

DIREITO
V.9 • N.3 • 2024 - Fluxo Contínuo

ISSN Digital: 2316-381X

ISSN Impresso: 2316-3321

DOI: 10.17564/2316-381X.2024v9n3p247-261



CONVENÇÃO DA HAIA: A VIOLAÇÃO DO DIREITO DA PERSONALIDADE E DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESS DA CRIANÇA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

HAGUE CONVENTION: VIOLATION OF THE RIGHT OF PERSONALITY AND THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE

CONVENCIÓN DE LA HAYA: VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LA PERSONALIDAD Y DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro¹
Laura Pedott²

RESUMO

O estudo tem por objetivo a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, ao apresentar o contexto de sua criação, seus objetivos e as exceções previstas no texto legal da Convenção. Ainda, o objeto de estudo é analisar a violação do princípio do melhor interesse da criança ao não enquadrar a violência doméstica como exceção ao retorno da criança ao país de residência habitual, sendo que este princípio é o norteador para a aplicação da Convenção de 1980. A partir disso, questiona-se a salvaguarda dos direitos da personalidade e do interesse da criança em casos de violência doméstica contra a genitora. Assim, valendo-se do raciocínio dedutivo e levantamento bibliográfico, conclui-se a necessidade de evolução interpretativa do artigo 13º, § 1º, alínea b da Convenção para que se possa garantir o melhor interesse da criança em casos de violência doméstica.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos da Personalidade. Subtração Internacional de Crianças. Princípio do Melhor Interesse da Criança. Violência Doméstica.

ABSTRACT

The study aims at the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Subtraction, presenting the context of its creation, its objectives and the exceptions provided for in the legal text of the Convention. Still, the object of study is to analyze the violation of the principle of the best interest of the child by not framing domestic violence as an exception to the return of the child to the country of habitual residence, and this principle is the guiding principle for the application of the 1980 Convention. From this, it is questioned the safeguarding of the rights of personality and interest of the child in cases of domestic violence against the parent. Thus, using the deductive reasoning and bibliographical survey, we conclude the need for interpretive evolution of article 13, § 1, b of the Convention so that it can guarantee the best interest of the child in cases of domestic violence.

KEYWORDS

Personality Rights; International Subtraction of Children; Principle of the Best Interest of the Child; Domestic Violence.

RESUMEN

El objetivo del estudio es el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, presentando el contexto de su creación, sus objetivos y las excepciones previstas en el texto legal del Convenio. Además, el objeto de estudio es analizar la violación del principio del interés superior del niño al no calificar la violencia doméstica como una excepción al retorno del niño al país de residencia habitual, y este principio es la guía para la aplicación del Convenio de 1980, a partir de ello se cuestiona la salvaguardia de los derechos e intereses de la personalidad del niño en casos de violencia doméstica contra la madre. Así, utilizando un razonamiento deductivo y una investigación bibliográfica, se concluye que es necesaria una evolución interpretativa del artículo 13, § 1, apartado b de la Convención para que se pueda garantizar el interés superior del niño en casos de violencia doméstica.

PALABRAS CLAVE

Derechos de la personalidad. Sustracción Internacional de Menores. Principio del Interés Superior del Niño. La violencia doméstica.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho apresenta o contexto de surgimento da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças, demonstrando quais foram os motivos ensejadores para a sua criação, além de explicar as exceções ao retorno da criança previstas no seu texto legal. É um tema em voga nos dias atuais, por conta do crescente número de casamentos plurinacionais, os quais em separações, os filhos são disputados entre os ex-cônjuges.

Além disso, o estudo analisa a violação dos direitos da personalidade e do princípio do melhor interesse da criança nos casos de violência doméstica contra a genitora, pois a maioria das genitoras subtratoras transferem ou retém ilicitamente a criança devido aos abusos sofridos pelo companheiro. E, a interpretação contemporânea da exceção ao retorno da criança do artigo 13º, § 1º, alínea b) da Convenção não alcança a violência doméstica.

Este não alcance explica-se pelo objetivo principal da Convenção ater-se ao regresso imediato da criança. Contudo, os direitos da personalidade e o melhor interesse da criança são violados, pois a convivência da criança em um ambiente violento ocasiona severos prejuízos de ordem física, psíquica e social em seu desenvolvimento.

A partir do método dedutivo e levantamento bibliográfico, analisa-se a aplicação da Convenção da Haia de 1980 e se há violação do princípio melhor interesse da criança em casos de violência doméstica.

