

A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980 E A INTEGRAÇÃO DA CRIANÇA AO SEU NOVO MEIO

CARLOS WALTER MARINHO CAMPOS NETO¹

MARÍA LAURA FORNASAR²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980. 3 A INTEGRAÇÃO DA CRIANÇA AO SEU NOVO MEIO. 3.1 Prazo de um ano. 3.2 Avaliação da integração das crianças. 3.3 Produção probatória. 3.4 Risco grave de sujeição a perigos de ordem psíquica. 4 a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. 5 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS FINAIS.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo a análise da aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, focando especificamente na questão da integração da criança subtraída ao seu novo meio, que é um dos fundamentos mais alegados pelo genitor abductor para contestar o pedido de devolução da criança, bem como um dos fundamentos mais utilizados pelas decisões nacionais que recusam o pedido de devolução. Para tanto, esse estudo, de natureza empírica e teórica, partirá do exame do texto desta Convenção, dos documentos produzidos pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado relativos à sua aplicação pelos Estados contratantes e da bibliografia especializada, para, em seguida, abordar os dados quantitativos e qualitativos coletados do conjunto de decisões nacionais sobre o tema analisado pelo Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil (GPDIPr), desenvolvido sob a coordenação do Prof. Dr. André de Carvalho Ramos.

¹ Doutorando em Direito Internacional pela UERJ. Tel.: (21) 981027218. R. Eng. Cavalcanti, 34/102. E-mail: cw_campos@hotmail.com.

² Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Tel.: (21) 998620115. Rua Marquês de Olinda, 64/901B, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ. E-mail: laurafornasar@yahoo.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: Sequestro internacional. Crianças. Integração ao novo meio.

THE 1980 HAGUE CONVENTION AND CHILDREN'S INTEGRATION INTO THEIR NEW ENVIRONMENT

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the application of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, focusing on the matter of the integration of the abducted children at their new environment, which is one of the most alleged grounds by the abductor parent in order to contest the child's return request, as well as one of the most used grounds by national decisions to refuse the return request. To this end, this study, of an empirical and theoretical nature, will start from the examination of the text of the Convention, the documents produced by the Hague Conference on Private International Law in connection with its application by the contracting States and the specialized bibliography, to then address the quantitative and qualitative data collected from the set of national decisions on the theme by the Research Group on the Plurality of Sources in Private International Law and Brazil (GPDIPr), developed under the coordination of Professor André de Carvalho Ramos.

KEYWORD: International abduction. Children. Settlement in the new environment.

INTRODUÇÃO

Os casos jurídicos relativos à guarda de crianças são tradicionalmente complexos por apresentarem uma intensa carga emocional para a criança e para seus genitores. Essa complexidade sofre significativo incremento em relações familiares internacionalizadas, em que a questão pode envolver também a contraposição entre os elementos culturais encontrados nos Estados envolvidos, bem como entre as regras jurídicas internas existentes em cada um deles para a solução dos casos concretos.³ No mundo globalizado atual, há um contínuo

³ SILBERMAN, Linda J. Co-operative efforts on behalf of children: the Hague Children's Convention. *Recueil des Cours* v. 323, 2006, p. 279-280, 299.

aumento do fluxo de pessoas ao redor do mundo e, conseqüentemente, a multiplicação das relações familiares internacionalizadas. Nesse contexto, torna-se fácil compreender a concomitante multiplicação das disputas jurídicas transnacionais relativas ao direito de guarda e, conseqüentemente, da ocorrência de episódios de sequestro internacional de crianças. Ocorre que, em geral, o ordenamento interno dos Estados não está preparado para lidar unilateralmente com esse problema.

Por esse motivo, foi elaborada e adotada no seio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Esse tratado estabelece, como regra geral, o retorno da criança ao seu Estado de residência habitual como principal remédio para o sequestro internacional de menores, por entender que as autoridades desse Estado são as que estão melhor posicionadas para decidir sobre a situação jurídica da criança.

Contudo, a própria Convenção prevê as hipóteses em que um pedido de retorno pode ser indeferido, sendo uma delas o fato de a criança já se encontrar integrada ao seu novo meio. O assunto da integração da criança ao novo meio é o objeto específico do presente trabalho, que é parte integrante de cinco artigos sobre o sequestro internacional de crianças, preparados pelos membros do Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil (GPDIPr), cadastrado junto ao CNPq, sob a direção do Prof. André de Carvalho Ramos.⁴

Cada um dos artigos compila o trabalho de pesquisa e os debates realizados pelo grupo a respeito de cinco temas de grande relevância para a interpretação e a aplicação do referido tratado, a saber: (i) a criminalização da conduta do genitor abductor, (ii) o prazo para tramitação do pedido de retorno e

⁴ O grupo tem como objetivo o estudo crítico das fontes do Direito Internacional Privado, com foco no diálogo entre as fontes nacionais e internacionais. Além do professor responsável Dr. André de Carvalho Ramos, e da coordenadora Diana Tognini Saba, participaram, ainda, desta atividade do Grupo de Pesquisa: Ana Cristina Corrêa de Melo (UBA – mestre e professora), Carlos Eduardo de Castro e Silva Carreira (FDUSP – mestrando), Carlos Walter Marinho Campos Neto (UERJ – doutorando, FDUSP – mestre), Fernanda Botti Vilaça Martins (FDUSP – graduada), Fernando Pedro Meinero (Unipampa – professor; mestre e doutor em direito), Isabella Silveira de Castro (UFPR – mestranda), Matheus Presotto e Silva (advogado, pesquisador e pós-graduando), Maria Laura Fornasar (UFRJ – mestre) e Mariana Sebalhos Jorge (FDUSP – doutoranda e UFRGS – mestre).

sua instrução probatória, (iii) a violência doméstica e familiar como um fator contribuinte para a abdução e suas consequências e (iv e v) como vêm sendo interpretadas as exceções à ordem de retorno pautadas no risco à criança e em sua integração ao ambiente.

2. A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980

Em 25 de outubro de 1980, foi aprovada a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (a “Convenção da Haia de 1980”), pelo voto unânime dos delegados presentes à 14ª Sessão da Conferência da Haia. O tratado passou a vigorar no plano internacional em 1º de dezembro de 1983 e conta atualmente com 99 Estados contratantes⁵. A Convenção da Haia de 1980 estabelece um mecanismo de cooperação jurídica internacional entre as autoridades internas de seus Estados Contratantes, com o objetivo primordial de combater o sequestro internacional de crianças.

Nos termos do art. 1º da Convenção, o sequestro internacional de uma criança está relacionado ao episódio em que uma criança é transferida para um dos Estados contratantes ou nele retida de forma ilícita⁶. Essa ilicitude, por sua vez, decorre de ter a transferência ou retenção violado direito de guarda estabelecido de acordo com a lei do Estado onde a criança tinha sua residência habitual, seja por determinação legal, judicial ou administrativa, ou ainda por acordo de vontades, como prevê o art. 3º. É necessário, todavia, que esse direito de guarda estivesse sendo exercido efetivamente no momento da transferência ou retenção indevida. O direito de guarda é definido no artigo 5º da Convenção

⁵ Essa informação está atualizada até 8 de janeiro de 2019. A lista completa dos Estados signatários encontra-se disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (acesso em 4 de fevereiro de 2019).

⁶ O termo “sequestro”, constante do título da Convenção conforme promulgada no direito brasileiro através do Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000, não é repetido no restante do texto convencional, que passa a se referir à “transferência” ou “retenção”. Cabe pontuar que o texto da Convenção foi aprovado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado nas línguas inglesa e francesa. O site da Conferência da Haia oferece uma tradução da Convenção para o português, que, todavia, não corresponde à versão incorporada no Brasil, mas àquela adotada por Portugal, que a intitula “Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças”.

como aquele relativo aos cuidados com a criança, incluindo o direito de decidir sobre o lugar de sua residência.

No Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980, o sequestro internacional de uma criança é apresentado como ato praticado por um de seus genitores, com o intuito de (i) afastá-la do outro genitor; ou ainda (ii) levá-la para jurisdição que lhe pareça mais vantajosa com relação à discussão de direitos de guarda e/ou visita⁷.

