

Grupo de Trabalho

Violência Doméstica em casos de Subtração Internacional de Crianças

Protocolo de Atuação Judicial sob perspectiva de gênero

1. Contextualização

Os casos de violência doméstica se inserem na aplicação da exceção de retorno contida no art. 13 (1)(b) da Convenção da Haia, com a seguinte redação:

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar: (...) b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A exceção abrange tanto o campo da violência doméstica, quanto mecanismos de violência moral ou psicológica. A doutrina tem enfatizado que o *risco grave* associado ao retorno do subtraído envolve tanto a criança quanto o genitor subtrator que, na maior parte dos casos, será a mãe (Hoegger, 2003).

Vale lembrar que, no Brasil, cerca de 80% dos casos de subtração de filhos são de mães que voltam do exterior sem autorização do pai e que os casos de violência doméstica se avolumam nas estatísticas, tendo uma dimensão estrutural.

Neste protocolo, tratamos de medidas adequadas ao juízo aplicador das normas da Convenção da Haia – isto é, aquele que decidirá o retorno – para interpretar e aplicar a exceção do art. 13 (1)(b) no caso de violência doméstica contra a criança ou genitora. Esta exceção tem

estreita e intrínseca relação com a proteção da criança a partir da garantia dos direitos da mulher/mãe e, por esta razão, a abordagem deste documento visa apresentar subsídios para o julgamento dos casos de aplicação da exceção do art. 13 (1)(b) da Convenção da Haia de 1980, sob uma perspectiva de gênero que, ao mesmo tempo, não desnature o alto patamar de exigência para configuração do grave risco para a criança.

Levando em consideração o teor do art. 20 (*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.*), a exceção do art. 13 (1)(b) será tratada neste protocolo desde uma ótica da legislação e jurisprudência nacionais.

De início, vale destacar que a Parte VI do Guia de Boas Práticas relativo à Convenção da Haia sobre Subtração Internacional de Crianças de 1980¹ (doravante Guia de Boas Práticas HCCH ou Guia HCCH), publicado em 2020, é um documento de leitura obrigatória para uma compreensão mais abrangente sobre o tema e que em certa medida inspirou a elaboração deste Protocolo. No Guia HCCH, em linguagem simples e direta, é possível encontrar subsídios para atuação judicial, com aprofundamento do termo grave risco para criança e destaque à característica de que o grave risco deve ser analisado prospectivamente, ou seja, com projeção para o futuro, a partir do regresso da criança. Apesar de não haver julgados brasileiros, o que diz mais sobre o isolamento da língua portuguesa do que acerca da aplicação da exceção do art. 13 (1)(b) no âmbito local, há menção à farta jurisprudência internacional, que muito contribui para a qualidade das decisões locais.

A aplicação da exceção do art. 13 (1)(b) da Convenção da Haia deve seguir metodologia estruturada que assegure análise consistente e eficiente dos casos. Conforme as diretrizes do **Guia de Boas Práticas da HCCH**, o julgador deve adotar análise passo-a-passo que compreende três etapas distintas e consecutivas.

¹ Versão em português disponível em <https://assets.hcch.net/docs/5e20988c-aaa4-405b-bfbf-68e95ad3992f.pdf>. Acesso em 20.03.2025,

Na primeira etapa, o julgador deve verificar se as alegações apresentadas pela pessoa que se opõe ao retorno possuem detalhamento e substância suficientes para constituir um risco grave. Alegações amplas ou genéricas são insuficientes para configurar a exceção, sendo necessário que os fatos narrados demonstrem circunstâncias específicas e concretas que possam expor a criança a perigos de ordem física ou psíquica, ou colocá-la em situação intolerável.

Na segunda etapa, confirmada a suficiência das alegações, o julgador deve examinar e avaliar as provas apresentadas, considerando não apenas a documentação formal, mas também elementos probatórios alternativos como fotografias, trocas de mensagens, e-mails e outros registros que possam corroborar a situação de violência doméstica. Nesta fase, é fundamental considerar a disponibilidade, adequação e eficácia das medidas de proteção existentes no Estado de residência habitual da criança.