2 CONVENÇÃO DA HAIASOBRE OS ASPECTOS CIVIS DA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Em 1893, com o objetivo de unificar as regras de direito internacional privado a Holanda sediou a primeira Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, sob a presidência do holandês Tobias Carel Asser com a participação de treze Estados europeus. Atualmente, a Convenção da Haia conta com 90 Estados e a União Europeia (HCCH, 2024).

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, também chamada de Convenção 28³ foi adotada em 25 de outubro de 1980, durante a 14ª Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e entrou em vigor em 1º de dezembro de 1983.

O Brasil aderiu à Convenção de 1980 em 19 de outubro de 1999. O Decreto nº 3.413/000 a promulga nacionalmente em 14 de abril de 2000 e, após o depósito do instrumento de adesão em 23 de fevereiro de 2001 passa a vigorar internacionalmente para o Brasil.

³ O número 28 faz referência à sua posição sequencial entre os tratados internacionais negociados no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

2.1 CONTEXTO DA CRIAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980

Em 1961, ocorreu a introdução do termo “residência habitual” nos instrumentos da Conferência da Haia por meio da Convenção sobre os Conflitos de Leis quanto à Forma de Disposições Testamentárias, o que levou a preponderância do elemento de conexão residência habitual (Gomes, 2024, p. 32).

Nos anos anteriores da criação da Convenção de 1980 também aconteciam alterações nas leis de divórcio que levaram à facilitação e aumento do divórcio. Além disso, com a globalização ocorria maior deslocamento das pessoas. O aumento da circulação de pessoas no plano internacional permitia mais casamentos entre pessoas de diferentes nacionalidades e domicílios, o que como consequência também incrementava o número de separações dessas uniões.

Outro ponto relevante no contexto da criação da Convenção de 1980 era o pouco monitoramento das fronteiras, as quais não possuíam o avanço tecnológico de hoje, facilitando a transferência ou retenção ilícita de crianças para um país diferente do de residência habitual (Gomes, 2024, p. 32).

Ademais, em 1976 a delegação canadense leva à Comissão Especial da Conferência da Haia o tema da subtração internacional de crianças sob o título de “*legal kidnapping*” (Mérida, 2011, p. 10). Essa proposta da delegação canadense explica-se pela fronteira geográfica imensa do Canadá com os Estados Unidos da América, o que formou inúmeros casais binacionais e facilitou o deslocamento para o outro país. Assim, com a separação dessas uniões binacionais, um desses pais levava a criança para o outro país para evitar processo judicial que fosse beneficiar a outra parte e entrava com a ação de guarda neste outro país.

É de fundamental importância destacar que na época da criação da Convenção 28 o genitor subtrator típico era o pai buscando uma jurisdição mais vantajosa para si em disputas de guarda, já que nesse período havia o pressuposto de que as mães, por serem mulheres, eram as mais adequadas para cuidar da criança. Deve-se isso pela *Tender Years Doctrine*, uma teoria consistente no reconhecimento de que a criança precisa dos cuidados maternos, a qual depois, foi alterada para a orientação tie breaker. Esta não presume a preferência da mãe, “mas sim a determinação de que todos os elementos devem ser considerados dentro do Princípio da Neutralidade quanto ao melhor interesse da criança” (Gama, 2008, p. 32).

Insta salientar que na segunda metade da década de 70 não existia Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças. Esta Convenção foi criada apenas em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990. Ela foi o “primeiro compromisso formal feito para garantir a realização dos direitos da criança e monitorar o progresso na situação das crianças” (UNICEF, on-line).

Quando houve a criação da Convenção da Haia de 1980 a criança ainda era vista como uma coisa, como um objeto que pertencia a seus pais e não como um sujeito autônomo de direitos. E, nesse período, não havia sequer formação do que seria o princípio do melhor interesse da criança. Além disso, em nível doméstico não existia legislação específica relacionada a violência de gênero, violência doméstica, violência interparental e violência familiar.

Convém mencionar que a dupla tentativa de feminicídio pelo então marido da ativista Maria da Penha aconteceu três anos após a criação da Convenção da Haia de 1980 e o primeiro julgamento somente aconteceria em 1991, ou seja, oito anos após o crime. O Estado brasileiro pressionado pelas re-

comendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devido a repercussão internacional da história da Maria Penha, a qual não era um caso isolado, mas sim “um exemplo do que acontecia no Brasil sistematicamente sem que os agressores fossem punidos” (Instituto [...], 2024, s.p.), em 7 de agosto de 2006 sancionou a Lei nº 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha.

