources to combat international family abduction. **American Journal of Family Law**, vol. 21, pp. 11-27, 2007.

ALANEN, Julia. When human rights conflict: mediating international parental kidnapping disputes involving the domestic violence defence. **University of Miami Inter-American Law Review**, vol. 49, 2008-2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2ª edição, 1990.

ALLOT, Philip. The concept of international law. **European Journal of International Law**, vol. 10, pp. 31-50, 1998.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. Parental alienation within the context of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: the Brazilian experience. **Panorama of Brazilian Law**, vol. 2, nº 2, pp. 167-192, 2014.

APPEL, A.; HOLDEN, G. The co-occurrence of spouse and physical child abuse: a review and appraisal. **Journal of Family Psychology**, vol. 12, nº 4, pp. 578-599, 1998.

ARAUJO, Nadia. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira.** Porto Alegre: Revolução E-Book, 1ª edição, 2016. E-book.

ARAUJO, Nadia. **Direito Internacional Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição (revista, atualizada e ampliada), 2018.

ARAUJO, Nadia; VARGAS, Daniela. Os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento no Direito Internacional Privado Brasileiro, à luz do novo Código Civil. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). **O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erick Jayme.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. **El Derecho Internacional conteporaneo**. Madri: Editorial Tecnos, 1980.

AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and practice.** Cambridge: Cambidge University Press, 2ª edição, 2007.

AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and practice.** Cambridge: Cambidge University Press, 3ª edição, 2013.

BANCROFT, L.; SILVERMAN, J. G. **The batterer as a parent: addressing the impact of domestic violence on family dynamics**. Thousand Oaks, Califórnia: Sage, 2002.

BANERJEE, Ajit M.; SHARMA, Murari R. **Reinventing the United Nations.** Nova Déli: PHI Learning Private Limited, 2007.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado.** São Paulo: Atlas, 4ª edição (revista, atualizada e com novos temas), 2014.

BEAUMONT, Paul; McELEAVY, Peter. **The Hague Convention on International Child Abduction.** Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

BEAUMONT, Paul R. The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction. **Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de La Haye,** tomo 336, pp. 9-103, 2009.

BENGOECHEA, Blanca Gómez. **Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980.** Madri: Editorial Dykinson, 2002.

BERGLIN, R. Hakan. Treaty interpretation and the impact of contractual choice of forum clauses on the jurisdiction of international tribunals: the Iranian forum clause decisions of the Iran-United States Claims Tribunal. **Texas International Law Journal**, vol. 21, pp. 39 e ss, 1985-1986.

BERMAN, Paul Schiff. Towards a cosmopolitan vision of Conflict of Laws: redefining governmental interests in a global era. **University of Pennsylvania Law Review,** vol. 153, nº 6, pp. 1819-1882, 2005.

BILDER, Richard B. An overview of international human rights law. In: HANNUM, H (editor). **Guide to international human rights practice.** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2ª edição, 1992.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil.** São Paulo: Boitempo, 2018.

BITTENCOURT. Cezar Roberto. Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de novembro de 2017. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual. Acesso em 13.10.2018.

BLANCO, Pilar Jiménez. Unmarried fathers and child abduction in European Union Law. **Journal of Private International Law,** vol. 8, nº 1, pp. 135-157, 2012.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Editora UNB, 10ª edição, 1982.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BODENHEIMER, Brigitte M. The Hague Draft Convention on International Child Abduction. **Family Law Quarterly**, vol. 14, pp. 99-120, 1980-1.

BOGAT, G. A.; DEJONGHE, E.; LEVENDOSKY, A. A.; DAVIDSON, W. S. e VON EYE, A. Trauma symptoms among infants exposed to intimate partner violence. **Child Abuse & Neglect**, vol. 30, pp. 109- 125, 2006.

BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado – Derecho de las relaciones privadas internacionales**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edição, ampliada e atualizada, 2000.

BOLOTIN, Lisa. When parents fight: Alaska´s presumption against awarding custody to perpetrators of domestic violence. **Alaska Law Review**, vol. 25, nº 2, pp. 263-301, 2008.

BOWLBY, John. **Attachment and Loss: Vol.1 – Attachment**. Nova Iorque: Basic Books, 1969.

BRITO, Laura Souza Lima e. O conceito jurídico de direitos humanos: um diálogo com Mireille Delmas-Marty. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2015. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-06042016-164644/publico/Laura_Brito_Tese.pdf. Acesso em 20.09.2019.

BROTONS, Antonio Remiro. **Derecho Internacional Público, vol. 2 – Derecho de los tratados**. Madri: Tecnos, 1987.

BRUCH, Carol S.; DURKIN, Margaret M. The Hague's online child abduction materials: a trap for the unwary. **Family Law Quarterly**, vol. 44, nº 1, pp. 65-82, 2010.

BUCHER, Andreas. L´ordre public et le but social des lois em droit international privé. **Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de La Haye**, tomo 239, pp. 9-116, 1993.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David P. **International Human Rights in a Nutshell**. Saint Paul: West Group, 2009.

BUFFARD, Isabelle; ZEMANEK, Karl. The "object and purpose" of a treaty: an enigma? **Austrian Review of International and European Law**, vol. 3, nº 1, pp. 311-343, 1998.

CALDWELL, John. Child abduction cases: evaluating risks to the child and the convention. **New Zealand University Law Review**, vol. 23, pp. 161-190, dez. 2000.

CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria Feminista do Direito e violência íntima contra mulheres. **Revista EMERJ**, vol. 15, nº 57 (edição especial), pp. 33-42, jan./março, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The consolidation of the procedural capacity of individuals in the evolution of international protection of human rights: present state and perspectives at the turn of the century. **Columbia Human Rights Law Review**, vol. 30, nº 1, pp. 1-27, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos - Volume I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, revista e atualizada, 2003.

CARLSON, B. E. Children exposed to intimate partner violence: research findings and implications for intervention. **Trauma, Violence & Abuse**, vol. 1, nº 4, pp. 321-342, 2000.

CASALEIRO, Paula. O poder do direito e o poder do feminismo: revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart. **Revista Ex aequo**, Vila Franca de Xira (Portugal), vol. 29, pp. 39- 53, 2014.

