



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**Faculdade de Direito**

Bianca Abrahami Pinto da Cunha

**A PERSPECTIVA DOS PAÍSES ISLÂMICOS NA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980  
SOBRE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS**

Brasília

2017

Bianca Abrahami Pinto da Cunha

**A PERSPECTIVA DOS PAÍSES ISLÂMICOS NA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980  
SOBRE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade de Brasília como requisito parcial  
para a obtenção do título de Bacharela  
em Direito.

Orientador: Professor Paulo Cesar Villela Souto  
Lopes Rodrigues

Brasília

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

### **FICHA CATALOGRÁFICA**

**Abrahami Pinto da Cunha, Bianca**

A perspectiva dos países islâmicos na Convenção da Haia de 1980 sobre Subtração Internacional de Crianças

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Orientador: Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; Convenção da Haia de 1980; Subtração Internacional de Crianças; Países Islâmicos; Perspectivas.

Bianca Abrahami Pinto da Cunha

**A PERSPECTIVA DOS PAÍSES ISLÂMICOS NA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980  
SOBRE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade de Brasília como requisito parcial  
para a obtenção do título de Bacharela  
em Direito.

Orientador: Professor Paulo Cesar Villela Souto  
Lopes Rodrigues

Aprovada em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues  
Orientador

---

Professora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias  
Membro

---

Thássila Rocha Uatanabe  
Membro

---

Guilherme Del Negro Barroso Freitas  
Suplente

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, que sempre me apoiou incondicionalmente e acreditou no meu potencial. Em todos os momentos difíceis dessa jornada, esteve presente e me deu suporte, me fazendo acreditar que tudo sempre dará certo no final. Obrigada por me ensinar que devemos sempre lutar pelo o que é certo e que devemos ter voz para se posicionar perante o mundo. Uma das razões pelas quais entrei nesse curso foi por essa vontade de ter voz que você me deu.

Agradeço ao meu pai, que sempre me inspirou e me inspira cotidianamente com seu amor pela vida acadêmica. O seu esforço e dedicação ao trabalho me fazem querer ser o seu espelho. Não apenas fruto de uma linha de brilhantes e reconhecidos engenheiros, mas também um reconhecido professor pela Universidade de Brasília e por seus alunos. Graças a você tenho amor à academia e quero sempre me superar e buscar cada vez mais profissionalmente. Uma das razões pelas quais entrei nesse curso foi por esse amor à intelectualidade que você me deu.

Agradeço ao meu irmão, que representa o maior amor que sinto por alguém nesta vida. Obrigada pelo companheirismo e pelos momentos de desconcentração, principalmente quando tudo parecia uma cinza rotina. Você é o meu melhor amigo e o amor da minha vida, e, se há algum motivo para seguir em frente nesses dias cinzas, é -e sempre foi- por você.

Agradeço aos outros membros da minha família que me apoiam e me amam incondicionalmente, mesmo com a distância. Não tenho espaço suficiente para citar todo o amor e carinho que tenho por vocês. Por isso, apesar de deixar registrado em poucas palavras minha homenagem, vocês sabem quem são e o que eu sinto por vocês.

Agradeço a meus amigos, principalmente os que me apoiaram e permaneceram em minha vida durante todo esse período. Eu não teria conseguido ter memórias tão incríveis nessa universidade sem vocês. E também eu não teria tido um aproveitamento intelectual tão grande do curso sem vocês.

Agradeço à Universidade de Brasília, seu corpo docente, direção, administração e demais funcionários, que me permitiram completar uma formação riquíssima nos últimos cinco anos.

Agradeço aos membros da banca Thássila e Guilherme, que se dispuseram prontamente em participar desse momento tão especial para mim. Também agradeço à professora Inez, que além de ter aceito participar desse momento, me inseriu no mundo do Direito Internacional Privado e me inspirou em todas as aulas, com o seu carinho, sabedoria e paixão pela área. Obrigada pela companhia em salas de aulas e em congressos. Certamente minha graduação não teria sido a mesma sem você.

Por fim, agradeço ao professor Paulo, que me deu a honra de tê-lo como orientador e me inspirou em todas as aulas de Direito Internacional Público. Admiro muito sua sabedoria e paixão pela área, de modo que contribuiu para que eu quisesse me aprofundar cada vez mais na área internacional do direito. Obrigada pela paciência durante esse percurso e pela orientação, possibilitando a conclusão deste trabalho.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

*Treine enquanto eles dormem, estude enquanto eles se divertem, persista enquanto eles descansam e, então, viva o que eles sonham.*

(Provérbio japonês)

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar a perspectiva dos países islâmicos na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Para tanto, estudou-se, primeiramente, a convenção: o histórico, o texto legal, os objetivos, e os princípios. Em seguida, o direito islâmico foi analisado para compreender o que os países que o aplicam subentendem pelo melhor interesse da criança. Além disso, foi importante conhecer as particularidades do direito de família desses países para que se pudesse investigar qual o papel dos países islâmicos na convenção e qual o futuro deles nesse instrumento internacional. Para esse estudo, os seguintes países foram utilizados como base: Egito, Iraque, Paquistão e Tunísia. Superada essa fase da pesquisa, o princípio do melhor interesse da criança foi analisado sob a perspectiva ocidental e islâmica e, por meio da comparação, pode-se entender se ambos os países têm capacidade de aplicar a convenção de modo uniforme. Por fim, obtiveram-se conclusões sobre a perspectiva e sobre o futuro dos países islâmicos na Convenção da Haia de 1980.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Internacional Privado; Convenção da Haia de 1980; Subtração Internacional de Crianças; Países Islâmicos; Perspectivas.

## **ABSTRACT**

The purpose of this work is to analyze the perspective of the Islamic countries in the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, concluded in Hague on 25 October 1980. First of all, the convention was studied: the history, the legal text, the goals, and the principles. Then, Islamic law was studied to understand what the countries that apply it understand by the best interests of the child. In addition, it was important to know the particularities of the family law of these countries so that one could investigate the role of the Islamic countries in the convention and their future in this international instrument. For this study, the following countries were used: Egypt, Iraq, Pakistan and Tunisia. After this phase of the research, the principle of the best interest of the child was analyzed from a Western and Islamic perspective and, through comparison, one can understand whether both countries have the ability to apply the convention uniformly. Finally, conclusions were reached on the perspective and future of the Islamic countries in the 1980 Hague Convention.

**KEYWORDS:** International Private Law; 1980 Hague Convention; International Child Abduction; Islamic Countries; Perspectives.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS .....</b>	<b>14</b>
<b>1.1. O surgimento da Convenção da Haia de 1980 .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2. Inadequação do termo “sequestro” no título da convenção .....</b>	<b>16</b>
<b>1.3. Os objetivos da convenção .....</b>	<b>17</b>
<b>1.4. Os princípios da convenção .....</b>	<b>18</b>
<b>1.5. As exceções dos art. 12 e 13 à restituição da criança ao seu país de residência habitual</b> <b>19</b>	
<b>1.6. O procedimento .....</b>	<b>20</b>
<b>1.7. Formas de garantir a uniformidade na interpretação da Convenção da Haia de 1980 e de prevenir mais casos de subtração internacional de crianças .....</b>	<b>22</b>
<b>2. O DIREITO ISLÂMICO: EGITO, IRAQUE, PAQUISTÃO E TUNÍSIA.....</b>	<b>25</b>
<b>2.1. Egito .....</b>	<b>25</b>
2.1.1. Histórico.....	25
2.1.2. Guarda e Custódia.....	26
2.1.3. Inovações importantes em prol do melhor interesse da criança .....	27
2.1.4. Problemas à consolidação do princípio .....	28
<b>2.2. Iraque.....</b>	<b>29</b>
2.2.1. Histórico.....	29
2.2.2. Guarda e Custódia.....	31
2.2.3. Inovações importantes em prol do melhor interesse da criança .....	33
2.2.4. Problemas à consolidação do princípio .....	35
<b>2.3. Paquistão .....</b>	<b>36</b>
2.3.1. Histórico .....	36
2.3.2. Guarda e Custódia .....	38
2.3.3. Inovações importantes em prol do melhor interesse da criança.....	40
2.3.4. Problemas à consolidação do princípio .....	41
<b>2.4. Tunísia .....</b>	<b>41</b>
2.4.1. Histórico.....	41
2.4.2. Guarda e Custódia.....	43
2.4.3. Inovações importantes em prol do melhor interesse da criança .....	44
2.4.4. Problemas à consolidação do princípio .....	45
<b>3. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA .....</b>	<b>45</b>

<b>3.1. Definição.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2. O princípio para os países ocidentais.....</b>	<b>47</b>
<b>3.3. O princípio para os países islâmicos .....</b>	<b>49</b>
<b>3.4. Críticas à interpretação e à aplicação do princípio.....</b>	<b>51</b>
3.4.1. Problemas gerados pela interpretação diferenciada do princípio .....	51
3.4.2. Problemas na aplicação do princípio pela Convenção da Haia de 1980 .....	56
<b>4. A PERSPECTIVA DOS PAÍSES ISLÂMICOS NA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980</b>	<b>58</b>
<b>4.1. As Conferências de Malta e sua importância para a entrada de países islâmicos na</b>	
<b>Convenção da Haia de 1980 .....</b>	<b>58</b>
<b>4.2. Os fatores que geram a falta de uniformidade da aplicação da Convenção da Haia de</b>	
<b>1980 .....</b>	<b>60</b>
<b>4.3. O paradoxo entre a utopia da uniformidade e a necessidade da sua busca .....</b>	<b>62</b>
<b>4.4. O problema da divergência na interpretação do melhor interesse da criança</b>	<b>64</b>
<b>4.5. A importância do diálogo como a solução para minimizar os conflitos e promover a</b>	
<b>efetividade da Convenção da Haia de 1980 .....</b>	<b>67</b>
<b>4.6. As exceções dos arts. 13b e 20 da Convenção da Haia de 1980 e seus efeitos nos casos</b>	
<b>de subtração internacional de crianças envolvendo países islâmicos .....</b>	<b>68</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>74</b>

## INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade da Haia, em 25 de outubro de 1980, foi criada com o objetivo de garantir o retorno da criança ilegalmente subtraída de seu país de origem e o respeito aos direitos de guarda e visita.

A criação desse instrumento internacional que coloca o bem-estar da criança como prioridade é de extrema importância, pois, com o aumento do número de famílias transnacionais, também aumentou o número de casos de subtração internacional de crianças. Além disso, a necessidade surge do fato de que a criança é a parte fraca da relação com os seus pais, e que seus direitos básicos devem ser assegurados independentemente da vontade dos progenitores.

Apesar de considerado como o mais bem-sucedido instrumento de direito de família elaborado pela Conferência da Haia, ainda há vários países que não fazem parte da convenção. Problemas envolvendo Estados não-signatários são muito complicados e, muitas vezes, não se sabe como solucioná-los, especialmente quando envolvem outra cultura e ideologia.

O quadro tem se alterado ao se constatar que vários países com culturas e ideologias completamente diferentes das ocidentais têm entrado na Convenção da Haia de 1980. Deve-se ressaltar que, atualmente, há 98 (noventa e oito) países-membros da convenção e, somente este ano, o Paquistão e a Tunísia se tornaram Estados-parte (1º de março e 1º de outubro, respectivamente). Sem mencionar que há outros países islâmicos que também já faziam parte, como o Iraque, Marrocos, Turquia, entre outros.

O motivo pelo qual cada vez mais países islâmicos têm entrado na convenção é a existência de maior comunicação mundial. Essa comunicação é realizada com foco nos Estados que aplicam a *sharia*, por meio dos encontros chamados de “Malta Process”. Nesses encontros, busca-se o diálogo entre os países-membros da convenção e os países não-signatários cujas leis se baseiam no direito islâmico.

A comunicação é essencial para promover a cooperação transfronteiriça nos conflitos de direitos de família envolvendo crianças e procurar soluções para esses dilemas. O “Malta Process” surgiu em março de 2004 e, desde então, encontros têm sido realizados para tentar minimizar as diferenças entre os diversos sistemas legais na área de família.

Tendo constatado o recente ingresso de diversos países islâmicos e a recente criação do “Malta Process”, a pesquisa teve como foco esses países. O interesse primordial foi entender se

há condições desses países que aplicam a *sharia* no seu direito de família compatibilizar suas ideologias com as ideologias ocidentais presentes na convenção, e qual a perspectiva e o futuro dessas nações dentro da convenção.

É um tema difícil, pois se devem analisar questões culturais que nem sempre são bem aceitas aos olhos da cultura ocidental, além de ser preciso um estudo como base do direito islâmico como um todo. O direito islâmico é diverso entre os países que o aplicam, porém raízes da *sharia* se perpetuam e se repetem em muitos deles. Justamente para não pecar por se basear em apenas um direito de família de um país islâmico específico, foram analisados os direitos de família de quatro países islâmicos completamente diferentes: o Egito, o Iraque, o Paquistão e a Tunísia.

Foi de propósito que se optou por utilizar os três últimos países citados, afinal, eles fazem parte da convenção. Ademais, os dois últimos acabaram de se tornar Estados-parte e, portanto, o tema se encontra extremamente atual. O Egito foi utilizado no presente trabalho para contribuir para a análise do direito de família islâmico e, por ser um país que ainda não entrou na convenção, se contrasta com os outros estudados.

Saber o futuro desses países na Convenção da Haia de 1980 é de extremo interesse da comunidade internacional, sendo também de interesse das partes envolvidas nos casos de subtração internacional de crianças envolvendo países islâmicos. Muitos desses casos ainda não possuem uma solução, muito menos uma solução previsível. E muitos juízes ainda não sabem como lidar com casos que se enquadram nesse modelo.

A entrada de países islâmicos na convenção pode contribuir para que diminua a quantidade de casos de subtração internacional de crianças envolvendo esses países ou que, ao menos, quando ocorrerem, tenham solução previsível e que respeite o bem-estar da criança subtraída.

É essencial analisar o futuro desses países na convenção, para que as crianças subtraídas parem de ficar desamparadas e para que se possa garantir a prioridade de seus direitos. Por isso, apesar de ser um tema complexo, no qual se encontram diversas variáveis polêmicas, deve ser estudado, e este trabalho pretende debater algumas dessas variáveis e trazer alguma perspectiva, mesmo que ainda tímida e inicial, para o futuro da convenção com os países islâmicos.

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

### 1.1. O surgimento da Convenção da Haia de 1980

As grandes guerras mundiais do século XX violaram massivamente os direitos humanos. Após esse período, percebeu-se a necessidade de conceder a guarda desses direitos a uma entidade superior aos Estados, já que eles não tinham a capacidade de garantir o bem-estar humano<sup>1</sup>.

O século XX foi permeado de tentativas de consolidar esses direitos, incluindo os direitos da criança. Em 1948, por exemplo, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instituindo a universalidade de direitos a todos os seres humanos.

A necessidade da criação de um instrumento internacional que colocasse os direitos da criança como prioridade surgiu da constatação de que ela é a parte fraca da relação com seus pais, e que seus direitos básicos deveriam ser assegurados independentemente da vontade dos progenitores. Por isso, em 1959, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração dos Direitos da Criança, que define os direitos a “proteção, educação, assistência médica, habitação e nutrição adequada”. Há importante inovação, por meio da qual a criança passa a ser o sujeito dos direitos e não mais a parte passiva. Em 1989, foi aprovada a Convenção sobre os Direitos da Criança, considerado o principal tratado de direitos humanos sobre a proteção dos direitos da criança<sup>2</sup>.

Surgiu a necessidade de regular outro fenômeno relacionado aos direitos da criança: casos de subtração internacional de crianças.

A subtração internacional de crianças é “o ato de transferência ou retenção ilícita da criança em país diferente daquele em que a criança detinha residência habitual, sem o consentimento de um dos genitores (pai ou mãe), responsáveis legais ou autorização judicial”<sup>3</sup>. Ocorre frequentemente com pais de nacionalidades diversas. Com a dissolução matrimonial,

---

<sup>1</sup> MARTINS, Natália Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retomo previstas na convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças - interpretação judicial da adaptação da criança. 1ª ed. Curitiba, PR: CRV, 2013, p. 32.

<sup>2</sup> Ibid., p. 33 e 34.

<sup>3</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, Governo Federal. **Subtração Internacional de Menores**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional>>. Acesso em: 04/11/2017.

um dos genitores pode trazer a criança para seu país de origem ou retê-la naquele país depois de uma visita.

Os motivos pelos quais ocorre a subtração internacional de crianças são vários, dentre eles custódia desfavorável; medo de perder a custódia; vingança contra o outro cônjuge; abuso por membros da família<sup>4</sup>.

O número de casos de subtração de crianças está aumentando a cada ano<sup>5</sup>. Vários fatores foram os responsáveis por isso: o aumento de famílias transnacionais, a globalização, a maior mobilidade de pessoas, as intensas migrações, a melhora da tecnologia, entre outros. Enquanto isso, a evolução no direito de família também possibilitou a ocorrência de mais divórcios e de crianças nascidas fora da relação matrimonial.

A criação de um instrumento internacional para amenizar a ocorrência desses casos se mostrou fundamental. Nádia Araújo explica com clareza o motivo dessa necessidade:

O fenômeno mais dramático da separação de casais de nacionalidades diversas é o aumento de casos em que um dos pais retira o menor do país de sua residência habitual sem a permissão do outro. É uma situação típica da vida moderna, onde a maior mobilidade do indivíduo resulta em inúmeros casamentos internacionais, ou em crianças advindas de relacionamentos fortuitos, em que a família não se estruturou legalmente. O alto índice de divórcios na atualidade é fator complicador dessa situação. Até alguns anos essa situação não apresentava solução satisfatória e a maioria dos países tendia a reter o seu nacional, ainda que a criança tivesse ingressado através de um ato ilícito. Além disso, uma das maiores dificuldades era a localização do menor, já que os Estados não dispunham de mecanismos de cooperação internacional nessa matéria<sup>6</sup>.

Foi nesse contexto que, nos anos 1970, a Conferência da Haia iniciou as discussões sobre subtração internacional. Em setembro de 1979, uma comissão especial se reuniu na Haia para preparar o projeto. Após muitas negociações, surgiu a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980, que pretende garantir o retorno da criança que foi ilegalmente subtraída de seu país de origem e o respeito aos direitos de guarda e visita<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> MILLER, J. Mitchell et al. Examining child abduction by offender type patterns. [S.L]: **Justice Quarterly**, v. 25, n. 3, 2008.

<sup>5</sup> WALSH, Michael R.; SAVARD, Susan W. International Child Abduction and the Hague Convention. [S.L]: **Barry L. Rev.**, v. 6, p. 29, 2006, p. 29.

<sup>6</sup> ARAUJO, Nádia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 6ª ed, Porto Alegre: Revolução eBook, edição Kindle, 2016, cap. IV, subitem 18, n.p.

<sup>7</sup> Ibid., cap. IV, subitem 18.2.1, n.p.

A criação da convenção foi de extrema importância. Natália Camba Martins demonstra com propriedade o motivo pelo qual a concepção da Convenção da Haia de 1980 foi indispensável:

As crianças não são propriedades de seus pais. São sujeitos de direitos que, por suas características especiais, precisam de proteção diferenciada. As discussões entre os genitores, bem como a vontade unilateral de um deles (de alterar o local de residência, por exemplo), não podem ser impostas, de maneira absolutamente livre e descompromissada, à criança. É ela a maior vítima da transferência e/ou retenção perpetradas: ela sofre por perder, de repente, seu equilíbrio, sendo separada de um dos genitores que sempre viu ao seu lado, passando a sentir as incredulidades, frustrações e dificuldades que resultam da necessidade de se adaptar a novas condições culturais, a um novo idioma e, muitas vezes, a uma nova família, situação que lhe é estranha e, no mais das vezes, traumática<sup>8</sup>.

Atualmente, há 98 (noventa e oito) Estados-parte da convenção<sup>9</sup>. Afinal, como constata a autora, a convenção é o instrumento de direito de família elaborado pela Conferência da Haia mais bem-sucedido<sup>10</sup>.

## **1.2. Inadequação do termo “sequestro” no título da convenção**

O termo “sequestro” utilizado no título do texto brasileiro para se referir à Convenção da Haia de 1980 é criticado devido a sua correspondência à matéria penal. Porém, não deveria remeter ao âmbito penal, mas sim à civil.

Natália Camba Martins aduz que não se trata de sequestro, e que, apesar de esse termo ter sido utilizado no título da convenção, não se repetiu em nenhum dos dispositivos do texto legal. Explica o motivo:

Embora o termo “sequestro” em vernáculo (e “kidnapping” em inglês - versão de negociação) aparentemente referir-se à remoção de uma criança por um desconhecido, para fins de ganho material, em verdade esta convenção trata de disciplinar os aspectos civis da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, perpetrada, em regra, por um de seus genitores, em infração ao “direito convencional de guarda” titularizado pelo outro genitor (ou por ambos).