Durante a negociação do texto da Convenção da Haia de 1980, a Comissão Especial abandonou o sistema tradicional de reconhecimento e execução de decisões sobre o direito de guarda⁸, optando por uma abordagem mais prática ao adotar, como remédio para os episódios de sequestro internacional de crianças, o retorno imediato da criança ao seu Estado de residência habitual.

O retorno imediato é considerado a decisão que melhor se adequa à proteção e aos interesses da criança⁹ por restaurar o *status quo* anterior, permitindo que a jurisdição do Estado de residência habitual decida de forma definitiva sobre sua situação jurídica. Isso porque essa jurisdição, integrada ao meio social em que se constituíram as relações familiares em questão, estaria melhor posicionada para analisar o caso concreto e, então, julgar o mérito dos direitos de guarda e visitação¹⁰. Assim, o retorno imediato contornaria as consequências fáticas e jurídicas do episódio de sequestro internacional, além de desencorajar novas ocorrências.

⁷ PÉREZ-VERA, Elisa. Rapport explicatif. Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982, p. 428-429.

⁸ Esse foi o sistema cooperacional adotado na Convenção Europeia de 1980, negociada de forma concomitante à Convenção da Haia de 1980, tendo os respectivos trabalhos preparatórios sofrido influência recíproca.

⁹ Elisa Pérez-Vera, que preparou o Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980, alerta para a imprecisão no conteúdo do conceito de “melhor interesse da criança”, que corre o risco de traduzir manifestações do particularismo cultural de cada sociedade. Nesse sentido, não é pouco comum encontrar exemplos de utilização do conceito pelas autoridades internas dos Estados para embasar decisões que consolidam situações de sequestro internacional de crianças, especificamente ao atribuir a guarda da criança ao genitor responsável pelo sequestro. PÉREZ-VERA, Elisa. Rapport explicatif. Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982, p.431.

¹⁰ SILBERMAN, Linda J. Co-operative efforts on behalf of children: the Hague Children’s Convention. *Recueil des Cours* v. 323, 2006, p. 304.

Cabe destacar que o trabalho da Conferência da Haia não se limita à negociação, redação e assinatura das Convenções, havendo considerável empenho da organização para, depois da entrada em vigor de um tratado, acompanhar sua aplicação pelos Estados contratantes. No âmbito da Conferência da Haia, cabe mencionar: (i) o Relatório Explicativo preparado pela Prof.^a Elisa Pérez-Vera, publicado junto com o histórico de negociação e os trabalhos preparatórios da Convenção; (ii) as conclusões e recomendações das reuniões da Comissão Especial para acompanhamento da aplicação da Convenção; e (iii) o Guia de Boa Prática, com capítulos direcionados a aspectos específicos da implementação da Convenção pelos Estados¹¹. Há ainda o INCADAT, banco de dados referente às principais decisões relativas ao sequestro internacional de crianças¹². Esses documentos, somados às decisões proferidas por tribunais internacionais¹³, surgem como possíveis ferramentas para auxiliar as autoridades internas na aplicação da Convenção da Haia de 1980¹⁴.

A cooperação prevista na Convenção da Haia de 1980 pode envolver autoridades internas administrativas e/ou judiciárias – estabelecendo um sistema considerado “híbrido” ou “misto”. Dentre essas autoridades, destacam-se as Autoridades Centrais, órgãos apontados pelos Estados contratantes dentro de sua estrutura interna para funcionar como ponto focal relativo à aplicação da

¹¹ As publicações relativas à Convenção da Haia de 1980 estão disponíveis em uma seção dedicada ao sequestro internacional de crianças no site da Conferência da Haia (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction> (acesso em 21 de fevereiro de 2019).

¹² Criado em 1999 pelo Secretariado Permanente da Conferência da Haia para tornar acessíveis as principais decisões relativas ao assunto. Ver: <https://www.incadat.com/en> (acesso em 21 de fevereiro de 2019).

¹³ A jurisprudência dos tribunais internacionais pode ser considerada sob a ótica da técnica do “diálogo das cortes”, possibilitando a comparação entre as experiências das autoridades internas dos Estados contratantes e, conseqüentemente, o aperfeiçoamento da interpretação dada às normas convencionais. Destacam-se em importância os processos de organização regional, em que a proximidade geográfica e/ou cultural facilita a integração jurídica e institucional. O Tribunal de Justiça da União Europeia, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos jurisdicionais instituídos no âmbito de sistemas de integração regional, possuem competências que, de alguma forma, alcançam e conformam a aplicação da Convenção da Haia de 1980.

¹⁴ A Convenção de Viena de 1969, em seus artigos 31 e 32, determina que a interpretação de um tratado, seja no plano nacional ou no internacional, deve se dar conforme seu contexto e seu objetivo, sendo admissível o recurso a meios suplementares, inclusive os trabalhos preparatórios.

Convenção, especialmente para a transmissão e recebimento de pedidos de retorno de crianças subtraídas¹⁵.

Quanto ao pedido de retorno, ele pode ser apresentado por qualquer interessado à Autoridade Central de qualquer dos Estados contratantes da Convenção da Haia de 1980, devendo identificar e informar a localização da criança que se alega ter sido sequestrada. O pedido de retorno deve então ser transmitido à Autoridade Central do Estado em que a criança se encontra, que deverá tomar as providências cabíveis para o devido processamento do pedido¹⁶.

O artigo 7º da Convenção da Haia de 1980 apresenta uma lista de medidas a serem implementadas pelas Autoridades Centrais, devendo sua oportunidade ser verificada caso a caso¹⁷. Tais medidas podem ser implementadas pela Autoridade Central direta ou indiretamente, por meio de outras autoridades internas de determinado Estado contratante, a depender do que dispõe seu ordenamento jurídico. A Autoridade Central, contudo, permanece sempre como entidade responsável por supervisionar todo o procedimento¹⁸.

O artigo 16 da Convenção da Haia de 1980 veda às autoridades internas do Estado contratante em que a criança se encontra que, após informadas do episódio de sequestro internacional, tomem decisões sobre a guarda da criança¹⁹. Isso serve para evitar que o pedido de retorno de uma criança seja

¹⁵ Sobre a via das autoridades centrais na cooperação jurídica internacional: CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direito Internacional Privado. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 459-463.

¹⁶ Normalmente, o pedido de retorno é apresentado à Autoridade Central do Estado de origem da criança, que deve transmiti-lo à Autoridade Central do Estado para o qual ela foi levada, mas nada impede que o interessado busque a solução do episódio de sequestro internacional diretamente junto às autoridades internas do Estado receptor, conforme deixa expresso o artigo 29 da Convenção da Haia de 1980, no que se harmoniza com o princípio de inafastabilidade do poder jurisdicional, garantido pelo art. 5º, XXXV, Constituição Federal. Sobre o tema, ver decisão do TRF-1 na Apelação Cível nº 2009.38.13.002651-0/MG (Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 31/03/2014).

¹⁷ Dessas medidas, é possível extrair diferentes momentos da atuação desses órgãos quando do recebimento de um pedido de retorno: (i) a análise da admissibilidade do pedido de retorno; (ii) a localização da criança; (iii) a transmissão de informações sobre a situação fática e jurídica da criança; (iv) a tentativa de devolução voluntária da criança; e, finalmente, caso não seja possível a solução amigável, (v) as providências necessárias à efetivação do retorno da criança.

¹⁸ PÉREZ-VERA, Elisa. Rapport explicatif. Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982, pp. 438 e 453-454.

¹⁹ Com relação à transmissão de informações e documentos sobre a situação da criança, a Convenção da Haia de 1980 dispensa as autoridades internas envolvidas da tomada de procedimentos específicos para a obtenção de documentos do Estado de residência habitual da criança necessários à comprovação da situação

frustrado por uma decisão nacional, que dê aparência de legalidade ao episódio de sequestro internacional. Mesmo que as autoridades internas tomem uma decisão sobre a guarda, ou que uma decisão estrangeira seja ali reconhecida, tais provimentos não devem servir de base para a denegação do pedido de retorno, como determina o artigo 17 da Convenção.

