



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Faculdade de Direito**

**Curso de Graduação em Direito**

**MATHEUS FILIPE ANDRADE MENDES**

**SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CRIANÇAS:  
O RISCO DO RETORNO EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Brasília

2018



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Faculdade de Direito**

**Curso de Graduação em Direito**

**MATHEUS FILIPE ANDRADE MENDES**

**SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CRIANÇAS:**

**O RISCO DO RETORNO EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Prof.<sup>a</sup> Dra. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias.

Brasília

2018

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**Faculdade de Direito**  
**Curso de Graduação em Direito**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Matheus Filipe Andrade Mendes

**BANCA EXAMINADORA**

---

*Inez Lopes Matos Carneiro de Farias,*

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

**Professora Orientadora**

---

*Janny Carrasco Medina,*

Doutoranda em Direito na Universidade de Brasília

**Membro da Banca Examinadora**

---

*Thássila Rocha Uatanabe*

Mestranda em Direito na Universidade de Brasília

**Membro da Banca Examinadora**

Brasília, 04 de Dezembro de 2018.

*Às flores do cerrado,  
que resistem*

## AGRADECIMENTOS

Escrever este trabalho de conclusão de curso foi o maior desafio da minha formação acadêmica até o momento, e encará-lo seria impossível senão pela infinita ajuda que recebi durante minha graduação.

Agradeço à minha mãe e ao meu pai, maiores responsáveis por todas as minhas conquistas. Agradeço por todo amor, toda a força e toda a compreensão; por toda confiança depositada e por sempre me incentivarem a estudar e seguir em frente. Agradeço à minha irmã, por ser minha melhor amiga e maior apoiadora.

Agradeço à professora Inez, que aceitou minha proposta de orientação, por toda paciência e generosidade, por todas as recomendações e referências sem as quais seria impossível concluir esse trabalho, e por desempenhar sua função de docente e jurista de forma exemplar. Também às queridas Janny Medina e Thássila Uatanabe, importantes pesquisadoras de nossa faculdade que prontamente se dispuseram a compor a banca avaliadora do presente trabalho.

Agradeço também às professoras Loussia Felix, Ana Cláudia Farranha e Beatriz Vargas, que me marcaram em diferentes momentos do curso de Direito, cooperando incalculavelmente para a minha formação e me apresentando diferentes perspectivas da área jurídica.

Por fim, gostaria de agradecer aos amigos que fiz na faculdade, aqueles que conheci no curso e aos de longa data; ao “Verescoito”, grupo de grandes amigos que me acompanharam desde o início do curso, pelo companheirismo e apoio; à Bia, pela estimada amizade; à Seoul, meu segundo lar, cidade que me acolheu e abriu os meus olhos para diferentes realidades; àqueles que me acompanharam em minhas experiências de simulações das Nações Unidas, atividades das quais participo desde 2012 e que me apresentaram ao direito internacional privado e; à negritude da Universidade de Brasília, que apesar de todas as adversidades e de todo preconceito, ocupa, colore e inspira a nossa faculdade. *Ubuntu*.

MENDES, Matheus. **Sequestro interpaparental de crianças: o risco de retorno em caso de violência doméstica**. Monografia (Graduação em Direito), Universidade de Brasília: UnB, 2018.

### RESUMO

Este trabalho analisa a exceção à restituição da criança em casos de violência doméstica, por constatação de grave risco, baseada no Artigo 13(1)(b) da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. O combate ao sequestro interpaparental de crianças fomentou o estabelecimento da Convenção da Haia, que tem como ideia central o melhor interesse da criança, princípio que integra a Doutrina da Proteção Integral, atual paradigma do Direito da Criança e do Adolescente e da compreensão da infância a nível mundial. A Convenção estabelece um mecanismo de retorno simplificado em casos de sequestro interpaparental. Partindo do pressuposto de que o mecanismo adotado nem sempre cumpre o princípio fundamental do tratado, de garantir o interesse maior do menor, será sustentada uma visão favorável às cláusulas de exceção ao retorno da criança, notadamente em casos em que o menor é testemunha de violência doméstica *inter adultos*.

**Palavras-chave:** Sequestro interpaparental de crianças; Convenção da Haia; melhor interesse da criança; violência doméstica.

MENDES, Matheus. **International parental child abduction: the risk of summary return in cases of domestic violence**. Monography (Law Degree), Universidade de Brasília: UnB, 2018.

### **ABSTRACT**

This work examines the exception to the required return of the child in cases of domestic violence, based on the Article 13(1)(b) “Grave Risk” exception of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. The fight against child abduction fostered the establishment of the Hague Convention, which has as its central idea the best interest of the child, a principle that integrates the Doctrine of Integral Protection, which is the current paradigm of childhood researches and Child Law studies worldwide. The Convention establishes a summary return mechanism in cases of interparental abduction. Assuming that the mechanism adopted does not always comply with the treaty’s fundamental principle of guaranteeing the child's greater interest, this work will argue about the importance of clauses excepting the return of the child, especially in cases where the minor is a witness of domestic violence between adults.

**Keywords:** Parental abduction; Hague Convention; best interests of the child; domestic violence.

## **LISTA DE TABELAS**

**Tabela 1** – Determinação de Grave Risco e Presença de Fatores em Casos Publicados



## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>CCAICA</b>	Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças
<b>CDC</b>	Convenção sobre os Direitos da Criança
<b>CDH</b>	Conselho de Direitos Humanos
<b>CEDAW</b>	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher
<b>DUDC</b>	Declaração Universal dos Direitos das Crianças
<b>HCCH</b>	Conferência da Haia de Direito Internacional Privado
<b>ONU</b>	Organização das Nações Unidas
<b>TEPT</b>	Transtorno de Estresse Pós-Traumático

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I: ANÁLISE CRÍTICA DAS RELAÇÕES FAMILIARES</b> .....	13
1.1 O CONCEITO DE PATRIARCADO E SUA APLICABILIDADE.....	15
1.2 A CRIANÇA E O PATRIARCADO.....	18
<b>CAPÍTULO II: O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA</b> .....	21
2.1. ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	21
2.2. PARADIGMA ATUAL: A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	22
2.3 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DIREITO DE SER OUVIDO.....	25
<b>CAPÍTULO III: O SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CRIANÇAS</b> .....	27
3.1 HISTÓRICO E CONCEITO.....	27
3.2 A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980.....	29
3.2.1. <i>Aspectos Normativos</i> .....	31
<b>CAPÍTULO IV: CAUSAS DE EXCEÇÃO À RESTITUIÇÃO DA CRIANÇA</b> .....	33
4.1 FIXAÇÃO DO PRAZO OU TEMPO-LIMITE DE UM ANO.....	33
4.2 NÃO-EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE GUARDA, CONSENTIMENTO E CONCORDÂNCIA POSTERIOR.....	34
4.3 VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO.....	35
4.4 OPINIÃO DA CRIANÇA.....	36
4.5 GRAVE RISCO À CRIANÇA.....	36
4.6 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO CAUSA DE EXCEÇÃO.....	37
4.6.1 <i>A exposição à violência doméstica e os danos à criança</i> .....	39
4.7 ANÁLISE DE CASOS.....	40
4.7.1 <i>Re W (A Child) [2004] EWCA Civ 1366</i> .....	40
4.7.2 <i>Interpretação do Artigo 13(1)(b) por cortes americanas</i> .....	41
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	44
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	46

## INTRODUÇÃO

O final da década de 1970 foi um período de rompimento das tradições e da estrutura familiar ao redor do mundo. Alguns fenômenos – o aumento do número de casamentos e divórcios entre pessoas de diferentes nacionalidades, a explosão do turismo internacional, o estabelecimento de uma economia global, a criação de grandes blocos que confrontaram as fronteiras nacionais e o aumento da emissão de passaporte e do fenômeno da múltipla cidadania – antes restritos a poucos países que mantinham relações jurídicas de caráter privado, ganharam uma faceta internacional muito mais perceptível e alcançaram nações do mundo todo.

Com o desenvolvimento de tais relações jurídicas internacionais, alguns problemas vieram à tona, entre eles o sequestro interparental internacional de crianças, conceituado como a tomada, retenção ou ocultação e estabelecimento em país estrangeiro de uma criança por um dos pais, outro membro da família ou alguém agindo em sua vontade, em detrimento dos direitos de custódia, incluindo os direitos de visita, de outro progenitor<sup>1</sup> ou membro da família.

As discussões sobre o sequestro interparental de crianças resultaram no estabelecimento, em 1980, da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, no âmbito da Conferência da Haia. A Convenção optou pela criação de um rito de retorno imediato da criança ao *status quo* imediatamente anterior à sua retenção ilícita como resolução ao problema em questão.

O caminho selecionado pela Conferência da Haia para a resolução do problema se insere em um contexto específico a época – no período pós-guerra, houve uma condenação universal à privação da liberdade de seres humanos em prol da materialização dos direitos de outros. Soma-se a isso o “estereótipo do pai abductor” – considerável parte dos casos de sequestro interparental eram perpetrados por homens, uma vez que as decisões sobre custódia privilegiam mães na busca pela guarda do filho, e a remoção ilícita nesses casos tinha como objetivo a materialização dos direitos do/a pai/mãe através da tomada da criança.

Diante desse contexto, a opção pelo retorno imediato era infalível. No entanto, com o passar do tempo, a eficácia da Convenção se mostrou limitada. Se denuncia, por exemplo, o descompasso existente entre o retorno da criança e o princípio do melhor interesse em

---

<sup>1</sup> Os termos genitor, progenitor e pais serão utilizados na presente análise sem distinção conceitual, objetivando caracterizar as pessoas que possuem o direito de guarda sobre as crianças (pais biológicos, pais adotivos, guardiões legais, avós, etc.)

determinados casos. Além disso, a compreensão do homem como abductor veio a se mostrar fabulosa: Estima-se que aproximadamente dois terços dos casos assistidos pela Convenção possuem uma “mãe sequestradora” e que em grande parte dos casos ocorre alegação ou evidência de violência doméstica.

Apesar das críticas, a própria Convenção reconhece em seu conteúdo legal casos em que a restituição da criança não é do melhor interesse desta ou dos estados envolvidos no litígio – são as denominadas cláusulas de exceção à restituição da criança. Este trabalho se propõe a evidenciar um caso que não recebe abordagem direta pela Convenção – quando a mãe abductora age com o objetivo de fugir da violência doméstica.

Através de uma abordagem hipotético-dedutiva, será testado sob o crivo da falseabilidade o argumento de que “os casos de violência doméstica assistidos pela Convenção da Haia devem se inserir no rol das cláusulas de exceção”. Além disso, utiliza-se a revisão de bibliografia com o objetivo de compreender conceitos relevantes à pesquisa, como família, patriarcado, adultismo, sequestro interparental, entre outros. Paralelamente, será utilizado o método de revisão histórica visando contextualizar os objetos de estudo.