Sabe-se que muitos países sancionam, penalmente, a remoção de uma criança de seu local de residência sem o consentimento do guardião legal. No entanto, muitos especialistas são contrários à aplicação do Direito Penal em face de um problema essencialmente familiar. Além disso, o estatuto da Conferência da Haia refere-se ao Direito Internacional Privado o que pode gerar dificuldades à inclusão de discussões penais. Os remédios de natureza penal devem ser

---

<sup>8</sup> MARTINS, op. cit., p. 50 e 51.

<sup>9</sup> HCCH. **Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24>>. Acesso em: 04/11/2017.

<sup>10</sup> MARTINS, op. cit., p. 52.

explorados, no caso de subtração internacional de crianças, apenas quando todas as alternativas civis e diplomáticas tenham sido cuidadosamente analisadas e exauridas ou quando estas não estiverem disponíveis. Em especial, tais medidas não devem ser aplicadas quando levarem a não incidência da Convenção da Haia de 1980 ao caso<sup>11</sup>.

Portanto, o termo gera conflitos e debates na academia. A palavra mais adequada pela qual se deveria trocar o termo “sequestro” seria “subtração”. Ao se comparar com a terminologia dos outros países, percebe-se que optaram por utilizar termos que não remetam necessariamente a uma conotação penal. Nos países de língua espanhola, utiliza-se *sustracción* (subtração, em português); nos de língua francesa, *enlèvement* (retirada, em português); e nos de língua inglesa, *abduction* (abdução, em português)<sup>12</sup>.

### 1.3. Os objetivos da convenção

Os objetivos da convenção<sup>13</sup> encontram-se presentes no art. 1: “a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante”.

Quando a criança é retirada de sua residência habitual para outro país, há uma quebra na rotina do menor, que já se encontrava acostumado com seu local de origem. Por isso o retorno da criança é prioridade, para que ela possa retornar a sua vida anterior à subtração.

Autores como Eran Sthoerger<sup>14</sup> e Rhona Schuz<sup>15</sup> acreditam que o objetivo principal da convenção seja o retorno da criança ao seu país de residência habitual. Esse propósito estaria acima, inclusive, do princípio do melhor interesse da criança em alguns casos, questão polêmica que será tratada mais à frente no capítulo 3.

Ademais, a convenção também visa proteger os direitos de custódia e de visita. O art. 5 define custódia como “o direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa, e, em

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 56.

<sup>12</sup> MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. **Direitos da Criança**: o Brasil e a Convenção sobre Os Aspectos Civis Do Sequestro Internacional De Crianças. 2005. 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Internacionais), Centro Universitário UNICEUB, Brasília, p. 83 e 84.

<sup>13</sup> BRASIL. Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm)>. Acesso em: 04/11/2017.

<sup>14</sup> STHOEGGER, Eran. International Child Abduction and Children's Rights: Two Means to the Same End. [S.L]: **Mich. J. Int'l L.**, v. 32, 2010, p. 522-526.

<sup>15</sup> SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. [S.L]: **Transnat'l L. & Contemp. Probs.**, v. 12, 2002, p. 439.

particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência”, enquanto a guarda seria “o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside”. Essa previsão objetiva garantir o acesso de ambos os pais aos filhos, mesmo que estes se encontrem em outro país.

Alguns autores são muito céticos com relação à efetividade da convenção. Michael Walsh e Susan Savard, por exemplo, acreditam que alguns países se empenham em colocar em prática os objetivos do instrumento, enquanto outros não, de modo que há discrepância na aplicabilidade entre os países e não há garantia de que a convenção será de fato cumprida. Isso ocorre porque cada país tem sua soberania e está apto a escolher se retornará a criança ou não ao seu país de origem. Quando se trata de país não-signatário, alegam ser quase impossível o retorno da criança, especialmente se for algum dos países islâmicos<sup>16</sup>.

#### **1.4. Os princípios da convenção**

Os princípios norteadores da convenção se encontram no preâmbulo: o melhor interesse da criança; a proteção internacional da criança dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas; o estabelecimento de procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual; e a proteção do direito de visita dos pais e parentes.

O conceito de residência habitual é importante quando se analisa a convenção, porém esta não o definiu. Como a interpretação permaneceu em aberto, alguns fatores são levados em consideração quando se busca descobrir qual a residência habitual da criança: cultura, educação e experiências sociais<sup>17</sup>. O critério é o mesmo para a exceção do art. 12. Ou seja, a criança não retornará ao país de origem se está inserida culturalmente no novo local; se faz parte do sistema educacional do país; e se tem vínculos sociais, como amigos e família<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> WALSH, Michael R.; SAVARD, Susan W. International Child Abduction and the Hague Convention. [S.L]: **Barry L. Rev.**, v. 6, p. 29, 2006, p. 32 e 46.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 39.

Além disso, como diz Nádia de Araújo, “o direito local sempre tem a última palavra sobre as regras qualificadoras. Portanto, para qualificar a residência habitual utilizar-se-á a noção do direito brasileiro”<sup>19</sup> (em caso de conflitos com o Brasil).

Os princípios também estão presentes no art. 20, que garante que a criança não precisará retornar ao país de origem se o retorno não for compatível “com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”<sup>20</sup>. Há exceções em que o retorno não é possível pois conflitaria com os direitos fundamentais. Sobre o assunto, Nádia de Araújo alega que:

Constitui direito fundamental, protegido pela Constituição, o princípio da proteção do melhor interesse da criança. Seu efeito irradiador atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser seguido quando postos em causa os interesses da criança. Sua penetração no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais. Por isso, na aplicação da Convenção, o magistrado precisa ter em mente a aplicação do princípio da proteção de forma ampla<sup>21</sup>.

### **1.5. As exceções dos art. 12 e 13 à restituição da criança ao seu país de residência habitual**

As exceções que justificam o não retorno da criança estão presentes nos arts. 12 e 13 da convenção.

O art. 12 prevê que a criança deverá retornar ao seu país de residência habitual, mesmo que já tenha sido transcorrido o período de 1 (um) ano entre a data da subtração e o início do processo, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Brigitte Bodenheimer alega que a limitação de tempo de 1 (um) ano para requerer o retorno da criança é muito curto, pois há casos em que o abductor se muda com a criança tantas vezes que impede com que o requerente a encontre para consolidar o pedido de retorno. Com isso, várias situações injustas podem ocorrer, de modo a beneficiar o abductor por sua própria torpeza. Nessas circunstâncias, a Autora sugere a ampliação do prazo para 2 (dois) anos<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 6ª ed, Porto Alegre: Revolução eBook, edição Kindle, 2016, cap. IV, subitem 18.2.1, n.p.

<sup>20</sup>BRASIL. Decreto n. 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm)>. Acesso em: 04/11/2017.

<sup>21</sup> ARAUJO, op. cit., cap. IV, subitem 18.2.1, n.p.

<sup>22</sup> BODENHEIMER, Brigitte M. The Hague Draft Convention on International Child Abduction. [S.L]: **Family Law Quarterly**, v. 14, n. 2, 1980, p. 109 e 110.

Enquanto isso, a exceção mais utilizada é a do art. 13b, por meio da qual a criança não retorna à sua residência habitual se comprovado grave risco ou se o retorno causar danos físico ou psicológico. Segundo Michael Walsh e Susan Savard, os Estados Unidos (EUA) têm analisado esse artigo de acordo com os seguintes critérios: quando o retorno colocar a criança em contato com guerra, fome ou doença; ou quando o país de origem não pode ou não quer providenciar proteção à criança em casos de abuso ou negligência. O grave risco não seria a mera alegação de que a criança não se adaptará novamente ao seu país de origem, caso tenha que voltar<sup>23</sup>.

Quanto a se ouvir a opinião da criança que já atingiu idade e maturidade para saber onde ela prefere permanecer, conforme previsto no art. 13, muitas vezes o juiz não considera a manifestação do menor, pois acredita que não há idade ou maturidade suficiente para tal decisão. Esses fatores, como a idade mínima para se manifestar e o nível de maturidade necessário, são interpretações variáveis de país para país<sup>24</sup>.

A autora supracitada faz críticas com relação às exceções ao retorno da criança, pois acredita que são muito amplas. Por não terem um conceito definido, podem dificultar a urgência da convenção em solucionar o caso o quanto antes e devolver o menor. Afinal, esse cenário extenso de possibilidades permite que as discussões se prolonguem e que as exceções sejam arguidas mesmo quando não deveriam<sup>25</sup>.

## **1.6. O procedimento**

O procedimento adotado pelo juiz quando da aplicação da convenção ocorre da seguinte forma. Primeiro analisa se a criança foi de fato retirada de seu país de residência habitual ilicitamente. O art. 3 considera essa transferência ou retenção 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.

A convenção não diz explicitamente quais pessoas seriam categorizadas como abductoras. A intenção é deixar em aberto para que não apenas os pais sejam considerados

---

<sup>23</sup> WALSH; SAVARD, op. cit, p. 41.

<sup>24</sup> Ibid., p. 45.

<sup>25</sup> BODENHEIMER, op. cit., p. 110.

abdutores, mas também parentes e qualquer outra pessoa que retire a criança para exercer a função de guardião<sup>26</sup>.

Já a pessoa qualificada para requerer o retorno da criança se enquadra nos art. 3a e 8 e é qualquer pessoa, instituição ou organismo que tenha tido seu direito de guarda violado pela lei do Estado onde a criança tinha sua residência habitual imediatamente antes de sua subtração ou retenção; e é qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda. Paul Beaumont explica melhor o porquê que também optaram por incluir nesse rol pessoas que não necessariamente detém a guarda:

A redação do artigo 8 (1) provou ser de grande benefício. Parece sensível em certas circunstâncias permitir aos não guardiões ajuizarem uma petição. Este é particularmente o caso em que os direitos de custódia violados são os de um tribunal porque um tribunal não seria competente para processar ou ser processado em litígio civil e nem sequer poderia ser condenado a pagar as custas. Além disso, um pedido apresentado por um tribunal poderia influenciar em qualquer processo substancial de custódia após o retorno da criança. No entanto, é alegado que os tribunais devem ter algum poder discricionário para não ouvir uma petição de retorno quando foi ajuizada por um indivíduo cujos direitos não foram violados e quem não foi autorizado a agir pela pessoa, seja legal ou natural, cujos direitos foram violados. Na ausência de tal autorização, existe o risco de o candidato ter conseguido garantir que a criança retorne à sua residência habitual, mas o guardião pode não querer que a criança esteja lá (tradução nossa)<sup>27</sup>.

Em seguida, deve analisar se o caso se encontra em uma das exceções que impedem o retorno da criança, com base no princípio do melhor interesse da criança. A criança não precisará retornar ao seu país de origem se a transferência ilícita tiver ocorrido em um período maior que 1 (um) ano e aquela já se encontrar integrada no seu novo meio (art. 12). O retorno também não será necessário se comprovado que a pessoa que detinha o cuidado da criança não exercia efetivamente o direito de guarda no momento da transferência; ou que o guardião havia consentido posteriormente com essa transferência; ou que existe um risco grave de a criança,

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 104.

<sup>27</sup> The wording of Article 8 (1) proved to be of great benefit. It would appear sensitive in certain circumstances to allow non-custodians to petition for summary. This is particularly the case where the custody rights violated are those of a court because a court would not be competent to prosecute or be sued in civil litigation and could not even be ordered to pay the costs. In addition, a request submitted by a court would lead to bias in any substantial custody case after the child's return. However, it is alleged that courts must have some discretion not to hear a return petition when it has been filed by an individual whose rights have not been violated and who has not been authorized to act by the person, whether legal or natural, whose rights have been violated. In the absence of such authorization, there is a risk that the candidate has succeeded in ensuring that the child returns to his or her habitual residence, but the custodian may not want the child to be there. (BEAUMONT, Paul Reid; MCELEAVY, Peter Eugene. **The Hague Convention on international child abduction**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 73).

no seu retorno, “ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável” (art. 13).

A idade da criança é outro fator que influencia na decisão. A convenção somente é aplicada aos menores de 16 (dezesesseis) anos (art. 4). Se comprovado que a criança já atingiu essa idade, sua opinião sobre o assunto será considerada e não necessariamente deverá retornar ao seu local de origem (art. 13).

Além disso, como já dito, o retorno não ocorrerá se incompatível com os princípios fundamentais (art. 20), como o melhor interesse da criança.

A convenção depende das autoridades centrais de cada país-membro. No Brasil, a Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) é o órgão incumbido da adoção de providências para o adequado cumprimento das obrigações impostas pela Convenção de Haia de 1980. Com a publicação do Decreto nº 9.150, de 4 de setembro de 2017, as atribuições da ACAF passam a ser exercidas no âmbito do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, e não mais da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

A ACAF recebe e envia pedidos de cooperação jurídica internacional com o objetivo do retorno de crianças vítimas de subtração internacional ao seu país de residência habitual, bem como a implementação do direito de visitas transnacional, nos casos em que não se configura a ocorrência de subtração internacional ilícita. Ao receber pedidos de autoridades centrais estrangeiras, a ACAF atua em conjunto com a Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) e a Advocacia-Geral da União (AGU)<sup>28</sup>, sendo esta a representante em juízo. A autoridade judicial ou administrativa tem 6 (seis) semanas para analisar o pedido de retorno da criança (art. 11).

### **1.7. Formas de garantir a uniformidade na interpretação da Convenção da Haia de 1980 e de prevenir mais casos de subtração internacional de crianças**

Os países-membros devem tentar aplicar a Convenção da Haia de 1980 de maneira uniforme. Uniformidade esta que, apesar de ser utópica e quase impossível de ser alcançada,

---

<sup>28</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, Governo Federal. **Autoridade Central Federal:** Para adoção e subtração internacional de menores. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/acaf>>. Acesso em: 04/11/2017.

ainda deve permanecer como sendo o objetivo das convenções internacionais. O motivo é que a busca pela uniformidade internacional na interpretação dos artigos da convenção aumentará as chances de efetividade do instrumento. Além disso, será aplicada de maneira homogênea pelos juízes, independentemente da raiz cultural do julgador, o que impedirá discrepância entre as decisões<sup>29</sup>.

Os juízes de cada Estado-parte também devem ser incentivados a estudar os princípios fundamentais da convenção. Esses princípios podem ser vistos sob a ótica dos direitos humanos e da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, para que se garanta a padronização internacional na interpretação.

A Conferência da Haia em Direito Internacional Privado quer garantir que a convenção seja aplicada e não permaneça somente no plano teórico. Portanto, no *site* da convenção<sup>30</sup> há não apenas o texto legal, mas também outros documentos e *sites* que ajudam na sua implementação, como um guia de boas práticas, dados estatísticos da aplicabilidade da convenção por todos os países-membros, um relatório explicativo elaborado pela Dra. Pérez Vera, o acesso à base de dados de casos de subtração internacional, documentos explicativos, formulários para auxiliar o trabalho das autoridades centrais, entre outros.

A Base de Dados de Subtração Internacional de Crianças (INCADAT)<sup>31</sup> inclui sumários com as decisões mais relevantes e “um guia de correspondência”. Objetiva selecionar os casos mais importantes de subtração internacional de crianças para serem incluídas na base de dados. Isso certamente contribui para uma interpretação consistente da convenção, pois gera a comunicação entre os países sobre quais casos têm sido julgados e como. A busca pela homogeneidade no momento da aplicação da convenção é um dos motivos pelos quais a INCADAT foi criada<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> WALSH; SAVARD, op. cit, p. 54-56.

<sup>30</sup>HCCH. **SEÇÃO DE RAPTO DE CRIANÇAS.** Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>>. Acesso em: 04/11/2017.

<sup>31</sup>INCADAT. **Leading legal database on international child abduction law.** Disponível em: <<https://www.incadat.com/en>>. Acesso em: 22/11/2017.

<sup>32</sup> McEleavy, Peter; Fiorini, Aude; Ely, Marion. **The INCADAT Guide for Correspondents.** Disponível em: <<https://www.incadat.com/en>>. Acesso em: 22/11/2017.

Conferências internacionais também são necessárias para a comunicação entre os países-membros. Reuniões das Comissões Especiais<sup>33</sup> são organizadas frequentemente para promover o debate sobre a convenção. A última, sendo a sétima reunião já realizada, ocorreu em outubro deste ano, 2017, contando com a participação de representantes de 62 (sessenta e dois) Estados-parte, 10 (dez) países não-signatários e 14 (quatorze) organizações não-governamentais (ONGs)<sup>34</sup>. Pode-se perceber que essas reuniões não se restringem aos países-membros e, portanto, são benéficas para oportunizar o encontro e a conversa entre esses países e angariar novos integrantes.

Além disso, a convenção, por si só, não deve ser a única medida a ser adotada para evitar casos de subtração internacional de crianças. Uma pesquisa na área da psicologia foi realizada em São Francisco, Califórnia, com a intenção de reconhecer perfis de pais abdutores. A intenção é que esse reconhecimento seja feito em um estado inicial para que a subtração seja evitada por meio de medidas preventivas, como restrição de saída do país da criança; visitas supervisionadas; restrições no passaporte; visitas com dias preestabelecidos<sup>35</sup>.

A pesquisa constatou 6 (seis) perfis de pais abdutores: (a) perfil 1: quando já houve uma ameaça prévia de abdução do filho; (b) perfil 2: quando o pai suspeita ou acredita que abuso tenha ocorrido e amigos e família apoiam essa suspeita; (c) perfil 3: quando o pai sofre de paranoia ou de delírios psicológicos; (d) perfil 4: quando o pai é um sociopata; (e) perfil 5: quando for um casamento transnacional; (f) perfil 6: quando os pais sentem que o sistema jurídico não garante seus direitos e, portanto, procuram ajuda em outra comunidade<sup>36</sup>.

Certamente há muita dificuldade em se reconhecer pais que futuramente poderão ser abdutores e em se instituírem medidas preventivas para esses casos. Não obstante, a pesquisa inova ao requerer medidas preventivas para casos de subtração e poderá ser estudada mais profundamente para que possa ser colocada em prática.

---

<sup>33</sup> HCCH. **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças**: Reuniões das Comissões Especiais. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/publications1/?dtid=57&cid=24>>. Acesso em: 04/11/2017.

<sup>34</sup> HCCH. **Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions (10-17 October 2017)**: Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf>>. Acesso em: 04/11/2017.

<sup>35</sup> WALSH, Michael R.; SAVARD, Susan W. *International Child Abduction and the Hague Convention*. [S.L.]: **Barry L. Rev.**, v. 6, p. 29, 2006, p. 59.

<sup>36</sup> JOHNSTON, Janet R. et al. *Early identification of risk factors for parental abduction*. Washington, DC: **Juvenile Justice Bulletin**, v. 1, 2001.

## 2. O Direito Islâmico: Egito, Iraque, Paquistão e Tunísia

O Direito islâmico é muito vasto e abarca vários países. Cada Estado que o aplica, o faz de modo diferente. Alguns países são mais radicais e, portanto, utilizam a *sharia* como a única base para suas leis, enquanto outros são menos radicais e preferem utilizá-la de forma mais amena. Há, inclusive, outros que já estão buscando se distanciar cada vez mais da *sharia*, criando leis mais parecidas com os ocidentais.

Para o presente trabalho, optou-se em estudar o direito dos seguintes países: Egito, Iraque, Paquistão e Tunísia. Busca-se, como isso, uma compreensão geral de como a *sharia* é refletida nas leis e como o direito islâmico é estruturado dependendo do país.

### 2.1. Egito

#### 2.1.1. Histórico

No Egito, o melhor interesse da criança tem sido incorporado nas leis sobre guarda quando prolonga o tempo em que a criança se encontra com a mãe. Essa é uma mudança recente, na qual, desde 2005, a criança, ao completar 15 anos, pode escolher qual dos pais terá a custódia<sup>37</sup>.

No século XIX<sup>38</sup>, o Egito utilizou os códigos europeus como base para modernizar os próprios códigos, nas áreas comercial, civil e criminal. Uma nova era se começou, na qual o Egito começou a ser europeizado e, com isso, radicais reformas legais passaram a acontecer<sup>39</sup>. Enquanto isso, a área de família permaneceu sob influência religiosa da *sharia*<sup>40</sup>, pois houve resistência a sua modernização.

Isso ocorreu pois a doutrina *Hanafi*<sup>41</sup> se tornou, em 1897, oficialmente utilizada pelo país nas leis de família. Em caso de lacunas na lei, deveria ser utilizada<sup>42</sup>. Com o tempo, em 1920, a doutrina *Maliki* começou a ser incorporada, apesar da ainda prevalência da *Hanafi*. Assim, em 1929, a lei egípcia utilizou o interesse da criança como subsídio para definir custódia

---

<sup>37</sup> YASSARI, Nadjma; MÖLLER, Lena-Maria; GALLALA-ARNDT, Imen. **Parental Care and the Best Interests of the Child in Muslim Countries**. Alemanha: T.M.C. ASSER PRESS, 2017, p.1

<sup>38</sup> Ibid., p.4

<sup>39</sup> ABU-ODEH, Lama. Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt. [S.L.]: **Vand. J. Transnat'l L.**, v. 37, 2004, p. 1081.