CASTAÑEDA, Jorge. **Legal Effects of United Nations Resolutions**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1969.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 5ª edição, revisão e atualização por Osíris Rocha, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 16ª edição, 2000.

CHIANCONE J. **Parental abduction: a review of the literature**. Washington: US Department of Justice, Office of Justice Programs/Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2001. Disponível em http://www. ncjrs.gov/html/ojjdp/190074/index.html. Acesso em 20.08.2018.

CLEMENS, Laura C. International parental child abduction: time for the United States to take a stand. **Syracuse Journal of International Law & Com.**, vol. 30, 2003.

COLE, W.A.; BRADFORD, J.M. Abduction during custody and access disputes. **Canadian Journal of Psychiatry**, vol. 37, pp. 264-266, 1992.

COMMAILLE, Jacques. **Familles sans justice?**. Paris: Le Centurion, 1982.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Yearbook of the International Law Commission – Summary Records of the Eighteenth Session (4 de maio a 16 de junho de 1966), vol. I, Parte II**, 1966. Disponível em http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v1_p2.pdf. Acesso em 28.03.2019.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the International Law Commission. Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006). General Assembly Official Records, Sixty-first session, Supplement No. 10**

(A/61/10), 2006. Disponível em http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_61_10.pdf. Acesso em 27.03.2019

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the International Law Commission, Sixty-third session (26 April-3 June and 4 July-12 August 2011), Suplemento n. 10, A/66/10/Add. 1**, 2011. Disponível em http://legal.un.org/ilc/reports/2011/english/addendum.pdf. Acesso em 20.03.2019.

COMITÊ DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. **Relatório sobre o Caso Goekce v. Austria, 39ª Sessão – 23 de julho a 10 de agosto de 2007, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005 - Communication No. 5/2005 - 6 August 2007**, 2007. Disponível em http://www.worldcourts.com/cedaw/eng/decisions/2007.08.06_Goekce_v_Austria.htm. Acesso em 11.03.2019.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1955. Disponível em https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text. Acesso em 23.08.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Fourteenth Session of the Hague Conference on Private International Law, Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement d'enfants, Child abduction**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Overall Conclusion of the Special Commission of October 1989 on the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1989. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/abdrpt89e.pdf. Acesso em 18.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of Internacional Child Abduction Held 18-21 January 1993**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito

Internacional Privado, 1993. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf. Acesso em 18.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Report of the third Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17-21 March 1997)**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1997. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/abduc97e.pdf. Acesso em 18.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Conclusions and Recommendations of the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (22–28 March 2001)**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2001a. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4_e.pdf. Acesso em 19.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Statistical analysis of applications made in 1999 under the 1980 Convention - Part I (Prel. Doc. No 3 of November 2001)**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2001b. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/abd2001pd3e.pdf. Acesso em 11.03.2019.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Report and Conclusion of the Special Commission Concerning the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of Internacional Child Abduction**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2002. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/abd2002_rpt_e.pdf. Acesso em 20.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part I - Central Authority Practice**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2003. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf. Acesso em 17.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of parental responsibility and measures for the**

protection of children (30 October – 9 November 2006). Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2006. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf. Acesso em 20.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Transfrontier Contact Concerning Children – General Principles and Guide to Good Practice**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2008a. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/guidecontact_e.pdf. Acesso em 16.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **A statistical analysis of applications made in 2003 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, 2007 update (Prel. Doc. No 3, Part I, of September 2008)**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2008b. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_pd03e1_2007.pdf. Acesso em 11.03.2019.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part IV – Enforcement**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2010. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/guide28enf-e.pdf. Acesso em 16.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011)**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2011a. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf. Acesso em 21.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Domestic and family violence and the article 13 "Grave Risk" Exception in the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: a reflection paper**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2011b. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09e.pdf. Acesso em 21.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction – Part I – Global Report**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito

Internacional Privado, 2011c. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf. Acesso em 14.10.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Guide to Good Practice Child Abduction Convention – Mediation**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2012a. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf. Acesso em 16.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Conclusions and Recommendations of Part I and Part II of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention and a Report of Part II of the Meeting**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2012b. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6_en.pdf. Acesso em 18.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Conclusion and Recommendations Adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (17-20 April 2012)**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2012c. Disponível em https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs/archive. Acesso em 18.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Conclusions and recommendations Adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (9-11 April 2013)**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2013. Disponível em https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs/archive. Acesso em 18.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Conclusions and Recommendations Adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (8-10 April 2014)**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2014. Disponível em https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs/archive. Acesso em 18.07.2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions (10-17**

October 2017). Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2017. Disponível em https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf. Acesso em 24.11.2019.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2018. Disponível em https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf. Acesso em 11.03.2019.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Guide of Good Practices on Article 13(1)(b)**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2019.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DOS TRATADOS. **First session (26 March – 24 May 1968), extract from the official records: summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. Document: A/CONF.39/C.1/SR.33**, 1968. Disponível em http://legal.un.org/diplomaticconferences/1968_lot/docs/english/sess_1/a_conf39_c1_sr33.pdf#xml=http://legal.un.org/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getpdfhits&DocId=28&Index=D%3a%5csites%5clegal%5cdiplomaticconferences%5cdtSearch%5cIndexes%5clawoftreaties%2d1969%2dEnglish%2d1stsess&HitCount=2&hits=21a5+21a6+&.pdf. Acesso em 19.03.2019.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DOS TRATADOS. **Official records - documents of the conference. Primeira e segunda Sessões. Viena, 26 de Março a 24 de Maio de 1968 e 9 de Abril a 22 de Maio de 1969**, 1969. Disponível em https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.39_11_Add.2-E.pdf. Acesso em 14.03.2019.

CONNELL, Raewyn. **Gênero: uma perspectiva global – Compreendendo o gênero - da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo**. São Paulo: nVersos, 2015.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Human Rights Council, 35a Sessão, 6-23 de junho de 2017. A/HRC/35/30, 13 de junho de 2017**, 2017. Disponível em https://documents-dds-

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/162/08/PDF/G1716208.pdf?OpenElement. Acesso em 11.03.2019.