O trabalho se divide em quatro capítulos. No Capítulo I, será analisada em perspectiva histórica o desenvolvimento da família como instituição social comum a todos os períodos de desenvolvimento da sociedade. A análise será reorientada de uma perspectiva histórica para uma perspectiva teórica a partir do estabelecimento do poder marital. Será analisado, então o conceito de patriarcado e a sua aplicabilidade. Por fim, utilizando uma visão de patriarcado baseada na interseccionalidade, será investigado o sensível papel da criança no âmbito da família e as formas de submissão a qual ela se submete.

No Capítulo II, será explorada a evolução dos direitos das crianças e da assimilação socio jurídica dos menores, que, após constantes modificações, hoje se baseia em dois pilares: a afirmação da criança e do adolescente como sujeitos de direito e o reconhecimento de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O paradigma atual da Doutrina da Proteção Integral tem como um de seus princípios o Melhor Interesse da Criança, conceito que passou a ser levado em conta no estabelecimento de direitos e garantias às crianças.

O Capítulo III observará a problemática do sequestro interparental de crianças, sua definição e histórico, e o estabelecimento da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

Finalmente, no Capítulo IV, serão feitas considerações sobre a aplicação do Princípio do Melhor Interesse nos casos de sequestro interparental de crianças, mais especificamente no que concerne à compatibilidade da aplicação da cláusula de exceção – Artigo 13(1)(b) – com o Princípio supracitado em casos de violência doméstica. O objetivo é analisar a decisão de não ordenar o retorno da criança sequestrada em caso de exposição à violência doméstica (caso em que a criança testemunha a violência entre adultos) e sua compatibilidade com o princípio do Melhor Interesse.

## CAPÍTULO I: ANÁLISE CRÍTICA DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A família sempre existiu, apresentando-se como uma instituição basilar, interligada à história da humanidade e mutável na mesma proporção em que se alteram as instituições e as dinâmicas sociais ao longo do tempo.

A perpetuação de tal instituição está muito mais conectada a sua relação com a sociedade do que com a suposta química biológica que une os pares de seres vivos, sendo incorreto conceituar a família como um fenômeno natural, que estaria acima da sociedade e antes das leis dos homens, e não um fenômeno social cuja estruturação se dá por meio do direito (DIAS, 2016).

De fato, a família é uma instituição social que, para cada sociedade, coexistente no tempo ou não, possui um ou mais significados distintos e em constante mudança. Um claro exemplo de tal mutação está acontecendo nos dias atuais, onde a família é comumente definida apenas como uma convivência mútua de indivíduos que estabelecem laços emocionais e que cooperam mutuamente para o desenvolvimento psíquico de cada um de seus membros (POLI; POLI, 2013).

A ideia de família baseada na possibilidade de procriação e assistência à prole está ultrapassada. A família que se busca promover é aquela comprometida com uma união estável, voluntária e de cooperativismo, que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, enfim, um organismo solidário. (POLI; POLI, 2013, p. 167).

Essa nova instituição familiar, comumente designada como “família socioafetiva”, simboliza um moroso mas significativo processo de afastamento entre as regras e estruturas tradicionais e o plano fático. A abordagem afetiva da instituição familiar só foi possível graças a esse distanciamento (LEANDRO, 2018).

No plano jurídico, o reconhecimento do divórcio, a diminuição da desigualdade de direitos entre os cônjuges, o reconhecimento da união estável e da união homoafetiva, entre outras transformações, impactaram as sociedades modernas e transgrediram antigas regras, forçando um debate a âmbito mundial.

Analisando as transformações e mutações familiares ao longo dos anos, é perceptível que tal instituição nem sempre esteve relacionada a laços de afetividade. Talvez as estruturas familiares conhecidas estejam muito mais relacionadas a uma relação social de poder – na qual

foi estruturada a família ocidental em todas as épocas e civilizações – do que a uma relação afetiva (BELLUSCIO, 1996).

Evidencia-se aqui as duas principais formas de reprodução das relações de poder dentro da família – o poder de família e o poder marital.

O poder de família apresenta-se historicamente como força estruturante e necessária para o estabelecimento das primeiras relações familiares. Muito antes do que o estabelecimento de qualquer relação afetiva, a palavra família (do latim, *famulus*) significava “servidor” e caracterizava o conjunto de indivíduos (escravos, servos, mulheres, filhos) e bens patrimoniais pertencente a um só senhor – o *paterfamilias* – em uma relação de hierarquia (LEANDRO, 2006).

Nas palavras do jurista romano Ulpiano, “*jure próprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura, aut jure subjectae*” (ARRUDA, 1909, p. 153). A família é um grupo de pessoas que se sujeitam, pela natureza ou pelo direito, ao poder de um indivíduo.

Essa “grande família”, como define Belluscio (1996), é um agrupamento econômico e social que surge com o aparecimento do Estado. Ela representava uma forma de manutenção do poder dos clãs, de seus servos e de seus bens, diante da força estatal, que agora passava a deter o poder político.

Designa-se, assim, por família os escravos do mesmo patrão, os serviçais, a fortuna herdada e o grupo doméstico, ou seja, um grande número de pessoas sujeitas, quer por direito, quer pela natureza ao poder de um só homem. Este conjunto de pessoas abarca o pai de família, a mãe, os filhos os netos, os escravos e os serviçais. O pai de família exerce o comando da casa: é, precisamente por isso, que é designado de *paterfamilias*. (LEANDRO, 2018, p. 59).

O poder marital, por sua vez, surge com a instituição estatal do casamento como regra de conduta para a família. O enlace matrimonial fazia parte da filosofia cristã desde sua origem. *Proles, fides, sacramentum*: o casamento era responsável pela reprodução, pela fidelidade e pela manutenção da uma união insolúvel – o sacramento – se igualando a “união indestrutível entre Cristo e a sua Igreja” (SOUSA, 2004).

Do ponto de vista econômico, o casamento era comparado a um negócio para manutenção e ampliação do poderio das grandes famílias. As mulheres, antes vistas como submissas apenas ao *paterfamilias*, passavam a ser, alegoricamente, propriedade transferível. Transferia-se, pelo matrimônio, não só a “posse” da mulher, que se submetia ao poder de uma

nova família, como também a responsabilidade jurídica, pois, uma vez incapaz, seus direitos eram tutelados pelo marido (SOUSA, 2004).

Além do direito de representar a sua pupila em tribunal, o tutor possuía também o direito de dispor e de usufruir da fortuna desta, o direito de a castigar – que em casos extremos podia incluir a morte –, o direito de a dar em casamento, como entendesse, e mesmo o direito de a vender. (SOUSA apud OPTIZ, 1993, p. 356).

A instituição matrimonial surge como forma de submissão da família ao Estado. Uma instituição que em seus tempos exordiais dispunha de um grande poderio político agora passa a ser regida por leis e tradições transmitidas por uma representação estatal.

Convém, no entanto, analisar tal submissão ao poder estatal. Sua origem, para os teóricos do contrato social, decorre de um contrato original, que substitui a liberdade natural dos homens pela liberdade civil, que é garantida pelo Estado. Esse contrato original não é universal: Pateman (1993) nos lembra que todos os teóricos clássicos – com exceção de Hobbes – reconhecem que as mulheres não possuem a liberdade individual necessária para participar do contrato original.

No entanto, a autora aponta que, apesar de confirmar a ideia de que as mulheres não possuem naturalmente as liberdades de um indivíduo, os teóricos clássicos não explicam a necessidade da existência do casamento – ora, como seres incapacitados de fazer contratos podem participar do contrato matrimonial?

Para Pateman (1993), em determinado momento da história primitiva, o direito materno imperava. Isso se dava pois, devido a livre prática de relações sexuais, havia uma grande dificuldade de visualização da linhagem paterna, sendo os descendentes reconhecidos apenas por suas mães. Tal reconhecimento da maternidade não impedia o exercício do poder familiar pelo *paterfamilias*, uma vez que este era detentor de todos os membros do grupo, não apenas de seus filhos.

Na Idade Média, esse cenário mudou – a criação do Estado afastou o poder do pai, que precisava ser resgatado. Nessa perspectiva, o casamento surgiu como reconhecimento do poder patriarcal através da paternidade.

## 1.1 O CONCEITO DE PATRIARCADO E SUA APLICABILIDADE



A partir do estabelecimento do poder marital como forma de reafirmação da dominância masculina, nossa análise se reorienta de uma perspectiva histórica para uma percepção teórica da dominância da figura paterna na sociedade. O objetivo desse tópico é analisar a evolução do pensamento feminista, da bipolarização do patriarcado a uma conceituação interseccional, que abrange diversas formas de subordinação e desvantagens dentro da família, incluindo as desigualdades toleradas pelas crianças.

O termo patriarcado é um dos termos mais essenciais para a compreensão do pensamento feminista. O termo possui uma força política e teórica muito grande, permanecendo debates sobre sua definição e aplicação até os dias atuais (BARRETT, 1980).

Michèle Barrett (1980) menciona o entendimento do termo em questão na obra de Max Weber (1999), que o utilizou para descrever uma forma particular de organização familiar em que o pai domina os outros membros de uma rede de parentesco estendida, controlando a produção econômica deste mesmo lar.

A ideia de Weber de um patriarcado centrado não apenas na dominância do homem em relação à mulher, mas na figura de autoridade masculina dentro da organização familiar permite evidenciar a natureza das relações modernas da criança dentro da família (HOOD-WILLIAMS, 1990). Para o autor:

Patriarchalism is by far the most important type of domination the legitimacy of which rests upon tradition. Patriarchalism means the authority of the father, the husband, the senior of the house, the sib elder over the members of the household and sib; the rule of the master and patron over bondsmen, serfs, freed men; of the lord over the domestic servants and household officials' of the prince over house – and court – officials, nobles of office, clients, vassals; of the patrimonial lord and sovereign prince (Landesvaier) over the 'subjects'. (GERTH; MILLS, 1958, p. 296).

Existe, na exploração do conceito de autoridade patriarcal de Weber (1999), uma abordagem não só da relação marido/esposa<sup>2</sup>, mas também da relação entre pais e filhos e outras dualidades – que se evidencia por seu foco na autoridade como forma de dominação na vida social em todas as esferas de relações sociais.

---

<sup>2</sup> Ao estudar o conceito de “patrimonialismo” na obra de Weber, Julia Adams aponta para a baixa aplicabilidade da teoria do autor para estudos de gênero, devido a uma necessidade de naturalização da relação homem/mulher. “Weber asserts that “[t]he woman is dependent because of the normal superiority of the physical and intellectual energies of the male...” [...] This is especially interesting because Weber produced an array of non-naturalized reasons for the relative position of other categories of patriarchal dependents, like grown children and servants [...] gender has been an Achilles’ heel for all the major classical social theorists, in any case, so it is no surprise that Weber biologizes the relative position of women and men in the context of an explanation that is otherwise social.” (ADAMS, 2005).