Em 1993, as mães migrantes tornaram-se maioria na figura de genitor subtrator (Greif; Hegar, 1993, p. 18-19). Isso porque com o fim da relação elas querem voltar ao país de origem, por motivo de privação econômica, violência institucional, violência doméstica entre outros. Assim, criou-se o estigma de que qualquer mulher de origem latina, é uma possível subtratora.

2.2 OBJETIVOS DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980

A Convenção da Haia de 1980 é um importante instrumento do direito internacional privado de família que trata da subtração parental de crianças, proporcionando um procedimento de cooperação entre as autoridades centrais para o regresso imediato da criança ao país de residência habitual. Ela traduz-se em um sucesso de adesões de Estados partes, em razão de ser a terceira mais aderida no âmbito das Convenções da Haia. Atualmente, conta com cento e três Estados contratantes, os quais estão majoritariamente localizados na América e Europa (HCCH, 2022, on-line).

O termo “sequestro” adotado na tradução para o português brasileiro do título da Convenção (Child Abduction Convention em inglês, e Convention Enlèvement d’enfants em francês) pode transmitir a ideia errada de que se trata da remoção de crianças por terceiros visando lucro, quando na verdade se refere ao deslocamento de uma criança por um dos pais, afastando-a do outro pai que tem a guarda, ou à não devolução da criança após um período de visitação estipulado (Dolinger, 2003, p. 236). Por isso, o Escritório Permanente da Conferência da Haia sugere que se utilize a expressão “subtração internacional” (Rodas; Monaco, 2007, p. 206).

Para a Convenção da Haia, subtração internacional de crianças é a transferência ou retenção ilícita de pessoa menor de 16 anos de idade para um país diferente daquele de sua residência habitual. A ilicitude da transferência ou retenção dá-se quando existe a violação do direito de custódia e de visita. O primeiro direito é definido no artigo 5º da Convenção como o “direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência” (Brasil, 2000, on-line). Já o direito de custódia compreende o “direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside” (Brasil, 2000, on-line).

O acordo multilateral tem como objetivo principal assegurar o retorno imediato da criança por entender que a retirada ilícita causa uma ruptura prejudicial na vida da criança (Araujo, 2016, p. 593). Existe uma presunção de que independente do que aconteceu no país de residência habitual (v.g., violência parental, violência sexual, violência doméstica entre outras) ele é o mais adequado por ser a realidade próxima da criança.

Ainda, a Convenção dispõe em seu preâmbulo princípios para orientar sua aplicação e interpretação, os quais devem defender os interesses da criança relativos à sua guarda, protege-la dos efeitos negativos ocasionados pela mudança de domicílio, ou da retenção ilícita, garantindo o seu

retorno imediato ao país de sua residência habitual, além de preservar o direito de visitação dos pais e parentes (Araujo, 2016, p. 595).

Assim sendo, o objetivo principal da Convenção é que a criança retorne imediatamente ao país de residência habitual e com isso protege-la dos efeitos nocivos da remoção e retenção ilícitas e garantir os direitos de guarda e de visita de um Estado contratante nos outros Estados contratantes.

Ainda, na Convenção 28 ocorre a separação de competência de juízo. O país de residência habitual da criança será o competente para julgar os assuntos de guarda, convivência, alimentos entre outros. Já o país para onde a criança foi subtraída será o competente para julgar a transferência ou retenção ilícita, utilizando o regramento da Convenção da Haia de 1980. Isso significa que a Convenção da Haia de 1980 é uma convenção meio, ou seja, o que aconteceu antes e o que acontecerá depois não compete à Convenção.

Para a aplicação da Convenção é necessário o cumprimento de requisitos. A residência habitual da criança antes da subtração precisa ser de um país signatário, caso contrário não haverá premissa normativa para a ilicitude da conduta, sendo irrelevante o país de nacionalidade das partes ser signatário (Conselho [...], 2021, p. 45-46).

Outro requisito está relacionado com a idade da pessoa a ser considerada criança. A Convenção entende como criança a pessoa menor de dezesseis anos. Diferentemente do Brasil que consoante o Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes quem tem entre doze anos completos e dezoito anos (Brasil, 1990, on-line).