CORTE PERMANENTE DE JUTIÇA INTERNACIONAL. **Statute de la Cour - Reglèment de la Cour (Texte amendé le 31 juillet 1926). Série D, n. 1**. Publicações da Corte Permanente de Justiça Internacional, 1926. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_1e_edition.pdf. Acesso em 13.03.2019.

CORTE PERMANENTE DE JUTIÇA INTERNACIONAL. **Interpretation des Arrêts n. 7 et 8 (Usine de Chorzów). Recueil des Arrêts, Serie A, n. 13**. Publicações da Corte Permanente de Justiça Internacional, 1927. Disponível em https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_13/43_Interpretation_des_Arrets_No_7_et_8_Usine_de_Chorzow_Arret.pdf. Acesso em 13.03.2019.

CRAWFORD, James. **Brownlie´s Principles of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 8ª edição, 2012.

CHRISTÓFOLO, João Ernesto. **Princípios constitucionais de relações internacionais: significado, alcance e aplicação**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2019.

DA SILVA, Denise Maria Perissini. **Psicologia Jurídica no Processo Civil brasileiro: a interface da psicologia com o Direito nas questões de família e infância**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DAHLBERG, L.L.; KRUG, E.G. Violence – a global public health problem. In: KRUG, E.G. et al. (editores). **World report on violence and health**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, pp. 3–21, 2002.

DEFEIS, Elizabeth F. Universal Declaration of Human Rights: a standard for states. **Seton Hall Law Legislative Journal**, vol. 28, pp. 259 e ss, 2003-2004.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 49, nº 146, pp. 136-147, out./dez. 2012.

DJEFAL, Christian. **Static and evolutive treaty interpretation: a functional reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Tese (Titularidade da Cátedra de Direito Internacional Privado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 1979, 282f.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Volume I – a família no Direito Internacional Privado, Tomo Segundo: a criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral. 9ª edição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DONCKERS, Brendan. The Hague Convention on International Child Abduction: child´s return and the presence of domestic violence. **Domestic Violence Manual for Judges, Appendix G**. Washington: Washington State Gender and Justice Commission, pp. 1-36, 2006. Disponível em www.courts.wa.gov/committee/pdf/dvAndTheHagueConvention.pdf#xml=http://206.194.185.202/texis/search/pdfhi.txt?query=hague+child+abduction+don+brendan&pr=www&prox=page&rorder=500&rprox=500&rdfreq=500&rwfreq=500&rlead=500&rdepth=0&sufs=0&order=r&cq=&id=4c757d6211>. Acesso em 07.01.2020.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. Ithaca: Cornell University Press, 1989.

DROUX, Joelle. A league of its own? The league of nations' child welfare committee (1919-1936) and international monitoring of child welfare policies. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, M.; RODOGNO, D.; KOZMA, L. (eds.). **The League of Nations' Work on Social Issues: Visions, Endeavours and Experiments**. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 2016. Disponível em https://doi.org/10.18356/4b9f2d0b-en. Acesso em 20.08.2018.

DUARTE, Marcos. **Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda – Teoria e prática**. Fortaleza: Leis&Letras, 2011.

DUVALL, Spring-Serenity; MOSCOWITZ, Leigh. Every parent´s worst nightmare: myths of child abduction in US news. **Journal of Children and Media**, vol. 2, nº 2, pp. 147-163, 2011.

DYER, Adair. International Child Abduction by parents. **Recueil de Cours de l´Academie de la Haye**, tomo 168, vol. III, 1980, pp. 231-68.

DYER, Adair. A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – para uma cooperação global. Os seus sucessos de insucessos. Tradução Teresa Trigo de Sousa. **Revista Infância e Juventude (Lisboa)**, nº 3, pp. 9-36, jul./set. 1994.

EDLESON, Jeffrey. The overlap between child maltreatment and woman battering. **Violence Against Women**, vol. 5, nº 2, pp. 134-154, 1999.

EDLESON, Jeffrey; GRAHAM-BERMANN, S. A. **Domestic Violence in the Lives of children: The Future of Research, Intervention and Social Policy**. Washington DC: APA, 2001.

EDLESON, Jeffrey; MBILINYI, L.F.; BEEMAN, S.K.; HAGEMEISTER, A.K. How children are involved in adult domestic violence: Results from a four-city telephone survey. **Journal of Interpersonal Violence**, vol. 18, nº 1, pp. 18-32, 2003.

EDLSEON, Jeffrey; SHETTY, Sudha. Adult domestic violence in cases of international parental child abduction. **Violence Against Women Journal**, vol. 11, nº 1, pp. 115-138, jan. 2005.

EDLESON, Jeffrey; GEWIRTZ, A. Young children's exposure to adult domestic violence: towards a risk and resilience framework for research and intervention. **Journal of Family Violence**, vol. 22, pp. 151-163, 2007.

EDLESON, Jeffrey. **Emerging responses to children exposed to domestic violence: a project of the National Resource Center on Domestic Violence/Pennsylvania Coalition Against Domestic Violence**. Harrisburg: VAWnet, 2010. Disponível em http://www.vawnet.org. Acesso em 14.10.2018.

EDLESON Jeffrey; LINDHORST, Taryn; MEHROTRA, Gita; VESNESKI, William; SHETTY, Sudha; **Multiple perspectives on battered mothers and their children fleeing to the United States for safety - A study of Hague Convention cases Final Report, NIJ #2006-WG-BX-0006**, 2010. Disponível em https://gspp.berkeley.edu/assets/uploads/page/HagueDV_final_report.pdf. Acesso em 25.07.2018.

EDLESON, Jeffrey; LINDHORST, Taryn. **Battered women, their children, and International Law – The unintended consequences of the Hague Child Abduction Convention**. Boston: Northearstern University Press, 2012.

ELLSBERG, M.; HEISE, L. **Researching Violence against women: a practical guide for researchers and activists**. Washington DC/EUA: Organização Mundial da Saúde e PATH, 2005.

ENSALACO, Mark; MAJKA, Linda C. **Children´s human rights: progress and challenges for children worldwide**. Maryland: Roman & Littlefield Publishers Inc., 2005.