Configurada uma situação de sequestro internacional de uma criança, o pedido de retorno formulado com base na Convenção da Haia de 1980 só pode ser indeferido pela autoridade competente caso constatado, no caso concreto, a ocorrência de alguma das hipóteses de exceção previstas nos artigos 12, 13 e 20 do texto convencional. É importante ressaltar que, ainda que configurada uma dessas hipóteses, o retorno pode ser determinado, o que decorre do disposto no artigo 18 da Convenção²⁰.

São as hipóteses convencionais de exceção ao retorno: (i) a integração da criança no seu novo meio, se decorrido mais de um ano entre a data da subtração e a do início do procedimento tendente ao retorno; (ii) o não exercício efetivo do direito de guarda na época da transferência ou retenção; (iii) a concordância posterior do detentor da guarda com a transferência ou retenção; (iv) o risco grave de sujeição da criança, no seu retorno, a “perigos de ordem física ou psíquica” ou a “situação intolerável”; (v) o atingimento, pela criança, de idade e grau de maturidade suficientes para opinar sobre a questão; e, finalmente, (vi) quando o retorno “não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

3. A INTEGRAÇÃO DA CRIANÇA AO SEU NOVO MEIO

de sequestro internacional, cabendo às Autoridades Centrais assisti-las na obtenção de informações relativas às leis e decisões estrangeiras. Ver os Artigos 14 e 15 da Convenção da Haia de 1980.

²⁰ “Artigo 18. As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento”.

A hipótese de denegação do pedido de retorno com base na integração da criança ao seu novo meio está prevista no artigo 12 da Convenção da Haia de 1980, que dispõe:

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

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

O racional por trás dessa disposição é a preservação do melhor interesse da criança. Com o passar do tempo, são maiores as chances de ela criar raízes no novo ambiente e, a depender do caso concreto, uma readaptação ao país de onde foi retirada ilicitamente pode lhe trazer consequências psicológicas mais gravosas do que a permanência no país para o qual foi levada.

É importante ressaltar que o artigo 18 da Convenção da Haia de 1980 garante que, ainda que cabalmente comprovada qualquer das exceções ao retorno da criança, as autoridades do Estado de refúgio poderão determinar a restituição da criança, caso fixadas, no país de residência habitual, condições adequadas para que o retorno da criança ocorra de forma segura.

A integração da criança ao meio não pode, por óbvio, decorrer da lentidão do próprio trâmite do pedido de restituição, o que atentaria contra o compromisso internacional assumido pelo país e premiaria a conduta do genitor abductor. Nesse sentido, a demora na tramitação processual, com rito ordinário e ampla investigação probatória, é apontada pela doutrina como um grande problema da aplicação do tratado no Brasil.

3.1 PRAZO DE UM ANO

Para que seja considerada a integração da criança ao seu novo meio, é necessário que haja decorrido o prazo de mais de um ano entre a “data da transferência ou da retenção indevidas” e o “início do processo” perante as autoridades do Estado em que a criança se encontra. Essa avaliação implica necessariamente na consideração dos elementos sociais e psicológicos envolvidos e, conseqüentemente, levam a um processamento menos ágil do pedido de retorno, o que torna mais graves as conseqüências do sequestro internacional.

Ressalta-se que a integração da criança não pode ser utilizada como fundamento para a rejeição do pedido de retorno quando não houver decorrido o prazo de um ano estabelecido pelo artigo 12 da Convenção da Haia de 1980²¹.

O marco inicial para contagem do prazo de um ano é a “data da transferência ou da retenção indevidas”. Em caso de retenção, o referido prazo é contado a partir da data em que a criança deveria ter sido devolvida e não foi²². Não obstante, segundo a Análise Jurisprudencial do INCADAT, os tribunais se mostram relutantes em constatar o estabelecimento de crianças quando elas estão ocultadas no Estado de refúgio, mesmo que tenham decorrido muitos anos até sua descoberta²³. Por outro lado, houve decisões de rejeição do pedido de

²¹ No Relatório Explicativo da Convenção, Pérez-Vera explica que a fixação de um prazo rígido dentro do qual a integração da criança ao seu novo meio não deve ser considerada, embora possa parecer arbitrária, foi a solução “menos pior” encontrada durante a confecção do tratado, diante das dificuldades encontradas ao se tentar estabelecer parâmetros objetivos para a avaliação da “integração da criança”. Acrescenta que, diante das dificuldades encontradas nas tentativas de estabelecer a avaliação da “integração da criança” como uma regra objetiva, a fixação de um prazo dentro do qual essa questão não pode ser discutida, embora possa parecer arbitrária, se mostrou a “menos pior” solução. PÉREZ-VERA, Elisa. Rapport explicatif. Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982, p. 458.

²² Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez-Vera. Secretariado Permanente, 1982, p. 458-459. Peter McEleavy e Aude Fiorini notam que diferentes posições foram adotadas pelas autoridades internas dos Estados contratantes sobre se o episódio de retenção é iniciado no momento em que o indivíduo abductor se recusa a devolver a criança ou no momento em que o indivíduo abandonado toma conhecimento da intenção daquele primeiro de não devolvê-la. MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude. “Aims & Scope of the Convention: Commencement of Removal/Retention”. Case Law Analysis. Disponível em: www.incadat.com, acesso em 19/02/2019.

²³ Nesse sentido, podemos citar julgados do Canadá (HC/E/CA 754, sete anos passados até que a criança fosse encontrada), do Reino Unido (HC/E/UKs 962, dois anos e meio passados), da Suíça (HC/E/CH 434, quatro anos passados) e dos EUA (HC/E/USf 125, dois anos e meio passados; e HC/E/USs 138, três anos passados).

retorno quando, apesar da ocultação, as crianças ainda assim puderam levar “vidas abertas”²⁴.

Nessa linha, Peter McEleavy e Aude Fiorini recomendam que a contagem do prazo só seja iniciada com a efetiva localização da criança – de outra forma, o responsável pela abdução seria incentivado a manter seu paradeiro desconhecido por mais de um ano, criando um fundamento jurídico para sua defesa em relação ao pedido de retorno. Trata-se de aplicação do princípio da “suspensão equitativa” (*equitable tolling*)²⁵ do prazo de prescrição, que aproxima a interpretação do dispositivo à solução oferecida pela Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores de 1989²⁶.

Por sua vez, o marco final do referido prazo é o “início do processo” perante as autoridades do Estado em que a criança se encontra. Peter McEleavy e Aude Fiorini observam que os tribunais de diversos Estados contratantes não consideram suficiente a apresentação de um pedido de retorno à Autoridade Central do Estado em que a criança se encontra, sendo necessário também que procedimentos tendentes ao retorno tenham sido iniciados. Nesse sentido, na visão desses autores, a menção do dispositivo a autoridades administrativas deve ser compreendida não como sendo referente à Autoridade Central, mas sim a ordenamentos jurídicos em que o pedido de retorno é decidido em esfera administrativa e não judicial.²⁷

²⁴ O conceito de “vida aberta” diz respeito ao fato de que, nos casos em questão, não havia indícios de que o genitor abductor vivia com a criança uma vida de “fugitivos”, mas desenvolviam suas atividades regularmente em seu novo meio. Nesse sentido, podemos citar julgados no Reino Unido (HC/E/UKe 815) e na China (HC/E/CNh 825).

²⁵ McEleavy e Fiorini apresentam o caso *Furnes v. Reeves* (362 F.3d 702, 11th Cir. 2004, INCADAT Reference: HC/E/USf 578) como marco para a adoção do referido princípio para os fins do artigo 12 da Convenção da Haia de 1980 nos Estados Unidos. Não obstante, os autores ressaltam que o referido princípio foi rejeitado em decisões em Canadá, China, Nova Zelândia e Reino Unido. MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude. “Exceptions to Return: Settlement of the child: Equitable Tolling”. Case Law Analysis. Disponível em: www.incadat.com, acesso em 19/02/2019.

²⁶ Dispõe o artigo 14 da Convenção Interamericana de 1989: “Os procedimentos previstos nesta Convenção deverão ser iniciados dentro do prazo de um ano civil, contado a partir da data em que o menor tiver sido transportado ou retido ilegalmente. No caso de menor cujo paradeiro for desconhecido, o prazo será contado a partir do momento em que for precisa e efetivamente localizado (...)”.