A idade de dezesseis anos será apreciada no momento da decisão. Caso a análise da subtração ocorra após o aniversário de 16 anos, a questão torna-se prejudicada e se presume haver autodeterminação da pessoa (Conselho da Justiça Federal, 2021, p. 45-46). Por fim, o requerente deve ser detentor de guarda ou de visita

Para o funcionamento adequado da Convenção, ela estipula a intervenção de atores institucionais, as Autoridades Centrais, que estabelecem um sistema de cooperação entre as Autoridades Centrais dos Estados-membros. Essas autoridades prestam assistência na localização da criança, possibilitando sua restituição voluntária ou uma solução amigável entre os genitores (Mazzuoli, 2017, p. 409). Cada Estado-contrante tem a competência em designar a sua Autoridade Central, sendo que esta no Brasil é a Autoridade Central Administrativa Federal, junto ao Ministério da Justiça.

Apesar da Convenção da Haia de 1980 tratar apenas dos aspectos civis da subtração internacional de crianças, podem ser instaurados processos criminais de subtração de crianças e crimes de desobediência ou relacionados com passaportes no país de residência habitual da criança e no país a que foi levada.

A possibilidade de abertura de um processo criminal contra o genitor subtrator dependerá do sistema jurídico do país. Sabe-se que no Brasil a subtração internacional não é crime tipificado, contudo nos Estados Unidos da América e na maior parte dos países europeus tem tipo penal específico, o que além da abertura de um processo criminal, ocorre a interdição de entrada do genitor subtrator no país e, em alguns casos, também pode envolver multas elevadas (Gomes, 2024, p. 34).

O motivo do aspecto penal não ser tratado na Convenção foi devido as medidas punitivas poderem levar a criança a ser escondida, dificultando ainda mais sua localização. Além disso, o intento da

Convenção não é retirar a criança permanentemente do pai subtrator e sim que ela mantenha contato com ambos os pais, mesmo que residam em países diferentes (Bueren *apud* Dolinger, 2003, p. 235).

Assim, a Convenção da Haia de 1980 reflete um compromisso internacional de solucionar um problema profundamente desafiador e emocionalmente carregado, priorizando os interesses das crianças em todas as questões relativas à sua custódia.

2.3 EXCEÇÕES DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980

O texto legal da Convenção da Haia de 1980 possui exceções que devem ser interpretadas de forma restritiva, em virtude do objetivo principal de retorno imediato da criança ao país de residência habitual (Oliveira; Coelho, 2022, p. 14). O Relatório Explicativo da Convenção da Haia, de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças elaborado pela jurista Elisa Pérez-Vera (1981, p. 23) explica que as exceções devem ser “interpretadas de maneira restritiva para não se tornarem letra morta”⁴ (tradução livre):

[...] Na verdade, a Convenção como um todo assenta na rejeição unânime deste fenômeno de remoções ilegais de crianças e na convicção de que a melhor forma de combatê-las a nível internacional é recusar conceder-lhes reconhecimento legal. [...] Consequentemente, uma invocação sistemática das referidas exceções, substituindo o foro escolhido pelo subtrator pelo da residência da criança, levaria ao colapso de toda a estrutura da Convenção, privando-a do espírito de confiança mútua que é o seu inspiração⁵ (tradução livre).

A interpretação restritiva significa que prevalece o pressuposto de que a criança deve ser repatriada, em razão do país de residência habitual ser a realidade mais próxima da criança. Isso porque mesmo que ocorra o enquadramento na exceção o juiz possui o poder discricionário de decidir se a criança permanece no país a que foi subtraída ou não. Depreende-se que o enquadramento na exceção é o direito do juiz de se eximir de aplicar a regra geral.

A primeira exceção encontra-se no artigo 12º, § 2º Ela é relativa ao prazo de um ano para abertura dos procedimentos de retorno junto às autoridades locais, conforme disposto no artigo 12º. Em razão de que somente a partir de um ano da subtração pode-se argumentar que houve integração da criança ao novo meio.

A próxima exceção refere-se ao não exercício efetivo do direito de custódia na época da situação ou consentimento ou concordância posterior com a transferência ou retenção⁷. Ela é cabível de

4 No original: “[...] *interprétées restrictivement si l’on veut éviter que la Convention devienne lettre morte*”.

5 No original: “[...] *En effet, la Convention repose dans sa totalité sur le rejet unanime du phénomène des déplacements illicites d’enfants et sur la conviction que la meilleure méthode pour les combattre, au niveau international, est de ne pas leur reconnaître des conséquences juridiques. [...] De sorte qu’une invocation systématique des exceptions mentionnées, substituant ainsi au for de la résidence de l’enfant le for choisi par l’enleveur, fera s’écrouler tout l’édifice conventionnel, en le vidant de l’esprit de confiance mutuelle qui l’a inspiré*”.