<sup>40</sup> A *sharia* representa as leis islâmicas que têm fundamento na religião muçulmana e no Alcorão.

<sup>41</sup> De acordo com Lama Abu-Odeh, a doutrina *Hanafi* representa uma estrutura patriarcal da família e não garante muitos direitos às mulheres. Isso porque é uma das escolas mais radicais da *sharia*. (Ibid., p. 1124 e 1125).

<sup>42</sup> YASSARI; MÖLLER; GALLALA-ARNDT, op. cit., p. 5.

e guarda. O termo de melhor interesse somente surgiu formalmente como um princípio em 1996 quando o Egito aderiu à Convenção dos Direitos da Criança<sup>43</sup>.

Em 2004, os juízes poderiam se utilizar de qualquer uma das jurisprudências sunitas, o que permitiu suavizar a interpretação das leis de família. Por isso, o termo de melhor interesse da criança foi replicado na lei egípcia n. 126 de 2008. Constitucionalmente, o termo somente apareceu na Constituição de 2014, em seu art. 80<sup>44</sup>.

Curioso notar que as leis de família não se aplicam unanimemente no Egito<sup>45</sup>. Na verdade, as leis da *sharia* somente se aplicam aos muçulmanos, enquanto as outras religiões possuem autonomia e outras leis são aplicadas. As únicas exceções são em caso de alimentos, guarda e herança, que são leis aplicadas a todos os egípcios, independentemente de serem muçulmanos ou não.

### **2.1.2. Guarda e Custódia**

De acordo com o direito islâmico, há diferença entre guarda (*wilāya*) e custódia (*ḥadāna*). A guarda é, a princípio, exercida pelo pai. Com ela, ele tem o dever de tomar decisões concernentes a seus filhos e supervisionar a sua educação. Na ausência do pai, a guarda passará a ser do avô paterno, a não ser que defina outra pessoa para tê-la. A única situação em que a mãe poderá ter a guarda é se o juiz delegar esta função a ela<sup>46</sup>.

Com o Decreto legislativo n. 25 de 1929<sup>47</sup>, em caso de divórcio, a custódia seria da mãe até os 7 anos de idade para meninos e 9 anos de idade para meninas. Conforme o interesse da criança, poderia ser estendida para 9 anos para meninos e 11 anos para meninas. Em 1979, e posteriormente reafirmada em 1985, a custódia materna passou a ser de 10 anos para meninos e 12 anos para meninas, podendo ser estendida pelo juiz. Em 2005, a custódia materna passou a ser de 15 anos para ambos os sexos, momento no qual o filho é consultado para saber sua preferência com relação à custódia.

A guarda permanece sendo do pai durante todo esse período, até que a criança atinja 21 anos. Com a guarda, o pai possui o dever de manter a subsistência de seus filhos. Em

---

<sup>43</sup> Ibid., p.2.

<sup>44</sup> Ibid., p.3.

<sup>45</sup> Ibid., p.4.

<sup>46</sup> Ibid., p.8

<sup>47</sup> Ibid., p.7

contrapartida, pode dispor dos seus bens durante esse período. Os alimentos devem ser fornecidos até que o filho atinja 15 anos e a filha case ou se torne capaz de ter a própria renda<sup>48</sup>.

Deve-se observar que alimentos só são fornecidos se o filho foi fruto de casamento. Caso contrário, um filho nascido fora da relação matrimonial só receberá alimentos se o pai reconhecer a paternidade<sup>49</sup>.

Isso ocorre dado que, no direito egípcio, a criança somente será legítima se concebida durante o casamento. Por seguir a *sharia* em leis de família, relações sexuais fora do casamento não são permitidas e, portanto, qualquer criança gerada no ilícito não teria direitos. No caso de criança ilegítima, o pai não possui dever legal nenhum perante a criança. Seja para o reconhecimento da paternidade, seja para o pagamento de alimentos.

Para a lei egípcia, o melhor interesse da criança significa mantê-la na custódia da mãe pelo maior tempo possível, por ser a mãe a responsável pelo amor materno e afeição, enquanto o pai é o responsável pelo dinheiro e pela disciplina. Se ela perder a custódia, segue para a linha materna<sup>50</sup>: avó materna, tia materna, avó paterna, tia paterna. Somente quando a linha materna tem fim ou quando a criança atinge a idade mínima para que a custódia passe a ser do pai é que ela poderá passar à linha paterna. Além disso, se a mãe se casar novamente, ela perde a custódia para outro membro da família.

Ambos os pais têm direito de visitas durante a custódia. Os pais têm que entrar em acordo sobre a frequência e os dias. Caso contrário, quem irá decidir será o tribunal.

### **2.1.3. Inovações importantes em prol do melhor interesse da criança**

Duas inovações legislativas importantes<sup>51</sup> foram o art. 70 da Lei n. 1 de 2000, que prevê que qualquer disputa entre os pais com relação à custódia será resolvida perante o promotor público, o qual investigará com quem se encontra o melhor interesse da criança; e a Lei n. 100 de 1985, que foi emendada para que a mãe tenha maiores poderes de custódia e para que as crianças de ambos os sexos possam ser tratadas igualmente.

Acredita-se que o melhor interesse da criança agora esteja sendo observado já que, com as inovações, os filhos permanecem com a mãe até completarem 15 anos e, em vez de a custódia

---

<sup>48</sup> Ibid., p.9

<sup>49</sup> Ibid., p.9

<sup>50</sup> Ibid., p.12

<sup>51</sup> Ibid., p.17

ser transferida automaticamente para o pai, o juiz pergunta aos filhos sua preferência com relação à custódia.

Além das mudanças pelo Legislativo, o Judiciário também tem mudado seu entendimento na resolução dos casos e na interpretação da lei, de modo a prevalecer o princípio do melhor interesse. Por exemplo, em 1985<sup>52</sup>, decidiu que um novo casamento pela mãe não necessariamente leva à perda da custódia, sendo analisado pelo tribunal caso a caso.

Ademais, a Suprema Corte Egípcia tem sido fundamental para a aplicação do melhor interesse da criança. Isso porque tem tentado amenizar os conflitos das leis de família com a *sharia*, a fim de interpretar as leis buscando a necessidade e os valores da sociedade. O art. 2 da Constituição<sup>53</sup>, que demanda a aplicação da *sharia* pelo legislador, tem sido relativizado, de modo a ter uma aplicação não tão rigorosa. Utiliza como base o argumento de que basta apenas que os princípios do direito islâmico estejam sendo seguidos.

Especificamente com relação à custódia, a Suprema Corte alegou<sup>54</sup> que a *sharia* busca o melhor interesse da criança e que, por isso, as leis de custódia deveriam ter esse objetivo. É nesse sentido que as leis foram alteradas para permitir que a criança permaneça com a mãe por mais tempo após seu nascimento.

Suas decisões também têm sido importantes para ressaltar que o que se busca com a guarda e a custódia é o melhor interesse da criança, e não dos pais<sup>55</sup>. Surge assim uma nova visão no direito de família, que abre precedentes para que novas leis e decisões possam aplicar o princípio.

#### **2.1.4. Problemas à consolidação do princípio**

Inovações benéficas à criança ocorreram no sistema egípcio, como mencionado, mas infelizmente ainda há diversos problemas que impedem a consolidação do princípio. Seguem alguns exemplos.

Um ponto que impossibilita a aplicação do princípio é com relação à adoção<sup>56</sup>. Um casal pode possuir a guarda de uma criança, trazê-la para sua casa e manter sua subsistência. Não obstante, não produz nenhuma consequência legal e não cria um vínculo adotivo de pai e filho.

---

<sup>52</sup> Ibid., p.18 e 19

<sup>53</sup> Ibid., p.20

<sup>54</sup> Ibid., p.22

<sup>55</sup> Ibid., p.23

<sup>56</sup> Ibid., p.16 e 17

Isso ocorre porque a legislação egípcia não aceita a adoção, apenas um sistema de cuidado conhecido como *kafāla*.

O impedimento da criação de um vínculo legal com a criança faz com que ela deixe de ter diversos direitos. Não há nenhuma consequência legal obrigatória, logo o casal que acolheu a criança pode deixar de fornecer o mínimo para a sua sobrevivência e não terá nenhuma penalidade por tal conduta. Assim, direitos como alimentos, guarda, herança podem ser completamente suprimidos.

Outro ponto problemático é com relação à criança ilegítima. No direito egípcio, criança concebida fora do casamento é considerada ilegítima e, portanto, não possui direitos, como, por exemplo, a alimentos. Essa é uma clara violação ao melhor interesse da criança, tendo em vista que não deveria ocorrer diferenciação entre os filhos, e todos deveriam ter os mesmos direitos. Alimentos são tão básicos à sobrevivência que é inconcebível que um pai possa se desresponsabilizar de sustentar seus filhos pelo simples fato de eles não terem sido gerados como fruto de união marital.

Há a visão no sistema egípcio de que alimentos são um direito parental e não dos filhos. Se fosse destes, eles receberiam alimentos independentemente de serem considerados legítimos ou não. As crianças ilegítimas estão sendo punidas pelo simples fato de terem sido geradas fora do casamento, sendo que a responsabilidade do concebimento deveria ser dos pais.

Por fim, outro aspecto que deve ser levantado é com relação à guarda e visitas. Também ainda existe a ideia de que são um direito parental e não da criança<sup>57</sup>, de forma que o melhor interesse da criança acaba não sendo observado. O princípio só irá se consolidar quando o direito egípcio colocar a criança como a beneficiária principal desses direitos, e não seus pais.

Com isso, pode-se observar que, apesar de diversas inovações positivas estarem ocorrendo em prol do interesse dos filhos, ainda há pontos que devem ser modificados para a consolidação do princípio.

## **2.2. Iraque**

### **2.2.1. Histórico**

O princípio do melhor interesse da criança já foi mencionado em algumas leis<sup>58</sup>, como o Código de Direito de Família n. 1888 de 1959, a lei n. 78 de 1980, a lei n. 76 de 1983.

---

<sup>57</sup> Ibid., p.15

<sup>58</sup> Ibid., p. 86

Em 1921, o direito de família iraquiano era regido pela *sharia*<sup>59</sup>. Os juízes aplicavam a escola sunita à qual as partes pertenciam. Enquanto isso, os não muçulmanos podiam se valer de sua religião para a resolução de seus conflitos. O Código Civil iraquiano não cobria as questões de família e é por isso que essas questões eram governadas pela *sharia* não codificada<sup>60</sup>.

Somente em 1959 que o Código de Direito de Família iraquiano foi promulgado. Nenhuma escola específica foi a escolhida para reger as leis de família, mas se espera que os princípios da *sharia* sejam aplicados. O termo interesse da criança no caso de custódia surgiu por meio de uma emenda em 1978. Atualmente, o seu art. 57 faz diversas referências ao princípio do melhor interesse da criança<sup>61</sup>.

O código iraquiano demonstra maior flexibilização da custódia em prol do interesse da criança. Ao contrário da lei egípcia, os filhos não precisam permanecer com a mãe até os 15 anos, somente se for provado ser de seu maior interesse. Com isso, há maior livre arbítrio na escolha da custódia, dependendo da especificidade de cada caso.

O art. 57 do Código de Direito de Família também prevê que, em caso de morte da mãe, a custódia é transferida ao pai. Esse é outro exemplo de como a criança será mais beneficiada com a lei iraniana do que com a egípcia, pois não há aqui a obrigação de permanência da custódia com todos os membros femininos da família para que possa ser transferida ao pai. O pai tem prioridade em caso de ausência da mãe.

O princípio se consolidou ainda mais quando o Iraque aderiu à Convenção dos Direitos das Crianças de 1989, das Nações Unidas, em 1994<sup>62</sup>. A ratificação passou despercebida, ao se considerar que os tribunais praticamente não a citam<sup>63</sup>. Aliás, o comitê responsável por analisar se a convenção está sendo cumprida pelos países-membros concluiu que o Iraque não tem aplicado a convenção da forma correta, uma vez que não foi utilizada em nenhuma decisão de direito de família. Assim, sugere que novas medidas devam ser acatadas para que a convenção e os seus princípios sejam implementados.

---

<sup>59</sup> Ibid., p.84

<sup>60</sup> STILT, Kristen A. Islamic Law and the Making and Remaking of the Iraqi Legal system. [S.L.]: **Geo. Wash. Int'l L. Rev.**, v. 36, 2004, p. 748.

<sup>61</sup> YASSARI; MÖLLER; GALLALA-ARNDT, op. cit., p.85-87.

<sup>62</sup> Ibid., p.82

<sup>63</sup> Ibid., p.88 e 89

Com isso, o Iraque resolveu em 2011 criar um projeto de lei<sup>64</sup> que reunisse todas as leis existentes sobre os direitos das crianças, mas até hoje não há sinais de sua aprovação.

### **2.2.2. Guarda e Custódia**

A custódia é prevista no art. 57 do Código de Direito de Família iraquiano. A mãe tem prioridade de custódia da criança até que esta complete 10 anos de idade. Ao atingir 10 anos, a custódia passa a ser do pai, a menos que tenha algum motivo que faça com que permaneça com a mãe por mais tempo, até a criança completar 15 anos. Com 15 anos, o filho pode decidir com quem residirá. Em caso de ausência da mãe, não há preferência pela linha materna, mas sim pelo pai.

Para ambos os sexos, a idade da custódia será a mesma. Importante notar o conflito da lei iraquiana com as leis tradicionais islâmicas. Há uma quebra com o rigor da *sharia* e há maior flexibilidade da custódia em prol do interesse da criança.

Outro exemplo de ruptura do rigor da *sharia* é com relação à contração de novo casamento pela mãe após divórcio ou morte do marido. Até 1986<sup>65</sup>, a mãe perderia a custódia automaticamente, se se casasse outra vez. O juiz não tinha discricionariedade nenhuma para manter a criança com a mãe. No entanto, em 1986 e 1987, o legislador alterou o art. 57 do Código de Direito de Família e incluiu que a mãe pode se casar novamente e manter a custódia da criança, desde que seja de melhor interesse da criança. Além do melhor interesse, a mãe também deve preencher os requisitos necessários<sup>66</sup> para manter a custódia, e o novo marido tem que se comprometer a cuidar da criança. Agora o juiz teria discricionariedade na decisão da custódia e a perda desta não ocorreria mais automaticamente.

A guarda permanece sendo do pai durante todo o período de custódia com a mãe. Com isso, ele pode supervisionar a educação dos filhos. Há também direito de visita, sendo que a frequência e a duração serão pactuadas entre os pais. O direito de visita significa poder tirar a criança do local determinado, que geralmente é a residência da mãe, conforme o Decreto-lei n. 6 de 1992, e a levar para outro local durante as horas preestabelecidas, desde que retorne à casa

---

<sup>64</sup> Ibid., p.89

<sup>65</sup> Ibid., p.95

<sup>66</sup> Requisitos presentes no art. 57, §9, b e §2 do Código de Direito de Família iraquiano, como maioridade, honestidade, capacidade de educar e proteger a criança.

para dormir. O art. 57, §4 do Código de Direito de Família<sup>67</sup> prevê que a criança deverá passar as noites na casa da mãe durante a custódia.

No direito iraquiano prevalece a guarda unilateral, por meio da qual a guarda de fato permanece com a mãe, enquanto o pai possui a guarda de direito, além do direito de visitas. Estas devem ser pactuadas com a mãe e normalmente ocorrem em sua residência. Acontece que a guarda compartilhada é muito mais benéfica à criança. O pai, nas condições da lei iraquiana, praticamente não tem espaço para criar uma relação afetiva com os filhos. Relação, essa, que é criada mais consistentemente nos primeiros anos de vida da criança. Daí a importância de ter a presença de ambos os pais nos primeiros anos após o nascimento de sua prole. Porém, na prática, o pai só terá a oportunidade de construir uma relação afetiva com seus filhos quando estes completarem 10 anos. Nesse momento, ocorrerá a transferência da custódia e, com isso, poderá ter maior presença em suas vidas. Deve-se ressaltar que essa situação é ainda mais maléfica no direito egípcio, por meio do qual a guarda unilateral com a mãe se perdura até os 15 anos de idade dos filhos.

Essa situação nociva se agrava quando se constata que, caso não seja decidido o local das visitas, o pai poderá ver seus filhos em um estabelecimento de organização feminista ou, em caso de ausência dessa organização, de alguma autoridade governamental<sup>68</sup>. Não há flexibilidade quando o pai não consegue chegar a um consenso com a mãe.

Ademais, a mãe não perde a custódia automaticamente se impedir o direito de visita do pai. Decisões<sup>69</sup> já foram feitas no sentido de que a mãe não perderá a custódia, apenas deverá ser lembrada da necessidade dos encontros dos filhos com o pai. Se permanecer por mais de quatro meses sendo notificada sobre o assunto e, mesmo assim, não permitir as visitas, perderá a custódia para o pai. Ou seja, ele terá de lutar judicialmente durante meses até conseguir ter o seu direito de visita concretizado.

Sem contar que a mãe poderá mudar de endereço dentro do Iraque e não perder a custódia<sup>70</sup>. O pai terá direito de visitas no local da nova residência da criança. Isso certamente dificultará o acesso do pai aos seus filhos, a depender de para onde será a mudança. Entretanto, em caso de viagem ao exterior, o pai terá que dar o seu aval.

---

<sup>67</sup> Ibid., p.97

<sup>68</sup> Ibid., p.97 e 98

<sup>69</sup> Ibid., p.98

<sup>70</sup> Ibid., p.98

Vale a pena mencionar que a restrição do contato com a criança não se aplica somente ao pai, mas também aos avós<sup>71</sup>, que não possuem nenhum direito de visita. Somente adquirem essa benesse se ocorrer a morte de seu filho ou filha, assim ganham o direito de visita em nome do pai ou da mãe já falecidos perante os netos.

Quanto à guarda, esta será sempre do pai até que a criança atinja a maioridade. Ela consiste basicamente em supervisionar o filho enquanto na custódia da mãe, realizar atos legais em seu nome, controlar sua propriedade e garantir financeiramente a manutenção de sua sobrevivência. Há restrições pela lei n. 78 de 1980<sup>72</sup>, que impedem que o pai disponha da propriedade do filho sem o aval do Diretório de Proteção ao Menor. Este também pode retirar a guarda do pai e concedê-la a um terceiro em caso de melhor interesse da criança.

### **2.2.3. Inovações importantes em prol do melhor interesse da criança**

Inovações importantes em prol da efetivação do princípio ocorreram com a busca, por juízes, de fatores objetivos que permitam definir com mais objetividade o que seria o melhor interesse da criança, e a busca de elementos probatórios que possam ser utilizados nas decisões para que estas tenham embasamento fático e que comprovem que houve a utilização do princípio.

No direito iraquiano, não há uma definição do que seria o princípio do melhor interesse da criança. Por meio de análise jurisprudencial, Harith Al-Dabbagh<sup>73</sup> concluiu que seis elementos são essenciais para se determinar o que seria o princípio: “a idade, a moral, as necessidades emocionais e físicas, a saúde da criança, e a natureza familiar”. Além desses fatores, também se podem citar: a existência de irmãos, a residência habitual da criança, a capacidade financeira dos pais, o laço emocional entre o filho e os pais.

A idade é um fator que os juízes utilizam para justificar a aplicabilidade do princípio, seja nas decisões de custódia e guarda, seja nas de definição da frequência com que serão realizados os direitos de visita do pai. Como no direito islâmico se acredita que a criança necessita primordialmente de amor e afeto materno nos primeiros anos de vida, decisões<sup>74</sup> que concedem ao pai visitas em baixíssima frequência mensal são consideradas normais para o tribunal iraquiano, pois acredita que o filho, nos seus primeiros anos, precisa da mãe e não da

---

<sup>71</sup> Ibid., p.98

<sup>72</sup> Ibid., p.99 e 100

<sup>73</sup> Ibid., p.106

<sup>74</sup> Ibid., p.106

presença constante e frequente do pai. Certamente essa mentalidade entra em conflito com o melhor interesse da criança, já que o pai é tão essencial quanto a mãe aos filhos.

O Judiciário também já entendeu que irmãos não precisam ficar necessariamente com o mesmo responsável pela custódia<sup>75</sup>. Na verdade, o que se deve observar é o melhor interesse de cada criança separadamente.