No entanto, a definição de patriarcado que repercutiu no pensamento moderno foi aquela apresentada pelas autoras(es) do feminismo de segunda onda, principalmente norte-americano, que definia o patriarcado como uma “categoria abrangente de dominância masculina” (BARRETT, 1980).

Evidencia-se uma aproximação ideológica das teóricas do patriarcado ao Marxismo, uma vez que recorrentemente as obras se utilizam do antagonismo de classes de Marx para elucidar as relações de gênero na sociedade patriarcal. O homem, visto como a "classe dominante" exerce um poder conspiratório – no sentido de que tal poder, apesar de permeiar todos os aspectos da vida social, não é reconhecido em sua amplitude – contra a mulher, que independente de classe e status econômico é percebida como a "classe oprimida" (MIRKIN, 1984).

Para Kate Millett (1970), o patriarcado é um sistema de dominação independente do capitalismo ou de qualquer outro modo de produção, uma categoria de dominância entre os gêneros que é mais forte, duradoura e abrangente que qualquer divisão de classes.

Além de independente, o patriarcado também é uma categoria de dominação principal: a divisão de classes só é importante para o homem, uma vez que a dependência econômica a qual a mulher é submetida por causa do patriarcado "torna suas afiliações em qualquer classe um assunto tangencial, vicário e temporário" (BARRETT, 1980).

[The] power of the fathers has been difficult to grasp because it permeates everything, even the language in which we try to describe it. It is diffuse and concrete; symbolic and literal; universal and expressed with local variations which obscure its universality. 'It does not matter what a woman does—she may 'live in purdah or drive a truck', live on kibbutz or be a single parent breadwinner, be the head of state or wash the underwear of a millionaire's wife, but whatever my status or situation, my derived economic class, or my sexual preference, I live under the power of the fathers, and I have access only to so much of privilege or influence as the patriarchy is willing to accede to me, and only for so long as I will pay the price of male approval. (RICH, 1976, p. 41).

Outras teóricas comparam o patriarcado à violência e ao estupro. Brownmiller afirma que a sociedade é baseada no estupro, no sentido de que o patriarcado intimida as mulheres de forma que todos os homens mantêm todas as mulheres em um estado de medo. O estupro como agressão sexual é percebido como uma revelação da intensidade da perpetuação da dominação masculina sobre a mulher (MIRKIN, 1984).

Críticas contemporâneas às teorias do patriarcado são quase sempre voltadas à sua falta de aplicação na realidade das mulheres e das famílias. Barrett (1980) alerta para o fato de que ao invocar uma categoria aparentemente universal e trans-histórica de dominância

masculina, sem especificar limites e diferenças histórico-culturais, tais teorias nos dão pouca esperança de mudança, estratégias e mecanismos de enfrentamento desse sistema.

Tais críticas abriram espaço para uma análise mais real e palpável das relações patriarcais no mundo. Kandiyoti (2006), em seu estudo paradigma “*Bargaining with patriarchy*”, analisa a “barganha patriarcal”, as estratégias e mecanismos de enfrentamento das mulheres, em diferentes sociedades. No texto, ela contrasta diferentes tipos de dominância masculina, existentes na África Sub-saariana, no Norte da África, no Oriente Médio e no Sudeste Asiático, citando exemplos fáticos de como cada uma dessas sociedades funcionam e quais são as “barganhas” utilizadas.

Outros autores focaram sua crítica em denunciar a conceptualização unidimensional do gênero e a sua negligência das diferenças e relações de poder dentro de cada categoria (ALANEN, 2016). Crenshaw (1989), uma das mais importantes autoras do feminismo negro, foi a primeira a utilizar o termo interseccionalidade para explicar a experiência multidimensional de marginalização das mulheres negras na sociedade e nas lutas, feminista e antirracista, que não consideram a forma como as mulheres negras são subordinadas.

Raça, sexualidade, classe social, nação e cultura são categorias socialmente construídas que devem operar – não de forma aditiva, mas interseccional – para uma compreensão mais apropriada das estruturas de poder que rodeiam a nossa sociedade (ALANEN, 2016).

## 1.2 A CRIANÇA E O PATRIARCADO

Utilizando uma nova visão de patriarcado, baseada na interseccionalidade, encontramos na nossa sociedade um sistema de dominação presente nas esferas públicas e privadas que privilegia a figura do homem, adulto, pater, submetendo a este os demais grupos, minoritários, em um esquema de dominação-exploração estrutural (KANDIYOTI, 2006).

O patriarcado também se apresenta como uma estrutura etarista, baseada em relações familiares que envolvem “o respeito irrestrito à tradição, à santificação do passado e à obediência servil aos mais velhos, sobretudo ao pater famílias” (SANDRONI, 1999, p. 449). É nesse sentido que alguns autores afirmam que, dentro da sociedade patriarcal, existe um sistema que privilegia os adultos em relação às crianças.

In some ways these behaviors of adults resemble some of those exhibited by some adults toward other adults of lesser power that is referred to as pseudospeciation, racism, sexism, or elitism. Seeing others as so different that they constitute a separate species is a way of contriving reality in order to gain unfair power over them. (FLASHER, 1978).

Para John Bell (1995), a opressão existente na relação criança-adulto recebe o nome de adultismo, um comportamento impulsionado pela tendência patriarcal de posicionar os menores em uma relação hierárquica, não apenas em relação aos seus pais, mas em relação a todos os adultos. As crianças tendem a ser vistas não só como subordinados legais, mas também como pessoas inferiores em sua própria existência, com valores e virtudes inferiores às dos adultos.

O poder extra que os adultos possuem advém, nas sociedades patriarcais, de suas responsabilidades legais, de seus direitos e privilégios, de sua força física e da dependência socioeconômica existente entre as crianças e os adultos. O resultado é um nível de autoritarismo e controle social sem semelhanças (FLASHER, 1978).

Hood-Williams (1990) retoma o conceito de patriarcado trazido por Weber para apontar o exercício da autoridade pela figura patriarcal em relação a todos os outros membros da família. A dependência econômica é apontada como importante na sociedade atual para a perpetuação dessa relação de autoridade. O autor cita a obediência como forma particular de controle social sofrido pela criança. Através da obediência, os pais dominam todos os aspectos da vida da criança, incluindo restrições de espaço, controle sobre o corpo e a rotina da criança.

Uma criança pode, por causa do adultismo, experimentar preconceito, discriminação, violência, abuso (físico, mental e sexual) e opressão sistêmica. Ademais, a exposição da criança a essas experiências de violência e negligência apresentam um risco ao desenvolvimento psíquico da mesma, uma vez que a linguagem utilizada pelo adulto abusador não é compreendida pela criança, gerando experiências traumáticas e uma “impossibilidade de transformação e de elaboração por parte do agressor” (AZEVEDO, 2011, p. 43).

Apesar de durante séculos a literatura constatar a existência dos tipos de abusos e negligências gerados pelo adultismo, não foi antes da década de 1960 que tais questões começaram a receber uma atenção maior. O primeiro grande passo foi o reconhecimento, pela Sociedade Americana de Pediatria para Prevenção da Violência contra a Criança, como sendo um problema clínico-social. A denominada Síndrome da Criança Maltratada, ou Síndrome da Criança Espancada, caracterizava a condição clínica de crianças que eram submetidas a abusos físicos em seu núcleo familiar. Os diagnósticos e estudos de caso permitiram avanços no

tangente aos registros, à conscientização e à politização do problema dos abusos físicos (AZEVEDO, 2011).

Já na década de 1970, as autoras feministas de segunda onda iniciaram um estudo mais profundo sobre o abuso sexual, dando mais atenção ao problema que, para elas, estava relacionado diretamente ao privilégio masculino e à existência do patriarcado. Mulheres começaram a compartilhar suas experiências e a forçar o tema dentro da agenda política, em âmbito doméstico e internacional (REAVEY; WARNER, 2003).

Por último, os tipos de abuso psicológico receberam mais atenção no final da década de 1970, em decorrência do acentuado aumento nas taxas de divórcio e das inúmeras mudanças nas dinâmicas familiares, principalmente nos países liberais. O número de casos envolvendo a guarda e custódia dos filhos cresceram dramaticamente, assim como os casos que envolviam o sequestro interparental de crianças.

## CAPÍTULO II: O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Em consonância com o movimento de compreensão dos abusos físicos e psicológicos sofridos pelas crianças, começaram a surgir na sociedade ocidental moderna movimentos de caráter sociais e jurídicos de assimilação da criança como sujeito de direito (REAVEY; WARNER, 2003).

Não apenas o estudo dos direitos das crianças, mas também a própria compreensão da criança e da infância como objetos de estudo deriva de um movimento recente. Resgatar o histórico de tal movimento é importante para entender o atual paradigma do direito das crianças, em que está inserido o princípio do melhor interesse da criança.

### 2.1. ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Até os primeiros anos do século XIX, não havia uma compreensão da infância como um período distinto da vida. De fato, as crianças eram vistas social e legalmente como propriedade de seus pais, não possuindo status ou direitos na sociedade. Por outro lado, os adultos que exerciam autoridade familiar sobre a criança, principalmente a figura paternal, recebiam poder e controle ilimitado sobre elas, sendo o castigo corporal comum e considerado apropriado (BEN-ARIEH, 2016).

A esse cenário se somava um distanciamento emocional entre os pais e seus filhos que, de acordo com vários historiadores, decorria de uma alta mortalidade infantil: por causa da probabilidade de morte, os adultos não construíam uma relação afetiva com seus filhos pequenos, fazendo com que a negligência e os abusos aumentassem (BEN-ARIEH, 2016).

No período pré-industrial, o trabalho infantil era comumente explorado, com uma baixa ou inexistente fiscalização.

[Children] were working under hazardous conditions and were at risk, not only physical and life threatening risk, but also of moral damage. Factory work was physically exhausting for children as young as seven years old, who worked sixteen hours a day in a damp, poorly ventilated workplace and corporal punishment was common. Foremen used harsh method to keep exhausted children awake. In addition, working in a factory, unlike at the family farm or craft shop, exposed the children to large numbers of strangers who might molest and corrupt them. (BEN-ARIEH, 2016, p. 10).

Com as mudanças tecnológicas e socioeconômicas trazidas pela Revolução Industrial, em meados do século XIX, o trabalho infantil passou a ser considerado um problema, na medida em que as crianças passaram a ser reconhecidas como vulneráveis. Foi durante esse período de mudanças que se iniciou um movimento contra o trabalho infantil e a favor da educação das crianças. Tal movimento cooperou para uma inédita concepção da infância como uma fase singular da vida e para a formulação de uma classe especial de direitos voltados às crianças (BEN-ARIEH, 2016).