6 Art. 12º, §2º. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após a expiração do período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deve ordenar também o regresso da criança, salvo se for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente.

7 Art. 13º, §1º, alínea a) Que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia

suscitar se o genitor abandonado não estiver exercendo a guarda ou não estiver convivendo com a criança ou tenha proporcionado um consentimento posterior. Nesta exceção acontece dificuldade probatória, por conta do não exercício de guarda ou convivência precisar estar muito bem provado e a única forma segura de constatar o consentimento ou a concordância posterior ser por meio da homologação judicial (Gomes, 2024, p. 36).

A terceira exceção trata do risco grave da criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigo de ordem física ou psíquica, ou de, qualquer outro modo, a ficar em uma situação intolerável⁸. O problema desta exceção é que não houve definição de “risco grave”, “perigo de ordem física ou psíquica” e “situação intolerável”.

Existem Trabalhos Pós-Convenção que visam melhorar a interpretação do texto normativo da Convenção, sendo uma forma de atualizar e assegurar que os textos tenham longevidade. Dentre esses trabalhos, existe o Guia de Boas Práticas Parte VI: Artigo 13º, nº 1, alínea b que objetiva promover a “aplicação adequada e coerente da exceção de um risco grave de perigo, de acordo com os termos e o objetivo da Convenção de 1980” (HCCH, 2020, p. 20).

Contudo, este guia não possui poder vinculativo para as partes contratantes da Convenção e suas autoridades judiciais ou outras. As boas práticas contidas no guia possuem apenas “natureza puramente consultiva e estão sujeitas às leis e procedimentos relevantes, incluindo diferenças devido à tradição legal” (HCCH, 2020, p. 22).

Segundo o Guia de Boas Práticas, existem três tipos de “risco grave”. O risco grave de que a criança, no seu regresso, fique sujeita a perigos de ordem física, psíquica ou de qualquer outro modo, numa situação intolerável (HCCH, 2020, p. 29).

Nos casos práticos, este risco grave contra a criança traduz-se em violência direta contra a criança, pois diversos ordenamentos jurídicos não relacionam a violência interparental com a violência contra a criança (Gomes, 2024, p. 36). Ademais, esta violência, em regra, precisa deixar marcas de natureza física ou psicológica e ser constatada de forma robusta no país de residência habitual (v.g., laudo pediatria, laudo psicológico, relatório da escola entre outros).

O Guia de Boas Práticas ainda estabelece que o risco é prospectivo, pois as circunstância de risco grave não devem ser limitadas às que existiam antes ou no momento da subtração, e sim de quando a criança regressar (HCCH, 2020, p. 31).

A exceção seguinte trata da oposição de uma criança considerada suficientemente madura pela autoridade competente⁹. Segundo Gomes (2024, p. 36), aqui existem três requisitos. A criança precisa ter se oposto explicitamente, ser suficientemente madura e ter idade. A definição de maturidade da criança dependerá da discricionariedade do juiz requerido e a idade da criança é definida pela lei

efectivamente o direito de custódia na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção;

8 Art. 13º, § 2º, alínea b) Que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável.

9 Artigo 13º, § 2º. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusarse a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

do Estado requerido. No Brasil, entende-se que esta exceção pode ser aplicada a partir dos 12 anos de idade, conforme disposto na Resolução CNJ 449/2022 (Brasil, 2022, p. 5)¹⁰.

A última exceção é suscitada quando ocorre violação aos princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos humanos.¹¹ Nesta hipótese o retorno da criança será negado caso o país de residência habitual viole os princípios fundamentais do Estado requerido.

Pelo já exposto no trabalho percebe-se que a Convenção da Haia de 1980 foi criada em um contexto jurídico, cultural e social demasiado diferente do de hoje. E, devido ser uma convenção meio, somente utiliza-se o seu texto legal para os julgamentos de subtração internacional. Com isso, existe uma grande lacuna na Convenção, pois o que aconteceu antes e o que acontecerá depois não compete à ela. Isso resulta em uma inevitável necessidade de evolução interpretativa para que se possa aperfeiçoá-la e alcançar as mudanças ocorridas nesse lapso temporal.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980 COMO INSTRUMENTO LEGAL

Ao analisar a efetividade da Convenção da Haia, verifica-se que ela tem sido um instrumento importante ao estabelecer diretrizes para o retorno rápido das crianças transferidas ou retidas ilícitamente em território estrangeiro. No entanto, a aplicação desta Convenção enfrenta desafios, como a definição do princípio do melhor interesse da criança e a proteção em casos de violência doméstica.