²⁷ MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude. “Exceptions to Return: Settlement of the child: Commencement of Convention Proceedings”. Case Law Analysis. Disponível em: www.incadat.com, acesso em 19/02/2019.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial 1293800/MG, constatando que a ação foi proposta após o prazo de um ano, manteve a denegação do pedido de retorno com base em estudo psicológico que verificava a integração da criança ao seu novo meio.²⁸ Todavia, no Recurso Especial 1727052/MG, o mesmo Tribunal manteve decisão denegatória de retorno que considerou, como marco inicial para a contagem do referido prazo, não a data de início dos procedimentos tendentes ao retorno no Brasil, mas sim a data da própria decisão.²⁹ Fica evidente a desconformidade do referido entendimento com os objetivos convencionais e com os parâmetros interpretativos oferecidos pela Conferência da Haia e pela jurisprudência comparada, como visto acima.

No Recurso Especial nº 1214408/RJ, o STJ reconheceu expressamente a inaplicabilidade do fundamento da integração da criança como hipótese de exceção quando o pedido de retorno foi formulado menos de um ano depois do episódio de subtração.³⁰ Contrasta com esse entendimento a decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial nº 12339777/PE, em que, mesmo sem que tivesse decorrido o período de ano, considerou-se que as constatações feitas em perícia psicológica indicavam “nas suas entrelinhas, que a criança já estava integrada ao novo meio”, e exigiu a realização de nova perícia.³¹ No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, também é possível encontrar decisões em que a referida exceção ao retorno é aplicada sem que seja analisada a necessidade de decurso do prazo exigido pelo dispositivo convencional.³²

²⁸ Recurso Especial 1293800/MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgamento em 28/05/2013, publicado em 05/06/2013.

²⁹ Recurso Especial 1727052/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 04/09/2018, publicado em 05/06/2013. Conforme informado no Relatório, a retenção ilícita ocorreu a partir de meados de setembro de 2011, tendo sua genitora iniciado ação com pedido de restituição no início de dezembro de 2011. Por sua vez, a decisão do TRF-1 – depois mantida pelo STJ – manifestou o seguinte entendimento: “Desde a sua vinda para o Brasil, ocorrida nos idos de setembro de 2011, já se passaram 03 (três) anos de convívio, circunstância essa que, ante de qualquer pronunciamento definitivo acerca do seu retorno, impõe-se a observância da norma constante do art. 12 da multicitada Convenção”.

³⁰ Recurso Especial 1214408/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgamento de 23/06/2015, publicado em 05/08/2015.

³¹ Recurso Especial 12339777/PE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgamento de 12/04/2012, decisão de 19/04/2012. Esse mesmo posicionamento de desconsideração do requisito temporal da exceção prevista no artigo 12.2 da Convenção da Haia de 1980 já havia sido externado pelo STJ em sede de Recurso Especial tratando de famoso caso de pedido de retorno formulado por pai norte-americano (Recurso Especial 900262/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento de 21/06/2007, publicado em 08/11/2007).

³² Nesse sentido: TRF-3, Apelação Cível nº 2013.61.04.006030-1/SP, Rel. Des. Hélio Nogueira, julgamento em 16/02/2015, publicado em 04/03/2016; TRF-1, Apelação Cível 2008.38.00.000336-4/MG, Des. Federal Jirair Aram Meguerian, julgamento em 07/04/2014, publicado em 25/04/2014; TRF-1, Apelação Cível nº

3.2 AVALIAÇÃO DA INTEGRAÇÃO DAS CRIANÇAS

O conceito de “integração da criança ao seu novo ambiente” é pouco objetivo, exigindo a análise de diversos elementos sociais e psicológicos, razão pela qual sua verificação pelas autoridades internas dos diferentes Estados contratantes é pouco uniforme. De acordo com a análise jurisprudencial do INCADAT, não houve a consolidação de uma interpretação uniforme em relação ao conceito de estabelecimento da criança, especificamente sobre se tal conceito deve ser interpretado literalmente ou de acordo com os objetivos convencionais. Em jurisdições que favorecem a última abordagem, o ônus da prova é claramente maior em relação ao genitor abductor e a exceção é mais difícil de ser constatada. A seguir, apresentamos exemplos de como as cortes de alguns países interpretam a expressão “estabelecimento da criança”³³.

No Reino Unido, a Alta Corte já manifestou o entendimento de que o estabelecimento é mais do que um simples ajuste ao ambiente, e envolve um elemento físico de estar relacionado e conectado à comunidade e ao ambiente, bem como um componente emocional que denota segurança e estabilidade³⁴. Para a *Inner House* da *Court of Session* escocesa, a aplicação da exceção do artigo 12.2 da Convenção da Haia exige que o interesse da criança em não ser desenraizado seja convincente o suficiente para superar o objetivo principal da Convenção, ou seja, o retorno da criança à jurisdição apropriada para decidir sobre seu futuro³⁵. O mesmo tribunal também já entendeu que uma situação de integração da criança é aquela em cuja durabilidade se poderia razoavelmente confiar, sem indicações de transformações radicais, havendo, portanto,

0006387-21.2010.4.01.3814/MG, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, julgamento em 07/04/2014, publicado em 25/04/2014; TRF-5, Apelação Cível nº 0011731-44.2012.4.05.8100/CE, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, julgamento em 10/10/2013, publicado em 17/10/2013; TRF-1, Apelação Cível nº 2007.38.00.019520-7/MG, Rel. David Wilson de Abreu Pardo, julgamento em 17/11/2010; publicado em 26/11/2010.

³³ As referências das decisões aqui citadas estão no formato catalogado pelo INCADAT.

³⁴ HC/E/UKe 106.

³⁵ HC/E/UKs 107.

determinada projeção no futuro³⁶. Por sua vez, uma interpretação mais literal do conceito de estabelecimento foi considerada em decisões na Austrália³⁷ e na China³⁸.

O impacto das interpretações divergentes é indiscutivelmente mais marcante quando se trata de crianças de pouca idade, sobretudo quanto a se a avaliação em questão deve se dar a partir da perspectiva da própria criança ou a partir de informações objetivas sobre sua integração ao novo meio. Considerou-se que o estabelecimento deve ser considerado principalmente a partir da perspectiva de crianças pequenas em julgados de Áustria³⁹, Austrália⁴⁰, Israel⁴¹, Mônaco⁴² e Suíça⁴³. Uma abordagem centrada na criança também foi adotada em várias decisões relevantes em sede recursal em relação a crianças mais velhas, com ênfase nos pontos de vista das crianças, no Reino Unido⁴⁴, na França⁴⁵ e no Canadá⁴⁶.

Em contraste, uma avaliação mais objetiva foi percebida em decisão nos EUA⁴⁷, tratando de crianças com um ano e meio e três anos de idade, que foram consideradas como não tendo estabelecido laços significativos com sua comunidade no Brooklyn, por não estarem envolvidas nas atividades escolares, extracurriculares, comunitárias, religiosas ou sociais em que crianças de uma idade mais avançada estariam⁴⁸.

No Brasil, como mencionado, o STJ se manifestou sobre o conceito de "integração" no Recurso Especial 1293800/MG⁴⁹, especificamente em relação à aplicação do art. 12 da Convenção. O Tribunal, por unanimidade, manteve

³⁶ HC/E/UKs 963.

³⁷ HC/E/AU 291.

³⁸ HC/E/HK 825.

³⁹ HC/E/AT 378.

⁴⁰ HC/E/AU 823 e HC/E/AU 824.

⁴¹ HC/E/IL 938.

⁴² HC/E/MC 510.

⁴³ HC/E/CH 431.

⁴⁴ HC/E/UKe 937.

⁴⁵ HC/E/FR 814.

⁴⁶ HC/E/CA 653.

⁴⁷ HC/E/USs 208.

⁴⁸ MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude. "Exceptions to Return: Settlement of the Child". Case Law Analysis. Disponível em: www.incadat.com, acesso em 12/03/2018.