O objetivo desse primeiro conjunto de direitos que foram garantidos às crianças era o de proteção, principalmente contra o trabalho infantil e a exploração e negligência paterna. No entanto, esses direitos eram baseados em uma visão generalizada das crianças como figuras vulneráveis, fracas e que necessitam de proteção e controle. A infância foi assim concebida como uma fase de dependência, regulada pelos adultos, e com uma considerável perda de autodeterminação e autonomia por parte das crianças (BEN-ARIEH, 2016).

Uma segunda leva de direitos começaram a surgir em meados do século XX, baseado em ideias e valores que lidam não só com os direitos de proteção das crianças, mas também com o direito dos menores à autodeterminação e à auto expressão. Refere-se aqui à Doutrina da Proteção Integral, um conjunto de princípios que busca superar a visão pré-industrial da criança inexistente e ao mesmo tempo a visão moderna do menor incapaz. De acordo com Andréa Rodrigues Amin, “na era pós-moderna a criança e o adolescente são tratados como sujeito de direitos, em sua integralidade” (MACIEL, 2010, p. 11).

É essa a doutrina que norteia, no Brasil, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente; e, no mundo, os tantos documentos, tratados e declarações que evidenciaram a necessidade de um novo tratamento à infância baseado em dois pilares: a afirmação da criança e do adolescente como sujeitos de direito e o reconhecimento de sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (MACIEL, 2010, p. 11).

## 2.2. PARADIGMA ATUAL: A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A confirmação da criança enquanto sujeito de direito exige do legislador diligência para que a voz dos menores seja ouvida e respeitada na elaboração e cumprimento das leis e tratados que compõem o novo Direito da Criança e do Adolescente. Nesse sentido surge o princípio do melhor interesse da criança, como parte da Doutrina da Proteção Integral, com o

objetivo de garantir que os novos instrumentos de proteção à criança sejam pensados com base no bem-estar da mesma, e não simplesmente na sua tutela e proteção por adultos ou pelo Estado (MACIEL, 2010).

O reconhecimento da criança e a ideia de que seu interesse deveria ser levado em conta foi introduzido pela Declaração Universal dos Direitos da Criança (DUDC) de 1959, um documento que estabelece princípios para a o reconhecimento dos direitos das crianças. Em seu “Princípio 2” é estabelecido que

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança. (UNITED NATIONS, 1959).

O melhor interesse também foi levado em conta na elaboração da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em 1979. a Convenção menciona o “interesse dos filhos” como “consideração primordial” em casos de convivência familiar e guarda (LOGAN, 2008).

Finalmente, o princípio foi consolidado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CDC), de 1989, carta da qual são partes todos os estados membros da Organização das Nações Unidas (ONU) (exceto os Estados Unidos) e que firma a concretiza a conceituação de crianças como pessoas e indivíduos aos quais são destinados uma gama integral de direitos humanos (LOGAN, 2008).

Artigo 3. 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (BRASIL, 1990).

O Princípio do Melhor Interesse da Criança, como estabelecido no Artigo 3(1) da CDC, passa a ser um dos seus quatro “princípios gerais”. Todas as provisões tomadas pela Convenção devem, portanto, levar em conta tal princípio, que é reiterado inúmeras vezes ao curso do documento (ZERMATTEN, 2010).

Como pôde ser observado, a CDC estabelece o Princípio do Melhor Interesse da Criança como regra de procedimento, que deve ser levada em consideração de diferentes formas, a depender da situação e do caso concreto. O objetivo da Convenção é verificar se os seus Estados-parte estão agindo de forma proporcional, de modo a proteger o interesse dos



menores nas inúmeras questões que envolvem o exercício do seu direito de liberdade de expressão (ZERMATTEN, 2010).

É por esse motivo que a Convenção não dá uma definição do que seria o Melhor Interesse da Criança. Ao invés disso, ela traz diversos contextos onde o Melhor Interesse pode ser verificado de forma específica. É, por exemplo, descrito que é do melhor interesse da criança desfrutar dos direitos e liberdades garantidos pela CDC. Também, o Artigo 29 traz orientações para a educação das crianças, que, para cumprir seu melhor interesse, deve incentivar o respeito aos direitos humanos e à própria identidade cultural (LOGAN, 2008).

Ademais, é determinado que a responsabilidade primária de prezar pelo Melhor Interesse da Criança é dos pais (Artigo 18), podendo o estado intervir para proteger esses direitos quando os primeiros falharem em fazê-lo (Artigo 9.1) (BRASIL, 1990).

No Artigo 9.3, é identificado que preservar contato direto e relações pessoais regularmente com ambos os pais é, na maior parte das circunstâncias, do interesse maior da criança. Da mesma forma, infere-se que é do melhor interesse de uma criança pertencente a certa minoria étnica, religiosa ou linguística, ser criada em um ambiente que preserve essa identidade (Artigos 5, 8.2 e 30) (BRASIL, 1990).

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.

[...]

Artigo 30. Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma. (BRASIL, 2010).

Tal assimilação pode cooperar, a título de exemplo, para a compreensão de que é do melhor interesse de uma criança indígena crescer em uma tribo, ou ambiente em que possa preservar sua identidade (LOGAN, 2008).

Em síntese, a CDC pormenoriza procedimentos e direitos que devem ser atendidos e observados nos casos concretos para que seja garantido o respeito ao Princípio do Melhor Interesse da Criança.

## 2.3 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DIREITO DE SER OUVIDO

Como princípio fundamental do direito das crianças, o Melhor Interesse foi desenvolvido com o objetivo de limitar o poder excessivo dos adultos sobre as crianças através da noção de que as decisões tomadas concernentes às crianças não são tomadas por elas por uma simples falta de experiência e julgamento, e não pela falta de interesse ou autonomia em decidir sobre seu próprio futuro (DIECI, 2017).

No entanto, a observância ao Princípio não exclui a participação direta dos menores em processos que afetam a si mesmo – afinal, no atual paradigma, são considerados indivíduos plenos de direito. O direito de ser ouvido, comumente chamado de “princípio da participação”, é assentado pela CDC, tendo a criança o direito de expressar sua opinião, inclusive em processo judicial ou administrativo, sobre assuntos que diz respeito à mesma (DIECI, 2017). O Artigo 12 traz os principais elementos dessa garantia:

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. (BRASIL, 1990).

De fato, a participação direta não é mais que uma forma de se respeitar o interesse maior da criança. No entanto, em casos concretos, é necessário um balanceamento entre a proteção do melhor interesse e a participação da criança, pois ambos podem levar à manipulações.

O excesso da aplicação do Princípio do Melhor Interesse pelo legislador pode resultar em resoluções de cunho totalmente protecionistas, que não levam em consideração a opinião da criança e sua autodeterminação. É o caso das recentes negociações do Conselho de Direitos Humanos (CDH) da ONU, que aplicaram o paradigma de negação absoluta e universal ao casamento infantil para reconhecer o casamento infantil como uma “prática prejudicial que viola, abusa e fere os direitos humanos e está ligado e perpetua outras práticas nocivas” (DIECI, 2017, p. 8), sem analisar exceções e questões como o consenso, nem estipular uma idade mínima para o casamento, apesar da reivindicação de grupos de menores, principalmente do ocidente, que reivindicavam uma relativização na compreensão negativa do fenômeno.

Resoluções como esta reforçam uma visão protecionista da criança, que desestimula a participação (DIECI, 2017).

No limite oposto – a utilização irrestrita do princípio da participação –, também há riscos. Warshak aponta para as “armadilhas de se ouvir a voz da criança”. Para o autor, a voz da criança deve ser utilizada para contribuir e clarificar fatos em decisões judiciais, no entanto, o total empoderamento da criança para tomar suas próprias decisões pode gerar abusos de cunho psicológico por parte dos pais e responsáveis, que se utilizam da vulnerabilidade dos menores para adulterar e moldar à sua vontade o discurso dos mesmos, que normalmente possuem uma grande atmosfera emocional e relação de lealdade em relação aos adultos (WARSHAK, 2003).

Esse é o caso da alienação parental, tipo de abuso psicológico geralmente atrelado a casos de separação e divórcio litigiosos em que que uma criança é manipulada a se aliar fortemente a um dos pais, rejeitando o relacionamento com o outro progenitor, baseado apenas em uma imagem do outro adulterada e deliberadamente inculcada na criança (BERNETT, 2017).

Destarte, quando há a suspeição de alienação parental, ou quando ela é devidamente demonstrada, a atuação judicial deve ser no sentido de cessar o abuso sofrido pela criança, por parte do/a pai/mãe alienador, não obstante, no entanto, o direito da criança de demonstrar sua opinião, conforme as regras processuais de cada país (BERNETT, 2017).

### **CAPÍTULO III: O SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CRIANÇAS**

No primeiro capítulo do presente estudo, analisamos as estruturas familiares objetivando demonstrar uma persistente relação patriarcal que molda e caracteriza a família em grande parte da história, trazendo consigo um vínculo de dependência de todos os entes familiares em relação à figura paterna. Nesse contexto, apontamos a criança como vítima de um particular controle social dentro da estrutura familiar, que a torna suscetível a inúmeros tipos de abuso.

Posteriormente, o estudo se centrou em analisar o desenvolvimento do direito das crianças, fenômeno recente que evoluiu conforme a visão sobre o menor se alterou, de uma perspectiva totalmente emancipatória a uma perspectiva protecionista e, finalmente, ao paradigma atual da Doutrina da Proteção Integral, em que o Princípio do Melhor Interesse da criança exerce importante papel na garantia de que as decisões que envolvem menores levem em consideração a vontade da criança e garanta o exercício de seus direitos.

Neste capítulo do estudo, analisaremos a aplicação do Princípio do Melhor Interesse nos casos de sequestro interpARENTAL de crianças, mais especificamente no que concerne ao estabelecimento da Convenção sobre os Aspectos Cívicos do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980.

#### **3.1 SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CRIANÇAS: HISTÓRICO E CONCEITO**

Designa-se sequestro interpARENTAL de crianças o ato de tomada, retenção ou ocultação de um menor por um de seus pais, responsáveis diretos, outros membros da família ou alguém agindo em sua vontade, em detrimento dos direitos de custódia, incluindo os direitos de visita, de outro progenitor, responsável ou membro da família (HUNTINGTON, 1982).

Apesar da tradução, o termo ‘sequestro’ (‘kidnapping’) é pouco utilizado pela comunidade internacional, uma vez que tal termo é mais comumente empregado para identificar um ilícito composto e universalmente reprimido como crime, que mais se caracteriza pela privação de liberdade do sequestrado (através do confinamento e manutenção como refém) do

que pelo ato de abduzir<sup>3</sup>. O ilícito do qual tratamos aqui é normalmente identificado como abdução (*abduction*), e seus atos envolvem a remoção (*remotion*), a transferência e a retenção (*retention*) em local diferente da residência habitual (*habitual residence*) da criança.