A análise de casos específicos é fundamental para compreender as limitações da Convenção no tratamento de situações reais. Por meio dessa análise, é possível identificar os desafios enfrentados e buscar soluções adequadas para cada caso individual. Os casos específicos revelam nuances que muitas vezes não são abordadas de maneira ampla pela Convenção, impedindo uma compreensão mais profunda das questões envolvidas.

3.1 ANÁLISE CRÍTICA DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980 QUANTO À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violação do princípio do melhor interesse da criança corresponde também à violação dos direitos da personalidade da criança, por conta do princípio assegurar a proteção desses direitos. O princípio do melhor interesse, deste modo, é um instrumento para a efetivação dos direitos da personalidade da criança.

Os direitos da personalidade podem ser entendidos como “um direito da pessoa, voltados à proteção integral do ser humano, que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa”, abrangendo

¹⁰ Artigo 12. A contestação deverá se ater aos fundamentos que obstam o retorno da criança, nos termos da Convenção, notadamente: inciso III – a preferência da criança com idade superior a doze anos por não retornar ao país de residência habitual; ¹¹ Artigo 20º. O regresso da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12.º poderá ser recusado quando não for consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

“aspectos físicos, morais e intelectuais, inerentes à própria pessoa humana e essenciais ao seu desenvolvimento” (Ribeiro, 2022, p. 418).

A respeito do desafio na definição do princípio do melhor interesse da criança na Convenção de 1980 ele acontece por inexistir no texto legal o que se entende por princípio do melhor interesse da criança. Apenas em seu preâmbulo estabelece-se a “primordial importância” dos “interesses da criança” aos Estados contratantes “nas questões relativas à sua custódia” (Brasil, 2000, on-line).

A falta desse dispositivo pode provocar interpretações distintas pelos países contratantes, devido a interação entre dois sistemas jurídicos diferentes possuir, na maioria das vezes, uma definição particular do princípio do melhor interesse da criança. Isso dificulta a tomada de decisões consistentes e justas, devendo-se estabelecer critérios mais claros e objetivos para determinar o melhor interesse da criança, a fim de garantir que suas necessidades e bem-estar sejam prioritários nas disputas de subtração internacional.

O princípio do melhor interesse da criança demonstra uma “mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais”, por motivo das crianças que antes eram entendidas como propriedade dos pais ou do Estado, passarem a serem integrantes da família (Gama, 2008, p. 32). Essa mudança é devida por conta das crianças serem pessoas em desenvolvimento e merecerem tratamento diferenciado das outras pessoas, para que possam ser integralmente protegidas (Gama, 2008, p. 32).

No texto da Convenção há uma possível contradição entre o princípio do melhor interesse, disposto no seu preâmbulo, com o artigo 1º, que determina o retorno imediato da criança subtraída (Gabriel, 2020, p. 370-371). Já que ao garantir o retorno imediato da criança para restaurar o *status quo ante* do rapto o mais rápido possível pode, não necessariamente, significar o melhor para o bem-estar da criança (Gabriel, 2020, p. 371).

Explica-se isso pelo fato de muitas genitoras subtratoras serem vítimas de violência doméstica. Violência doméstica é definida pelo Guia de Boas Práticas como uma série de comportamentos abusivos dentro da família, incluindo, por exemplo, abuso físico, emocional, psicológico, sexual e financeiro (HCCH, 2020, p. 18). Neste trabalho somente será considerado violência doméstica aqueles comportamento abusivos do cônjuge direcionados à esposa.

Nos casos de genitoras subtratoras vítimas de violência doméstica, a mulher foge dos maus tratos rumo a outro Estado “com o intuito de proteger a si mesmas e, também, a seus filhos, fruto da relação com o cônjuge que praticou a violência” (Gabriel, 2020, p. 376). Nessas situações, o retorno imediato garantido na Convenção pode “acabar favorecendo a exposição da criança à violência doméstica quando os filhos, também vítimas diretas ou indiretas dela, são devolvidos ao genitor agressor”¹² (Casas, 2014, p. 66).