ESTIN, Ann Laquer. Families across borders: the Hague children´s conventions and the case for International Family Law in the United States. **Florida Law Review**, vol. 62, pp. 47-108, 2010.

FANTUZZO, J.W.; BROUCH, R.; BERIAMA, A.; ATKINS, M. Domestic Violence and Children: Prevalence and Risk in Five Major U.S. Cities. **Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry**, vol. 36, pp. 116-122, 1997.

FANTUZZO, J.M.; MOHR, W. K. Prevalence and effects of child exposure to domestic violence. **The Future of Children**, vol. 9, pp. 21-32, 1999.

FINKELOR, D.; HOTALING, G.; SEDLAK, A. Children abducted by family members: A national household survey of incidence and episode characteristics. **Journal of Marriage and Family**, vol. 53, pp. 805-817, 1991.

FINKELOR, D.; TURNER, H.; ORMROD, R.; HAMBY, S.L. Violence, abuse and crime exposure in a national sample of children and youth. **Pediatrics**, vol. 124, pp. 1411-1423, 2009.

FITZMAURICE, Gerald. The Law and procedure of the International Court of Justice, 1951-4. **British Yearbook of International Law**, vol. 33, 1957.

FONTOURA COSTA, José Augusto; ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele. Direito Internacional Privado e ordem pública. In: RAMOS, André de Carvalho (organizador). **Direito Internacional Privado: questões controvertidas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

FOREHAND, R.; LONG, N., ZOOG, C.; PARRISH, E. Child abduction: Parent and child functioning following return. **Clinical Pediatrics**, vol. 28, pp. 311-316, 1989.

FRAIDSTERN, Daniel. 'Croll v. Croll' and the unfortunate irony of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: parents with rights of access get no right to access courts. **Brooklyn Journal of International Law**, vol. 30, nº 2, pp. 641-684, 2005.

FREEMAN, Marilyn. **International child abduction: The effects – For the Reunited Research Unit**. Leicester, Reino Unido: Reunite Internacional Child Abduction Centre, 2006. Disponível em http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Effects%20Of%20Abduction%20Report.pdf. Acesso em 06.08.2018.

FREEMAN, Marilyn. **Relocation: The Reunite Research**. Leicester, Reino Unido: Reunite International Child Abduction Centre, 2009. Disponível em http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Relocation%20Report.pdf. Acesso em 06.08.2018.

FRENCH, Duncan. Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules. **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 55, nº. 2, pp. 281-314, abril 2006.

GARCIA O'HEARN, H.; MARGOLIN, G.; JOHN, R.S. Mothers' and fathers' reports of children's reactions to naturalistic marital conflict. **Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry**, vol. 36, pp. 1366-1373, 1997.

GARDINER, Richard. **International Law**. Harlow: Longman, 2003.

GARDINER, Richard. **Treaty Interpretation**, Oxford: Oxford University Press, 2ª edição, 2015. E-book.

GARNER, Bryan A. (editor). **Black´s Law Dictionary**. Minnesota: Thomson Reuters, 9ª edição, 2009.

GILMORE, Stephen; GLESSON, Lisa. **Haye´s and Williams´ Family Law**. Oxford: Oxford University Press, 5ª edição, 2016.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes. **Revista Brasileira de Filosofia**, vol. 236, ano 60, jan./ jun. 2011. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR

E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx. Acesso em 27.01.2017.

GONENC, Levent; ESEN, Selin. The problem of the application of less protective international agreements in domestic legal systems: article 90 of the Turkish Constitution. **European Journal of Law Reform**, vol. 8, pp. 485-500, 2006.

GONZALEZ, Rosie; CORBIN, Janice. The cycle of violence: domestic violence and its effects on children. **The Scholar**, vol. 13, pp. 405-432, 2010-2011.

GRAMS, Mary. Guardians ad litem and the cycle of domestic violence: how the recommendations turn. **Law and Inequality**, vol. 22, pp. 105-139, 2004.

GREIF, Geoffrey L. The long-term aftermath of child abduction: two case studies and implications for family therapy. **The American Journal of Family Therapy**, vol. 37, pp. 273-286, 2009.

GREIF, Geoffrey L.; HEGAR, Rebecca L. **When Parents Kidnap: the families behind the headlines**. Nova Iorque: Free Press, 1993.

GREENBERG, Judith G. Domestic violence and the danger of joint custody presumptions. **Northern Illinois University Law Review**, vol. 25, pp. 403-431, 2005.

GROFF, Maja. The Hague Conventions: Giving effect to human rights. In: HANDMAKER, Jeff; ARTS, Karin. **Mobilising International Law for Global Justice**. Cambridge: Cambridge Oxford Press, pp. 89-118, 2018.

GROTIUS, Hugo. **De Jure Belli ac Pacis**. Nova Iorque: Oceana, 1964 (republicação).

GUARDIA, Ernesto de La. **Derecho de los tratados internacionales**. Madri: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1997.

HEISE L.; ELLSBERG, M.; E GOTTEMOELLER, M. **Ending violence against women. Population Reports. Population Information Program, Série L, vol. 11**. Baltimore: Johns Hopkins University School of Public Health, dez. 1999.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interna: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, vol. 39, pp. 71-96, 2004.

HENKIN, Louis et al. **International law: cases and materials**. Minnesota: West Publishing, 3ª edição, 1993.

HIGHTOWER, Zadora M. Caught in the middle: the need for uniformity in international child custody dispute cases. **Michigan State International Law Review**, vol. 22, nº 2, pp. 637-667, 2013.

HOLDEN, G. W. Children exposed to domestic violence and child abuse: Terminology and taxonomy. **Clinical Child and Family Psychology Review**, vol. 6, nº 3, pp. 151-160, 2003.

HOSFTETTER. R. La transformation de l'enfant en écolier (19e-20e). Les « eurêkas » des sciences de l'homme naissantes, entre scientisme et romantisme: un « naturalisme » de l'enfance. **International Journal of the History of Education**, vol. 48, nº 1, pp. 31-50, 2012.

IANTORNO, María Soledad Pennise; PANATI, Marcela Virginia. **Procesos de restituición internacional de niños: interés superior del niño en la cooperación internacional**. Buenos Aires: Editorial Hamurabi s.r.l., 2017.