O sequestro interparental de crianças é mais frequente em determinados contextos, entre eles:

- 1) antes da finalização de um divórcio, por um genitor que teme perder a custódia;
- 2) pós-divórcio, quando um genitor está descontente com um decreto de custódia e foge para outro estado na esperança de conseguir a modificação da custódia;
- 3) após o divórcio, quando o genitor com custódia desaparece com uma criança com o objetivo de negar a visita dos pais não-guardiões. (HALLER, 1983, p. 279, tradução livre).

As abduções são sabiamente planejadas e, muitas vezes, envolvem a assistência de familiares. Também não é incomum que os genitores sequestradores (ou abdutores)<sup>4</sup> contratem detetives ou agentes para cooperar no ilícito. Após a remoção, o(a) pai/mãe abductor(a) normalmente procura um esconderijo longe da residência de origem da criança, na maioria das vezes, se deslocando para locais fora da jurisdição da lei governante (HALLER, 1983).

O deslocamento, além de obstar os direitos de custódia do outro genitor<sup>5</sup>, dificulta também as investigações e impede intervenções de caráter assistencial e protetivo à criança. Uma vez fora da proteção legal, a criança sequestrada fica completamente vulnerável, conformando-se às vontades do abductor, que não raramente submete a criança a outros tipos de abuso e restrição de liberdade. É comum, por exemplo, nos primeiros meses de sequestro, o restringimento do direito da criança de ir e vir, além de intervenções em sua forma de pensar e agir – processo notadamente relacionado à alienação parental (HUNTINGTON, 1982).

O efeito de tudo isso em uma criança ainda é potencializado pela idade em que ela é sequestrada – não raramente as vítimas são crianças menores de 6 anos, que podem não compreender a situação a que estão sendo submetidas (HALLER, 1983).

Em casos mais extremos, o sequestrador se muda com a criança para outro país, eliminando por completo qualquer esperança de envolvimento de serviços de proteção à criança no país de origem, configurando o sequestro interparental internacional de crianças (FAULKNER, 1999).

---

<sup>3</sup> No presente trabalho, utilizaremos o termo “sequestro” como sinônimo de “abdução”, haja vista seu emprego predominante em estudos de língua portuguesa.

<sup>4</sup> *Taking parent*, termo utilizado pela Convenção da Haia.

<sup>5</sup> *Left-behind parent*, termo utilizado pela Convenção da Haia.

A ocorrência de sequestro interpaparental internacional tomou alarmantes proporções na década de 1970, devido a inúmeros fatores, entre eles destaca-se o crescimento do número de casamentos e relacionamentos binacionais, o crescimento de uma economia global, a criação de blocos políticos e econômicos, e a redução da influência das fronteiras nacionais (REYNOLDS, 2006).

O principal motivo para transportar uma criança de um país para outro, no contexto do sequestro interpaparental, é a fuga da legislação não benéfica aos interesses do/a pai/mãe sequestrador(a) – na grande maioria dos casos, a criança é levada para o país de origem do genitor, onde o mesmo acredita possuir uma vantagem na disputa de custódia (GARIMELLA, 2017).

Essa eleição de um “foro de conveniência”, ou *forum shopping*, acaba por tornar a resolução dos casos de sequestro interpaparental internacional muito mais complexa, uma vez que se acrescenta à delicada situação um conflito de jurisdições, que acaba, em muitos casos, por favorecer o(a) pai/mãe sequestrador(a), principalmente se esse pai possuir cidadania no local. Além disso, aproximadamente 80% das crianças sequestradas têm mais de uma nacionalidade, tornando a situação ainda mais desarmônica (BOYKIN, 2012).

### 3.2 A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980

A faceta internacional do sequestro interpaparental começou a receber atenção da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado em meados da década de 70. As pesquisas e discussões levaram não só ao estabelecimento da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, em 1980, mas também a um modelo paradigmático de elaboração de Convenções de Direito Privado na Haia:

A abordagem adotada para a elaboração de Convenções no contexto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado desenvolveu-se ao longo de muitos anos e pode-se agora dizer que adere a um padrão estabelecido. Uma vez que um tópico é identificado, o primeiro passo é investigar se ele será adequado à intervenção legislativa e, de fato, se existe vontade coletiva para que ele seja abordado. Se estes critérios preliminares forem satisfeitos, o tópico deve ser formalmente adotado pela Conferência em Sessão Plenária. Em seguida, é pesquisado pela Secretaria Permanente (Permanent Bureau), muitas vezes com a consulta dos governos membros, e assim que isso for concluído, o processo de negociação e redação pode começar. (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999, p. 16).

Primeiramente, a identificação do tópico se deu no período pós-guerra, quando a privação da liberdade de seres humanos em prol da materialização dos direitos de outros – fenômeno denominado *human minefield* (‘campo minado humano’) – passou a ser prática condenada universalmente. A década de 1970 marcou a concretização de inúmeros tratados internacionais que visam proteger pessoas em situações de vulnerabilidade contra a sua utilização como ‘chamariz’ para concreção de direitos de outros (SCHUZ, 2013). Destacam-se nesse sentido a “Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes Contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes Diplomáticos”, de 1973, e a “Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns”, de 1979, – ambas no âmbito da ONU.

A visão predominante, portanto, era a do sequestro internacional de crianças como um ‘campo minado humano’, uma vez que as crianças abduzidas são erroneamente removidas contra a sua vontade e em prol dos direitos de custódia do progenitor. Antes mesmo da Convenção da Haia, a prática já era combatida por iniciativas nacionais, além de tratados bilaterais e multilaterais. A Convenção da Haia sobre a Proteção das Crianças, assinada em 1961, por exemplo, já utilizava o conceito de residência habitual – que será abordado posteriormente – para proteger crianças erroneamente removidas. No entanto, sua aplicação era limitada pelo fato de só ser ratificada por apenas oito países (SCHUZ, 2013).

Identificado o problema, verificado os esforços anteriormente existentes para intervenção legal na sua resolução e evidenciada a vontade coletiva para a assinatura de um tratado internacional que abordasse a questão, a secretaria da Conferência da Haia começou a estudar a questão do sequestro interparental, objetivando criar uma Comissão Especial para elaboração de uma convenção sobre o assunto.

Adair Dyer, então Primeiro Secretário da Conferência, publicou em 1978 uma análise do sequestro internacional e os possíveis métodos que poderiam ser utilizados na elaboração de um protocolo internacional para tratar do problema. Entre as propostas estavam a criação de uma corte internacional para lidar com os casos de sequestro e a criação de uma regra uniforme que conferisse jurisdição exclusiva a uma corte nos casos (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999).

No entanto, durante a Sessão Plenária da Comissão Especial chamada para discutir esse assunto, percebeu-se que as propostas de Dyer apresentavam falhas, principalmente por se confrontar com os diferentes tipos de sistemas jurídicos presentes no mundo, o que dificultaria uma solução através de uma lei uniforme. Da mesma forma, a criação de uma corte internacional esbarrava nas particularidades de cada país (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999).

O problema foi então levado à Secretaria Permanente, que desenvolveu uma proposta de protocolo, contendo um mecanismo de retorno simplificado, que deveria ser utilizado para que houvesse o “retorno imediato da criança”, sujeito a algumas exceções. A Comissão Especial aceitou a proposta da Secretaria Permanente, iniciando o processo de negociação e redação da Convenção, que viria a ser adotada na 14ª sessão da Conferência da Haia, em 25 de outubro de 1980 (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999).

### **3.2.1. Aspectos Normativos**

Desde sua idealização, a Convenção da Haia, objetivando lograr universalidade em sua adoção, enfrentou o desafio de balancear duas forças opostas: de um lado, o desejo de proteger o melhor interesse da criança e evitar a remoção ilícita e, do outro, o de garantir o respeito pelas diferentes legislações e a legitimidade de juízos nacionais.

A partir do preâmbulo da Convenção da Haia, o legislador dá atenção especial ao melhor interesse da criança, apresentado inicialmente como ideia central, ou princípio fundamental, da convenção então firmada. Assim como na CDC, a Convenção da Haia não oferece um conceito específico do que seria o melhor interesse da criança. Ao invés disso, a Convenção simplesmente identifica que, nos casos de remoção ilícita, o melhor interesse da criança só pode ser definido pela jurisdição da residência habitual do menor.

O termo residência habitual é utilizado na Convenção da Haia e em um considerável número de convenções internacionais com o objetivo principal de distinguir a residência real da criança do domicílio de seu dependente. O termo evita determinações errôneas, como domicílio ou nacionalidade, na escolha do fórum legal responsável. No âmbito da Convenção da Haia, residência habitual é o local no qual a criança residia habitualmente antes de ser erroneamente removida. Não existe possibilidade do novo local de residência da criança se tornar sua residência habitual – a não ser nos casos previstos pela Convenção (PÉREZ-VERA, 1981).

Os objetivos da convenção, expressos em seu primeiro artigo, são “assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente” e “fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante” (BRASIL, 2000).



A palavra “imediato” imprime que a criança deve ser devolvida antes de se realizar investigações sobre fatos relevantes à custódia ou ao melhor interesse da criança, cabendo à jurisdição do país para o qual a criança foi levada apenas julgar se a criança foi erroneamente removida ou retida indevidamente de sua nação de residência habitual, e, caso entenda positivamente, ordenar o retorno da criança para que o tribunal da residência habitual possa decidir as questões subjacentes de custódia substantiva (PÉREZ-VERA, 1981).

No Artigo 3, o legislador especifica os aspectos civis que fazem com que a retenção de uma criança pelos seus pais se torne ilícita.

#### Artigo 3

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

- a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
- b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. (BRASIL, 2000).

De acordo com o estabelecido na alínea a do Artigo 5, cabe ao responsável que possui a guarda o direito de decidir sobre o lugar de residência da criança. Importante ressaltar que ambos os pais possuem direitos iguais de custódia de seus filhos antes da emissão de uma ordem judicial que aloca direitos entre eles e que, em casos de guarda compartilhada, os dois possuem o direito de decidir sobre a residência da criança, sendo ilícito para ambos prejudicar o direito do outro através da remoção da criança.

Além de criar um remédio judicial para casos de remoção e retenção ilícitas, a Convenção exige ainda que cada Estado-parte estabeleça uma Autoridade Central, com o mandato de cooperar na adoção das medidas e providências necessárias para o alcance dos objetivos da Convenção. As Autoridades Centrais são órgãos da administração de cada país que atuam no âmbito interno do mesmo, exercendo importante papel na localização da criança, nas tentativas de não judicialização (solução amigável) e entrega voluntária, na facilitação da comunicação entre as partes e na participação do fato à autoridade central do outro país (PÉREZ-VERA, 1981).

A forma de fiscalizar a atuação da Autoridade Central se dá pela transmissão do pedido à Autoridade Central do outro Estado envolvido, prevista no Artigo 10, e pela solicitação de uma declaração sobre as razões da demora, prevista no Artigo 11 da Convenção.