Outro ponto que necessita ser analisado quando da aplicação do princípio é a residência habitual da criança. A mudança de local pode prejudicar o filho, que já se encontra integrado ao ambiente no qual habita. Além do mais, a capacidade financeira da mãe é irrelevante para a decisão da custódia e não poderá ser alegada como uma razão para a sua transferência. Afinal, o pai é o responsável pela manutenção dos filhos, mesmo que estejam com a mãe.

A condição na qual os pais vivem também é fator a ser considerado. Outro membro da família poderá receber a custódia, em vez dos pais, se for comprovado que possui melhores condições de vida<sup>76</sup>.

A situação profissional dos pais pode afetar a custódia. Se a mãe consegue trabalhar e, ainda assim, cuidar dos filhos, permanece com a custódia. Porém, se isso atrapalhar as suas funções como mãe, poderá perder o direito de ficar com os filhos. Isso é problemático pois a tendência é que cada vez mais mulheres se profissionalizem.

Aliás, a conduta dos pais deve ser íntegra para que a criança resida com eles. Em caso de cometimento de crime, por exemplo, a custódia é repassada ao outro cônjuge.

A religião é outro aspecto a ser considerado. A jurisprudência<sup>77</sup> entende que a pessoa que possui a custódia tem que ser necessariamente muçulmana, se a criança for muçulmana. Caso contrário, a custódia é repassada para alguém da mesma religião da criança. No Iraque, os filhos não podem escolher à qual religião desejam se filiar, caso sejam muçulmanos.

Definido o que seria o melhor interesse da criança, buscam-se agora elementos probatórios que permitam o embasamento fático das decisões. Ações judiciais podem ser interpostas em busca da custódia. Por isso, o juiz, em busca da aplicação do princípio, analisa

---

<sup>75</sup> Ibid., p.107

<sup>76</sup> Ibid., p.108 e 109

<sup>77</sup> Ibid., p.111

quatro documentos<sup>78</sup>: um documento de estudo social, um documento oficial de pesquisa da vida dos pais, um documento médico e o relato das testemunhas.

O documento de estudo social é realizado por um sociólogo que realiza uma pesquisa no assunto. O documento oficial pesquisa como é a vida local dos pais e em quais condições residem. O documento médico consiste na recomendação de para quem deve ir a custódia, feito por um grupo de psicólogos que analisam a criança e os pais. E os testemunhos são utilizados somente quando necessários para sanar qualquer dúvida surgida por alegação de alguma das partes. Ou seja, há uma base, por meio do estudo do caso a caso, na qual o Judiciário se apoia para que o princípio seja devidamente efetivado.

O estudo do princípio e a busca por sua efetividade por meio de meios objetivos é largo avanço para o direito iraquiano. Isso permite que a interpretação legislativa seja mais flexível e não tão rigorosa com a *sharia*. Curiosamente, a lei iraquiana garante flexibilidade na sua interpretação, e o caso a caso prevalece em prol do interesse do menor. Logo, se for mais benéfico para a criança que a custódia e a guarda sejam alteradas, elas serão modificadas conforme suas necessidades.

Deve-se também observar que ao contrário da jurisprudência egípcia, a iraquiana<sup>79</sup> vê a custódia como um direito da criança e não dos pais. Por isso, eles não podem renunciar, e qualquer acordo de custódia realizado entre eles que gere renúncia não terá efeito. Isso é importante pois o foco será a busca pelo maior benefício da criança, e não mais pelo interesse dos pais.

#### **2.2.4. Problemas à consolidação do princípio**

No direito iraquiano se acredita, como nos outros países islâmicos, que a criança deve permanecer com a mãe obrigatoriamente nos primeiros anos de vida, até atingir 10 anos de idade. Quando isso ocorre, a custódia não é transferida automaticamente para o pai. Ele tem que entrar com uma ação judicial requerendo a custódia. O juiz analisa caso a caso e, se concluir que o melhor interesse da criança é continuar sua permanência com a mãe, a custódia não será transferida.

Um avanço, ao se comparar com o direito egípcio, é que há a possibilidade de a custódia ser transferida ao pai quando a criança tem 10 anos de idade, e não somente quando atinge 15

---

<sup>78</sup> Ibid., p.113 e 114

<sup>79</sup> Ibid., p.103

anos. Além disso, há maior flexibilidade do juiz quando da escolha da custódia, pois ele analisa os casos individualmente e se utiliza dos documentos probatórios citados anteriormente. Ou seja, há um estudo fático em prol do melhor interesse da criança.

No entanto, ainda há diversos problemas no direito iraquiano que impedem a consolidação do princípio. O pai ainda tem pouco espaço de atuação, por vários motivos já mencionados: tem direito a uma frequência baixíssima de visitas enquanto a criança permanece sob a custódia da mãe; só terá a oportunidade de construir uma relação afetiva com seus filhos quando estes completarem 10 anos; só poderá ver seus filhos em um estabelecimento de organização feminista ou, em caso de ausência dessa organização, de alguma autoridade governamental, caso não seja decidido o local das visitas; a mãe não perde a custódia automaticamente se impedir o direito de visita do pai; e a mãe poderá mudar de endereço dentro do Iraque e não perder a custódia.

Esses fatores dificultam o acesso do pai a seus filhos, sendo que a figura paterna é tão essencial quanto a da mãe durante o crescimento da criança. Esta não terá tantas oportunidades de criar um laço afetivo com o pai e terá sempre um vácuo que não será preenchido pela mãe.

Vale a pena lembrar que a restrição do contato com a criança não se aplica somente ao pai, mas também aos avós, que não possuem nenhum direito de visita. Somente adquirem essa benesse se ocorrer a morte de seu filho ou filha, assim ganham o direito de visita em nome do pai ou da mãe já falecidos perante os netos. Ou seja, a criança também não cria uma relação afetiva com os avós, desconstituindo a natureza familiar.

Por fim, deve-se mencionar que o Judiciário já entendeu que irmãos não precisam ficar necessariamente com o mesmo responsável pela custódia. Isso é certamente prejudicial ao melhor interesse da criança, que ficará apartada de seus irmãos ao residir com outra pessoa responsável.

## **2.3. Paquistão**

### **2.3.1. Histórico**

No século XVIII<sup>80</sup>, enquanto o Paquistão ainda pertencia à Índia, a resolução de conflitos era realizada por meio de inúmeras leis baseadas em costumes e tradições, diferentes

---

<sup>80</sup> Ibid., p.171 e 172

a cada comunidade. Em busca de uniformidade, as leis islâmicas foram codificadas, utilizando como base a escola *Hanafi*, mas cada religião continuava com a sua lei.

No século XIX<sup>81</sup>, as leis de guarda e custódia de 1890 foram criadas. Em seguida, foram incorporadas ao art. 224 de Constituição paquistanesa de 1956, constituição esta que foi responsável por declarar o Paquistão uma república islâmica. Compatível com a Constituição de 1973, que declarou o Islamismo a religião oficial do país e colocou o direito islâmico como a base de todo o direito constitucional.

Em 1990<sup>82</sup>, ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança, que combate a subtração internacional de crianças. O art. 35, por exemplo, prevê que acordos bilaterais e multilaterais devem ser criados com esse objetivo.

O problema é que, no Paquistão, convenções internacionais só têm efetividade se uma lei doméstica for criada prevendo sua utilização. Essa lei ainda não foi criada e, dessa maneira, não tem aplicabilidade. Aliás, o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas (ONU) já requereu ao Paquistão que garanta o melhor interesse da criança, visto que o princípio não estava tendo tanta efetividade.

Além disso, em busca de maior efetividade quanto ao combate à subtração internacional de crianças, o Paquistão e o Reino Unido assinaram um protocolo em 2003<sup>83</sup>, com o objetivo de garantir o retorno da criança subtraída ao seu país de origem. Um acordo se tornou necessário quando se reparou a grande quantidade de casos de crianças subtraídas entre o Reino Unido e o Paquistão. Contudo, o protocolo não foi incorporado pela lei de ambos os países e, por isso, os juízes não são obrigados a segui-lo. Mesmo assim, o Judiciário paquistanês o tem utilizado<sup>84</sup>.

Os juízes também têm utilizado as leis civis ou criminais para a resolução do conflito, dependendo da situação fática. O Código Penal Paquistanês só será aplicado em casos de subtração internacional de crianças, se o abductor for parente e subtrair a criança com intenções imorais ou ilegais ou se o abductor não for parente<sup>85</sup>. Nesses casos, será considerado sequestro e será julgado perante a corte criminal. Se for parente e não tiver más intenções, será julgado de acordo com a lei de família de 1964 e a lei de guarda e custódia de 1890.

---

<sup>81</sup> Ibid., p.175 e 176

<sup>82</sup> Ibid., p.177-179

<sup>83</sup> UK-Pakistan Protocol on Children Matters.

<sup>84</sup> Ibid., p.179, 180 e 182.

<sup>85</sup> Ibid., p.180 e 181.

Em 2010, a emenda constitucional n. 18<sup>86</sup> permitiu que as províncias pudessem legislar sobre os direitos da criança, a fim de ampliar o seu alcance. Por isso, leis provinciais que se baseiam no melhor interesse da criança foram criadas e sua proteção e bem-estar passaram a ser defendidos também em nível provincial.

### 2.3.2. Guarda e Custódia

O direito de família tem como base o pensamento da escola *Hanafi*<sup>87</sup>. De acordo com esse pensamento clássico, a custódia pertence à mãe, até a menina chegar à puberdade e até o menino atingir sete anos, quando é transferida necessariamente ao pai. A guarda pertence ao pai durante todo esse período. Em caso de ausência do pai, a mãe será a guardiã da criança, a menos que o pai tenha escolhido outra pessoa para ocupar seu lugar. Isso se reflete em quatro leis<sup>88</sup>: a lei de guarda e custódia de 1890, a lei de proibição de casamento infantil de 1929, a lei de aplicação da *sharia* de 1937, e a lei de dissolução de casamentos muçulmanos de 1939.

Em 1951, buscou-se a reforma do direito de família no Paquistão. Para tanto, foi criada uma comissão pelo governo, chamada de *Rashid Commission*<sup>89</sup>. Gerou-se polêmica com a reforma, pois houve um embate entre os tradicionalistas, defensores da lei islâmica tradicional, e os modernistas, defensores de uma flexibilização da *sharia*. Somente em 1961 a Portaria de Direito de Família Islâmico foi promulgada e consolidou a reforma<sup>90</sup>.

Sua importância reside no fato de haver sido um passo significativo para equiparar os direitos entre homens e mulheres. Porém, a reforma foi muito fraca. Ao tentar equilibrar o interesse de ambos os lados, os tradicionalistas e os modernistas, deixou a desejar em vários aspectos. Não havia a imposição de suas previsões, apenas sugestões, o que dificulta a efetividade e também não abordou a questão da custódia, que continua sendo tratada na lei de guarda e custódia de 1890.

Por isso, o pensamento da escola *Hanafi* permanece vigente. Em contrapartida, o Judiciário, quando da aplicação da lei de guarda e custódia, tem relativizado a tradicional *sharia* em prol do melhor interesse da criança<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> Ibid., p.183 e 184.

<sup>87</sup> Ibid., p.174 e 175

<sup>88</sup> Ibid., p.185, 186 e 193

<sup>89</sup> Ibid., p.186

<sup>90</sup> HAIDER, Nadya. Islamic Legal Reform: The Case of Pakistan and Family Law. [S.L.]: **Yale JL & Feminism**, v. 12, 2000, p. 298, 301 e 302.

<sup>91</sup> YASSARI; MÖLLER; GALLALA-ARNDT, op. cit., p.191-194.

Os juízes fazem isso pois a Portaria de 1961, ao tentar conciliar entre modernistas e tradicionalistas, garantiu mais poder às mulheres, mas não garantiu seus direitos. E, em busca de resultados mais equânimes entre homens e mulheres, tentam aplicar o bom senso quando da resolução de conflitos, às vezes até ignorando a própria lei<sup>92</sup>.

A flexibilização ocorre não apenas no momento da interpretação e aplicação da lei, mas também quando se escuta na corte a preferência de custódia pela criança; quando se analisa o caso a caso; e quando se consideram os acordos de custódia realizados voluntariamente entre os pais. Tudo isso para que a custódia seja concedida para a pessoa mais qualificada para cuidar da criança, que não necessariamente serão os pais.

Inclusive, a mãe não será sempre a responsável pela custódia. Se comprovado que o pai é o mais qualificado para o bem-estar da criança, a custódia será concedida a ele e não à mãe. O mesmo se aplicaria a outros parentes.

Decisões que quebram com o rigor da sharia em busca do bem-estar do menor são constantes.

Por exemplo, em caso de novo casamento pela mãe, pode acontecer de a custódia ser mantida ou de ser dada a outro membro da família<sup>93</sup>. Os juízes analisam caso a caso e verificam qual seria o melhor para os filhos. Ou seja, se a mãe perder a custódia, ela não será perdida pelo simples fato de a mãe ter se casado novamente, mas sim por motivos externos a esse fato. O mesmo se aplica ao pai polígamo quando da contração de novos casamentos. Se comprovado que as condições não são benéficas à criança, esta não residirá com o pai, mas sim com a mãe ou outro parente.

Outro exemplo é que em casos de divórcio de pais de países diferentes, em que um cônjuge é de um país ocidental e o outro do Paquistão, a custódia pode ser concedida ao cônjuge do país ocidental, mesmo que não seja de religião muçulmana, se for do melhor interesse da criança<sup>94</sup>. Felizmente isso é um avanço ao direito paquistanês, pois o entendimento clássico da *sharia*, que impede que a criança seja criada por uma pessoa não muçulmana, não tem prevalecido se não for benéfico aos filhos.

---

<sup>92</sup> HAIDER, op. cit., p. 316.

<sup>93</sup> YASSARI; MÖLLER; GALLALA-ARNDT, op. cit., p.197-200

<sup>94</sup> Ibid., p.200 e 201

Também a jurisprudência paquistanesa<sup>95</sup> entende que o pai só terá direito à custódia se arcar com os alimentos, pois isso demonstra responsabilidade e interesse para com o filho. Caso contrário, será concedida a qualquer outro membro da família. Entretanto, em caso de grande capacidade financeira, esse também não deve ser motivo suficiente para que seja concedida a custódia. O único ponto relevante para a decisão deverá ser o melhor interesse dos filhos.

### **2.3.3. Inovações importantes em prol do melhor interesse da criança**

O direito de família paquistanês tem como base a escola *Hanafi* de pensamento, por meio da qual a custódia pertence à mãe até a menina chegar à puberdade e até o menino atingir sete anos, quando é transferida necessariamente ao pai. No entanto, o Judiciário tem flexibilizado a aplicação dessas leis e privilegiado o melhor interesse da criança. Para tanto, os filhos são ouvidos, quando necessário; acordos de custódia informais e voluntários entre os pais são considerados e analisados perante a corte; e a custódia, apesar de ter como preferência a mãe, é relativizada individualmente, podendo ser concedida ao pai ou a outro parente, se for em prol do bem-estar da criança.

Logo, não há um rigor formal de interpretação das leis de família. O aspecto pessoal é sempre privilegiado. Por isso, a contração de novo casamento pela mãe ou pelo pai polígamo, a condição financeira abastarda do pai, ou a religião não muçulmana da mãe não são fatores que necessariamente concedem ou retiram a custódia. O juiz observa todas as circunstâncias e, em busca do melhor para os filhos, decide a custódia, que pode ser entregue à mãe, ao pai ou a qualquer membro da família, dependendo de cada contexto.

Certamente essa mentalidade vai de encontro à clássica visão religiosa muçulmana, que prevê que a contração de um novo casamento pela mãe é suficiente para que ela perca a custódia; que o pai, apesar de polígamo e com outras esposas, não tem problemas em manter a custódia da criança; e que a religião da mãe é fundamental na hora da escolha da custódia, sendo que, se não for muçulmana, a custódia será automaticamente do pai.

A quebra com o rigor da *sharia* comprova que as cortes paquistanesas têm buscado garantir o interesse dos filhos e não apenas aplicar a lei inflexivelmente. O motivo dessa evolução na jurisprudência é que agora se entende que a custódia é um direito da criança e não mais dos pais<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Ibid., p.195 e 196

<sup>96</sup> Ibid., p.204

O princípio do melhor interesse da criança ainda permanece, no direito paquistanês, interligado à ideia de que a mãe é a mais qualificada para garantir o bem-estar e o afeto aos filhos. A prova disso é que as figuras maternas da família têm preferência à custódia, em caso de ausência da mãe<sup>97</sup>. Em contrapartida, o pai tem mais espaço, principalmente quando as decisões são calcadas na análise dos fatos e não na aplicação pura e simples da lei. Isso é certamente benéfico, pois a figura paterna, ao ser mais proativa na fase de crescimento, contribui para o bem-estar da criança.

Deve-se também lembrar que o Paquistão e o Reino Unido assinaram um protocolo em 2003, que busca garantir o retorno da criança subtraída ao seu país de origem. Apesar de o protocolo não ter sido incorporado pela lei de ambos os países, o Judiciário paquistanês o tem utilizado. Esse fato comprova ainda mais que o Paquistão se encontra empenhado em garantir os direitos das crianças.

#### **2.3.4. Problemas à consolidação do princípio**

Ainda há, apesar de todos os avanços, problemas à consolidação do princípio do melhor interesse da criança. A prova disso é que o Comitê dos Direitos da Criança das ONU já requereu ao Paquistão que garanta que o princípio tenha mais efetividade, já que isso não vinha ocorrendo.

Talvez seja porque o Paquistão ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990, que combate a subtração internacional de crianças, mas convenções internacionais só têm efetividade se uma lei doméstica for criada prevendo sua utilização. Pelo fato de tal lei ainda não haver sido criada, a convenção não tem aplicabilidade, tanto que o Judiciário nem a utiliza em suas decisões. Apenas o protocolo entre o Paquistão e o Reino Unido é que vem tendo efetividade, apesar de ambos os países não o terem incorporado à lei doméstica.

### **2.4. Tunísia**

#### **2.4.1. Histórico**

A Tunísia foi pioneira entre os países islâmicos ao definir o seu direito de família. No passado se baseou no direito islâmico para as questões familiares e ainda existem resquícios em sua lei. Porém, desde 1956<sup>98</sup>, com a promulgação do novo Código de Direito de Família, leis que se afastam do rigor formal da *sharia* foram consolidadas.

---

<sup>97</sup> Ibid., p.203

<sup>98</sup> Ibid., p.261

Uma visão ocidental perpetró o novo código, assim como as leis que vieram em seguida, a fim de permitir a adoção; a proibição da poligamia; o divórcio igualitário entre as partes; a prova da paternidade não depender de constituição de casamento e poder ser provada por meio de teste de DNA; a criança poder ser criada em religião diferente da do seu pai muçulmano; a mãe não perder a custódia se se casar novamente. Além de tudo, a Lei n. 3 de 1966<sup>99</sup> trouxe o princípio do melhor interesse da criança.

A lei doméstica é reflexo dos tratados internacionais ratificados pela Tunísia: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; e a Convenção dos Direitos da Criança, de 1989<sup>100</sup>. Diversas reservas foram realizadas, mas a ratificação, por si só, já demonstra a vontade tunisiana de se adequar aos valores ocidentais.

O Autor Lama Abu-Odeh explica bem o contraste do direito islâmico na Tunísia e o de outros países, como o Egito e a Jordânia:

Primeiro, como mencionado anteriormente, se fosse necessário colocar esses exemplos em um espectro de possibilidades legislativas, a doutrina Hanafi e a lei tunisina se encontrariam nas duas extremidades opostas do espectro, enquanto a Jordânia e o Egito representariam duas posições intermediárias. A doutrina Hanafi representaria a Concepção *Taqlid* de relações de gênero na família - hierárquica para o benefício do marido e do guardião masculino - com um forte elemento subjacente de reciprocidade de obrigações entre os cônjuges. A Tunísia, por outro lado, representaria uma abordagem mais próxima do modelo de igualdade dos Estados Unidos entre os cônjuges. As abordagens legislativas egípcia e jordaniana, situadas no meio, representam a tentativa de reduzir, muitas vezes sem muito incentivo, os aspectos manifestamente brutais do poder do marido e do pai, típicos da doutrina Hanafi, que eles herdaram sem dismantlar a hierarquia entre os cônjuges ou entre pai e filha<sup>101</sup>.

Entretanto, ainda há resquícios da presença do direito islâmico. Tais vestígios são perceptíveis quando se verifica que ainda existem desigualdades no recebimento de herança e nas questões de guarda e custódia.