JAYME, Erick. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. **Recueil de Cours de l'Academie de la Haye**, tomo 251, pp. 9-267, 1995.

JAYME, Erick. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). **O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erick Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JOHNSON, H.; OLLUS, N.; NEVALA, S. **Violence against women: an international perspective**. Nova Iorque: Springer, 2008.

JORGE, Mariana Sebalhos. **A residência habitual no Direito Internacional Privado**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

JOURILES, E. N.; NORWOOD, W. D.; McDONALD, R.; VINCENT, J. P; MAHONEY, A. Physical violence and other forms of marital aggression: Links with children's behavior problems. **Journal of Family Psychology**, vol. 10, pp. 223-234, 1996.

JOYCE, H. Mediation and domestic violence: legislative responses. **Journal of the American Academy of Matrimonial Law**, vol. 14, 1997.

KAYE, Miranda. The Hague Convention and the Flight from domestic violence? How women and children are being returned by coach and four. **International Journal of Law, Policy & Family**, vol. 13, pp. 191-212, 1999.

KEAN, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. **The modern Law of Evidence**. Oxford: Oxford University Press, 8ª edição, 2010.

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**, vol. 47, nº 2, pp. 299-310, 2013.

KITZMANN, K.M.; GAYLORD, N.K.; HOLT, A.R.; KENNY, E.D. Child witness to domestic violence: A meta-analytic review. **Journal of Consulting and Clinical Psychology**, vol. 71, nº 2, pp. 339-352, 2003.

KOSKENNIEMI, Martii. **From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument**. Helsinque: Lakimiesliiton Kustannus, 1989.

KOSKENNIEMI, Martii. **Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. ILC Fifty-Eight Session, A/CN.4/L.682**, 2006. Disponível em http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf. Acesso em 27.03.2019.

KRATOCHWIL, Friedrich. Thrasymmachos Revisited: on the relevance of norms and the study of law for international relations. **Journal of International Affairs**, vol. 37, pp. 343-356, 1984.

KRUG, E.G. et al. (editores). **World report on violence and health**. Geneva: Organização Mundial da Saúde, 2002.

KRUGER, Thalia. **International child abduction: the inadequacies of the Law**. Oxford e Portland Oregon: Hart Publishing, 2011.

LAGARDE, Paul. **Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention** Haia: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1998. Disponível em https://assets.hcch.net/docs/5a56242c-ff06-42c4-8cf0-00e48da47ef0.pdf. Acesso em 22.12.2019.

LANSNER, D. The Nicholson Decisions: New York's response to 'failure to protect' allegations. **American Bar Association Commission on Domestic Violence e-Newsletter**, nº 12, 2008. Disponível em http://www.abanet.org/domviol/enewsletter/vol12/expert1.html. Acesso em 12.01.2020.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

LAUTERPATCH, Hersch. De l´interpretation des traités: rapport et projet de résolutions. **Annuaire de l´Institut de Droit International**, vol. 43, 1950.

LEE, L.C.; KOTCH, J.B.; COX, C.E. Child maltreatment in families experiencing domestic violence. **Violence & Victims**, vol. 19, nº 5, pp. 573-591, 2004.

LETO, Marisa. Whose best interests? International child abduction under the Hague Convention. **Chicago Journal of International Law**, vol. 3, nº 1, pp. 247-253, 2002.

LEVIT, Nancy; VERCHICK, Robert R.M. **Feminist legal theory: a primer**. Nova Iorque: New York University Press, 2006.

LITROWINIK, A.J.; NEWTON, R.; HUNTER, W.M.; ENGLISH, D.; EVERSON, M.D. Exposure to family violence in young at-risk children: A longitudinal look at the effects of victimization and witnessed physical and psychological aggression. **Journal of Family Violence**, vol. 18, pp. 59-73, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2013.

LOWE, Nigel V.; DOUGLAS, G. **Bromley´s Family Law**. Oxford: Oxford University Press, 11ª edição 2015.

LUBIN, Barbara E. International parental child abduction: conceptualizing new remedies through application of the Hague Convention. **Washington University Global Studies Law Review**, vol. 4, nº 2, pp. 415-445, 2005.

MADDEN, Molly K. Abbott v. Abbott: Reviving Good Faith and Rejecting Ambiguity in Treaty Jurisprudence. **Maryland Law Review**, vol. 71, nº 2, pp. 575-618, 2012. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/56357498.pdf. Acesso em 16.03.2019.

MANRIQUE, Ricardo C. Pérez. The principle of 'the best interest of the child' in the context of the 1980 Hague Convention: guidelines concerning its interpretation. **International Family Law**, pp. 31 e ss, março/2012.

MANRIQUE, Ricardo C. Pérez. Sustracción internacional de niños y derechos humanos. In: GODÍNEZ, Lázaro Tenorio; RUBAJA, Nieve; CASTRO, Florencia (orgs.). **Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños em Latinoamerica**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2017. E-book.

MARSHALL, Dominique. The Formation of Childhood as an Object of International Relations: the Child Welfare Committee and the Declaration of Children's Rights of the League of Nations. **International Journal of Children's Rights**, vol. 7, nº 2, p. 103-147, 1999.

MARTINS, Natalia Camba. A Suprema Corte dos Estados Unidos e a subtração internacional de crianças: o "direito convencional de guarda". **Publicações da Escola da AGU**, n. 13, pp. 373-406, nov./dez. 2011.

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: Editora CRV, 2013.

MARTINS, Natalia Camba. Sequestro internacional de crianças – Comentários à Convenção da Haia de 1980: artigo 11. In: TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. **Sequestro Internacional de Crianças – Comentários à Convenção da Haia de 1980**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MARTINS, Natalia Camba, 2017. La experiencia de la Autoridad Central brasileña en la implementación del Convenio de la Haya sobre Sustracción Internacional de Niños: principales avances. In: GODÍNEZ, Lázaro Tenorio; RUBAJA, Nieve; CASTRO, Florencia (orgs.). **Cuestiones Complejas en los Procesos de Restitución Internacional de Niños en Latinoamerica**. México: Editora Porrúa, pos. 3352-3674, 2017. E-book.