## CAPÍTULO IV: CAUSAS DE EXCEÇÃO À RESTITUIÇÃO DA CRIANÇA

Como anteriormente apontado, o legislador optou pela recuperação do *status quo* imediatamente anterior à remoção ilícita através do retorno imediato da criança como solução para a problemática do sequestro interparental internacional. Apesar de possuir ampla aceitação, o caminho selecionado pela Conferência da Haia não é perfeito e abre espaço para problemáticas que são levantadas até os dias atuais, tanto por signatários, quanto por não signatários da Convenção (SCHUZ, 2013).

Grande parte das críticas se voltam para o desrespeito à soberania das cortes. Tal visão territorialista, de afastamento à cooperação, é constantemente elencada nos fóruns de direito internacional privado como fator inibidor ao estabelecimento de tratados e protocolos internacionais a respeito de determinados temas – principalmente no que se refere a questões patrimoniais, onde a renúncia à jurisdição pode resultar em perda material a um Estado. Outras críticas acertadamente denunciam o descompasso existente entre o retorno da criança e o princípio do melhor interesse em determinados casos (SCHUZ, 2013). Este trabalho se propõe a evidenciar um destes casos, que não recebe abordagem direta pela Convenção – quando a mãe abduzora age com o objetivo de fugir da violência doméstica.

A Convenção da Haia, apesar das mencionadas críticas, reconhece em seu próprio conteúdo legal casos em que a restituição da criança não é do melhor interesse desta ou dos estados envolvidos no litígio. As cláusulas de exceção à restituição da criança, previstas nos artigos 12, 13 e 20 do tratado, antecipa tais situações.

### 4.1 FIXAÇÃO DO PRAZO OU TEMPO-LIMITE DE UM ANO

No Artigo 12, é fixado o prazo ou tempo-limite de um ano para compulsoriedade do retorno imediato. Depois desse período, o não-retorno pode ser decretado mediante comprovação de que a criança se encontra integrada em seu novo meio.

#### Artigo 12

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou

administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

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

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retomo da criança. (BRASIL, 2000).

Tal disposição reafirma a predominância do melhor interesse da criança frente ao interesse dos progenitores: ora, se a criança se encontra integrada ao novo local, o retorno não cumpre os objetivos da Convenção de proteção do menor. Por outro lado, a disposição deixa claro que o prazo de 12 meses não é decadencial – ainda existe a possibilidade de retorno, que apenas fica condicionado ao melhor interesse.

Importante mencionar que a fixação do prazo ou tempo-limite de 1 ano se refere ao tempo entre a retenção indevida e o início do processo, pouco importando a morosidade processual para fins de condicionar o retorno. A lentidão na justiça é alvo de críticas a países como o Brasil, onde um pedido de retorno imediato pode demorar até 3 anos para ser processado.

#### 4.2 NÃO-EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE GUARDA, CONSENTIMENTO E CONCORDÂNCIA POSTERIOR

Outras exceções à restituição da criança são as previstas no Artigo 13(1)(a):

##### 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. (BRASIL, 2000).

Expressas no parágrafo (a) estão três diferentes proteções à mãe ou ao pai sequestrador(a), que devem ser acionadas por este: o não-exercício dos direitos de guarda pelo requerente, o consentimento e a concordância posterior (ou aquiescência).

Em relação a primeira defesa, ela funciona como uma reiteração do normatizado pelo Artigo 3(a), previamente citado, de que a transferência ou retenção só será ilícita quando ela afeta direito de guarda do genitor aplicante. Na prática, é uma garantia de contraditório à mãe ou ao pai que removeu a criança, que poderá provar que a remoção não é ilícita.

Em relação às duas últimas, a diferença entre o consentimento e a concordância posterior se resume ao fator temporal: enquanto o consentimento é dado antes da remoção ou retenção ilícita, a aquiescência ocorre após a mesma (SCHUZ, 2013). Ambas as escusas devem ser acionadas pelo genitor abductor, que possui o ônus de provar através de evidência clara e convincente que a remoção ocorreu com o consentimento, ou que a concordância foi dada, sempre de forma explícita.

#### 4.3 VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO

Durante a 14<sup>a</sup> sessão da Conferência da Haia, as discussões sobre a soberania dos sistemas jurídicos e o provável impacto negativo de um mecanismo de retorno compulsório, fizeram com que o artigo 20, que possui determinação restritiva de cunho territorialista fosse aprovado nos seguintes termos:

##### Artigo 20

O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12<sup>o</sup> 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. (BRASIL, 2000).

Apesar da grande discussão envolvendo a adição de tal artigo na Convenção, ele é raramente utilizado (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999). Esse fato se deve a interpretação restritiva dada pelo legislador durante a Conferência:

[t]o be able to refuse to return a child on the basis of . . . Article [20], 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 return would be incompatible, even manifestly incompatible, with these principles. (PERÉZ-VERA, 1981, p. 343).

O Artigo 20 já foi acionado para alegar conflito de princípios entre uma constituição nacional e a Convenção da Haia, e entre os sistemas jurídicos do país requerido um país requerente. Além disso, com a adesão de cada vez mais países com culturas e religiões que

divergem da epistemologia ocidental, é possível que a norma ganhe cada vez mais relevância no futuro (SCHUZ, 2013).

A importância do artigo 20 reflete o choque existente entre o universalismo dos direitos, a atividade de priorização dos direitos e princípios universais sob os direitos das nações, e o particularismo das culturas (BOBBIO, 1992). Tal atrito cria questões complexas e conflitantes, porém necessárias para um maior alcance da Convenção a nível global.

#### 4.4 OPINIÃO DA CRIANÇA

Visando levar em consideração o direito de ser ouvido, previamente analisado no subtópico 2.3 do presente estudo, o legislador prevê no Artigo 13(2) cláusula de exceção nos seguintes termos:

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. (BRASIL, 2000).

Não foi estabelecido, no texto da Convenção, uma idade específica a partir da qual as opiniões devem ser levadas em conta, ao invés disso, foram estabelecidos critérios técnico-jurídicos atados a jurisprudência de cada um dos países (EDLESON *et al*, 2010).

#### 4.5 GRAVE RISCO À CRIANÇA

Finalmente, nos debruçamos sobre as causas de exceção presentes no Artigo 13(1)(b), que se referem aos casos em que o retorno imediato da criança pode expô-la a grave risco de dano. A exceção foi aprovada 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 retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

[...]

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. (BRASIL, 2000).

Uma vez que os tipos de exceção presentes no parágrafo (b) abrem espaço para amplas interpretações, esta é a exceção mais acionada por pais/mães abdutores(as) para justificar suas ações. De fato, uma grande fração dos casos de sequestro interpaparental são motivadas por exceções presentes neste capítulo, no entanto, é importante que as cortes exijam um conteúdo probatório para estabelecer a não-retorno em favor da exceção.

Pela dificuldade de se produzir provas do grave risco elencado, tal exceção enfrenta o difícil desafio de manter a integridade da Convenção frente ao alegado perigo à criança. O procedimento das cortes diante da alegação de grave risco ainda se divide: enquanto algumas cortes optam por realizar investigações em relação à veracidade das alegações, outras preferem acionar a corte da residência habitual, que seria mais capacitada para julgar o litígio (HCCH, 2011).

A posição predominante hoje é uma de maior restrição à utilização do Artigo 13(1)(b), principalmente em termos probatórios, onde grande parte das cortes exigem provas concretas de que a criança estava exposta a perigos de ordem física ou psíquica (HCCH, 2011).

Não existe muita divergência no sentido de decretar o não-retorno da criança por parte das cortes em casos de exposição à perigos de ordem física. O mesmo não pode ser dito em relação a perigos de ordem psíquica. De fato, como lembra Rhona Schuz (2013), “o dano potencial especulativo a longo prazo não pode justificar a criação do risco imediato concreto” (p. 392).

Os perigos de ordem psíquica, ainda de acordo com a autora, necessitam de um tratamento especializado, com estudos especializados que comprovem a relação direta entre a situação da criança e um prognóstico de transtornos psicológicos. É por esse motivo que cortes ao redor do mundo tem aceitado cada vez mais a exposição do menor à violência doméstica inter-adultos como perigo de ordem psíquica suficientemente concreto e grave para justificar o não-retorno.

#### 4.6 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO CAUSA DE EXCEÇÃO

No âmbito dos casos envolvendo o Artigo 13(1)(b), diferentes causas justificam a requisição do/a pai/mãe abductor(a) pela defesa de não restituição por risco grave. Entre as mais comuns estão o retorno a uma zona de guerra, problemas financeiros, restrições migratórias e a

separação de irmãos (SCHUZ, 2013). No entanto, os casos de violência doméstica predominam não apenas entre as escusas do Artigo 13(1)(b), mas também como causa principal da remoção ilícita de crianças pela mãe abduutora.

A Convenção da Haia foi criada baseada em um contexto onde grande parte dos casos de sequestro interparental eram perpetrados por homens (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999). Tais situações eram decorrentes das decisões sobre custódia, que privilegiavam mães na busca pela guarda do filho, principalmente no caso de crianças entre 0 e 6 anos de idade. No entanto, com o passar do tempo, o “estereótipo do pai sequestrador” veio a ser alterado:

the stereotype of a non-custodial father removing or retaining his children bears no resemblance to reality in the context of the Hague Convention. It has previously been noted that figures from the Canadian and Scottish Central Authorities indicate that approximately two-thirds of all Hague Convention applications are at the instance of fathers. (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999, p. 9).

Dados parecidos foram verificados na análise jurisprudencial britânica e americana, onde se comprovou ainda que em uma grande maioria de casos a mãe abduutora possui direitos de custódia sobre a criança.

Em pesquisa relatada por Geoffrey Greif e Rebecca Hegar (1993), foi observado que, em um universo de pesquisa de 368 famílias em que ocorreu sequestro interparental, alguma forma de violência familiar foi identificada em 54% das relações. Estima-se que a quantidade de casos assistidos pela Convenção em que ocorre alegação ou evidência de violência doméstica não orbite em percentual tão discrepante aos relatados pela pesquisa (HCCH, 2011).

Se por um lado os casos de violência doméstica representam metade dos casos assistidos pela Convenção da Haia, por outro lado, estima-se que em apenas 25% dos casos em que se alega violência familiar o retorno é excluído com base no Artigo 13(1)(b) (HCCH, 2011). Isso representa uma recusa da maioria das cortes em aceitar a violência doméstica como uma defesa baseada no grave risco à criança.

Tal recusa, se dá, em grande parte dos casos pelos altos padrões de conteúdo probatório exigido pelas cortes. Muitas vezes a produção das provas requeridas pela corte à mãe abduutora é complexa, difícil de executar e exige a contratação de um advogado especializado. Outra razão é a baixa relevância dada pelas cortes às mais recentes pesquisas, que indicam com clareza o grave risco ao qual a criança é exposta caso retorne ao *status quo anterior* (SCHUZ, 2013).