---

<sup>99</sup> Ibid., p.261 e 263

<sup>100</sup> Ibid., p.262

<sup>101</sup> The comparative data provided in the table above allows one to make several observations. First, as mentioned earlier, if one were to put these examples on a spectrum of legislative possibilities, the Hanafi doctrine and Tunisian law would sit on the two opposite ends of the spectrum while Jordan and Egypt would represent two intermediary positions. The Hanafi doctrine would stand for the *Taqlid* conception of gendered relations in the family-hierarchical to the benefit of the husband and the male guardian-with a Strong underlying element of transactional reciprocity of obligations between the spouses. Tunisia, on the other hand, would represent the approach closest to the U.S. model of equality between the spouses. The Egyptian and Jordanian legislative approaches, situated in the middle, represent the attempt to curtail, often half-heartedly, the conspicuously brutal aspects of husband and father power typical of the Hanafi doctrine that they have inherited without dismantling the hierarchy between the spouses or between father and daughter (ABU-ODEH, Lama. *Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt*. [S.L.]: **Vand. J. Transnat'l L.**, v. 37, 2004, p. 1112 e 1113).

### 2.4.2. Guarda e Custódia

A guarda e a custódia ainda são reguladas pelo direito islâmico. Tanto que a custódia, originalmente, era exercida pela mãe ou qualquer parente materno na família. Em 1966, o legislador alterou essa regra e, a partir de então, a custódia seria de qualquer um dos pais ou de uma terceira pessoa em prol do melhor interesse da criança<sup>102</sup>. As decisões pelo Judiciário se alteraram, pois o princípio passou a ser o único critério a ser considerado quando da escolha da custódia.

Quanto à guarda, ela ainda possui influências religiosas. Ela pertence ao pai e dura até os filhos completarem 18 anos. Só será concedida à mãe após o divórcio se comprovado que o pai não consegue cumprir com os deveres da função. Outra mudança ocorreu em 1981, quando se decidiu que em caso de morte ou incapacidade do pai, a mãe será necessariamente a guardiã. Tanto o pai quanto o juiz não têm mais a opção de escolher uma terceira parte para a guarda, enquanto a mãe ainda for viva e capaz<sup>103</sup>.

Além disso, quando a mãe possui a custódia, ela terá prerrogativas de guarda quanto a viagens, aos estudos e às finanças.

Em busca de garantir a presença do pai na vida da criança, a mãe está proibida, durante a custódia, de se mudar. A criança deve permanecer próxima ao pai para que ele possa cumprir suas visitas. Não apenas isso, mas, se o pai se mudar e a mãe não quiser se mudar junto, a custódia será transferida ao pai com a alegação de que não poderá exercer a guarda com os filhos morando em outro país. Qualquer decisão ocidental contrária a esse entendimento pode não ser reconhecida nem aplicada pela Tunísia, que alega ser incompatível com a suas políticas públicas<sup>104</sup>.

Além da questão das visitas, outro aspecto considerado pelas cortes é a religião da criança. De acordo com o direito islâmico tradicional, os filhos devem ser criados conforme a religião de seu pai<sup>105</sup>. Por isso, em caso de mãe não muçulmana, há dois tipos de decisões: ser-lhe-á concedida a custódia se se comprometer a criar os filhos com a religião islâmica ou será concedida diretamente ao pai.

---

<sup>102</sup> YASSARI; MÖLLER; GALLALA-ARNDT, op. cit., p. 266.

<sup>103</sup> Ibid., p.268 e 269

<sup>104</sup> Ibid., p.270, 276 e 279

<sup>105</sup> Ibid., p.272 e 289

Há forte resistência em permitir que a mãe estrangeira ganhe a custódia e leve os filhos para fora da Tunísia. As cortes têm medo de que a criança perca o contato com a religião muçulmana do pai. Por isso, a custódia pode ser dada ao pai, alegando que se busca manter a religião da criança e que a mãe não poderia ter a custódia se se mudasse da Tunísia.

Pelo menos, era assim até 2009. Nesse ano, tal entendimento se modificou<sup>106</sup>. Passou-se a entender que se deve observar o melhor interesse da criança e, se isso significa ficar com a mãe mesmo que ela possua outra religião ou que o pai habite em outro país, a custódia permaneceria com o lado materno. Ademais, a custódia seria agora reconhecida como um direito da criança, e não dos pais.

### **2.4.3. Inovações importantes em prol do melhor interesse da criança**

Como demonstrado, a Tunísia foi pioneira entre os países islâmicos em vários pontos no Direito de Família, criando leis que se afastam do rigor formal da *sharia* e se aproximam de uma visão mais ocidental. Sua disposição em adequar suas leis aos valores ocidentais pode ser verificada com a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; e da Convenção dos Direitos da Criança, de 1989.

O princípio do melhor interesse da criança incorporou suas leis e sua jurisprudência. O Judiciário passou a desafiar a ainda presente influência da *sharia* na legislação tunisiana, por meio de decisões que flexibilizam sua interpretação em prol do melhor para a criança.

O melhor exemplo se encontra na guarda e na custódia, baseadas ainda no direito islâmico. A utilização do princípio como o único fator a ser considerado na definição da custódia, bem como o reconhecimento de que a guarda e a custódia são direitos da criança e não dos pais, são inovações que demonstram a utilização e a aplicabilidade do princípio.

Ademais, apesar de o Judiciário entender que o melhor interesse da criança significa permanecer com a mãe, o pai ganhou bastante espaço na custódia. Isso porque acredita que a presença de ambos na vida dos filhos é fundamental, tanto que, até 2009, a mãe não podia morar longe do pai para que o direito de visitas pudesse ser concretizado.

A mãe também ganhou mais espaço na guarda, que sempre foi um direito do pai ou do lado masculino da família. Em caso de incapacidade ou morte do pai, a guarda é

---

<sup>106</sup> Ibid., p.278

necessariamente da mãe. Além de tudo, quando a mãe possui a custódia, ela terá prerrogativas de guarda quanto a viagens, estudos e finanças.

#### **2.4.4. Problemas à consolidação do princípio**

O direito de família tunisiano registrou uma evolução em busca de garantir que a criança sempre terá seus direitos preservados. O princípio passou a ser aplicado em várias áreas de família, mas a guarda e a custódia ainda permanecem enraizados no direito islâmico. Nos últimos anos, houve flexibilização de interpretação e aplicação dessas leis, mas ainda há margem para que juízes voltem a aplicar as leis observando rigorosamente a *sharia*.

### **3. O princípio do melhor interesse da criança**

#### **3.1. Definição**

O princípio do melhor interesse da criança é indeterminado<sup>107</sup>. Não há um conceito explícito que o defina em nenhum instrumento internacional. A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, por exemplo, não o conceitua, apenas exige o cumprimento do princípio no art. 3(1). O mesmo ocorre com a Convenção da Haia de 1980, que, em seu preâmbulo, alega “que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda”<sup>108</sup>.

O guia das Nações Unidas para se determinar o melhor interesse da criança explicou o princípio e confessou a falta de um conceito explícito:

O termo "melhor interesse" descreve amplamente o bem-estar da criança. Tal bem-estar é determinado por uma variedade de circunstâncias individuais, como a idade, o nível de maturidade da criança, a presença ou ausência de pais, o ambiente da criança e as experiências. A sua interpretação e aplicação deve estar em conformidade com o Convenção sobre os Direitos da Criança e com outras normas jurídicas internacionais, bem como com as orientações fornecidas pelo Comitê dos Direitos da Criança no seu Comentário Geral Nº 6 de 2005 sobre o tratamento de crianças não acompanhadas e separadas do seu país de origem. A Convenção sobre os Direitos da Criança não oferece uma definição precisa nem descreve explicitamente o que seria o melhor interesse da criança, mas estipula que: o melhor interesse deve ser o fator determinante para ações específicas, como a adoção (artigo 21) e a separação de uma criança de seus pais contra a vontade deles (artigo 9º); os melhores interesses devem ser a consideração primária (mas não a única) para todas as outras ações que afetam crianças, sejam elas realizadas por instituições públicas ou privadas de bem estar

---

<sup>107</sup> FREEMAN, Michael. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 3 The Best Interests of the Child. Leiden: **Martinus Nijhoff Publishers**, 2007, p. 2 e 50.

<sup>108</sup> Convenção da Haia de 1980. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>>. Acesso em: 25.10.17.

social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos (artigo 3) – (tradução nossa)<sup>109</sup>.

A inexistência de um conceito fez com que cada autor definisse o termo com entendimentos diferentes. Juízes também têm esse problema e aplicam o que consideram que seja o princípio. A cultura tem influência direta em como será interpretado e aplicado o melhor interesse da criança. Afinal, culturas o interpretarão de modos diversos<sup>110</sup>.

Há consenso nos países ocidentais de que a guarda compartilhada seria o melhor para a criança. Porém, essa unanimidade é recente e não retira a liberdade dos juízes de aplicar de maneira variada o que entendem.

Os países islâmicos já entendem o princípio de outro jeito. O Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança tem preocupação com relação a esses países<sup>111</sup>, no sentido de que o princípio não seja a prioridade quando da aplicação do direito de família.

De acordo com Freeman<sup>112</sup>, o princípio surgiu para priorizar os direitos das crianças, dar oportunidade para que sejam bem-sucedidas e respeitar sua vulnerabilidade. É citado em diversos instrumentos internacionais<sup>113</sup>. Seguem os principais exemplos.

A Declaração dos Direitos da Criança, das Nações Unidas (ONU), de 1959, tratou do princípio. Em seguida foi adotado na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU, de 1979, nos art. 5(b) e 16(1)(d); e na Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e ao Bem-estar das Crianças, da ONU, de 1986.

---

<sup>109</sup>The term “best interests” broadly describes the well-being of a child. Such well-being is determined by a variety of individual circumstances, such as the age, the level of maturity of the child, the presence or absence of parents, the child’s environment and experiences. Its interpretation and application must conform with the Convention on the Rights of the Child (CRC) and other international legal norms, as well as with the guidance provided by the Committee on the Rights of the Child in its 2005 General Comment No. 6 on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin. The CRC neither offers a precise definition, nor explicitly outlines common factors of the best interests of the child, but stipulates that: the best interests must be the determining factor for specific actions, notably adoption (Article 21) and separation of a child from parents against their will (Article 9); the best interests must be a primary (but not the sole) consideration for all other actions affecting children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies (Article 3) (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child**, 2008, p. 15).

<sup>110</sup> FREEMAN, op. cit., p. 2.

<sup>111</sup> Ibid., p. 52 e 53.

<sup>112</sup> Ibid., p. 40.

<sup>113</sup> ALSTON, Philip. The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. [S.L]: **International Journal of Law and the Family**, v. 8, n. 1,1994, p. 2-4.

Posteriormente, sobreveio a Convenção sobre os Direitos da Criança, da ONU, de 1989, que trata do princípio no art. 3. E, em 1990, aparece na Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança, no art. 4.

Philip Alston acredita<sup>114</sup> que, apesar de o princípio ter sido reconhecido em diversos instrumentos internacionais, ainda é preciso delimitar seu significado. Ele teria sido mais bem definido pela Convenção sobre os Direitos da Criança, porque a criança é o único foco da convenção e se encontra como o objeto dos direitos. Os arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 e 40 da Convenção seriam os responsáveis por definir o que seria o melhor para a criança. O princípio só seria obedecido se os seguintes direitos fossem adotados: que a criança não seja separada dos pais contra a vontade deles; que os pais tenham obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança; que o sistema de adoção seja seguido em caso de estar privada do seu meio familiar; e que os sistemas judicial e carcerário fortaleçam o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração sua idade e a importância de estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

Já o Autor Wibo van Rossum<sup>115</sup>, que também acredita que o princípio não tenha tido seu conceito determinado, utiliza a mesma convenção para defini-lo, porém utiliza os arts. 5, 6, 7, 8, 14(1), 18(1) como base. Tais artigos representam os seguintes direitos: o respeito aos costumes locais quando se trata de assuntos da criança; o direito à vida; o direito de a criança ser registrada após o seu nascimento; a preservação da identidade da criança, como nacionalidade, o nome e as relações familiares; a liberdade de religião; e a obrigação comum dos pais com relação à educação e o desenvolvimento da criança.

### **3.2. O princípio para os países ocidentais**

A concepção ocidental do princípio do melhor interesse da criança se alterou várias vezes ao longo dos anos, pois acompanhou os acontecimentos históricos e as ideias da época. Houve uma construção intelectual sobre o conceito, que utilizou como base estudos científicos, contexto cultural e lutas por direitos humanos.

---

<sup>114</sup> Ibid., p. 3 e 4.

<sup>115</sup> ROSSUM, Wibo Van. The Clash of Legal Cultures over the Best Interests of the Child Principle in Cases of International Parental Child Abduction. [S.L]: **Utrecht Law Review**, v. 6, p. 33, 2010, p. 36.

Karl G. Sorg<sup>116</sup> reconstrói a evolução do melhor interesse da criança. Ele alega que, até a Revolução Industrial, a guarda era do pai. Com a Revolução, o pai estava sempre trabalhando na indústria e não tinha como tomar conta dos filhos. Esta era a tarefa da mãe, responsável pelas atividades da casa. Surgiu então o que o autor chama de “anos ternos”, em que a guarda passou a ser da mãe. Ela era a responsável pelo amor e carinho à criança, que com ela permanecia apenas nos primeiros anos e, quando se encontrava pronta para o trabalho, a guarda era transferida ao pai. Deve-se lembrar que trabalho infantil não era incomum na época, motivo pelo qual a criança poderia ser transferida ao pai ainda bem nova para ajudá-lo.

Com as grandes guerras do século XX, a mulher também passou a ser fonte de trabalho, e as lutas feministas em prol da igualdade de sexos ganharam força. Com isso, a guarda passou a ser igualitária, dependendo do melhor interesse da criança. Seria uma espécie de guarda unilateral em que o cônjuge mais propício ficaria com a criança e ambos os pais teriam capacidade de competir pela guarda. É nesse contexto que o autor sugere que o princípio tenha sido criado. No entanto, as novas leis não se refletiam na prática, pois os juízes continuavam a correlacionar o melhor interesse com a guarda sendo da mãe nos primeiros anos da criança.

A interpretação do princípio começou a se alterar gradualmente. O autor acredita que, atualmente, o melhor interesse é a guarda compartilhada. Esse pensamento é o da maioria dos países ocidentais, por isso há vários autores que compartilham dessa ideia em seus artigos.

Kirsti Kurki-Suonio<sup>117</sup> é outra autora que alega que o melhor interesse da criança para os países ocidentais é a guarda compartilhada. Há a visão de que a presença de ambos os pais na vida da criança é considerada benéfica para a criação dos filhos. Mas nem sempre foi assim, como já demonstrado, a guarda unilateral já teve seu espaço no direito de família como a melhor solução após o divórcio. Em busca de entender os motivos pelos quais a guarda compartilhada ganhou essa posição, trouxe diversos fatores em seu artigo que contribuíram para essa mentalidade ocidental nos dias de hoje.

A autora<sup>118</sup> enumera três fatores que acredita haver sido os responsáveis pela guarda compartilhada ser a escolhida como o melhor para a criança: as pesquisas científicas; as lutas

---

<sup>116</sup> SORG, Karl G. Joint Custody: Is the Legislative Presumption beyond the Best Interests of the Child? [S.L]: **Woodrow Wilson Journal of Law**, v. 4, p. 47, 1982, p. 47-51.

<sup>117</sup> KURKI-SUONIO, Kirsti. Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective. [S.L]: **International Journal of Law, Policy and the Family**, v. 14, n. 3, 2000, p. 183-185.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 189.

feministas por igualdade de gênero; e a mudança na lei de divórcio. Particularmente também acredito que devem ser acrescentados os fatores culturais.

Pesquisas científicas foram feitas por psicólogos e psiquiatras, e se começou a descobrir que a guarda compartilhada talvez fosse melhor para a criança. Uma das pesquisas mais reconhecidas na época foi o trabalho publicado, em 1973, de Goldstein, Freud e Solnit, chamado de *Beyond the Best Interests of the Child*.

As lutas feministas permitiram que o homem e a mulher tivessem os mesmos direitos. Com isso, ambos teriam acesso à criança durante a guarda.

Já a lei de divórcio teria se modificado ao longo do tempo. Antes, com a presença da culpa na ruptura do casamento, o cônjuge causador do divórcio não poderia ter a guarda da criança. Hoje em dia, há o divórcio sem culpa, que permitiu que a guarda seja analisada caso a caso.

Já existem críticas com relação à guarda compartilhada. Autores como Karl Sorg<sup>119</sup> e Kirsti<sup>120</sup> acreditam que a guarda só é capaz de ter efeito, se ambos os pais concordarem com isso e puderem se relacionar de forma amigável. Inclusive, Karl Sorg afirma que as cortes americanas hesitam em conceder a guarda compartilhada quando não há consenso, pois a guarda compartilhada não terá efetividade na prática e a criança irá sofrer com os conflitos entre os pais. A guarda seria até capaz de prejudicar, em prol da ilusão do Legislativo e do Judiciário de que a guarda compartilhada seria o “final feliz para o divórcio”<sup>121</sup> e, que deveria ser aplicada independentemente do caso concreto.

Além disso, Kirsti entende que o princípio do melhor interesse da criança e a mediação têm impedido que a criança seja ouvida<sup>122</sup>. Sua opinião não seria acatada se em confronto com a decisão do juiz ou do mediador, pois se subentenderia que os profissionais entendem mais da definição do princípio do que a própria pessoa afetada pela guarda.

### **3.3. O princípio para os países islâmicos**

É acreditado mundialmente que o princípio do melhor interesse da criança deva ser utilizado nas decisões judiciais de família, mas o seu significado e a sua aplicação dependerão

---

<sup>119</sup> SORG, op. cit., p. 51 e 60.

<sup>120</sup> KURKI-SUONIO, op. cit., p. 199.

<sup>121</sup> Ibid., p. 199.

<sup>122</sup> Ibid., p. 192 e 193.

de cada país, conforme o contexto cultural. A cultura é capaz de modificar a interpretação do princípio e como ele será aplicado.

Deve-se ressaltar que a concordância mundial na importância da utilização do princípio já é, por si só, uma vitória. Afinal, o termo “melhor interesse da criança” só surgiu formalmente na lei de diversos países nos últimos anos. No Egito, por exemplo, o termo “interesse da criança” já havia aparecido em lei, porém o termo “o melhor interesse da criança” só surgiu formalmente na Constituição de 2014<sup>123</sup>.

Os países muçulmanos enfrentam o problema de ver custódia e guarda como direitos dos pais e não da criança. Apesar de estar o princípio formalmente escrito na maioria das leis desses países, na prática ainda há a visão de que é um direito parental. Talvez isso seja uma consequência da inserção do termo apenas recentemente nas constituições islâmicas.

A visão de que o direito de guarda é um direito da criança e não dos pais é algo que ainda está em construção em várias sociedades, e que ainda caminha para sua consolidação. O Egito, por exemplo, ainda se encontra na posição de acreditar que se trata de um direito parental, e não da prole. Entretanto, como o direito islâmico é variado entre os países que o aplicam, o Iraque, o Paquistão e a Tunísia já evoluíram nesse ponto e acreditam que não se trata mais de um direito parental. Por ser uma nova mentalidade para diversas culturas, como a egípcia, há a necessidade do aparecimento do princípio em lei para que ele se consolide na prática.

Por outro lado, não deixa de ser uma vitória o fato de que a mudança tem ocorrido e que, recentemente, vários países muçulmanos têm modificado suas leis sobre guarda para dar maior ênfase ao melhor interesse da criança. Assim, não apenas a sociedade, mas também o Legislativo e o Judiciário têm aderido a essa nova concepção no direito de família.

Apesar de ocorrer essa vitória do aparecimento formal do termo, deve-se indagar como os países islâmicos interpretam o princípio do melhor interesse da criança, pois, como já dito anteriormente, a questão cultural influencia em como será visto por cada país.

Na Europa e nos Estados Unidos (EUA)<sup>124</sup>, o início do século XX foi marcado pela ideia de que a concessão da guarda deveria ocorrer para a mãe, pois ela seria a responsável pelo amor

---

<sup>123</sup> YASSARI, Nadjma; MÖLLER, Lena-Maria; GALLALA-ARNDT, Imen. **Parental Care and the Best Interests of the Child in Muslim Countries**. [S.L.]: T.M.C. ASSER PRESS, 2017, p.3.

<sup>124</sup> KURKI-SUONIO, Kirsti. Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective. [S.L.]: **International Journal of Law, Policy and the Family**, v. 14, n. 3, 2000, p. 186-188.

e afeto à criança. Isso mudou ao decorrer do século, em que se buscou a escolha da guarda não mais pelo gênero. O pai ou a mãe seriam escolhidos de acordo com o interesse da criança. Por último, chegou-se à guarda compartilhada, em que ambos os pais seriam responsáveis pelo desenvolvimento dos filhos. Mentalidade esta que se encontra vigente.