MARTINS, Natalia Camba. 2018a. O Pioneirismo da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na Proteção à Infância. In: RAMOS, Andre de Carvalho; ARAUJO,

Nadia de (organizadores). **Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, pp. 343-65, 2018.

MARTINS, Natalia Camba, 2018b. Breves considerações sobre a compatibilidade da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes com a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança – o melhor interesse da criança. In: LORENCINI, Bruno César; ARAÚJO JÚNIOR, Edson J.R. de; ANDRÉA, Gianfranco F. M.; GUNDIM, Wagner W. D. (orgs.). **A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil**. São Paulo: Editora LiberArs, pp. 131-46, 2018.

MARTINS, Natalia Camba; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. The "Grave Risk Exception", efficiency and the Hague Convention on Child Abduction: A Law and Economics approach. **Revista Opinião Jurídica**, ano 17, n. 24, p.177-203, jan./abr. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. **Revista de informação legislativa**, vol. 32, nº 126, p. 115-128, abr./jun. 1995. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176328. Acesso em 18.11.2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2ª tiragem, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Privado: curso elementar**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. The pro homine principle as a fundamental aspect of International Human Rights Law. **Journal of Global Studies**, vol. 17, nº 1, pp. 1-9, jan./ fev. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **The Law of Treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna Convention and beyond**. Tradução Diego Luis Alonso. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

McCORKER, Jill; SCHMITT, Frederika E.; HANS, Valerie P. Gender, Law and Justice. In: SANDERS, Joseph; HAMILTON, V. Lee (editores). **Handbook of justice research in law**. Nova Iorque: Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2000.

McGUIGAN, W. M.; PRATT, C. C. The predictive impact of domestic violence on three types of child maltreatment. **Child Abuse & Neglect**, vol. 25, nº 7, pp. 869-883, 2001.

MERA, Manuel Eduardo Góngora. **Inter-American Judicial Constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and Inter-American Adjudication**. São José, Costa Rica: IIDH, 2011.

MERON, Theodor. **Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1989.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Versão "on-line". Disponível em https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/. Acesso em 18.11.2019.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 443-467, 2009.

McCLEAN, John David. The Contribution of the Hague Conference to the development of Private International Law in Common Law Countries. **Recueil de Cours de l´Academie de la Haye**, tomo 233, vol. II, pp. 267-304, 1992.

McLACHLAN, Campbell. The principle of systemic integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention. **International & Comparative Law Quarterly**, vol. 54, nº 2, pp. 279-320, abril 2005.

McNAIR, Lord. **The Law of Treaties**. Oxford: Oxford University Press, 1961.

MORTENSON, Julian Davis. The travaux of travaux: is the Vienna Convention hostile to drafting history?. **American Journal of International Law**, vol. 107, nº 4, pp. 780-822, out. 2013.

NORIS, Catherine. Immigration and abduction: the relevance of U.S. Immigration Status to defenses under the Hague Convention on International Child Abduction. **California Law Review**, vol. 98, pp. 159-196, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas e Estatutos da Corte Internacional de Justiça**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/387352/PORTUGUESE-1958.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 19.09.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. 13ª Session. General recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 1994. Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/A_49_38(SUPP)_4733_E.pdf. Acesso em 29.07.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 1996. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/105/09/PDF/G9610509.pdf?OpenElement. Acesso em 14.10.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução da Assembleia Geral A/RES/58/147**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2004. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/503/40/PDF/N0350340.pdf?OpenElement. Acesso em 29.07.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the independent expert for the United Nations study on violence against children**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2006a. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/491/05/PDF/N0649105.pdf?OpenElement. Acesso em 20.01.2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **In-depth study on all forms of violence against women: Report of the Secretary-General**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2006b. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/419/74/PDF/N0641974.pdf?OpenElement. Acesso em 14.10.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Handbook on Effective Police Responses to Violence Against Women**. Viena: Organização das Nações Unidas, 2010. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Handbook_on_Effective_police_responses_to_violence_against_women_English.pdf. Acesso em 27.07.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral nº 13 do Comitê sobre os Direitos da Criança**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2011a. Disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f13&Lang=en. Acesso em 04.08.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2011b. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/439/45/PDF/N1143945.pdf?OpenElement. Acesso em 14.10.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Relatório Anual do Relator Especial para Mulheres, do ano de 2017**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2017. Disponível em https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/162/08/PDF/G1716208.pdf?OpenElement Acesso em 14.10.2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority (WHO/EHA/SPI.POA.2)**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 1996.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Putting women first: Ethical and safety recommendations for research on domestic violence against women**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2001. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/65893/WHO_FCH_GWH_01.1.pdf;jsessionid=1910D9764568BA18EA006D4442B3C987?sequence=1. Acesso em 09.10.2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. : **WHO multi-country study on women's health and domestic violence against women: summary Report - initial results on prevalence,**

health outcomes and women's responses. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2005a. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43310/9241593512_eng.pdf?sequence=1. Acesso em 09.10.2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women: Initial results on prevalence, health outcomes and women's responses**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2005b. Disponível em http://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/24159358X/en/. Acesso em 29.07.2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; LONDON SCHOOL OF HYGENE AND TROPICAL MEDICINE. **Preventing intimate partner and sexual violence against women: taking action and generating evidence**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2010. Disponível em https://www.who.int/violence_injury_prevention/publications/violence/9789241564007_eng.pdf. Acesso em 13.10.2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Responding to intimate partner violence and sexual violence against women - WHO clinical and policy guidelines**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2013. Disponível em https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/9789241548595/en/. Acesso em 03.11.2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Ethical and safety recommendations for intervention research on violence against women. Building on lessons from the WHO publication Putting women first: ethical and safety recommendations for research on domestic violence against women**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2016. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/251759/9789241510189-eng.pdf?sequence=1. Acesso em 13.10.2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Strengthening health systems to respond to women subjected to intimate partner violence or sexual violence: a manual for health managers**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2017. Disponível em

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259489/9789241513005-eng.pdf?sequence=1. Acesso em 13.10.2019.