Na terceira etapa, o julgador deve realizar avaliação global das circunstâncias, ponderando todos os elementos probatórios em conjunto com as medidas de proteção disponíveis. Mesmo que reste demonstrado potencial perigo ou situação intolerável, o tribunal deve considerar se existem medidas adequadas e eficazes para proteger a criança do risco grave alegado. Somente quando tais medidas se mostrarem insuficientes ou inadequadas é que a exceção de risco grave restará configurada e deverá ser aplicada.

No Brasil, nos julgamentos de retorno da criança, a Constituição preside a interpretação de todas as normas, inclusive a das Convenções internalizadas no Direito brasileiro. E, nessa ótica, a Constituição assegura direitos para as mulheres e proteção para as crianças vítimas de violência doméstica e sexual, convalidando a Lei Maria da Penha, que coíbe diversos tipos de violência contra a mulher e lhe garante proteção judicial, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que define o direito da criança de ter uma infância protegida de violência dentro de casa.

Nos julgamentos de retorno efetuados pelo Judiciário brasileiro, a Lei Maria da Penha é um guia imprescindível. As violências física e psicológica sofridas pelas mulheres nas relações domésticas são as mais frequentes e envolvem ameaças, humilhações e coações. A violência patrimonial também é fator de controle da mulher, que a subjuga à vontade do agressor, de modo



a ter o mínimo necessário para preservar sua sobrevivência e a de seus filhos. Soma-se à Lei Maria da Penha, a Lei 14.713/2023, que impede a titularidade e o exercício da guarda compartilhada no casos de violência doméstica e a Lei Mariana Ferrer (Lei 14.245/2021), que prevê punição para atos contra a dignidade de vítimas de violência sexual e das testemunhas do processo durante julgamentos. Esta norma visa proteger as mulheres da violência institucional sofrida no sistema de justiça, especialmente em processos judiciais, mas também na fase de sua instrução.

Não raro, as situações que ensejam fuga da mãe com seus filhos decorrem de uma combinação de mais de um tipo de violência. Nessa ótica, a ausência de resposta institucional (de efetiva proteção à mulher bem como de lei que coíba diversos tipos de violência contra a mulher e lhe garanta proteção judicial ou a seus filhos) no local de residência habitual pode agravar violência doméstica e/ou tornar a mãe ainda mais frágil, inclusive para discussão judicial sobre a guarda de seus filhos. Em cada caso concreto, fatores de vulnerabilidade nos espaços públicos e no seio domiciliar, combinados ou não, podem interferir na capacidade da mulher agredida de acessar socorro para si e para a criança em outro país; de obter assistência médica em locais em que o sistema de saúde é eminentemente privado; de compreender quais são seus direitos; de obter serviços jurídicos para solução que vise a mudança de país com seus filhos; e de se expressar em língua estrangeira para denunciar ou pedir socorro. A (ir)regularidade migratória, a existência de procedimento penal contra o subtrator no Estado Requerente da cooperação e a situação financeira da mulher também podem ser fatores de vulnerabilidade prejudiciais ou impeditivos para a busca de ajuda.

Vale lembrar que a Resolução CNJ 492/2023 instituiu a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, com o dever de os magistrados adotarem o Protocolo de Julgamento sob perspectiva de gênero. Este documento preconiza que a função judicial não reproduza estereótipos de como a mulher deve agir e quais papéis sociais deveria desempenhar, nem perpetue violências. Estimula a função judicial a romper a cultura de discriminação e de preconceito contra as mulheres, que se manifesta em toda a parte, notadamente nas relações domésticas e familiares.

O Protocolo pode e deve ser tomado como guia também nas decisões judiciais baseadas na Convenção da Haia, já que, como já afirmado, cerca de 80% dos pedidos de retorno da criança julgados em nosso país têm a mãe como subtratora; em geral essas mães são brasileiras ou já contam com uma rede de apoio para cuidados com os filhos no Brasil.

Para assegurar aplicação uniforme e eficiente da metodologia estruturada, os tribunais devem utilizar instrumentos práticos que facilitem a análise dos casos e a tomada de decisões fundamentadas. O desenvolvimento desses instrumentos deve considerar as especificidades dos casos de violência doméstica e a perspectiva de gênero.