Essa mudança não ocorreu ainda nos países islâmicos. No século XX, a custódia era da mãe nos primeiros anos de vida da criança, e depois sempre seria do pai. O tempo de permanência com a mãe foi prolongado com as mudanças legislativas, ao ponto em que, muitas vezes, o pai não tem direito à custódia dos filhos. Ou seja, há a ideia de que a criança deve sempre permanecer com a mãe, pois isso seria em seu melhor interesse. Essa era a visão da Europa e dos EUA no século passado.

Na cultura islâmica, a mãe, ou qualquer figura feminina da família em caso de ausência da mãe, é a responsável pelo amor, carinho e afeição à criança. Ela seria a mais próxima, paciente e amorosa com o filho. Por isso, entende-se no direito islâmico que o melhor interesse da criança seria sempre permanecer o maior tempo possível com a mãe, ou qualquer figura feminina da família, após o nascimento.

Com a inserção do princípio na Constituição de diversos países islâmicos, o Legislativo tem alterado as leis de guarda para que os filhos permaneçam com a figura materna por mais tempo após o nascimento, em prol do melhor interesse da criança. E o Judiciário tem aplicado o princípio ao relativizar a interpretação das leis, não aplicando a *sharia* de forma rigorosa, mas sim buscando o que for melhor para a criança caso a caso.

Alguns países, como a Tunísia, já têm desenvolvido a ideia de que não se deve escolher pelo gênero, mas sim pelo cônjuge mais propício à felicidade da criança. Essa era a visão no século XX de guarda igualitária nos países ocidentais, em que um dos cônjuges ficava com a criança, como uma guarda unilateral. Os países islâmicos, aparentemente, ainda não estão prontos para considerar a guarda compartilhada como a melhor forma de guarda.

### **3.4. Críticas à interpretação e à aplicação do princípio**

#### **3.4.1. Problemas gerados pela interpretação diferenciada do princípio**

O princípio do melhor interesse da criança já gerou várias polêmicas pela falta de conceito. Busca-se entender o que o princípio significa, como deve ser aplicado na prática,

como resolver em caso de choque de culturas. Acaba tendo a prevalência de uma visão cultural à outra com os direitos humanos. E daí surge uma das maiores críticas sobre o assunto.

Elisa Pérez-Vera, no Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980, aborda esse ponto tão polêmico:

Não se deve esquecer que é ao invocar "os melhores interesses da criança" que as jurisdições internas muitas vezes concederam, no passado, custódia à pessoa que ilegalmente removeu ou manteve a criança. Pode acontecer que tal decisão seja a mais justa, mas não podemos ignorar o fato de que o recurso das autoridades internas envolve o risco de expressarem determinadas atitudes culturais, sociais, etc., que derivam de uma determinada comunidade nacional e, portanto, basicamente, impondo seus próprios julgamentos de valor subjetivo à comunidade nacional da qual a criança foi recentemente subtraída (tradução nossa)<sup>125</sup>.

Especialistas em direito islâmico também fizeram críticas nesse sentido. Abdullahi<sup>126</sup>, por exemplo, defende que não deve haver universalidade dos direitos humanos, pois seria a sobreposição de uma cultura dominante à outra. A diversidade de culturas impediria o consenso e a universalidade não seria aplicada na prática. Como solução, propõe que os direitos humanos sejam aplicados conforme o contexto cultural. Por isso, um conceito específico do princípio não deveria ser imposto a todas as culturas, por ter sido determinado por um grupo cultural apenas.

Os valores de como criar os filhos são diferentes em cada sociedade, e a imposição de um princípio pode ir de encontro ao que os pais acreditam ser o melhor para seus filhos. Logo, em vez de criar princípios internacionais que jamais serão aplicados por culturas não ocidentais, apesar de ratificadas as convenções, os organismos internacionais devem se comunicar com esses países e aplicar os princípios em conformidade com as culturas. Os direitos humanos têm de estar conectados com a comunidade local. O confronto apenas fará com que os princípios não sejam seguidos, por eles terem como base a visão ocidental.

O autor alega que uma comunicação entre as culturas e as convenções internacionais deve ser feita, para que se possam buscar objetivos comuns e conceituar os princípios

---

<sup>125</sup> It must not be forgotten that it is by invoking 'the best interests of the child' that internal jurisdictions have in the past often finally awarded the custody in question to the person who wrongfully removed or retained the child. It can happen that such a decision is the most just, but we cannot ignore the fact that recourse by internal authorities to such a notion involves the risk of their expressing particular cultural, social etc. attitudes which themselves derive from a given national community and thus basically imposing their own subjective value judgments upon the national community from which the child has recently been snatched (PÉREZ-VERA, Elisa. **Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention**. Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), v. 3, 1982, p. 431).

<sup>126</sup> AN-NA'IM, Abdullahi. Cultural Transformation and Normative Consensus on the Best Interests of the Child. [S.L]: **International Journal of Law and the Family**, v. 8, n. 1, 1994, p. 62-71.

internacionais. Ele não busca o fim do princípio do melhor interesse da criança, apenas quer enfatizar que todas as culturas devem ser respeitadas quando da criação conceitual, para que não haja violação de nenhuma delas. Além disso, propõe uma conversa interna para que a sociedade possa discutir tais questões e contribuir para a formação dos princípios universais, o que irá gerar sua aceitação e aplicabilidade. Ou seja, ele foca no processo em que esses conceitos serão construídos e não em soluções específicas.

O problema da sugestão do autor é que os direitos humanos foram criados justamente para combater práticas ofensivas ao ser humano e garantir sua dignidade. Ele tem razão ao afirmar que o que se entende por ofensivo e por digno ao ser humano foi criação ocidental e, portanto, essas conceituações estariam sendo aplicadas imperativamente em sociedades que não compartilham da mesma mentalidade. A sobreposição de uma cultura à outra pode ocorrer, e a conceituação do que seria ofensivo à dignidade humana também é flexível de acordo com a visão cultural, mas a comunicação de todas as culturas e os organismos internacionais pode se encontrar no campo do utópico, o que gera a perda da eficácia dos princípios internacionais pela falta de consenso entre os países.

Os direitos humanos foram uma construção histórica e são o que prevalece até hoje. Se uma cultura defende práticas consideradas ofensivas para os direitos humanos, não há como refletir suas práticas nas convenções internacionais.

M.A. Vahed é outro autor que compactua com a mentalidade de Abdullahi. Faz-se o debate se os direitos humanos são eurocêntricos e se sempre adotam os valores ocidentais como base na academia. Autores como Vahed e Abdullahi apontam que o princípio do melhor interesse da criança está pautado em valores ocidentais e, como solução, sugerem uma comunicação cultural para que se busque o equilíbrio quando da definição do princípio, já que seu conceito se encontra em aberto.

Vahed<sup>127</sup> acredita que os direitos humanos não são universais, pois têm de ser interpretados conforme a cultura e a religião. Inclusive, defende que o melhor interesse da criança deva ser a utilização de sua cultura como fonte de direitos, e não as normas internacionais. Como argumento, cita ensinamentos da *sharia*, que alega que deve ser aplicada necessariamente a todo muçulmano. A *sharia* estaria, portanto, acima da lei do país e, em caso

---

<sup>127</sup> VAHED, M. A. Should the question: 'what is in a child's best interest?' be judged according to the child's own cultural and religious perspectives? The case of the Muslim child. [S.L]: **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, v. 32, n. 3, 1999, p. 368-371.

de conflito entre ambos, a lei islâmica prevaleceria. Pode-se perceber que Vahed é mais radical que Abdullahi.

Basset<sup>128</sup> também aborda o assunto. Explica que, ao deixar o conceito tão amplo, qualquer cultura pode dele se apropriar<sup>129</sup>. Abre margem para manipulação e a prevalência de uma cultura à outra. Isso infringe os tratados internacionais, pois, ao impor um modelo que deva ser seguido pelos países-membros para a criação de suas crianças, liberdades são ameaçadas.

Também faz novas críticas não abordadas pelos autores anteriores. Basset acredita que hoje em dia os pais têm perdido a autonomia na criação de seus filhos, pois o Estado tem usurpado o papel parental para aplicar o princípio. Ou seja, o autor entende que os pais perderam o poder parental de escolher o que seria o melhor para seus filhos, visto que o Estado tem se apropriado da conceituação e aplicação do princípio. O Estado define o que seria o melhor interesse da criança, já que o conceito é muito amplo, e aplica o que subentende que signifique.

O direito se encontra acima das práticas costumeiras da sociedade. Logo, o argumento de que o Estado está usurpando o papel parental não deve prevalecer. Há, de fato, interferência na autonomia dos pais quando da criação de seus filhos, mas somente em pontos específicos que sejam em prol do menor, nos quais os pais talvez não percebam sua relevância.

Wibo van Rossum<sup>130</sup> também acredita que o princípio se altera dependendo do contexto cultural. Há diferenças culturais entre todos os países, mas a diferença entre os países islâmicos e os países ocidentais é enorme.

O autor percebe que o princípio está calcado em valores dominantes nas “sociedades modernas liberais”<sup>131</sup>. Valores estes que, contemporizados com as descobertas científicas, compactuam com a ideia de que a guarda compartilhada é do melhor interesse da criança. A presença de ambos os pais e a sensação de estabilidade seriam básicas para a criação dos filhos.

Alguns países islâmicos não quiseram ratificar a Convenção da Haia de 1980 porque isso significaria reconhecer a igualdade entre homem e mulher nas questões de custódia. A Síria seria um exemplo<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> BASSET, Ursula C. The Changing Standard of the Best Interests of the Child and its Impact on the Exercise of Parenting and on Children. [S.L]: **Intl. J. Jurisprudence Fam.**, v. 2, 2011, p. 6 e 7.

<sup>129</sup> Ibid., p. 14 e 15.

<sup>130</sup> ROSSUM, Wibo Van. The Clash of Legal Cultures over the Best Interests of the Child Principle in Cases of International Parental Child Abduction. [S.L]: **Utrecht Law Review**, v. 6, p. 33, 2010, p. 33 e 34.

<sup>131</sup> Ibid., p. 36 e 37.

<sup>132</sup> Ibid., p. 43 e 45.

Casos de subtração entre países ocidentais e islâmicos são problemáticos, pois a concepção do melhor interesse da criança é diferente<sup>133</sup>. Isso atrapalha os juízes na hora da decisão dos casos e muitas vezes requer mediadores especializados em direito islâmico para a solução dos conflitos.

Há o interesse de que os países islâmicos adiram à convenção para que os casos de subtração se solucionem mais facilmente. O obstáculo que esses países encontram é o choque entre os valores ocidentais e o que acreditam ser o mais correto para sua sociedade. Esse conflito é transparecido no medo do reconhecimento de igualdade entre homem e mulher e no temor de que o princípio do melhor interesse da criança seja aplicado conforme o entendimento ocidental. Mentalidade essa que muitas vezes não compartilham.

Por isso, há muita resistência ainda de aderir à convenção. Ao mesmo tempo, os direitos de família nos países islâmicos têm se modificado para ser cada vez mais próximos do direito ocidental, e talvez esse tenha sido um dos motivos pelos quais mais países islâmicos têm ratificado a convenção nos últimos anos, mesmo com os confrontos culturais.

O autor crê<sup>134</sup> que as diferenças culturais nunca vão desaparecer. Os países islâmicos, quando ratificam a convenção, submetem-se ao princípio do melhor interesse com base na visão ocidental, o que pode ocasionar um choque entre as leis locais e o instrumento internacional. Isso pode ser um empecilho para que mais países islâmicos ratifiquem a Convenção da Haia de 1980.

Um exemplo que comprova esse obstáculo foi dado pelo autor<sup>135</sup>. As cortes holandesas, em suas decisões sobre subtração envolvendo países islâmicos, não teriam levado em consideração em nenhum momento o melhor interesse da criança com a interpretação islâmica, mas sim com a visão ocidental. Ou seja, a aplicação do princípio, quando se utiliza a convenção, é sempre realizada com o significado dado pela concepção ocidental. É bem improvável que a visão islâmica do princípio seja utilizada em algum momento, pois, como constata o autor, não há muita vontade dos países ocidentais de reconhecer, no momento, as diferenças culturais com o Islã.

---

<sup>133</sup> Ibid., p. 43 e 44.

<sup>134</sup> Ibid., p. 44.

<sup>135</sup> Ibid., p. 46.

### 3.4.2. Problemas na aplicação do princípio pela Convenção da Haia de 1980

Linda Silberman<sup>136</sup> acredita que a convenção deixou alguns conceitos em aberto, mas, tentando amenizar o problema, alega que a Conferência da Haia tentou reduzir ao máximo as diferenças interpretativas, ao tratar as normas com objetividade. Defende que o propósito de normas objetivas e claras seria a garantia de uma interpretação uniforme e, conseqüentemente, da efetividade do instrumento internacional.

A convenção, portanto, teria sido criada para ser aplicada de forma padronizada, sem abrir margem para subjetividade pelos países. As normas seriam uniformes e as expressões ambíguas teriam sido explanadas no relatório que acompanha a convenção. A conferência teria se utilizado das línguas inglês e francês na convenção para que qualquer termo ambíguo pudesse ser entendido na outra língua e vice-versa, diminuindo as interpretações. A autora supõe que os problemas talvez só começassem a aparecer quando novos países fossem aderindo e traduzindo a convenção para suas línguas<sup>137</sup>.

Pela lógica, a convenção seria um “mero mecanismo de procedimento”<sup>138</sup>. Por isso, os países, ao receberem o pedido de restituição, devem devolver a criança imediatamente ao Estado em que ela possui residência habitual a fim de que essa seja a jurisdição competente para decidir a guarda. Não haveria margem para qualquer outra interpretação subjetiva ou arbitrária em prol do interesse próprio.

Desse modo, percebemos que a interpretação difusa do princípio do melhor interesse da criança, que alguns autores defendem, não é o único problema que encontramos nas discussões acadêmicas. Surge outra dúvida: se o princípio está, ao menos, sendo utilizado pela própria convenção.

A Convenção da Haia de 1980 baseia a definição do melhor interesse da criança na Convenção sobre os Direitos da Criança e nos direitos humanos. Porém, há autores que alegam descompasso entre essas convenções e falta de aplicabilidade do princípio nos casos de subtração internacional de crianças.

---

<sup>136</sup> SILBERMAN, Linda. Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report. [S.L]: **Law and Contemporary Problems**, v. 57, n. 3, 1994, p. 258-260.

<sup>137</sup> Nesse ponto, pode-se perceber que a autora cedeu ao argumento de que a interpretação da convenção pode ser sim diferenciada com a entrada de novos membros. Tanto que, nas páginas 264 e 265, confessa essa sua posição. Afinal, não são apenas países de línguas inglesa e francesa que têm aderido à convenção. Além disso, apesar de a Conferência da Haia ter diminuído a margem de erros com as medidas trazidas pela autora, a falta de conceituação de alguns termos (o melhor interesse da criança, residência habitual, etc) continua sendo um problema que gera divergências interpretativas, como demonstrado no subtópico anterior.

<sup>138</sup> STHOEGER, Eran. International Child Abduction and Children's Rights: Two Means to the Same End. [S.L]: **Mich. J. Int'l L.**, v. 32, 2010, p. 522.

Eran Sthoerger é um desses autores. Questiona se o melhor interesse da criança estaria de fato sendo relevante nas decisões ou se o instrumento seria apenas um procedimento formal. Alega que a convenção aplica o melhor interesse de forma restrita, pois sua efetividade consiste no retorno imediato da criança ao seu país de origem, e não necessariamente no que seria o melhor para o menor. Consequentemente, concluiu que o melhor interesse da criança previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança, no art. 3, iria de encontro ao previsto na Convenção da Haia de 1980, pois na primeira, apesar de o princípio ser tratado de forma ampla a todas as crianças, mantém o seu caráter individual da aplicação do princípio no caso a caso. Já na segunda, o caráter individual nem sempre é observado em prol do objetivo maior de retorno à residência habitual<sup>139</sup>.

Em sintonia com essa ideia, a autora Rhona Schuz aduz que a Convenção da Haia de 1980 estaria em conformidade com a interpretação coletiva do art. 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, mas não com a interpretação individual<sup>140</sup>. A autora trata muito bem da questão, ao notar que a Convenção da Haia de 1980 deveria se preocupar com o bem-estar de cada criança individualmente e não apenas com o das crianças como um todo:

O efeito dissuasor de um mecanismo de retorno automático que não examina o bem-estar de cada uma das crianças individualmente beneficia cada e toda criança, reduzindo a chance de ela ser subtraída, aumentando a chance de um dos pais concordar com visitas temporárias ao exterior com o outro pai e, ao se garantir o retorno, garante o interesse da maioria das crianças subtraídas. No entanto, como esse benefício teórico promove os interesses de uma criança que realmente foi subtraída em circunstâncias em que o retorno será prejudicial para ela? Não existe uma resposta satisfatória a esta pergunta e, portanto, a conclusão inevitável é que "os melhores interesses das crianças individuais são ocasionalmente sacrificados pelos interesses mais gerais da classe mais ampla de crianças na comunidade internacional"<sup>141</sup>.

Os casos em que o princípio não está sendo aplicado individualmente ocorrem quando as exceções do texto legal não são cabíveis e, por esse motivo, a alegação de ser em prol do menor a permanência no país em que se encontra não é ao menos considerada. Afinal, como a autora observa, as exceções não são capazes de abarcar todas as situações em que o princípio deveria ser utilizado individualmente<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> Ibid., p. 523-526.

<sup>140</sup> SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. [S.L]: **Transnat'l L. & Contemp. Probs.**, v. 12, 2002, p. 440.

<sup>141</sup> The standard response to this problem is that the deterrent effect of an automatic return mechanism which does not examine the welfare of each child individually benefits each and every child by reducing the chance that she or he will be abducted, increasing the chance that one parent will agree to temporary visits abroad to the other parent and by ensuring prompt return which is in the interests of the majority of abducted children. However, how does this theoretical benefit promote the interests of a child who has actually been abducted in circumstances where return will be detrimental to him or her? There is no satisfactory answer to this question and therefore the unavoidable conclusion is that "the best interests of individual children are occasionally sacrificed in the more general interests of the wider class of children in the international community" (Ibid., p. 439).

<sup>142</sup> Ibid., p. 439.

A solução proposta pela autora foi o que ela chamou de “reconciliação alternativa”. Esse método seria implementado por intermédio do juiz, que aplicaria a exceção de “grave risco” de forma mais ampla, para que possa abarcar também os casos em que o retorno não seja compatível com o objetivo primordial, o do melhor interesse da criança<sup>143</sup>, e não se enquadra em nenhuma das exceções.

Observa-se que a preocupação desses autores é não apenas com o bem-estar de todas as crianças, mas também com a criança individualmente, no caso a caso. Há situações em que o retorno imediato pode prejudicar o menor, mesmo que não se encontre em alguma das exceções previstas no texto legal. Por isso, Eran Sthoerger e Rhona Schuz defendem que a Convenção da Haia de 1980 não estaria em conformidade com a interpretação individual do art. 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

#### **4. A perspectiva dos países islâmicos na Convenção da Haia de 1980**

##### **4.1. As Conferências de Malta e sua importância para a entrada de países islâmicos na Convenção da Haia de 1980**

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade da Haia, em 25 de outubro de 1980 possui, atualmente, 98 países-membros<sup>144</sup>. Entre eles, encontram-se diversos países islâmicos, como Iraque, Marrocos, Paquistão, Turquia, além de outros. O rol de países com esse perfil tem aumentado. Somente neste ano, o instrumento entrou em vigor no Paquistão<sup>145</sup>, em 1º de março de 2017; e na Tunísia<sup>146</sup>, em 1º de outubro de 2017.

O motivo pelo qual cada vez mais países islâmicos têm entrado na convenção é a existência de maior comunicação mundial. Essa comunicação é realizada com foco nos Estados que aplicam a *sharia*, por meio dos encontros chamados de “Malta Process”<sup>147</sup>. Nesses encontros, busca-se o diálogo entre os Estados-parte da convenção e os países não-signatários cujas leis se baseiam no direito islâmico.

---

<sup>143</sup> Ibid., p. 441.

<sup>144</sup> HCCH. **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24>>. Acesso em: 22/11/2017.

<sup>145</sup> HCCH. **Pakistan: Hague Abduction Convention Enters into Force**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=542>>. Acesso em: 22/11/2017.

<sup>146</sup> HCCH. **Hague Conventions enter into force for Kazakhstan and Tunisia**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=573>>. Acesso em: 22/11/2017.

<sup>147</sup> HCCH. **10th Anniversary of the Malta Process**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=349>>. Acesso em: 22/11/2017.

A comunicação é importante para promover a cooperação transfronteiriça nos conflitos de direitos de família envolvendo crianças e procurar soluções para esses dilemas. O “Malta Process” surgiu em março de 2004 e, desde então, encontros têm sido realizados para tentar minimizar as diferenças entre os diversos sistemas legais na área de família.