OSATTIN, A.; SHORT, L. **Intimate partner violence and sexual assault: A guide to training materials and programs for health care providers**. Atlanta: Centers for Disease Control, National Center for Injury Prevention and Control, 1998.

PELED, E. The experience of living with violence for preadolescent witnesses of woman abuse. **Youth & Society**, vol. 29, pp. 395-430, 1998.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente. Uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2008.

PÉREZ-VERA, Eliza. **Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention**. Haia, Holanda: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982. Disponível em https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf. Acesso em 20.07.2018.

PINTO, Mônica. El principio "pro homine". **Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Centro de Estudio Legales y Sociales**. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 9ª edição, revista, ampliada e atualizada, 2008.

PIOVESAN, Flavia. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 123-45, 2009.

PITMAN, Elizabeth. Making the interests of the child paramount: representation for children in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, vol. 17, pp. 517-544, 2009.

POSNER, Richard. A. **Economic analysis of law**. Nova Iorque: Aspen Publishers, 7ª edição, 2007.

PREZEKOP, Mary. One more battleground: domestic violence, child custody, and the batterers´ relentless pursuit of their victims through the courts. **Seattle Journal for Social Justice**, vol. 9, nº 2, pp. 1053-1106, 2011.

PUREZA, José Manuel. Ordem jurídica, desordem mundial. Um contributo para o estudo do Direito Internacional. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [online], vol. 64, pp. 3-40, 2002. Disponível em http://journals.openedition.org/rccs/1218; DOI: 10.4000/rccs.1218. Acesso em 05.10.2019.

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, pp. 621-643, 2014.

QUIRK, Lord (Chair). **Longman Dictionary of Contemporary English**. Harlow Essex, Inglaterra: Longman Dictionaries, 1995.

QUOC DIHN, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo***,* vol. 104, pp. 241-286, jan./dez. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 2018.

RAMOS, Maira Beatriz Bravo. **Violência doméstica e a Convenção da Haia de 1980 sobre subtração internacional de menores: exceção à regra geral do regresso imediato do menor**. Trabalho de conclusão do curso de Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2015, 85p.

REDDAWAY, Jude; KEATING, Heather. Child Abduction: would protecting vulnerable children drive a coach and four through the principles of the Hague Convention? **The International Journal of Children´s Rights**, vol. 5, pp. 77-96, 1997.

REZEK, José. Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 9ª edição, revista, 2002.

REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE. **The outcomes for children returned following an abduction**. Londres: Reunite International Child Abduction Centre, 2003. Disponível em http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Outcomes%20Report.pdf. Acesso em 06.08.2018.

REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE. **Report of October 2006 on mediation in international parental child abduction – the Reunite Mediation Pilot Scheme**. Londres: Reunite International Child Abduction Centre, 2006. Disponível em http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf. Acesso em 10.01.2020.

RIVERO, Oscar Gregorio Cervera. La prueba en los procesos de restitución internacional de niños. In: GODÍNEZ, Lázaro Tenorio; RUBAJA, Nieve; CASTRO, Florencia (orgs.). **Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños em Latinoamerica**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2017. E-book.

RODRIGUES, Luís Barbosa. **A interpretação dos tratados internacionais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2ª edição (revisada), 2002.

ROUSSEL, L.; COMMAILLE, Jacques; KELLERHALLS, J. e PERRIN, J. F. **Le divorce en Europe occidentale: la loi et le nombre**. Genebra e Paris: GIRD-CETEL-INED, 1983.

ROSSMAN, B.B.R. Descarte's Error and Posttraumatic Stress Disorder: Cognition and Emotion in Children Who are Exposed to Parental Violence. In: HOLDEN, G.W; GEFNER, R.; JOURILES, E.N. (editores), **Children Exposed to Marital Violence: Theory, Research, and Applied Issues**. Washington: American Psychological Association, pp. 223-256, 1998.

SAGATUN, I.J.; BARRET, L. Parental child abduction. The law, family dynamics, and legal system responses. **Journal of Criminal Justice**, vol. 18, pp. 443-442, 1990.

SALTZMAN, L.; FANSLOW, J. L.; McMAHON, P. M.; SHELLEY, G. A. **Intimate partner violence surveillance: uniform definitions and recommended data elements, version 1.0**. Atlanta: Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Injury Prevention and Control, 2002.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses**

privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 23-118, 2010.

SCOTT, Alisson. From a State centred approach to transnational openness: adapting the Hague Convention with contemporary human rights standards as codified in the Convention on the Rights of the Child. **Indiana Global Journal of Legal Studies**, vol. 11, nº 2, pp. 233-256, 2004.

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

SHAW, Malcolm. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 7ª edição, 2014.

SHELTON, Dinah. Reconcilable differences - the interpretation of multilingual treaties. **Hastings International and Comparative Law Review**, vol. 20, pp. 611 e ss, 1996-1997.

SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and children´s rights. **Transnational Law & Contemporary Problems**, vol. 12, pp. 393-452, 2002.

SCHUZ, Rhona. The relevance of Religious Law and cultural considerations in international child abduction disputes. **Journal of Law & Family Studies**, vol. 12, pp. 453-497, 2010.

SCHUZ, Ronda. **The Hague Child Abduction Convention: a critical analysis**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2013.

SCHUZ, Rhona. Disparity and the quest for uniformity in implementing the Hague Abduction Convention. **Journal of Comparative Law**, vol. 9, nº 1, pp. 3-48, 2014.

SILBERMAN, Linda. The Hague Child Abduction Convention turns twenty: gender politics and other issues. **New York University Journal of International Law and Politics**, vol. 33, pp. 221-250, 2001.

SILBERMAN, Linda. Patching up the Abduction Convention: a call for a new international protocol and a suggestion for amendments to ICARA. **Texas International Law Journal**, vol. 38, pp. 41-61, 2003.

SILBERMAN, Linda. Interpreting the Hague Abduction convention: In Search of a Global Jurisprudence. International Law and Justice Working Paper 2005/5. **New York University School of Law**, 2005. Disponível em http: http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Silberman-Interpreting-the-Hague-Abduction-Convention-2005.pdf. Acesso em 06.01.2020.