Em casos de violência doméstica, o retorno imediato é garantido na Convenção, devido a exceção para o retorno ser somente para violência direta contra a criança, ou seja, não alcança a violência contra a genitora. O Guia de Boas Práticas é claro ao afirmar que a prova da existência de uma situação de violência, por si só, não enquadra na exceção de risco grave para a criança (HCCH, 2020, p. 41).

12 No original: “[...] acabar favoreciendo la exposición de éste a la violencia doméstica cuando los hijos, También víctimas directas o indirectas de la misma, son devueltos al padre agresor”.

Ocorre que a violência doméstica também causa danos aos filhos das vítimas (Kubitschek, 2014, p. 114). Crianças expostas à violência doméstica possuem “sintomas fisiológicos, emocionais, comportamentais e psicológicos, além de problemas desenvolvimentais, como baixo desempenho acadêmico, dificuldades de ajustamento e comprometimento das relações interpessoais e sociais” (Lourenço *et al.*, 2011, p. 109).

A criança testemunhar violência interpaparental implica em graves consequências no seu desenvolvimento, sendo necessário seu reconhecimento na interpretação da exceção do artigo 13º, §1º, alínea b), caso contrário haverá violação do princípio do melhor interesse da criança, princípio este norteador da aplicação da Convenção de 1980.

Para Casas (2014, p. 81), a criança que está no ambiente de violência doméstica deve ser reconhecida como vítima direta da violência de gênero e não mera testemunha. O reconhecimento da criança como vítima direta da violência doméstica é essencial para a salvaguarda do princípio do melhor interesse, pois com a devida importância para os seus efeitos prejudiciais, a criança assim será considerada efetivamente sujeita de direitos. Tratando-se do princípio do melhor interesse da criança em casos de violência doméstica, a Convenção se concentra na restituição da criança ao país de residência habitual, sem considerar o risco que ela pode enfrentar se retornar a um ambiente violento.

Nesses casos, as crianças enfrentam riscos graves para sua segurança, bem-estar físico e psicológico. Os efeitos negativos da restituição da criança podem ser profundos, afetando o desenvolvimento emocional e social, além de violar seu direito da personalidade do princípio do melhor interesse. Levando-se em conta isso, a Convenção precisa ser aprimorada para abranger essas situações específicas para garantir a proteção imediata e adequada das crianças.

4 CONCLUSÃO

A problematização trazida no estudo ao tratar da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, destaca a urgência de reinterpretar este instrumento legal à luz dos desafios contemporâneos que emergem das dinâmicas familiares globais e dos direitos da criança. Isso porque a Convenção, foi criada em um contexto jurídico, cultural e social demasiado diferente do de hoje motivada pelo aumento dos casamentos internacionais e suas subsequentes separações que frequentemente resultam na disputa transfronteiriça do direito de custódia e de visita da criança do casal.

O estudo identificou que existe uma lacuna significativa no tratamento da violência doméstica dentro do contexto da Convenção. O princípio do melhor interesse da criança, embora central para a aplicação da Convenção, revela-se comprometido quando as realidades da violência doméstica confrontam com os procedimentos de retorno da criança ao país de residência habitual. Os direitos da personalidade da criança da mesma forma revelam-se comprometidos, já que ser um instrumento para a efetivação desses direitos. As análises demonstram que a exceção prevista no artigo 13, §1º, alínea b), não oferece proteção suficiente para os casos em que as crianças estão imersas em am-

bientes de violência doméstica, levantando sérias questões sobre a adequação da Convenção em sua forma atual para salvaguardar os direitos e o bem-estar das crianças.

Por meio de um método dedutivo e levantamento bibliográfico, a pesquisa apontou para a necessidade de evolução interpretativa que alinhem mais estreitamente a Convenção com o princípio do melhor interesse da criança e as realidades socioculturais. A evolução interpretativa deve buscar a incorporação de uma definição mais robusta e uma aplicação mais ampla do melhor interesse da criança, garantindo que as decisões sob a égide da Convenção priorizem o bem-estar físico, emocional e psicológico das crianças envolvidas, especialmente em contextos de violência doméstica.