⁴⁹ Recurso Especial 1293800/MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgamento em 28/05/2013, publicado em 05/06/2013.

decisão que, com base em perícia psicológica, constatou que a mudança de domicílio poderia causar malefícios ao desenvolvimento da criança, e que, por isso, não seria prudente uma nova “ruptura de vínculos afetivos”, especialmente em virtude de sua idade – três anos à época da perícia.

Na decisão, o Tribunal se manifestou ainda no sentido de que uma interpretação restritiva do dispositivo convencional seria contrária “à finalidade principal da Convenção, que é a proteção do interesse da criança”⁵⁰. Ora, como visto, uma interpretação restritiva é justamente a orientação que se encontra nos parâmetros hermenêuticos oferecidos para a Convenção pela Conferência da Haia.

No REsp 1.214.408/RJ⁵¹, o principal fundamento do tribunal para manter a decisão recorrida foi o art. 13 da Convenção de Haia, sob o argumento de que, em audiência de tentativa conciliatória realizada em dezembro de 2013, foi possível verificar que os filhos do casal, então com 11 e 14 anos de idade, manifestaram interesse em permanecer no Brasil.

No REsp 1196954/ES⁵², o STJ determinou o retorno dos autos à origem para que se procedesse à oitiva do jovem, que contava com 15 anos de idade na data do julgamento, quanto a seu desejo de retornar ou não ao país de residência habitual, submetendo-o, ainda, à avaliação de perícia psicológica. Também no REsp 1239777/PE⁵³ e nos Embargos de Divergência em RESP N° 1.458.218/RJ⁵⁴ o STJ entendeu que a realização de perícia psicológica deveria ser realizada, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança.

⁵⁰ Em seu voto, o Min. Relator afirma que “o julgador deve considerar uma série de fatores, tais como o amor e os laços afetivos entre os pais, os familiares e a criança, o lar da criança, a escola, a comunidade, os laços religiosos; a habilidade do guardião de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro genitor” (...) “o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica”.

⁵¹ Recurso Especial 1.214.408/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, julgamento em 23/06/2015, publicado em 05/08/2015.

⁵² Recurso Especial 1196954/ES, Rel. Min. Humberto Martins, julgamento em 25/02/2014, publicado em 13/03/2014.

⁵³ Recurso Especial N° 1.239.777/ PE, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 12/04/2012, publicado em 19/04/2012.

⁵⁴ Embargos de Divergência em RESP N° 1.458.218/RJ, Relator: Ministro Og Fernandes, julgado em 23/12/2017, publicado em 03/05/2018.

3.3 PRODUÇÃO PROBATÓRIA

A Convenção da Haia de 1980 exige a utilização de procedimentos céleres para o processamento dos pedidos de retorno da criança, já que as consequências do sequestro internacional se tornam cada vez mais graves com o decorrer do tempo. Nesse sentido, os artigos 2 e 11 da Convenção são expressos ao determinar aos Estados contratantes a adoção de “procedimentos” e “medidas” de urgência. Os dispositivos em questão não impõem aos Estados a criação de instrumentos processuais específicos para os casos de sequestro internacional de crianças, mas tão somente a utilização dos instrumentos mais expeditos existentes no direito interno de cada um deles. Pérez-Vera oferece como exemplos de medidas cabíveis a tramitação prioritária dos pedidos de retorno e a possibilidade de provimento de cautelares, de acordo com as necessidades dos casos concretos⁵⁵.

A obrigação de adoção de procedimentos de urgência faz com que a AGU, quando do ajuizamento da ação de busca e apreensão, requeira a antecipação de tutela, com base nos artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil⁵⁶. Além disso, o requerimento de tutelas cautelares específicas, como a determinação de custódia temporária ou a proibição de nova transferência da criança, visa proteger a criança enquanto o pedido de retorno não é decidido e garantir a efetividade dessa decisão⁵⁷.

Outro aspecto de relevância para o processamento célere é a limitação da produção probatória a questões diretamente relacionadas ao pedido de

⁵⁵ PÉREZ-VERA, Elisa. Rapport explicatif. Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982, pp. 444 e 458.

⁵⁶ No Código de Processo Civil de 2015, o legislador tratou “tutelas provisórias” de modo genérico, a partir de seu artigo 294, sem enumerar procedimentos específicos. o artigo 297 do novo Código de Processo Civil permite ao juiz a determinação das “medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.

⁵⁷ Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part II - Implementing Measures. Family Law, 2003, p. 32.

retorno. O Guia de Boa Prática da Convenção da Haia de 1980 afirma que não há necessidade de um procedimento judicial “completo” para os fins da Convenção, sendo dispensável, por exemplo, a realização de uma audiência apenas para análise de provas⁵⁸.

A Comissão Especial encarregada de acompanhar a aplicação da Convenção da Haia notou que, em diversos Estados contratantes, o pedido de retorno é decidido com base apenas nos documentos submetidos pelas partes.⁵⁹ O Guia de Boa Prática reconhece que a participação presencial para tomada de depoimentos orais pode ser necessária, mas deve ser limitada ao esclarecimento de questões especificamente relevantes percebidas no caso concreto, orientação que foi adotada pela jurisprudência de vários Estados.⁶⁰

Monica Sifuentes aponta uma contradição existente na Convenção: por um lado, determina celeridade da devolução, por outro, abre espaço para apreciação da prova para determinar se a saída foi ilícita e se estão configuradas as exceções de não devolução do menor⁶¹. A orientação da Advocacia-Geral da União é de que, respeitado o prazo de um ano, não é possível produzir provas ou acolher alegação de “adaptação da criança ao novo meio”⁶².

O assunto está relacionado ao direito da criança “de ser ouvida em processo judicial ou administrativo que afete a mesma”, e de ter sua opinião levada em consideração em função de sua idade e maturidade, conforme

⁵⁸ Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part II - Implementing Measures. Family Law, 2003, p. 34-36. Vale lembrar que o artigo 30 da Convenção prevê a admissibilidade de qualquer pedido, documento ou informação apresentado para os fins do tratado, buscando, com isso, facilitar a produção probatória.

⁵⁹ Conclusão nº 7 do Relatório da Segunda Reunião da Comissão Especial para Revisão da Aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, realizada em 18-21 de janeiro de 1993.

⁶⁰ MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude. “Implementation & Application Issues: Procedural Matters: Oral Evidence”. Case Law Analysis. Disponível em: www.incadat.com, acesso em 09/08/2016.

⁶¹ SIFUENTES, Monica. Pedido de restituição X Direito de Guarda – análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 57-64, out./dez. 2011. Disponível em <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1500/1526>

⁶² Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral da União. Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. 1ª Edição. Brasília: AGU/PGU, 2011. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035.

estabelecido no artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989.

O Conselho da Justiça Federal (CJF), em seu Manual de Aplicação da Convenção, determina que a oitiva da criança seja realizada apenas quando sua maturidade psicológica o recomende, e para questões específicas, relativas a medidas provisórias direcionadas a permitir seu convívio com ambos os genitores, bem como à maneira pela qual o retorno deverá ser providenciado⁶³. Portanto, não cabe a realização de oitiva da criança para que sejam apreciadas questões estranhas ao pedido de retorno, como aquelas relativas à atribuição do direito de guarda – a opinião da criança sobre com qual genitor preferiria viver, por exemplo –, que devem ser analisadas pelo juiz do Estado de residência habitual da criança⁶⁴.

O Manual do CJF ressalta que a colheita da manifestação de vontade da criança não exige a participação presencial, podendo ser atestada por perícia psicológica realizada por profissional tecnicamente capacitado para tanto. A realização dessa perícia é fortemente recomendada para que seja verificada a presença de hipóteses de exceção ao retorno, como a integração da criança ao seu novo meio, quando aplicável, e o risco psicológico grave (artigo 13.b)⁶⁵.

Tratando da perícia psicológica nas ações de busca e apreensão com base na Convenção da Haia de 1980, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1351325/RJ, decidiu que a realização da perícia psicológica não seria necessária, diante do pouco tempo decorrido desde o sequestro e a celeridade com que o genitor abandonado iniciou os procedimentos tendentes

⁶³ Cabe notar que, no âmbito da União Europeia, a aplicação da Convenção da Haia de 1980 conta com requisitos adicionais estabelecidos pelo Regulamento nº 2201/2003 do Conselho Europeu, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (“Bruxelas II-A”). O artigo 11.2 do referido Regulamento prevê a oitiva da criança como regra, salvo caso isso seja considerado inadequado por conta de sua idade. Regulamento nº 2201/2003 do Conselho Europeu (“Bruxelas II-A”).