SILBERMAN, Linda. Cooperative efforts in Private International Law on behalf of children: the Hague Children's Conventions. **Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de La Haye**, tomo 323, pp. 265-477, 2006.

SINCLAIR, Ian. **The Vienna Convention on the Law of Treaties**. Manchester: Manchester University Press, 2ª edição, 1984.

SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças – alguns aspectos. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (coords.). **Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, vol. I**. Lisboa: Almedina, pp. 443-556, 2005.

SKOPP, N. A.; McDONALD, R.; JOURILES, E. N.; ROSENFIELD, D. Partner aggression and children's externalizing problems: maternal and partner warmth as protective factors. **Journal of Family Psychology**, vol. 21, nº 3, pp. 459-467, 2007.

SMART, Carol. **Feminism and the power of Law**. Londres: Routledge, 1989.

SMART, Carol. **Law, Crime and Sexuality**. Essays in Feminism. Londres: Sage, 1999.

SMART, Carol. La teoria feminista y el discurso juridico. In: BIRGIN, Haydée (org.). **El derecho en el género y el género en el derecho**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.

SOUSA, Luis Filipe Pires de. **O "standard" de prova no processo civil e no processo penal** (antecipando o livro Prova por Presunção no Direito Civil. Lisboa: Editora Almedina, 3ª edição, ver. e amp., no prelo). Disponível em http://www.trl.mj.pt/PDF/O%20standard%20de%20prova%202017.pdf. Acesso em 23.07.2018.

STEEGH, N. Family Court reform and ADR: shifting values and expectations transform the divorce process. **Family Law Quarterly**, vol. 42, pp. 659e ss, 2008-2009.

STEINER, Henry; ALSTON, Philip. **International human rights in context: law, politics and morals**. Oxford-Nova Iorque: Oxford University Press, 2ª edição, 2000.

STHOEGER, Eran. International child abduction and children´s rights: two means to the same end. **Michigan Journal of International Law**, vol. 32, pp. 511-552, 2011.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. São Paulo: LTr, 5ª edição, 2003.

STURLÈSE, Bruno. Soustraction Internationale de Mineurs et le Droit Conventionnel de l´Entraide Judiciare Civile. **Juris Classeur de Droit International**, vol. 8, fascículo 549. Editions Tecniques, 1994.

THÈRY, Irene. 'The interest of the child' and the regulation of the post-divorce family. In: SMART, Carol; SEVENHUIJSEN, Selma (editoras). **Child Custody and the Politics of Gender**. Londres e Nova Iorque: Routledge pp. 78-99, 1989.

SUY, Eric. Le préambule. In: YAKPO, Emile; BOUMEDRA, Tahar (editores). **Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui**. Haia: Kluwer, pp. 253 e ss, 1999.

TRIMMINGS, Katarina. **Child abduction within the European Union**. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013. E-book.

TURNER, H. A.; FINKELHOR, D.; ORMROD, R. The effect of lifetime victimization on the mental health of children and adolescents. **Social science & medicine**, vol. 62, nº 1, pp. 13-27, 2006.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 2009.

VARELLA. Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade**. Tese (Livre Docência em Direito Internacional). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2012, 606 pp.

VATTEL, Emer de. **The Law of Nations, or, principles of the Law of Nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns, with three early essays on the origin and nature of Natural Law and on luxury**. Editado e com introdução de Béla Kapossy e Richard Whitmore. Indianapolis: Liberty Fund, 2008. Disponível em https://oll.libertyfund.org/titles/2246. Acesso em 19.03.2019.

VERGUEIRO, Luiz Fabricio Thaumaturgo. **Cooperação Jurídica Internacional Vertical Civil e Criminal**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

VIGERS, Sarah. **Mediating international child abduction cases: the Hague Convention**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2011.

WALDOCK, Humphrey. **Third report on the law of treaties. Yearbook of the International Law Commission, vol. II**, 1964. Disponível em http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_167.pdf . Acesso em 15.03.2019.

WALDOCK, Humphrey. **Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly. Yearbook of the ILC, vol. II**, 1966. Disponível em http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf. Acesso em 15.03.2019.

WALKER, Leonore E. A. **The Battered Woman**. Nova Iorque: Harper & Row, 1ª edição, 1979.

WALKER Leonore E. A. **The Battered Woman Syndrome**. Nova Iorque: Spring Publishing Company, 4ª edição, 2017.

WALSH, Michael R.; SAVARD, Susan. International child abduction and the Hague Convention. **Barry Law Review**, vol. 6, pp. 29-59, 2009.

WEINER, Merle H. International child abduction and the scape of domestic violence. **Fordham Law Review**, vol. 69, pp. 593-706, 2000.

WEINER, Merle H. The potential challenges of transnational litigation for feminists concerned about domestic violence here and abroad. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, vol. 11, pp. 749-800, 2003.

WEINER, Merle H. Intolerable situations and counsel for children: following Swtizerland´s example in Hague abduction cases. **American University Law Review**, vol. 58, pp. 335-403, 2008a.

WEINER, Merle H. Codification, cooperation, and concern for children: the internationalization of Family Law in the United states over de last fifty years. **Family Law Quarterly**, vol. 42, nº 3, pp. 619-658, 2008b.

WILLS, Melissa S. Interpreting the Hague Convention on International Child Abduction: Why American Courts Need to Reconcile the Rights of Non-Custodial Parents, the Best Interest of Abducted Children and the Underlying Objectives of the Hague Convention. **The Review of Litigation**, vol. 25, nº 2, pp. 424-458, 2006.

WOOD, Michael C. Security Council working methods and procedure: recent developments. **International & Comparative Law Quarterly**, vol. 45, nº 1, pp. 150-161, jan. 1996.

WOOD, Michael C. The interpretation of Security Council Resolutions. **Max Plank Yearbook of United Nations Law**, vol. 2, pp. 73-95, 1998. Disponível em http://www.mpil.de/files/pdf2/mpunyb_wood_2.pdf. Acesso em 15.03.2019.

YASSEEN, Mustafa Kamil. L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, tomo 151, vol. III, pp. 1-116, 1976.

ZYLBERSZTAJN, Joana. Direito Internacional dos Direitos Humanos: Proteção às mulheres no STF. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 413-442, 2009.