Recomenda-se a elaboração de questionário padronizado que oriente a coleta de informações essenciais sobre a situação de violência doméstica, incluindo a natureza, frequência e intensidade dos episódios, o impacto sobre a criança, as medidas de proteção já adotadas e a efetividade dessas medidas. Este instrumento deve contemplar tanto aspectos objetivos quanto subjetivos da violência, considerando as diferentes modalidades de violência doméstica previstas na Lei Maria da Penha.

Deve ser desenvolvido checklist específico para avaliação de medidas de proteção transfronteiriças, contemplando: (a) a compatibilidade das medidas necessárias com o ordenamento jurídico do Estado de residência habitual; (b) a possibilidade de coordenação entre autoridades centrais e juízes da Rede da Haia; (c) a viabilidade de fixação de direitos provisórios de custódia; (d) a existência de mecanismos de monitoramento pós-retorno; e (e) a garantia de que a situação migratória da genitora não constituirá obstáculo à convivência com o filho.

É recomendável a criação de formulário específico para documentação das decisões, que registre de forma clara e fundamentada: (a) as alegações apresentadas e sua suficiência; (b) as provas analisadas e seu peso probatório; (c) as medidas de proteção consideradas e sua adequação; (d) a fundamentação da decisão final; e (e) as medidas determinadas para implementação do retorno, quando for o caso.

Por fim, destaca-se a Resolução CNJ n. 449/2022 que, ao dispor sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia de 1980, dirimiu questões processuais relevantes,

tratando com destaque das regras de valoração da prova e da necessidade de celeridade no julgamento.

2. Limites da cognição judicial e especialização da jurisdição que decidirá o retorno.

Em que pese existam correntes teóricas que buscam limitar a discricionariedade e responsabilidade judicial na apreciação das exceções de retorno, defendendo que os juizes possuem *mãos atadas* na apreciação do grave risco, o exercício de uma eficiente proteção da criança e do subtrator vítima de violência doméstica **depende de discricção do juiz**. Esta discricção encontra amparo na jurisprudência nacional, especialmente na jurisprudência do STJ, nos casos baseados na Lei Maria da Penha. Esta lei define diversos tipos de violência doméstica. E sua interpretação pelo STJ se consolidou no sentido de que, em relação à violência doméstica e familiar, a “palavra da vítima recebe considerável ênfase, sobretudo quando corroborada por outros elementos probatórios” ou que “a palavra da vítima assume especial importância, atento que geralmente as ofensas ocorrem na clandestinidade”. Assim, a instrução dos processos de retorno da criança quando há alegação do art. 13 (1)(b), deve conferir peso significativo à palavra da mãe subtratora e considerar como elementos probatórios que corroboram sua justificativa de fuga do país documentos não oficiais, tais como fotos, trocas de mensagens em aplicativos, e-mails com pedidos de informação e ajuda de ONGs ou da Embaixada brasileira etc.

A liberdade judicial na apreciação do grave risco, especialmente em caso de violência doméstica, é um elemento fundamental para a maximização da proteção (Weiner 2021). Os juizes devem ser encorajados a aplicar a exceção do art. 13 (1)(b), em casos de violência doméstica, com razoável grau de discricção jurídica na apreciação da noção de *grave risco*, tanto em relação à criança quanto à genitora subtratora. A suposição de que existam critérios universais e objetivos para aferição da situação de grave risco decorrente de violência doméstica é falaciosa, pois tal avaliação será multifatorial e necessariamente impactada pelas particularidades do caso concreto.

O fato da mulher ser estrangeira, em tese, eleva sua vulnerabilidade nas discussões sobre



divórcio/separação e guarda no país de residência habitual. No caso de subtração ilícita e determinação de retorno, a situação migratória pode reduzir a possibilidade de ela exercer o direito de conviver com o filho. Mais grave ainda é o risco de responsabilização penal da mãe pelo crime de subtração de incapaz, a depender das leis criminais do país de onde ela levou os filhos sem autorização do pai.