⁶⁴ SIFUENTES, Mônica; CALMON, Guilherme (Coord.). Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 31.

⁶⁵ O manual recomenda que a produção da prova pericial psicológica seja requerida de início pela AGU, para que seja realizada o mais cedo possível, de modo a subsidiar o exame do requerimento de tutela antecipada. SIFUENTES, Mônica; CALMON, Guilherme (Coord.). Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, pp. 24-26. Nada obstante, perícia também pode ser determinada pelo magistrado de ofício, nos termos do artigo 297, CPC.

ao retorno⁶⁶. Por outro lado, no Recurso Especial 12.339.777/PE, relativo a processo no qual a perícia já havia sido realizada, o Tribunal determinou a realização de nova perícia, pelo fato de já ter decorrido mais de três anos desde a primeira avaliação⁶⁷. Também na experiência dos tribunais regionais federais é possível encontrar tanto decisões que exigem a prova pericial psicológica como decisões que a dispensam⁶⁸.

3.4 RISCO GRAVE DE SUJEIÇÃO A PERIGOS DE ORDEM PSÍQUICA

Por fim, cabe fazer menção ao artigo 13, “b”, da Convenção da Haia de 1980, que admite a recusa do retorno quando constatada a existência de “um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável”⁶⁹. O referido artigo é o mais utilizado pelas autoridades brasileiras para a recusa dos pedidos de retorno, e é comum que ele seja invocado quando a autoridade considera que criança já está ambientada no Estado para o qual foi levada, e que, por isso, seu retorno representaria um perigo de ordem psíquica, ainda que a integração da criança ao seu novo meio corresponda a outro dispositivo convencional.

⁶⁶ Recurso Especial 1351325/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgamento de 10/12/2013, publicado em 16/12/2013.

⁶⁷ Recurso Especial 12339777/PE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgamento de 12/04/2012, decisão de 19/04/2012.

⁶⁸ Exigindo a perícia psicológica: TRF-5, Agravo de Instrumento nº 08023932920134050000, Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, julgamento em 20/02/2014; TRF-5, Apelação Cível nº 0011731-44.2012.4.05.8100/CE, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, julgamento em 10/10/2013, publicado em 17/10/2013; e TRF-1, Agravo de Instrumento nº 0058364-48.2010.4.01.0000/MG, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, julgamento em 05/09/2011, publicado em 19/09/2011. Dispensando a perícia psicológica: TRF-5, Apelação Cível nº 0003483-08.2011.4.05.8300/PE, Rel. Des. Francisco Barros Dias, julgamento em 11/10/2011, publicado em 20/10/2011; e TRF-5, Apelação Cível nº 2009.82.00.007100-7/PB, Rel. Des. Joana Carolina Lins Pereira, julgamento em 11/04/2013, publicado em 16/04/2013.

⁶⁹ O Manual do CJF reconhece a aplicabilidade do art. 13, “b”, da Convenção da Haia de 1980 em situações como a exposição da criança à prostituição, ao uso de drogas ou ao abuso de bebidas, ou a um ambiente social de atividades ilícitas, como tráfico de drogas e assaltos. SIFUENTES, Mônica; CALMON, Guilherme (Coord.). Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 43-44.

Em diversos casos os tribunais regionais federais aplicaram os dois artigos de forma indistinta⁷⁰. Na Apelação Cível nº 2009.38.00.020164-3/MG, o TRF-1 reconheceu a inaplicabilidade do artigo 12.2 da Convenção, mas aceitou a integração da criança como fundamento para a recusa do retorno, com base no artigo 13, “b”⁷¹. Por outro lado, há também decisões em que se rejeita que a integração da criança sirva de obstáculo ao retorno⁷².

4 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

O Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil (GPDIPr) analisou a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da aplicação da Convenção da Haia de 1980.

Foram analisados, no total, 77 julgamentos, envolvendo 25 países europeus. Em algumas hipóteses, mais de um Estado figurava como réu nos processos analisados, o que deu ensejo à análise em separado do julgamento com relação a cada um, totalizando 82 casos avaliados. Em números absolutos,

⁷⁰ TRF-3, Apelação/Reexame Necessário nº 2010.61.00.016040-0/SP, Rel. Des. Souza Ribeiro, julgamento em 17/05/2016, publicado em 25/05/2016; TRF-3, Apelação Cível nº 2013.61.04.006030-1/SP, Rel. Des. Hélio Nogueira, julgamento em 16/02/2016, publicado em 04/03/2016; TRF-1, Apelação Cível nº 2008.38.00.000336-4/MG, Des. Federal Jirair Aram Meguerian, julgamento em 07/04/2014, publicado em 25/04/2014; TRF-1, Apelação Cível nº 0006387-21.2010.4.01.3814/MG, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, julgamento em 07/04/2014, publicado em 25/04/2014; TRF-5, Apelação Cível nº 0011731-44.2012.4.05.8100/CE, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, julgamento em 10/10/2013, publicado em 17/10/2013; TRF-1, Apelação Cível nº 2007.33.00.013167-3/BA, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgamento em 14/03/2011, publicado em 20/03/2011; e TRF-1, Apelação Cível nº 2007.38.00.019520-7/MG, Rel. David Wilson de Abreu Pardo, julgamento em 17/11/2010; publicado em 26/11/2010.

⁷¹ TRF-1, Apelação Cível nº 2009.38.00.020164-3/MG, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgamento em 14/09/2015, publicado em 06/10/2015. Nesse sentido, também: TRF-1, Apelação Cível nº 2005.43.00.002940-4/TO, Rel. Des. Carlos Moreira Alves, julgamento em 13/12/2010, publicado em 16/12/2010. Vale lembrar que o STJ já havia reconhecido a adaptação da criança no Estágio de refúgio e o consequente abalo emocional que o retorno representaria como risco grave à criança no Recurso Especial nº 900.262/RJ (Rel. Min. Nancy Andrihgi, julgamento de 21/06/2007, publicado em 08/11/2007).

⁷² , TRF-2, Apelação Cível nº 2008.51.10.004697-3, Rel. Des. Reis Friede, julgamento de 04/05/2011, publicado em 17/05/2011; e TRF-2, Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 2010.51.01015454-4, Rel. Des. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, julgamento de 20/06/2013, publicado em 03/09/2013;

tem-se que, na maioria dos casos, foram processados os Estados para onde levadas ou onde são retidas as crianças (65 dos 82 julgados analisados).

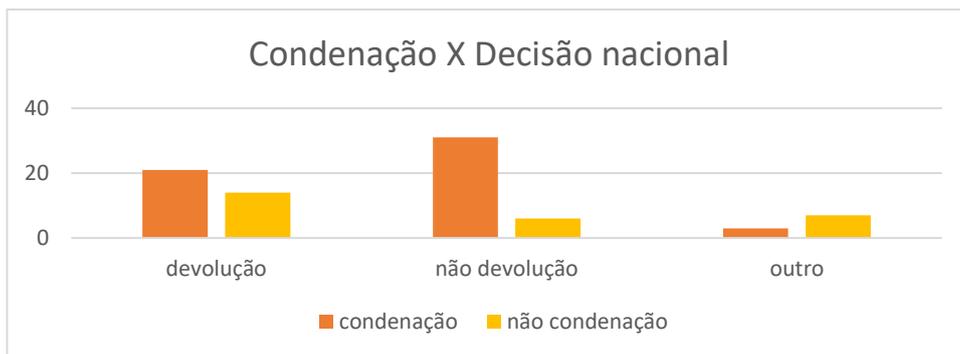
Extrai-se dos dados, ainda em atenção aos Estados processados, o teor das decisões nacionais que levaram à reclamação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos: se pela devolução imediata do menor, pela sua não devolução ou se a decisão versou sobre outra situação que não se enquadre nas duas anteriores (como, por exemplo, a extinção do processo sem julgamento de mérito pelo fato de a criança ter completado 16 anos; ou, ainda, uma decisão que apenas versou sobre a fixação de guarda, mas não sobre a devolução do menor).