Assim, conclui-se que a Convenção da Haia de 1980, enquanto mecanismo de cooperação internacional, deve evoluir para enfrentar as complexidades das questões de subtração internacional de crianças de maneira que reflita não apenas as necessidades legais mas, primordialmente, as necessidades das crianças como sujeitos de direitos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 449**, de 30 de março de 2022. Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto nº 3.141, de 14 de abril de 2000. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original131217202204016246fa3199959.pdf>. Acesso em: 6 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 3.413**, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Acesso em: 6 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 6 maio 2024.

CASAS, Pilar Maestre. Violencia doméstica y sustracción internacional de menores. *In*: BURRIEZA, Angela Figueruelo (dir.); ALONSO, Marta León (coord.). **Derechos y libertades en la sociedad actual**. Granada: Editorial Comares, 2014. p. 63-83.

Conselho da Justiça Federal. **Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980**. Brasil. 2021. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia>. Acesso em: 23 abr. 2024.

DOLINGER, Jacob. **Direito civil internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Subtração internacional de crianças: análise das exceções ao retorno imediato do menor à residência habitual e crítica ao enquadramento da violência doméstica como flexibilidade permissiva. **Revista de Direito Internacional**, v. 17, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.gti.uniceub.br/rdi/article/viewFile/6660/pdf>. Acesso em: 23 abr. 2024.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. **Revista do Advogado**, n. 101, 2008. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/101/2/index.html. Acesso em: 23 abr. 2024.

GOMES, Janaína Albuquerque Azevedo. Disciplina: **Direito internacional de família**, guarda e subtração internacional I, p. 1- 47, slides disponibilizados no Curso de Direito Internacional de Família, 2024.

GREIF, Geoffrey L.; HEGAR, Rebecca L. **When parents kidnap: the families behind the headlines**. New York City: Free Press, 1993.

HCCH. 28. **Convenção sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças**. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-470b-ac47-4635cb1e7cbd.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2024.

HCCH. **Assinaturas e ratificações**. Haia, Países Baixos. 2022. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2024.

HCCH. **Guia de boas práticas** parte VI artigo 13º, nº 1, alínea b). Haia, Países Baixos. 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/5e20988c-aaa4-405b-bfbf-68e95ad3992f.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2024.

Instituto Maria da Penha. **Quem é maria da penha**. Brasil. 2024. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 23 abr. 2024.

KUBITSCHEK, Carolyn A. Failure of the hague abduction convention to adress domestic violence and its consequences. **Journal of Comparative Law**, n. 1, 2014. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jrnatila9&div=8&id=&page=>. Acesso em: 23 abr. 2024.

LOURENÇO, Lélío Moura *et al.* O impacto do testemunho da violência interpaparental em crianças: uma breve pesquisa bibliométrica e bibliográfica. **Gerais: Rev. Interinstitucional de Psicologia**, Juiz de fora, v. 4, n. 1, jun. 2011. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-82202011000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 14 maio 2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional privado**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2017.

MÉRIDA, Carolina Helena Lucas. Sequestro interpaparental: o novo direito das crianças. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 9, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/sequestro-interparental-o-novo-direito-das-criancas.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2024.

PÉREZ-VERA, Elisa. **Relatório explicativo**. Madrid, 1981. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2024.

RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves. Tratado de Marraqueche de acessibilidade a obras literárias às pessoas com deficiências visuais: a responsabilidade do mercado editorial na efetividade dos direitos da personalidade. **Revista Thesis Juris**, v. 11, n. 2, 2022. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/18183/9907>. Acesso em: 14 maio. 2024.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos Oliveira Matos; COELHO, Lísia Martins. Convenção da Haia: A (Não) Obrigação de Retorno à Luz do Melhor Interesse da Criança. **Interfaces Científicas - Direito**, v. 9, n. 1, 2022. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/10576>. Acesso em: 14 maio. 2024.

RODAS, João Grandino; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de direito internacional privado: a participação do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

UNICEF. **Os direitos das crianças e dos adolescentes e por que eles são importantes**. Brasil, s.d. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes-e-por-que-eles-sao-importantes>. Acesso em: 23 abr. 2024.

Recebido em: 21 de Maio de 2024

Avaliado em: 8 de Julho de 2024

Aceito em: 25 de Julho de 2024



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

Copyright (c) 2024 Revista Interfaces Científicas - Direito



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

1 Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Coordenadora/Líder dos Grupos de Pesquisa (CNPq): 'Instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade' e 'Internacionalização do direito: dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos'. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). E-mail: daniela.menengoti@gmail.com

2 Graduada em direito. E-mail: pedott.laura@gmail.com