O sucesso da conferência de Malta fez com que se repetisse em diversos anos. Até agora, já foi realizada em 2004, 2006, 2009, e 2016<sup>148</sup>.

Na conferência de 2009 passou a se falar de mediação para os casos não alcançados pela convenção. Serviços de mediação que devem ser compatíveis com os diferentes sistemas legais. Por isso, criou-se o “Working Party”, cujo objetivo é promover o desenvolvimento da mediação para que se enquadre aos conflitos de direito de família transfronteiriços<sup>149</sup>. Em 2014, ocorreu o primeiro seminário para discutir questões relacionadas à mediação<sup>150</sup>.

A importância do “Malta Process” é que promove a convenção aos países islâmicos, de modo que cada vez mais países não-signatários e com sistemas legais completamente diferentes têm aderido ao instrumento. Não apenas isso, mas também contribuiu para a troca cultural entre os Estados e para a resolução de casos aos quais a convenção não aplica.

Sem esse diálogo, provavelmente ainda haveriam muitos países não-signatários da convenção, que nem se preocupariam em solucionar os conflitos internacionais de subtração de criança. E, com isso, mais conflitos no âmbito do direito de família existiriam sem previsão de resolução.

Daí a relevância do diálogo. Quando se busca compreender as diferenças culturais, e não apenas impor determinada cultura e determinada visão de mundo, conexões são criadas para sanar os conflitos internacionais. A comunicação também permite que os sistemas legais se alterem. Afinal, os Estados podem modificar seu ponto de vista por meio da compreensão da visão do outro. Assim, as diferenças se tornam menores, e países que antes possuíam sistemas legais tão diversos e impossíveis de coexistir passam a tolerar os sistemas legais um do outro, a fim de diminuir os impasses quando da resolução dos casos de família transfronteiriços.

---

<sup>148</sup> HCCH. **LIST OF JUDICIAL AND OTHER CONFERENCES 1998-2017**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=5214>>. Acesso em: 22/11/2017.

<sup>149</sup> HCCH. **Third Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law**. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/237ab892-1b90-4191-9723-d7deaa221dac.pdf>>. Acesso em: 22/11/2017.

<sup>150</sup> HCCH. **First Regional Seminar of the Working Party on Mediation in Southeast Asia**. Disponível em: <[https://assets.hcch.net/upload/mediation20141129report\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/mediation20141129report_en.pdf)>. Acesso em: 22/11/2017.

## **4.2. Os fatores que geram a falta de uniformidade da aplicação da Convenção da Haia de 1980**

A autora Rhona Schuz acredita haver dois tipos de situações nas quais a religião e a cultura são fatores importantes que devam ser analisados em casos de subtração internacional de crianças. Primeiro quando se trata de países nos quais a religião e a cultura são a base do direito e não são compatíveis com os direitos humanos ou com o princípio do melhor interesse da criança. E segundo, nos casos de casamentos mistos, nos quais os pais pertencem a diferentes religiões e culturas, e o abductor alega que o retorno da criança causará danos à criança<sup>151</sup>.

Em ambos os casos, o juiz se depara com conflitos de difícil resolução. Isso porque envolvem questões muito complexas, que afetam os laços de família e a sociedade como um todo. Além disso, os países-membros da Convenção da Haia de 1980 são, em geral, ocidentais, com o direito laico, e seguem a noção de direitos humanos da concepção ocidental. Esse quadro tem se alterado com a entrada de países islâmicos na convenção e tem permitido uma mudança na solução dos casos.

Diversas questões devem ser analisadas quando se trata de algum desses casos. A diferença cultural inflige vários problemas, principalmente na interpretação dos conceitos do instrumento legal. A autora, em outro trabalho, traz alguns desses conceitos presentes na convenção: residência habitual (art. 3), integração no meio (art. 12), grave risco (art. 13b), objeção de retorno pela criança (art. 13)<sup>152</sup>.

Como já analisado no tópico 1, esses conceitos geram divergência mesmo entre juízes nacionais, portanto, não há como ser diferente entre países com visões e culturas completamente opostas. Inclusive, entre os próprios países ocidentais há divergências. Ainda não se chegou a definições exatas para essas partes do texto legal, por isso, encontram-se em aberto para as mais diversas interpretações.

Alguns exemplos podem ser citados que demonstram bem como a incorporação da convenção nas leis nacionais pode alterar o sentido de algumas partes do texto original:

Algumas variações podem ser encontradas quando da implementação da legislação nos Estados onde os tratados internacionais não são auto executados. Por exemplo, em alguns dos Estados membros que têm incorporado a convenção na lei local, o

---

<sup>151</sup> SCHUZ, Rhona. The Relevance of Religious Law and Cultural Considerations in International Child Abduction Disputes. [S.L.]: **JL & Fam. Stud.**, v. 12, p. 453, 2010, p. 453-456.

<sup>152</sup> SCHUZ, Rhona. Disparity and the Quest for Uniformity in Implementing the Hague Abduction Convention. [S.L.: S.N.], 2014, p. 7-22.

preâmbulo é omitido da versão da Convenção que está anexada à legislação nacional. Além disso, alguns Estados que incorporaram a Convenção em legislação local fizeram pequenas alterações ou adições à redação da Convenção. Por exemplo, [...] o Regulamento Australiano de Abdução fornece, no contexto da exceção do artigo 13(2), que a objeção de uma criança deve importar "uma força de sentimento além da mera expressão de preferência ou de desejos comuns" e a legislação dos Estados Unidos requer um maior ônus de prova em relação às exceções do artigo 13(1)(b) e do artigo 20. De forma semelhante, a lei de execução sueca substitui o termo "Hemvist", que significa domicílio, por residência habitual. Além disso, uma lei foi aprovada na Suíça, que parece fazer uma série de mudanças na Convenção, principalmente ao fornecer esclarecimentos sobre o tipo de situação em que o grave risco será aplicado. Um exemplo mais claro é a "Lei Modelo em Procedimento para a aplicação da Convenção sobre Subtração Internacional de Crianças" do Uruguai, que se refere ao melhor interesse e aos direitos da criança. Embora não haja evidências claras quanto ao impacto dessas diferenças, apresentam uma potencial causa para a disparidade quando da aplicação da Convenção da Haia de 1980 pelos diferentes Estados signatários. Mais importante ainda, diferenças gerais na estrutura, nas características e tradições nos diferentes sistemas jurídicos podem levar a uma disparidade significativa na implementação da Convenção. Por exemplo, na África do Sul parece haver um choque entre a Convenção da Haia de 1980 e o Constituição, que estabelece a supremacia do melhor interesse (tradução nossa)<sup>153</sup>.

Uma interpretação diferenciada pode fazer com que o texto legal seja aplicado de forma diversa pelos membros-membros, o que gera falta de uniformidade. Outros fatores também contribuem para isso<sup>154</sup>. Há diversos tipos de juízes que lidam com esses casos. Há juízes que não entendem de direito de família e nunca tiveram que decidir um caso que envolva a convenção antes, e há juízes que se especializaram no assunto e se encontram mais aptos a solucionar o conflito corretamente.

A formação diferenciada dos julgadores certamente influencia em como os casos serão decididos e, portanto, haverá diversidade de julgamentos.

---

<sup>153</sup> Some variations can be found in implementing legislation in those States where international treaties are not self-executing. For example, in some of the States that have incorporated the Convention into local law, the Preamble is omitted from the version of the Convention which is appended to the incorporating legislation. Moreover, some States which have transformed the Convention into local legislation have made small changes or additions to the wording of the Convention. For example, [...] the Australian Abduction Regulations (as amended) provide, in the context of the exception in Article 13(2), that a child's objection must import "a strength of feeling beyond the mere expression of a preference or of ordinary wishes" and the United States legislation provides a heavier burden of proof in relation to the exceptions in Article 13(1)(b) and Article 20. Similarly, the Swedish implementing act substitutes the term "hemvist", which means domicile, for habitual residence. Moreover, in Switzerland an Act has been passed which appears to make a number of changes to the Convention, in particular by providing clarification of the sort of situation in which the grave risk exception will apply. A further example is the Uruguay "Model Law on Procedure for the Application of the Convention on International Child Abduction, which refers to the best interests and rights of the child. Although there is no clear evidence as to the impact of these differences, they present a potential cause of disparity in the operation of the Hague Abduction Convention in different States-Parties. More importantly, general differences in the structure, characteristics, and traditions of different legal systems may lead to significant disparity in implementing the Convention. For example, in South Africa there appears to be a clash between the Hague Abduction Convention and the Constitution which entrenches the paramountcy of the best interests standard (Ibid., p. 29 e 30).

<sup>154</sup> Ibid., p. 30 e 31.

Outro fator diz respeito às relações dos países com outros instrumentos internacionais. Os países-membros da Convenção da Haia de 1980 podem fazer parte de outros instrumentos que tenham correlação com os casos de subtração e isso auxilia na aplicação e interpretação do texto legal da convenção. Em contrapartida, há países que não fazem parte desses instrumentos e, conseqüentemente, há disparidade entre os membros que têm histórico com outros instrumentos e os que não o possuem.

Como já demonstrado, também há diferenças culturais e ideológicas, que vão se acentuar com a entrada de países islâmicos na convenção. Isso vai modificar a maneira com que os juízes a aplicam; e novos conflitos surgirão envolvendo os países ocidentais que, ao fazer pedidos de retorno a países islâmicos, terão seus casos sendo julgados por cortes que aplicam a *sharia*. Conflitos surgirão caso se acredite que as cortes estão decidindo em desconformidade com os direitos humanos, o que pode levantar a suspeita de infração do art. 20 da convenção, que prevê que “o retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”<sup>155</sup>.

#### **4.3. O paradoxo entre a utopia da uniformidade e a necessidade da sua busca**

Pode-se perceber que não há uniformidade quando da aplicação da Convenção da Haia de 1980, seja por países ocidentais, seja por países islâmicos. Até nacionalmente os juízes decidem de modo diverso, imagine com a amplitude de culturas e ideologias dos diversos Estados-parte. Com a entrada de países com culturas e leis tão opostas ao que se acredita como direitos humanos, conflitos se acentuaram e a uniformidade, que já não se encontrava presente, está cada vez mais distante de ser atingida no momento.

Entretanto, nos aproximaremos da uniformidade se a comunicação entre os países-membros ocorrer de modo a respeitar e conciliar as diferenças e buscar minimizar os conflitos. O choque cultural e jurídico é necessário para que, por meio do diálogo, a convenção atinja cada vez mais Estados e possa dar maior efetividade aos casos de subtração internacional de

---

<sup>155</sup>BRASIL. Decreto n. 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm)>. Acesso em: 22/11/2017.

crianças. Sendo inevitável o choque e a falta de uniformidade com a sua ocorrência, deve-se utilizar do debate para construí-la, assim como a Conferência da Haia tem promovido o diálogo com as Conferências de Malta.

A autora Rhona Schuz acredita que a uniformidade, em si, pode ser considerada utópica e talvez nunca alcançável, mas, em contrapartida, reforça a necessidade da sua busca e os benefícios que traz:

Primeiro, deve ser enfatizado que a uniformidade não deve ser vista como um objetivo isolado. Em vez disso, o objetivo principal é que a Convenção deva ser aplicada de forma a atingir seus objetivos. Conseqüentemente, a busca pela uniformidade deve ser acompanhada de esforços para garantir a correta interpretação e aplicação da Convenção. Em segundo lugar, a disparidade leva à falta de isonomia entre as crianças que são subtraídas para países diferentes ou cujos casos são ouvidos por diferentes tribunais e também entre os adultos envolvidos. Embora se possa argumentar que o objetivo da igualdade entre as crianças e pais de diferentes Estados é irrealista e utópica porque as leis de cada jurisdição diferem, o propósito de uma convenção internacional é justamente eliminar essas disparidades. Além disso, de uma perspectiva prática, as discrepâncias nas formas em que a convenção é interpretada e aplicada podem reduzir o efeito dissuasivo da convenção e levam ao *forum shopping* por abdutores informados, que escolherão subtrair em uma jurisdição em que é mais provável que possam evitar, ou pelo menos fazer demorar substancialmente, a devolução da criança. O perigo do *forum shopping* no mundo da Haia parece maior à medida que mais Estados se juntam à Convenção e, portanto, a possibilidade de subtração para um Estado não signatário se torna menos realista. Em terceiro lugar, a falta de uniformidade leva à falta de previsibilidade e de certeza, que serve como um incentivo para ambas as partes litigar e, portanto, reduz as chances de um retorno voluntário ou outra solução por meio de acordo. Finalmente, a falta de uniformidade pode levar a decisões inconsistentes e conflitantes em diferentes Estados Contratantes (tradução nossa)<sup>156</sup>.

Apesar de utópicas, as convenções internacionais almejam a uniformidade justamente para evitar esses problemas citados anteriormente, como a falta de isonomia nas decisões, o *forum shopping*<sup>157</sup>, e falta de previsibilidade.

---

<sup>156</sup> First, it should be emphasized that uniformity should not be seen as goal in its own right. Rather the overarching aim is that the Convention should be applied in a way which achieves its objectives. Accordingly, the quest for uniformity must be accompanied by efforts to ensure the correct interpretation and application of the Convention. Second, disparity leads to lack of equality among children who are abducted to different countries or whose cases are heard by different courts, and also between the adults involved. Although it may be argued that the goal of equality among children and parents from different States is unrealistic and Utopian because the substantive laws of each jurisdiction differ, the purpose of an international convention is to eliminate these disparities. In addition, from a practical perspective, discrepancies in the ways in which the convention is interpreted and applied might reduce the deterrent effect of the convention and lead to forum shopping by informed abductors, who will choose to abduct to a jurisdiction in which they are more likely to be able to avoid, or at least substantially delay, being ordered to return the child. The danger of forum shopping within the Hague world appears greater as more States join the Convention and thus the possibility of abducting to a non-Convention State becomes less realistic. Third, lack of uniformity leads to lack of predictability and certainty, which serves as an incentive to both parties to litigate and therefore reduces the chances of a voluntary return or other agreed settlement. Finally, lack of uniformity may lead to inconsistent and conflicting decisions in different Contracting States (SCHUZ, Rhona. Disparity and the Quest for Uniformity in Implementing the Hague Abduction Convention. [S.L.: S.N.], 2014, p. 37 e 38).

<sup>157</sup> *Forum shopping* é a escolha do foro pelo demandante que mais o favorece.

#### **4.4. O problema da divergência na interpretação do melhor interesse da criança**

As questões culturais e ideológicas afetam como cada país vai interpretar determinados conceitos da Convenção da Haia de 1980, como já demonstrado. Um ponto fundamental para a conclusão deste trabalho é com relação ao melhor interesse da criança. No tópico 2 se analisou como funciona o direito islâmico, e no tópico 3 demonstrou-se como os países que aplicam a *sharia* no direito de família interpretam o princípio que norteia toda a convenção, previsto no seu preâmbulo.

Os países islâmicos acreditam que o princípio deva sim ser utilizado quando das decisões dos casos. Porém, eles o interpretam de modo diverso dos países ocidentais. Na cultura islâmica, a mãe, ou qualquer figura feminina da família em caso de ausência da mãe, é a responsável pelo amor, carinho e afeição à criança. Ela seria a mais próxima, paciente e amorosa com o filho. Por isso, entende-se no direito islâmico que o melhor interesse da criança seria sempre permanecer o maior tempo possível com a mãe, ou qualquer figura feminina da família, após o nascimento.

Nesse sentido, com a inserção do princípio na Constituição de diversos países islâmicos, o Legislativo tem alterado as leis de guarda para que os filhos permaneçam com a figura materna por mais tempo após o nascimento, em prol do melhor interesse da criança. E o Judiciário tem aplicado o princípio ao relativizar a interpretação das leis, não aplicando a *sharia* de forma rigorosa, mas sim buscando o que for melhor para a criança caso a caso – e, geralmente, acreditam-se que é a permanência com a figura feminina.

Isso é certamente um problema bem complexo, pois países islâmicos têm adentrado à convenção nos últimos anos, como o Paquistão e a Tunísia este ano, por exemplo; e possuem ideias completamente diferentes das ocidentais. Afinal, na visão ocidental, a guarda compartilhada seria, em geral, a melhor para a criança. Não há preferência por nenhum dos gêneros.

Quando casos tiverem de ser solucionados, a diferença na interpretação do princípio será um empecilho para uma solução que agrade a todos. Por isso, a mediação e o diálogo são fundamentais para que esses países tenham um futuro na convenção sem terem suas ideologias desrespeitadas.

Há a discussão pelos teóricos do direito internacional se os direitos humanos seriam eurocêntricos e uma imposição aos outros países ou não. Essa discussão não será feita em

profundidade aqui, mas com certeza se aplica ao princípio do melhor interesse da criança. Esse princípio, apesar de não ter uma definição exata, foi construído com uma mentalidade ocidental e, portanto, espera-se que seja aplicada em conformidade com essa ideologia. Mas não é isso que acontece quando países islâmicos entram no conflito e, dessa maneira, torna-se um dilema de tão difícil resolução, que se torna o pior inimigo dos juízes e o mais difícil estudo pela academia.

É consensual que a entrada de mais países islâmicos vai beneficiar a convenção e a resolução dos casos de subtração internacional de crianças, pois vai criar contatos e diálogos. Mas ainda não há uma fórmula fácil para a resolução desses conflitos nem previsibilidade de como cada país vai reagir. Ainda é tudo muito recente e há pouquíssimos casos.

A visão eurocêntrica do princípio é um problema que, mesmo que o deixemos de lado e o ignoremos, é o maior causador de problemas na hora de sanar os casos envolvendo países islâmicos. Os Estados têm ideias diversas do que seria melhor para suas crianças, família e sociedade. E é aqui que se encontra relutância na hora de devolução da criança subtraída e a luta incansável do pai ou da mãe que acredita piamente que deveria ter a guarda de seus filhos pois é previsto na lei do seu país e na sua concepção cultural.

Por esse motivo que neste trabalho se buscou analisar como os países islâmicos entendem por melhor interesse da criança. Não é apenas a divergência cultural que causa medo nos países ocidentais, mas também a concepção do princípio norteador de toda a convenção e base de toda a resolução de conflitos, que é totalmente diversa em ambas as visões culturais.

E surge um problema maior ainda quando se observa que os países-membros ocidentais ficam frustrados quando não conseguem, na resolução de conflitos de subtração internacional, aplicar sua concepção do que seria o melhor interesse da criança. A superioridade com que os países ocidentais se sentem é evidente, tanto que defendem uma visão unilateral dos direitos humanos e do princípio do melhor interesse da criança – a visão ocidental. Essa imposição esmaga a cultura que não se encaixa nesses padrões.

Os teóricos em diversidade cultural dividem o assunto em três vertentes: o universalismo, o relativismo e o pluralismo<sup>158</sup>. O universalismo defende que há valores que são

---

<sup>158</sup> SCHUZ, Rhona. The Relevance of Religious Law and Cultural Considerations in International Child Abduction Disputes. [S.L.]: **JL & Fam. Stud.**, v. 12, p. 453, 2010, p. 462-464.

universais, como direitos humanos universais. Com isso, não deve ocorrer o retorno da criança em caso de subtração a países que tem práticas incompatíveis com esses valores.

No outro extremo, encontra-se o relativismo, que acredita não existirem valores absolutos e universais. Os valores seriam o produto da cultura local. Por isso, todas normas culturais e religiosas estariam em pé de igualdade entre os países e o fato de um país aplicar normas que são incompatíveis com os direitos humanos seria irrelevante para determinar o retorno da criança subtraída.

Por fim, o pluralismo cultural assegura que há vários valores culturais válidos, mas, ao mesmo tempo, há valores primários que devem validar essas práticas culturais. Nos casos de aplicação da convenção, deverá ser avaliado se as normas religiosas e culturais do país de origem da criança são compatíveis ou não com esses valores primários.

Talvez a teoria do pluralismo cultural seja um meio termo quando da resolução de conflitos dos casos da Haia, de forma que haja consenso entre os países ocidentais e os islâmicos e ambos fiquem satisfeitos com a solução. Fica em aberto a dúvida. A única certeza é que o universalismo silencia a cultura do outro e, sem espaço de fala, o país não tem motivos para continuar contribuindo com a convenção. Ao mesmo tempo, o relativismo iria de encontro ao art. 20 da convenção e esse artigo perderia completamente o seu sentido e efetividade; além disso, é perigosa a aplicação dessa teoria quando se trata da vida das crianças.