A seguir, vamos tratar de dados estatísticos obtidos a partir de julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, que abrangem: (i) Dados sobre as decisões em âmbito nacional e (ii) Dados sobre as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos⁷³.

Em números absolutos, dentre as decisões nacionais dos 82 julgados analisados, 34 foram pela devolução imediata da criança, 39 pela não devolução e 9 versaram sobre outras questões. Ademais, houve, no total, 55 condenações pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Não foi possível extrair dos dados coletados uma relação entre a decisão nacional e a condenação pela Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que são múltiplos os direitos reputados infringidos. Não obstante, verificou-se uma maior possibilidade de não haver condenação quando o Estado determinou o retorno imediato do menor.

⁷³ Tais informações foram extraídas do inteiro teor das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos.

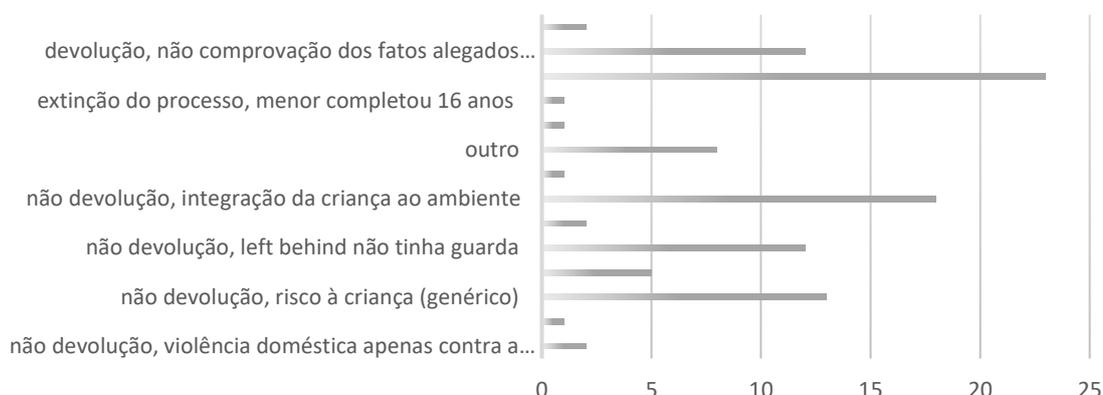


Das 77 decisões analisadas, verificamos que o tempo médio decorrido entre a abdução e a decisão nacional derradeira foi de 867 dias, enquanto que o tempo médio transcorrido entre a abdução e a decisão internacional de última instância foi de 2.191 dias.

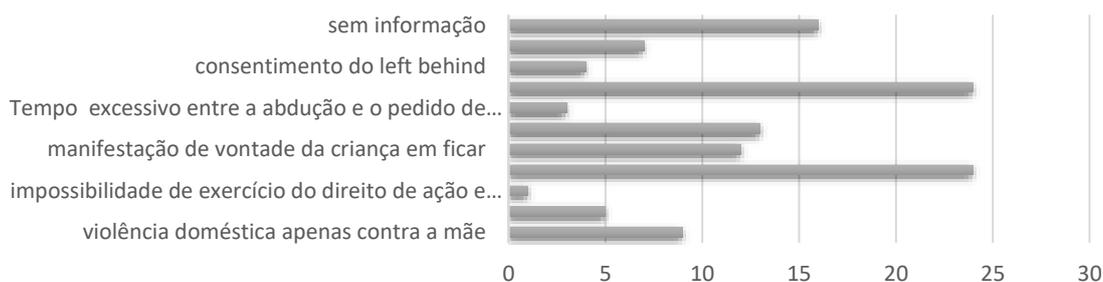
A integração da criança ao ambiente foi um dos motivos mais alegados pelo genitor abductor para a não devolução da criança no curso dos processos⁷⁴. Na fundamentação das decisões nacionais, esse também é um dos motivos mais invocados para recusar o retorno do menor.

⁷⁴ Admitiu-se a alegação de mais de um motivo por caso, motivo pelo qual a soma dos motivos alegados é maior que o número de julgados analisados.

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NACIONAIS

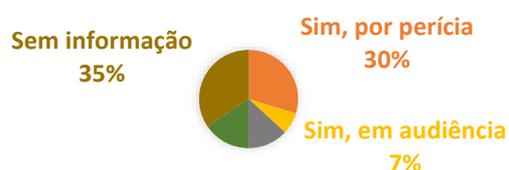


Motivos alegados pelo genitor abductor para não devolução da criança



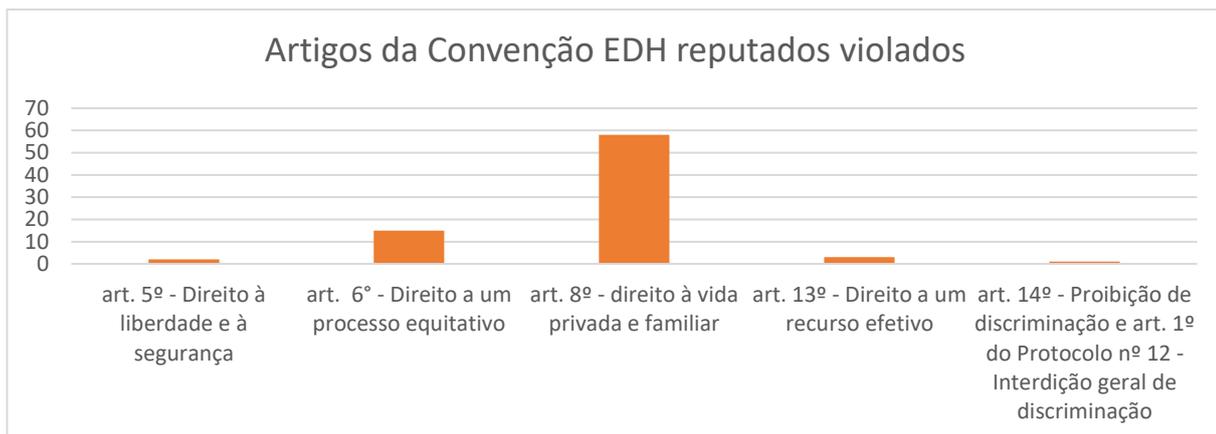
Quanto à oitiva do menor no processo, pode-se extrair dos dados analisados uma tendência em admiti-la, por variadas formas, embora não tenha sido possível coletar essa informação em um número significativo de casos.

OITIVA DA CRIANÇA NO PROCESSO NACIONAL

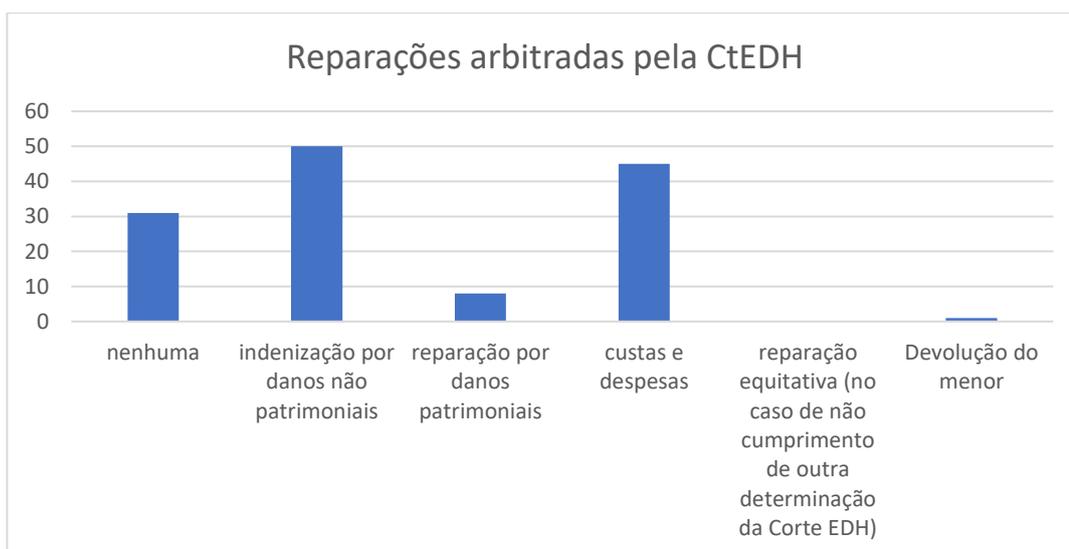


Passando agora à decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, houve 55 condenações pela Corte, tendo-se reputados violados os seguintes artigos⁷⁵:

⁷⁵ Pode haver mais de um dispositivo violado por caso.