#### **4.6.1 A exposição à violência doméstica e os danos à criança**

Pesquisadores da infância e da psicologia do desenvolvimento têm, já há bastante tempo, apontado para o fato de que crianças que são vítimas de violência doméstica ou submetidas a diferentes tipos de violência e problemas familiares possuem uma maior probabilidade de externalizar problemas de cunho psicológico e psicossocial. No entanto, são mais recentes os estudos no sentido de que crianças que são testemunhas da ocorrência de violência doméstica a seus pais ou familiares – estando presente no momento do abuso ou tendo a ciência de que ele ocorre – também são mais vulneráveis a desenvolver problemas de comportamento.

Thomas Papadimos *et al* (2014) estuda a relação entre os casos de crianças que testemunham a violência doméstica à ocorrência de estresse pós-traumático (TEPT). Os autores evidenciam através de estudos científicos e casos concretos a ocorrência de desadaptação psicossocial advinda da experimentação da violência, do testemunho de eventos de violência ou simplesmente da ciência de que um evento traumático ocorreu a seus pais ou responsáveis. O TSPT, por sua vez, é responsável, na infância, pela ocorrência de inúmeras mudanças demonstráveis na composição anatômica e fisiológica de seu sistema nervoso central.

As testemunhas de violência doméstica estão mais suscetíveis a uma internalização dos sintomas de depressão e ansiedade, além de uma externalização do comportamento antissocial. Tais mudanças de ordem psicossocial possuem sérias consequências na saúde mental dos menores, trazendo problemas como dificuldade cognitiva, baixo quociente de inteligência, deficiências de linguagem, falta de memória, entre outras perturbações que podem persistir na adolescência e na idade adulta.

Além disso, estar presente no momento dos atos violentos traz a possibilidade para a criança de reexperimentação persistente do evento traumático pela psique da mesma, com a possibilidade de reencenação de aspectos específicos do evento traumático e envolvimento em atividades violentas, onde certos temas do trauma são expressos.

Na mesma seara, Craig Abbott *et al* (2006) ao examinar os efeitos da violência familiar em crianças, acompanhando o desenvolvimento de um grupo de menores por um período de 5 anos, concluíram no sentido de que é possível fazer uma distinção em relação a quantidade de queixas de transtornos internalizantes e externalizantes entre crianças que testemunharam violência doméstica e crianças que não testemunharam, sendo aquela significativamente maior.



A pesquisa também aponta para uma importante diferenciação de gênero: meninas que são testemunhas de violência doméstica são mais afetadas negativamente que meninos, possuindo mais ocorrência de transtornos internalizantes.

## 4.7 ANÁLISE DE CASOS

### 4.7.1 **Re W (A Child) [2004] EWCA Civ 1366**

"Re W (A Child)" (INCADAT, 2004), recurso examinado pela divisão cível do Tribunal de Apelação da Inglaterra e do País de Gales, trata-se de um caso em que os pais possuíam um relacionamento turbulento, caracterizado por constantes separações, mudanças e um cenário de violência doméstica *inter adultos*. Ambos os pais são Sul-africanos e tiveram uma filha em 1994, durante uma viagem aos Estados Unidos. Em 1997, a mãe fugiu com a filha para o Reino Unido em duas ocasiões diferentes. Da segunda vez, foi estabelecido perante um tribunal a divisão da guarda da criança.

Em 1998, seguindo a recomendação judicial, a mãe entregou a filha ao pai para uma visita preestabelecida de 75 dias. Ao final do período, a filha não foi devolvida à mãe. Ao invés disso, o pai viajou com a filha por diferentes países da África, todos eles países não-signatários da Convenção da Haia. Após um mês, foi realizada uma ligação em que o pai propôs que ambos se casassem, sem atrasos (INCADAT, 2004).

Casados, estabeleceram residência habitual na África do Sul, onde viveram por 6 anos. O casamento foi marcado por diversas ocorrências de violência doméstica, abusos e manipulações por parte do marido, que inclusive já havia sido diagnosticado com um transtorno de personalidade que se expressava em atitudes violentas de cunho físico e sexual, que a mãe suportou até 2004, quando mais uma vez fugiu com a filha para o Reino Unido (INCADAT, 2004).

Diante da situação, o pai solicitou o retorno da criança à África do Sul por meio da Convenção da Haia. O caso gira em torno de uma apelação interposta pela mãe ao retorno da criança, alegando a exceção do Artigo 13(1)(b), devido ao constatado contexto de violência doméstica *inter adultos*, que criava uma condição intolerável à criança. Além disso, a opinião

da menor, lograda em procedimento especializado, também indicava que a mesma se opunha ao retorno e possuía preferência pela mãe (INCADAT, 2004).

Apesar da situação supracitada, a decisão do Tribunal de Apelação foi pelo retorno da criança.

A interessante discussão colocada nesse caso se refere ao pedido de evidência oral e investigações sobre o estado da criança. Na jurisprudência das cortes britânicas, a evidência oral e avaliações psicológicas só serão apropriadas quando o juiz se convencer de que existe a capacidade de se estabelecer a exceção do Artigo 13(1)(b), uma vez que, para a corte, caso a avaliação psicológica seja ordenada antes do retorno da criança, isso subverteria a natureza essencialmente sumária do procedimento de retorno. Por esse motivo, apesar das evidências citadas (histórico de violência doméstica, opinião da criança), não houve análise aprofundada do estado psicológico da criança, sendo ela imediatamente devolvida.

Ao contrário do estabelecido pela jurisprudência do Reino Unido, alguns países, como Israel, já possuem a compreensão correta de que um relatório de bem-estar da criança deve ser ordenado toda vez que a exceção de grave risco é alegada (SCHUZ, 2013). Apenas com as evidências colhidas pela corte, o retorno poderá ser analisado.

#### **4.7.2 Interpretação do Artigo 13(1)(b) por cortes americanas**

Recentemente, Edleson *et al* (2010), analisaram em múltiplas perspectivas os casos de mães sequestradoras nos Estados Unidos que foram ouvidos pela Convenção da Haia. Entre os aspectos analisados estão a questão do Artigo 13(1)(b) e do reconhecimento pelas cortes estaduais e federais da exceção ao retorno. De acordo com o autor, em apenas 26% dos casos analisados em que a defesa de grave risco – por motivos de violência doméstica – foi acionada pela mãe sequestradora a exceção foi acolhida e o retorno não foi determinado.

A análise vai ainda mais longe ao estudar os fatores que influenciaram a corte a tomar tal decisão. Foram identificados cinco fatores que parecem relevantes para o sucesso de uma alegação do Art 13(1)(b), nomeadamente:

- (1) se as crianças foram maltratadas pelos pais solicitantes;
- (2) se as crianças testemunharam violência doméstica;
- (3) se as crianças sofrem de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT);
- (4) se o agressor fez ameaças de matar as crianças ou outras pessoas e;
- (5) se havia depoimento de especialista disponível.

A Tabela 1 nos mostra a recorrência de cada um dos fatores nos casos analisados pela pesquisa.

**Tabela 1**

Determinação de Grave Risco e Presença de Fatores em Casos

<b>Casos</b>	<b>13(1)(b) utilizado</b>	<b>Total de fatores</b>	<b>Criança testemunhou VD</b>	<b>Testemunha especialista</b>	<b>Abuso infantil</b>	<b>Ameaça de Morte</b>	<b>TEPT</b>
<i>Walsh</i>	Sim	5	+	+	+	+	+
<i>Elyashiv</i>	Sim	5	+	+	+	+	+
<i>Blondin</i>	Sim	5	+	+	+	+	+
<i>Rodriguez</i>	Sim	5	+	+	+	+	+
<i>Ostevoll</i>	Sim	4	+	+	+		+
<i>Simcox</i>	Sim	4	+	+	+		+
<i>Tsarpoulos</i>	Sim	4	+	+	+		+
<i>Danaipour</i>	Sim	4		+	+	+	+
<i>DeSande</i>	Sim	3	+		+	+	
<i>Frowein</i>	Sim	3	+	+	+		
<i>Baran</i>	Sim	2	+		+		
<i>Panazatou</i>	Sim	1		+			
<i>Adan</i>	Não	3	+		+	+	
<i>Jankakis</i>	Não	3	+	+			+
<i>Aldinger</i>	Não	2	+			+	
<i>Whallon</i>	Não	2	+	+			
<i>Dalmasso</i>	Não	2	+			+	
<i>Tabachi</i>	Não	2	+	+			
<i>Hasan</i>	Não	1	+				
<i>In re DD</i>	Não	1				+	
<i>Silvermann</i>	Não	1				+	
<i>Croll</i>	Não	1	+				
<i>Wipranik</i>	Não	1			+		
<i>Perez</i>	Não	1			+		
<i>Koc</i>	Não	1	+				
<i>Ciotola</i>	Não	1		+			
<i>Prevot</i>	Não	1		+			
<i>Belay</i>	Não	0					
<i>Antunez</i>	Não	0					
<i>Antonio</i>	Não	0					
<i>Lynch</i>	Não	0					

<i>Fabri</i>	Não	0					
<i>Miller</i>	Não	0					
<i>Currier</i>	Não	0					
<b>Total</b>	<b>12</b>		<b>19</b>	<b>15</b>	<b>14</b>	<b>11</b>	<b>9</b>

Fonte: (EDLESON *et al*, 2010, p. 295-297)

A conclusão é a de que nos casos em que 4 ou 5 dos fatores supracitados estão presentes, o requerimento da mãe é normalmente bem-sucedido. Em contrapartida, nos casos em que apenas 3 ou menos desses fatores estão presentes, o insucesso da exceção e consequente retorno da criança é bem mais provável.

Em geral, a visão das cortes americanas em relação ao não retorno em casos de violência doméstica ainda é de relutância. A utilização de critérios para o estabelecimento do Artigo 13(1)(b) ignora que o melhor interesse da criança está conectado à constatação de presença de violência doméstica *inter adultos* e não a fatores e pormenores de cada caso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento das primeiras relações familiares se deu pela submissão dos membros da família ao poder do pater. Desde então, a história da família se confunde com a história da perpetuação do poder patriarcal e, conseqüentemente, da dominância masculina. A instituição matrimonial, por exemplo, surge como reafirmação deste poder através da paternidade.

O exercício da paternidade, indubitavelmente, faz parte do processo de reprodução e perpetuação do patriarcado na história. A forma particular com a qual o homem exerce autoridade sobre os outros membros da família cria uma forte e abrangente categoria de dominação, que pode ser percebida em todos os âmbitos da vida.

Na sociedade patriarcal, não só as mulheres, mas também as crianças são vistas como pessoas inferiores, sofrendo abusos de todas as espécies e um controle social ímpar, estabelecido pela obediência.