Em conformidade com esse pensamento se encontra a autora Rhona Schuz, que também defende a utilização do pluralismo cultural:

Sem chegar a uma conclusão definitiva sobre a relação ideal entre cultura e direitos humanos, se sugere que uma abordagem pluralista seja mais apropriada no contexto de subtração internacional de crianças. Uma abordagem universalista é incompatível com a natureza recíproca da Convenção da Haia e os acordos bilaterais existentes entre alguns países fora da estrutura da Haia. Além disso, mesmo nos casos em que não exista uma convenção ou outro arranjo, a abordagem universalista parece inconsistente com o reconhecimento moderno que existem muitas formas válidas de se criar os filhos. Por outro lado, uma abordagem relativista é problemática quando o bem-estar das crianças está em jogo (tradução nossa)<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Without coming to a definitive conclusion as to the optimal relationship between culture and human rights, it is suggested that a pluralistic approach is more appropriate in the context of international child abduction. A universalistic approach is inconsistent with the reciprocal nature of the Hague Convention and bilateral arrangements existing between some countries outside the Hague framework. Furthermore, even in cases where there is no Convention or other arrangement, the universalistic approach appears inconsistent with the modern recognition that there are many different valid ways to raise children. On the other hand, a relativist approach is problematic when the welfare of children is at stake (Ibid., p. 491).

Não há consenso entre os teóricos sobre o assunto e é por esse motivo que não há muito espaço para aprofundar esse ponto neste trabalho. De qualquer forma, a interpretação diversa do princípio é uma realidade, como já constatado, que deve ser resolvida por meio de diálogo para que haja mais facilidade quando da resolução dos casos de subtração internacional de crianças.

Além disso, deve-se ressaltar que o conflito gerado pela divergência de interpretação talvez suma nos próximos anos. Como um sinal de proximidade entre as ideologias dos países ocidentais e islâmicos, encontram-se as mudanças legislativas que ocorreram na Tunísia nos últimos anos, que se assemelham em vários pontos à mentalidade ocidental.

A Tunísia já tem absorvido a ideia de que não se deve escolher a guarda pelo gênero, mas sim pelo cônjuge mais propício à felicidade da criança. Essa era a visão no século XX de guarda igualitária nos países ocidentais, em que um dos cônjuges ficava com a criança, como uma guarda unilateral. Apesar de os países islâmicos, aparentemente, ainda não estarem prontos para considerar a guarda compartilhada como a melhor forma de guarda, talvez estejam caminhando para tal e, no futuro, talvez possam anular as divergências ideológicas existentes atualmente. A Tunísia é um exemplo de que a ideologia no direito de família nos países islâmicos tem se modificado.

#### **4.5. A importância do diálogo como a solução para minimizar os conflitos e promover a efetividade da Convenção da Haia de 1980**

A uniformidade está no campo do ideal, que a convenção internacional almeja. Certamente as tentativas de uniformidade pela Conferência da Haia, previstas no subtópico 1.7, ainda se encontram muito distantes de seu objetivo. Mas, ao mesmo tempo em que é importante buscar a uniformidade para que a convenção seja efetiva e haja isonomia na solução dos casos, ela é utópica e inalcançável. Surge aí o paradoxo.

A utopia se encontra no fato de que há diversas culturas e ideologias no mundo que são extremamente diversas. E mesmo que se seja otimista e se acredite que os países-membros são capazes de chegar algum dia à uniformidade, ainda irá demorar muito. O que é mais palpável na prática é a tentativa de minimizar as divergências por meio do diálogo e a de algum consenso conceitual do texto legal da convenção.

Essas são duas formas de se colocar em prática o melhor funcionamento para a convenção, por meio do qual os casos vão ser analisados de forma mais semelhante, com uma base conceitual já preestabelecida e clara, e com respeito a todas as culturas dos mais diversos países.

Afinal, como diz a autora Rhona Schuz, a melhor forma de impedir o grande dano à criança, presente no art. 13b da convenção, seria respeitar as diversas religiões e culturas, conforme a teoria do pluralismo cultural, explicada anteriormente<sup>160</sup>. Afinal, como ela bem ressalta<sup>161</sup>, “as democracias ocidentais não têm o monopólio de saber o que é melhor para as crianças e certamente não sabem o que é melhor para as crianças que estão crescendo em culturas não-ocidentais”<sup>162</sup>.

Em razão disso, os países islâmicos devem sim participar da convenção, mesmo com visão diversa do melhor interesse da criança, porque, apesar de ter sempre conflitos de interpretação, países não podem ser apartados do instrumento internacional por terem outra concepção, e não podemos impor nosso pensamento ocidental a países que tem realidades completamente opostas. Além disso, sua entrada apenas vai trazer benefícios, pois permitirá o diálogo com os outros países e a amplitude de solução de casos para os conflitos.

O diálogo seria, assim, a chave ao consenso em que se respeitam todas as culturas, sem haver imposição de uma sobre a outra. Portanto, as Conferências da Malta estão no caminho certo ao serem realizadas com esse propósito.

#### **4.6. As exceções dos arts. 13b e 20 da Convenção da Haia de 1980 e seus efeitos nos casos de subtração internacional de crianças envolvendo países islâmicos**

Por fim, analisam-se as exceções que podem ser invocadas para recusar a retornar a criança subtraída para países que aplicam a *sharia* no direito de família.

O art. 20 da convenção pode ser invocado para impedir o retorno da criança, com a alegação de que os princípios fundamentais do Estado requerido não são compatíveis com os

---

<sup>160</sup> Ibid., p. 477.

<sup>161</sup> Ibid., p. 477.

<sup>162</sup> Western democracies do not have a monopoly in knowing what is best for children and certainly not in knowing what is best for children who have been growing up in non-Western cultures.

direitos humanos. Como já analisado anteriormente, não é porque o país tem como base o direito islâmico que necessariamente não é compatível com os direitos humanos.

É verdade que o retorno sem nenhuma investigação do país de origem pode ser prejudicial à criança. Mas impedir o retorno trazendo o art. 20 e alegando apenas diferença cultural pode ser mais prejudicial ao menor do que as efetivas divergências culturais entre os países. Afinal, pode ocorrer que seja do melhor interesse da criança o seu retorno, mesmo que seja para um país considerado como não alinhado aos direitos humanos<sup>163</sup>.

Já o art. 13b da convenção também pode ser alegado, com base no risco grave que o retorno pode ocasionar à criança. Esse artigo é menos genérico que o art. 20 e, portanto, pode sim ser trazido pelo abductor, pois o seu foco é no caso particular da criança e não nas normas jurídicas de direito de família de outro país em questão. O artigo objetiva a análise do caso a caso e das circunstâncias particulares. Essa visão está em maior compatibilidade com a visão pluralista de cultura defendida no presente trabalho<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> Ibid., p. 470.

<sup>164</sup> Ibid., p. 477.

## CONCLUSÃO

A entrada dos países islâmicos na Convenção da Haia de 1980 é extremamente benéfica à comunidade internacional. Isso porque os casos de subtração internacional de crianças envolvendo países islâmicos antes não membros não tinham solução e as partes e, principalmente a criança, eram prejudicadas. Não que com a entrada desses países os conflitos cheguem a um fim e tenha solução imediata, mas certamente isso contribui para minimizar a quantidade de casos de subtração e chegar a soluções benéficas às partes.

As resoluções dos conflitos estão muito longe de serem previsíveis, até mesmo para casos que envolvam somente países ocidentais. Os juízes destes têm decidido de modo não uniforme, e há divergências tanto nacionais quanto internacionais. Isso ocorre porque a convenção possui alguns termos que não são definidos e abrem margem à interpretação. Além disso, apesar de o objetivo principal do instrumento ser o retorno imediato da criança, há diversas exceções que podem ser alegadas e que possibilitam a diversidade de julgamentos.

Não poderia ser diferente com países que possuem cultura e ideologia tão diferentes da ocidental. Os países islâmicos também sofrem com o dilema da falta de uniformidade, inclusive, até mais. Os países ocidentais querem que os termos da convenção sejam interpretados de acordo com a sua visão e do que acreditam ser os direitos humanos, mas surge a dúvida se esses direitos são eurocêntricos. E, se sim, ao se impor a interpretação de um texto legal com essa visão talvez se esteja desrespeitando a cultura alheia.

Por isso, trouxeram-se três vertentes teóricas em diversidade cultural para contribuir para esse assunto. Elas são o universalismo, o relativismo e o pluralismo. Defendeu-se que o pluralismo cultural, que alega que há vários valores culturais válidos, e, ao mesmo tempo, há valores primários que devem validar essas práticas culturais, talvez seja um meio termo quando da resolução de conflitos dos casos da Haia, pois garante-se que haja consenso entre os países ocidentais e os islâmicos e ambos fiquem satisfeitos com a solução.

A diferença de interpretação é evidente, principalmente quando se observa que o princípio do melhor interesse da criança, que é o principal princípio da convenção por ser o seu norte, tem um descompasso de interpretação entre os países ocidentais e os islâmicos. Os países ocidentais acreditam que o melhor para a criança seria a guarda compartilhada, sem a preferência por nenhum dos gêneros. Enquanto isso, na cultura islâmica se defende que o melhor interesse da criança seria sempre permanecer o maior tempo possível com a mãe, ou qualquer figura feminina da família, após o nascimento. Nesse sentido, com a inserção do

princípio na Constituição de diversos países islâmicos, o Legislativo tem alterado as leis de guarda para que os filhos permaneçam com a figura materna por mais tempo após o nascimento, em prol do melhor interesse da criança.

Essa diferença de interpretação é enorme e certamente vai gerar – e já gera – conflitos. A diferença na interpretação do princípio é um empecilho para uma solução aos casos que agrade a todos. Nesse contexto que a mediação e o diálogo são fundamentais para que esses países tenham um futuro na convenção sem terem suas ideologias desrespeitadas. Em consonância com tais ideias, segundo Rhona Schuz, o melhor interesse da criança é aquele que respeita as diversas religiões e culturas; e, como ela bem observa – e que já foi citado previamente -, “as democracias ocidentais não têm o monopólio de saber o que é melhor para as crianças e certamente não sabem o que é melhor para as crianças que estão crescendo em culturas não-ocidentais”<sup>165</sup>.

No entanto, a uniformidade é praticamente utópica e inalcançável. E mesmo que seja alcançável, com certeza demorará muito tempo a ser conquistada, justamente porque há grande diversidade cultural e jurídica. Por outro lado, a busca pela uniformidade é extremamente importante, pois ela que vai garantir que haja igualdade na aplicação da convenção, haja consenso nas interpretações do texto legal, haja efetividade do instrumento legal, hajam decisões e soluções previsíveis; e haja isonomia às partes e à criança do caso julgado.

É por isso que a busca pela uniformidade deve ser incessável e é um dos objetivos dos instrumentos internacionais.

No momento, o mais palpável na prática para reduzir as disparidades culturais e certificar a efetividade da convenção é o diálogo, em prol da tentativa de minimizar as divergências culturais e interpretativas, e a tentativa de algum consenso conceitual do texto legal da convenção, para gerar maior isonomia nos julgamentos.

Somente com o diálogo os países poderão aceitar as diferenças culturais. A aceitação é importante pois assegura o respeito, decisões benéficas a todos e o fim de uma imposição unilateral cultural e jurídica. Obviamente o fim total dessa imposição é também utópica, e o diálogo busca apenas minimizar os conflitos e os choques culturais.

---

<sup>165</sup> SCHUZ, Rhona. The Relevance of Religious Law and Cultural Considerations in International Child Abduction Disputes. [S.L.]: **JL & Fam. Stud.**, v. 12, p. 453, 2010, p. 477.

Além disso, a comunicação é capaz de certificar que conexões serão criadas, que facilitarão a resolução dos conflitos de forma mais ágil e efetiva.

As Conferências de Malta, existentes desde 2004, são essenciais para esse diálogo, e o fato de ocorrerem com certa frequência somente irá trazer frutos positivos à convenção. Acredito que os encontros realizados são apenas o início e que cada vez mais conferências serão organizadas, talvez de modo até mais frequente, e cada vez mais medidas vão ser criadas com o propósito de disseminar o contato entre os países ocidentais e islâmicos. A prova disso é que uma conferência foi realizada recentemente, em 2016, e foi criado o “Working Party” para promover o desenvolvimento da mediação para que se enquadre aos conflitos de direito de família transfronteiriços. Ademais, recentemente, em 2014, ocorreu o seu primeiro seminário para discutir questões relacionadas à mediação.

Aliás, o incentivo da Conferência da Haia para a ocorrência dessa troca cultural é tão poderoso que já gerou resultados. Somente este ano, como já dito anteriormente, entraram na convenção o Paquistão e a Tunísia, e acredito que cada vez mais países islâmicos vão entrar na Convenção da Haia de 1980.

Por fim, deve-se ressaltar que esses conflitos talvez desapareçam nos próximos anos. Como um sinal de proximidade entre as ideologias dos países ocidentais e islâmicos, encontram-se as mudanças legislativas que ocorreram na Tunísia nos últimos anos, que se assemelham em vários pontos à mentalidade ocidental.

A Tunísia já tem desenvolvido a ideia de que não se deve escolher a guarda pelo gênero, mas sim pelo cônjuge mais propício a felicidade da criança. Essa era a visão no século XX de guarda igualitária nos países ocidentais, em que um dos cônjuges ficava com a criança, como uma guarda unilateral. Apesar de os países islâmicos, aparentemente, ainda não estarem prontos para considerar a guarda compartilhada como a melhor forma de guarda, talvez estejam caminhando para tal e, no futuro, talvez possam eliminar divergências ideológicas existentes atualmente. A Tunísia é um exemplo de que a ideologia no direito de família nos países islâmicos tem se modificado.

Claro que os países islâmicos enquadrando sua mentalidade à ocidental não geram, por si só, uniformidade. Divergências continuarão ocorrendo, principalmente porque elas já acontecem entre países ocidentais diferentes e entre juízes dentro de um mesmo país.

Conclui-se, portanto, que os países-membros da Convenção da Haia de 1980 terão dificuldades de compatibilizar suas ideologias e visões de mundo. Isso gerará julgamentos sem isonomia e diversos problemas quando da resolução dos casos. Os conflitos são inevitáveis justamente pela diferença cultural e ideológica. Isso se reflete nas leis de família dos países islâmicos e na forma de interpretar princípios fundamentais à convenção, como o do melhor interesse da criança. Mas, em contrapartida, há boas perspectivas a esses países na convenção. O futuro é incerto, mas o diálogo promovido pelas Conferências de Malta e o progresso do “Working Party” têm contribuído para minimizar todos os problemas já mencionados. A comunicação é a chave para o sucesso dos futuros casos de subtração internacional de crianças envolvendo países islâmicos e para a diminuição de conflitos. Não se pode esquecer que a presença desses países na convenção é fundamental para toda a comunidade internacional e é, por isso, que se deve buscar mantê-los como países-membros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABU-ODEH, Lama. Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt. [S.L.]: **Vand. J. Transnat'l L.**, v. 37, 2004.
- ALSTON, Philip. The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. [S.L.]: **International Journal of Law and the Family**, v. 8, n. 1, 1994.
- AN-NA'IM, Abdullahi. Cultural Transformation and Normative Consensus on the Best Interests of the Child. [S.L.]: **International Journal of Law and the Family**, v. 8, n. 1, 1994.
- ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 6ª ed, Porto Alegre: Revolução eBook, edição Kindle, 2016, n.p.
- BASSET, Ursula C. The Changing Standard of the Best Interests of the Child and its Impact on the Exercise of Parenting and on Children. [S.L.]: **Intl. J. Jurisprudence Fam.**, v. 2, 2011.
- BEAUMONT, Paul Reid; MCELEAVY, Peter Eugene. **The Hague Convention on international child abduction**. New York: Oxford University Press, 1999.
- BRASIL. Decreto n. 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm)>. Acesso em: 04/11/2017.
- BODENHEIMER, Brigitte M. The Hague Draft Convention on International Child Abduction. [S.L.]: **Family Law Quarterly**, v. 14, n. 2, 1980.
- FREEMAN, Michael. **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 3 The Best Interests of the Child**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- HAIDER, Nadya. Islamic Legal Reform: The Case of Pakistan and Family Law. [S.L.]: **Yale JL & Feminism**, v. 12, 2000.
- HCCH. **10th Anniversary of the Malta Process**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=349>>. Acesso em: 22/11/2017.
- HCCH. **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24>>. Acesso em: 04/11/2017, às 21h47; e 22/11/2017.
- HCCH. **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças: Reuniões das Comissões Especiais**. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/publications1/?dtid=57&cid=24>>. Acesso em: 04/11/2017.
- HCCH. **First Regional Seminar of the Working Party on Mediation in Southeast Asia**. Disponível em: <[https://assets.hcch.net/upload/mediation20141129report\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/mediation20141129report_en.pdf)>. Acesso em: 22/11/2017.

HCCH. **Hague Conventions enter into force for Kazakhstan and Tunisia.** Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=573>>. Acesso em: 22/11/2017.

HCCH. **LIST OF JUDICIAL AND OTHER CONFERENCES 1998-2017.** Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=5214>>. Acesso em: 22/11/2017.

HCCH. **Pakistan: Hague Abduction Convention Enters into Force.** Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=542>>. Acesso em: 22/11/2017.

HCCH. **SECÇÃO RAPTO DE CRIANÇAS.** Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>>. Acesso em: 04/11/2017.

HCCH. **Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions (10-17 October 2017):** Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf>>. Acesso em: 04/11/2017.

HCCH. **Third Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law.** Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/237ab892-1b90-4191-9723-d7deaa221dac.pdf>>. Acesso em: 22/11/2017.

INCADAT. **Leading legal database on international child abduction law.** Disponível em: <<https://www.incadat.com/en>>. Acesso em: 22/11/2017.

JOHNSTON, Janet R. et al. Early identification of risk factors for parental abduction. Washington, DC: **Juvenile Justice Bulletin**, v. 1, 2001.

KURKI-SUONIO, Kirsti. Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective. [S.L]: **International Journal of Law, Policy and the Family**, v. 14, n. 3, 2000.

MARTINS, Natália Camba. **Subtração internacional de crianças:** as exceções à obrigação de retomo previstas na convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças - interpretação judicial da adaptação da criança. 1ª ed. Curitiba, PR: CRV, 2013.

MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude; ELY, Marion. **The INCADAT Guide for Correspondents.** Disponível em: <<https://www.incadat.com/en>>. Acesso em: 22/11/2017.

MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. **Direitos da Criança:** o Brasil e a Convenção sobre Os Aspectos Civis Do Sequestro Internacional De Crianças. 2005. 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Internacionais), Centro Universitário UNICEUB, Brasília, p. 83 e 84.

MILLER, J. Mitchell et al. Examining child abduction by offender type patterns. [S.L]: **Justice Quarterly**, v. 25, n. 3, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, Governo Federal. **Autoridade Central Federal:** Para adoção e subtração internacional de menores. Disponível em:

<<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/acaf>>. Acesso em: 04/11/2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, Governo Federal. **Subtração Internacional de Menores**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional>>. Acesso em: 04/11/2017.

PÉREZ-VERA, Elisa. **Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention**. Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), v. 3, 1982.

ROSSUM, Wibo Van. The Clash of Legal Cultures over the Best Interests of the Child Principle in Cases of International Parental Child Abduction. [S.L]: **Utrecht Law Review**, v. 6, p. 33, 2010.

SCHUZ, Rhona. Disparity and the Quest for Uniformity in Implementing the Hague Abduction Convention. [S.L.: S.N.], 2014.

SCHUZ, Rhona. The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. [S.L]: **Transnat'l L. & Contemp. Probs.**, v. 12, 2002, p. 439

SCHUZ, Rhona. The Relevance of Religious Law and Cultural Considerations in International Child Abduction Disputes. [S.L.]: **JL & Fam. Stud.**, v. 12, p. 453, 2010.

SILBERMAN, Linda. Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report. [S.L]: **Law and Contemporary Problems**, v. 57, n. 3, 1994, p. 258-260.

SORG, Karl G. Joint Custody: Is the Legislative Presumption beyond the Best Interests of the Child? [S.L]: **Woodrow Wilson Journal of Law**, v. 4, p. 47, 1982.

STILT, Kristen A. Islamic Law and the Making and Remaking of the Iraqi Legal system. [S.L.]: **Geo. Wash. Int'l L. Rev.**, v. 36, 2004.

STHOEGER, Eran. International Child Abduction and Children's Rights: Two Means to the Same End. [S.L]: **Mich. J. Int'l L.**, v. 32, 2010, p. 522-526.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child**, 2008, p. 15.

VAHED, M. A. Should the question: 'what is in a child's best interest?' be judged according to the child's own cultural and religious perspectives? The case of the Muslim child. [S.L]: **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, v. 32, n. 3, 1999.

WALSH, Michael R.; SAVARD, Susan W. International Child Abduction and the Hague Convention. [S.L]: **Barry L. Rev.**, v. 6, p. 29, 2006.

YASSARI, Nadjma; MÖLLER, Lena-Maria; GALLALA-ARNDT, Imen. **Parental Care and the Best Interests of the Child in Muslim Countries**. [S.L.]: T.M.C. ASSER PRESS, 2017.