Em 31 casos, foi determinada pela instância internacional a devolução do menor ao Estado de sua residência habitual anterior à abdução – ou, ao menos, entendeu-se que essa devolução era devida, ainda que nada tenha sido não tenha determinado. Adicionalmente, foram arbitradas as seguintes reparações:



Na maioria dos casos analisados, a Corte Europeia de Direitos Humanos não se manifestou acerca do direito de visita às crianças abduzidas (68 dos 82 casos). Outrossim, foram pouquíssimos os casos em que restou avalizada pelo tribunal regional a criminalização da conduta do abductor (em apenas 8 dos 82 casos a Corte expressamente aborda o assunto e não repreende o Estado pela criminalização).

5 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA⁷⁶

O Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil (GPDIPr) fez um levantamento jurisprudencial, junto ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, das decisões colegiadas de mérito relativas à aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (1980) proferidas entre 01 de janeiro de 2012 e 30/08/2018.

Em relação aos motivos alegados pelo genitor abductor para a não devolução da criança, tem-se o seguinte gráfico:



Quanto à decisão dos tribunais sobre o mérito do pedido de devolução das crianças, tem-se o seguinte:

⁷⁶ Foram analisadas decisões proferidas em 44 processos e a quantidade de processos por tribunal foi a seguinte: 9 do STJ, 8 do TRF1, 7 do TRF2, 10 do TRF3, 5 do TRF4 e 5 do TRF5. Com relação à data do julgamento, tem-se a seguinte divisão por ano: 8 decisões de 2012, 5 de 2013, 10 de 2014, 7 de 2015, 6 de 2016 e 8 de 2017.

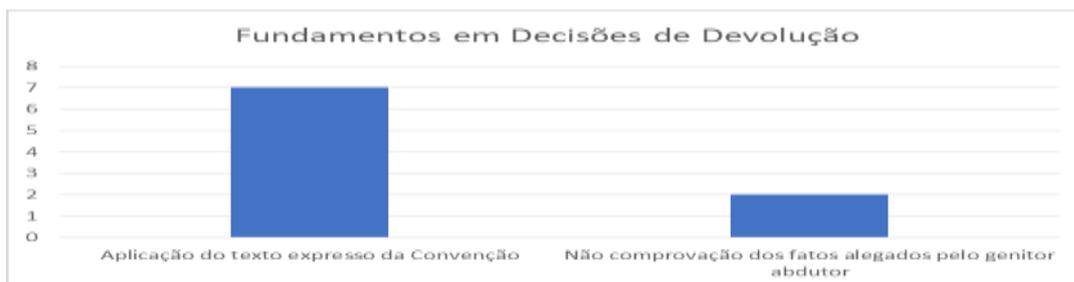


Foram utilizados os seguintes argumentos para justificar a manutenção da criança no território nacional⁷⁷:



Ainda em relação aos fundamentos utilizados nas decisões pela devolução da criança, o próximo gráfico ilustra a diferença estatística entre o de aplicação do texto expresso da Convenção e a não comprovação dos fatos alegados pelo genitor abductor.

⁷⁷ Sob a categoria “outro” incluiu-se situação em que se decidiu que a União deveria observar o procedimento estabelecido na Convenção da Haia de 1980 para pleitear a devolução de menor e outro caso em que se noticiou nos autos que o genitor *left behind* não mais residia no país a que seria remetida a criança, a qual corria o risco, então, de ser encaminhada para abrigo público por falta de familiares no local.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os principais objetivos da Convenção da Haia são assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente e fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Nesse sentido, a integração da criança ao ambiente, como motivo para denegar o retorno da criança ao seu Estado de origem, embora muito invocado e aceito pelas autoridades brasileiras e estrangeiras, é um fundamento que só deve ser aceito em casos excepcionais e sua apreciação deve ser limitada a hipóteses em que foi ultrapassado o prazo de um ano de permanência da criança no Estado para o qual o genitor abductor a levou ilicitamente, sendo esse o espírito do artigo 12 da Convenção da Haia.

A integração da criança ao meio não pode decorrer da demora no trâmite do pedido de restituição, caso contrário, além de se atentar contra compromisso internacional assumido pelo país, a decisão pela permanência da criança premiaria a conduta do genitor abductor.

Como vimos, não há na jurisprudência brasileira e estrangeira uma consolidação sobre o que vem a ser integração da criança ao ambiente ou sobre quais critérios devem ser utilizados para avaliar se efetivamente houve tal integração.

No que diz respeito à jurisprudência do STJ, nota-se uma tendência desse tribunal em exigir a perícia psicológica da criança como uma forma de aferir se houve alguma exceção ao retorno da criança, inclusive o de integração da criança ao ambiente.

Em relação à análise jurisprudencial do INCADAT, percebe-se que os tribunais se mostram relutantes em constatar o estabelecimento de crianças quando elas estão ocultadas no Estado de refúgio, mesmo que tenham decorrido muitos anos até sua descoberta. Por outro lado, houve decisões de rejeição do pedido de retorno quando, apesar da ocultação, as crianças ainda assim puderam levar vidas “abertas”.

Da análise da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da aplicação da Convenção da Haia de 1980, que realizamos junto ao Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado (GPDIPr), notamos que, dentre as decisões nacionais dos 82 julgados analisados, 34 foram pela devolução imediata da criança, 39 pela não devolução e 9 versaram sobre outras questões, e houve, no total, 55 condenações pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Nessa pesquisa observamos que a integração da criança ao ambiente foi um dos motivos mais alegados pelo genitor abductor para a não devolução da criança no curso dos processos. Além disso, na fundamentação das decisões nacionais também se destaca a integração da criança ao ambiente como um dos motivos mais invocados para recusar o retorno do menor.

Os Estados signatários da Convenção da Haia de 1980 devem se empenhar em processar com celeridade o pedido de restituição e cooperar entre si buscando minimizar os obstáculos para o retorno que eventualmente sejam criados pelo genitor abductor. Dessa maneira, evita-se que a demora no processo de retorno acabe por dar ensejo à adaptação da criança ao meio, levando à permanência da criança no país para o qual ela foi ilicitamente levada (ou retida).

REFERÊNCIAS FINAIS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Combate à subtração internacional de crianças: a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Brasília: AGU/PGU, 2011.

CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direito Internacional Privado. São Paulo: Saraiva, 2018.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part I - Central Authority Practice. Family Law, 2003.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part II - Implementing Measures. Family Law, 2003.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Relatório da Segunda Reunião da Comissão Especial para Revisão da Aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, realizada em 18-21 de janeiro de 1993.

DYER, Adair. International Child Abduction by Parents. Recueil des Cours, v. 168, p. 231-267, 1980.

MCELEAVY, Peter; FIORINI, Aude. "Aims & Scope of the Convention: Commencement of Removal/Retention". Case Law Analysis. Disponível em: www.incadat.com, acesso em 19/02/2019.

MENEZES, Luciana Tavares de. Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de crianças: a celeridade da cooperação internacional e o melhor interesse do menor. In: Brasil. Escola da Advocacia-Geral da União. Publicações da Escola da AGU: Curso Cortes Internacionais e Constituições: princípios, modelos e estudo comparado - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - volume 8, n. 4, (out./dez. 2016).

PÉREZ-VERA, Elisa. Rapport explicatif. Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1982.

RAND, Deirdre C. The Spectrum of Parental Alienation Syndrome (Part I). American Journal of Forensic Psychology, v. 15, n. 3, 1997.

SIFUENTES, Mônica; CALMON, Guilherme (Coord.). Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

SILBERMAN, Linda J. Co-operative efforts on behalf of children: the Hague Children's Convention. Recueil des Cours v. 323, 2006.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014.