Na contramão da dominação patriarcal, surgem os estudos sobre os menores e o estabelecimento de seus direitos com base na Doutrina da Proteção integral. Tal doutrina busca, através da fixação de princípios e fundamentos, uma superação da visão pré-industrial da infância inexistente e da visão moderna do menor incapaz. A afirmação da criança e do adolescente como sujeito de direitos trouxe à tona o Princípio do Melhor Interesse da Criança, com o objetivo de garantir que os instrumentos de proteção à criança sejam pensados com base e seu bem-estar.

A visão proposta pela presente monografia tem como suporte a importância dos tratados de direito internacional privado no estabelecimento de uma sociedade menos influenciada pela força do patriarcado, que cria desigualdades em um processo cíclico. Compartilha-se aqui a posição do autor no sentido de que a proteção às mulheres e crianças em litígios que envolvem entes privados no âmbito internacional é basilar ao desenvolvimento da cooperação em termos de direito internacional privado.

Imprime-se nessa afirmação o entendimento de que o combate à violência doméstica *inter adultos* e aos abusos sofridos pelas crianças de forma separada, ignorando que ambos os problemas se relacionam e se reproduzem de forma histórico-social através do patriarcado, corre o grande risco de deteriorar os objetivos dos grandes tratados e protocolos internacionais sobre ambos os temas.

É o caso da Convenção da Haia de 1980, convenção estabelecida com base no Princípio do Melhor interesse da criança que, ao se debruçar sobre a crescente problemática do sequestro interparental internacional de crianças, selecionou o retorno imediato e a recuperação do status quo imediatamente anterior à remoção ilícita como solução para a problemática.

No entanto, é axiomático o descompasso existente entre o retorno da criança e o princípio do melhor interesse em determinados casos. De fato, o remédio encontrado pela Convenção da Haia possui defeitos, muitos deles acertadamente adereçados pelo próprio documento, que antecipa situações em que o retorno imediato da criança não garante o seu maior interesse.

Afirmar que as cláusulas de exceção à restituição diminuem a força ou efetividade da Convenção é ignorar o princípio-guia de tal tratado.

Diminuir a importância de tais artigos ou obstruir sua utilização em determinados casos, em prol do funcionamento mecânico de um instrumento de retorno, é ignorar a força volitiva que resultou na criação da Convenção.

A interpretação que adiciona a exposição à violência doméstica no rol de motivos para se acionar o Artigo 13(1)(b), que trata da oposição ao retorno por risco grave de a criança ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, leva em conta o melhor interesse da criança, que é o de que a sua mãe não sofra violência doméstica. E não são os danos diretamente causados à mãe que justificam a proposição de tal afirmação. Afinal, como provam os estudos de cunho psicológico, os traumas da violência da mãe também são diretamente sofridos pela criança.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOTT, Craig; BARADARAN, Laila; GUTERMAN, Eva; LAMB, Michael; STERNBERG, Kathleen. Type of violence, age, and gender differences in the effects of family violence on children's behavior problems: A mega-analysis. *Developmental Review*, v. 26, n. 1, 2006, pp. 89-112.

ADAMS, Julia. The rule of the father: patriarchy and patrimonialism in early modern Europe. In CAMIC, Charles; GORSKI, Philip; TRUBEK, David M. (Org.). *Max Weber's Economy and Society: A critical companion*. Stanford: Stanford University Press, 2005. p. 237-66.

ALANEN, Leena. "Intersectionality" and other challenges to theorizing childhood. *Childhood*, v. 23, n. 2, p. 157-161, 2016.

ARRUDA, João. Primeira lição sobre direitos de família. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 15, jul. 1909, p. 145-157. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/download/65085/67696>>. Acesso em: 01 de out. 2018.

AZEVEDO, F. V. M. Cuidados e negligência na infância: o que pensam os pais de crianças hospitalizadas. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011.

BARRETT, Michèle. *Women's oppression today: problems in Marxist feminist analysis*. London: Verso. 1980.

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

BELL, John. *Understanding Adultism: A Key to Developing Positive Youth-Adult Relationships*. Olympia, Washington: The Freechild Project. Março, 1995. Disponível em: <[http://actioncivics.scoe.net/pdf/Understanding\\_Adultism.pdf](http://actioncivics.scoe.net/pdf/Understanding_Adultism.pdf)>. Acesso em: 4 out. 2018.

BELLUSCIO, César Augusto. *Manual de Derecho de família*. 6 ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.

BEN-ARIEH, Asher; HENDELSMAN, Yael; KOSHER, Hanita. *Children's Rights and Social Work*. SpringerBriefs in Rights-Based Approaches to Social Work. Gewerbestrasse: Springer. 2016.

BERNETT, William. Understanding the reality of parental alienation. *L'Encéphale*, v. 43 n. 6, p. 507-509, 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. RJ: Ed. Campus, 1992.

BOYKIN, M. A Comparison of Japanese and Moroccan Approaches in Adopting the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Fam. LQ*, v. 46, p. 451, 2012.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de nov. de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, Brasília, 1990.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, Brasília, 2000.

CRENSHAW, Kimberlé Williams. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, n. 14, p. 538-554, 1989.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIECI, Alice. Balancing the principle of the best interest of the child with the right to be heard: an ongoing challenge from an international perspective. *Jura Gentium*. 2017. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/dieci.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

EDLESON, Jeffrey; LINDHORST, Taryn; LOPES, Luz; MEHROTRA, Gita; SHETTY, Sudha; VESNESKI, William. Multiple Perspectives on Battered Mothers and their Children Fleeing to the United States for Safety: A Study of Hague Convention Cases. Final Report: Hague Convention and Domestic Violence, 2010. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/232624.pdf>>. Acesso em 29 Nov. 2018.

FAULKNER, N. Parental Child Abduction is Child Abuse. In: *United Nations' Committee on the Rights of the Child*, 1999.

FLASHER, J. Adultism. *Adolescence*, v. 13, n. 51, p. 517-523, 1978.

GARIMELLA, S. L. International Parental Child Abduction and the Fragmented Law in India — Time to Accede to the Hague Convention?. *Macquarie Law Journal*, v. 38, 2017.

GREIF, Geoffrey; HEGAR, Rebecca. *When Parents Kidnap: The Families Behind the Headlines*. New York: The Free Press, 1993.

GERTH, Hans; MILLS; C. Wright. *From Max Weber: Essays in Sociology*. New York: Oxford University Press, 1958.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW [HCCH]. 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: HCCH Publications, 2011. pp. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>>. Acesso em: 20 de nov. 2018.

HALLER, L.H.; SCHETKY, D.H. Child Psychiatry and Law: Parental Kidnapping. *Journal of the American Academy of Child Psychiatry*, v. 22, p. 279-285, 1983.

HOOD-WILLIAMS, John. "Patriarchy for Children: On the Stability of Power Relations in Children's Lives." in BROWNE, Phillip; BRUCHNER, Peter; CHISHOLM, Lynne; KRUGER, Heinz-Hermann (Org.). *Childhood, Youth, and Social Change. A Comparative Perspective*. New York: The Falmer Press, 1990. p. 155–71.

HUNTINGTON, Dorothy. Parental kidnapping: A new form of child abuse, 1982. Disponível em: <[http://takeroot.org/ee/pdf\\_files/library/Huntington\\_1982.pdf](http://takeroot.org/ee/pdf_files/library/Huntington_1982.pdf)> Acesso em 15 fev 2018.

INCADAT. Re W. (A Child) [2004] EWCA Civ 1366. United Kindom - England and Wales. 2004. Disponível em: <<https://www.incadat.com/en/case/771>>. Acesso em 29 Nov. 2018.

KANDIYOTI, Deniz. Bargaining with Patriarchy. *Gender and Society*, v. 2, n. 3, p. 274-290, 1998.



LEANDRO, Maria Engrácia. Transformações da família na história do Ocidente. *THEOLOGICA*, 2.<sup>a</sup> Série, v. 41. 2006, p. 51-74. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/12875>> . Acesso em: 01 de out. 2018.

LOGAN, Emily. 2008 Janusz Korczak Lecture “The child’s best interest: a generally applicable principle”. Estocolmo: Commissioner for Human Rights. 2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MILLETT, Kate. Política Sexual. Tradução de Alice Sampaio et.al. Lisboa: Dom Quixote, 1970.

MIRKIN, Harris. “The Passive Female: The Theory of Patriarchy”. *American Studies*, v. 25.2, 1984, 39-57. Disponível em: <<https://journals.ku.edu/amerstud/article/view/2566>>. Acesso em: 04 de out. 2018.

OPTIZ, Claudia. O quotidiano da mulher no final da Idade Média (1225 - 1500). In: KLAPISCH - ZUBER, Christiane. Histórias das mulheres no ocidente: a Idade Média. Porto: Afrontamento, 1993.

PAPADIMOS, Thomas; STAWICKI, Sanislaw; STOICEA, Nicoleta; STAVOUSSIS, Areti. Child-Witnessed Domestic Violence and its Adverse Effects on Brain Development: A Call for Societal Self-Examination and Awareness. *Frontiers in Public Health*, v. 178, n. 2, 2014.

PATEMAN, Carole. O contrato sexual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PÉREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. In: Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), tome III, Child abduction. Haia: HCCH Publications, 1981. pp. 326-376. Disponível em: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=publications.details&pid=2779](http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779)> . Acesso em: 20 de nov. 2018.

POLI, Luciana Costa; POLI, Leonardo Macedo. A família contemporânea: reflexões sobre o casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionais. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*, v. 33.1, jan./jun. 2013, p. 165-186.

REAVEY, Paula; WARNER, Sam. Introduction. New feminist stories of child sexual abuse: sexual scripts and dangerous dialogues. Londres: New York Routledge, p. 2, 2003.

REYNOLDS, S. E. International parental child abduction: Why we need to expand custody rights protected under the Child Abduction Convention. *Family Court Review*, v. 44, n. 3, p. 464-483, 2006.

RICH, Adrienne. *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution*. London: Virago, 1976.

SANDRONI, P. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1999.

SCHUZ, Rhona. *The Hague Child Abduction Convention, A Critical Analysis*. Oregon: Hart Publishing, *Studies in Private International Law*, v. 13, 2013.

SOUSA, Itamar. A Mulher na Idade Média. *Revista FARN, Natal*, v.3, n.1/2, p. 159 - 173, jul. 2003/jun. 2004.

UNITED NATIONS. Declaration of the Rights of the Child A/RES/1386(XIV). Sessão 14, Resolução 1386. 1959.

WARSHAK, Richard A. Payoffs and Pitfalls of Listening to Children. *Family Relations*, v.52, n. 4, p. 373-384, 2003.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: UnB, 1999. v. 2.

ZERMATTEN, Jean. The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function. *International Journal of Children's Rights*, v. 18, pp. 483–499. 2010.