Neste sentido, o juiz que tomar a decisão deverá considerar desde critérios objetivos – como a condição de migrante da mãe, que por si só já é uma vulnerabilidade, a presença de histórico de violência no ambiente familiar, cuja documentação pode ser oficial ou unilateral da mãe para sua rede de apoio - quanto critérios subjetivos, que envolverá a própria dinâmica familiar. Por esta razão, os juízes que enfrentam esse tipo de questão devem ser submetidos a formação multidisciplinar, com aprofundada exposição a conhecimento de temas como psicologia infantil e violência doméstica. Somente com esse modelo de formação é que se tornará factível uma aplicação da Convenção de Haia com maior empatia judicial e compreensão da violência doméstica (Weiner 2021).

Da mesma forma, é fortemente indicada a *especialização de varas* no âmbito da Justiça que decide o retorno. No sistema brasileiro, tal tarefa será da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso III, da Constituição Federal². Considerando que a Justiça Federal não possui jurisdição ordinária sobre casos envolvendo violência doméstica, ganha ainda mais relevo a formação específica no tema da violência doméstica e a especialização de varas para o tema da subtração internacional de crianças. A previsão de espaços formais para busca de soluções consensuais dentro da justiça federal, com participação do Ministério Público Federal, como ator que tutela o interesse da criança, é altamente recomendável.

² Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar (,,) III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

3. Segurança da genitora subtratora na avaliação do art. 13-b.

Hoegger destaca que a intenção original da Convenção de Haia era a proteção contra homens subtratores, razão pela qual é necessário adequar sua interpretação para a crescente incidência de casos em que a mãe realiza a subtração da criança com o intuito de fugir da violência doméstica aplicada pelo pai. Ressalta-se que atualmente, no Brasil, cerca de 80% dos casos de pedido de retorno são relativos à mãe brasileira que subtrai seu filho. Neste sentido, a priorização que a Convenção confere ao retorno imediato da criança à residência habitual deve ser mitigada em situações nas quais se alega violência doméstica (2003).

Embora a redação do dispositivo se refira ao grave risco à *criança* como critério de análise, é evidente que o cenário em que sua mãe – ampla maioria dos casos – é vítima de constante violência do companheiro ou cônjuge, os efeitos no bem-estar psicológico da criança podem ser presumidos. Assim sendo, não pode ser excluída a hipótese de impedimento de retorno quando há risco de segurança à genitora subtratora, uma vez que crianças são obviamente afetadas quando vivem em ambiente violento (Weiner et al. 2021).

A análise de risco grave em casos de violência doméstica deve considerar que o perigo não precisa ser direcionado diretamente à criança para configurar a exceção do art. 13 (1)(b). Conforme orientação do Guia de Boas Práticas da HCCH, perigos para os pais, sejam físicos ou psicológicos, podem, em circunstâncias excepcionais, criar risco grave de que o retorno sujeite a criança a perigos de ordem física ou psíquica, ou a coloque em situação intolerável.

O conceito de "risco grave" deve ser interpretado de forma prospectiva, focando nas circunstâncias que a criança enfrentará após o retorno ao Estado de residência habitual. Esta análise deve considerar não apenas os episódios de violência ocorridos no passado, mas principalmente a probabilidade de sua repetição e o impacto que terão sobre o bem-estar da criança. A condição de vulnerabilidade da genitora, especialmente quando mulher migrante, deve ser considerada como fator agravante do risco.

O termo "situação intolerável" possui significado mais amplo que violência física direta, permitindo análise holística dos contextos de violência doméstica. Uma situação é considerada intolerável quando não se espera que uma criança em particular, nessas circunstâncias específicas, deva tolerá-la. Esta avaliação deve considerar fatores como: (a) a quebra do vínculo com o genitor subtrator não abusivo, que pode representar o único amparo psicológico da criança; (b) o estresse severo causado pela separação; e (c) a exposição da criança a ambiente de violência continuada.

A avaliação deve considerar que medidas protetivas, por si só, não eliminam automaticamente o risco de exposição da criança e do subtrator à violência doméstica. É necessário analisar criticamente a eficácia dessas medidas, considerando fatores como: histórico de descumprimento pelo agressor, adequação das medidas ao caso concreto, capacidade de fiscalização e monitoramento, e disponibilidade de rede de proteção no Estado de residência habitual.

Parâmetros que devem ser considerados pelo juiz na análise da exceção do art. 13 (1)(b) em casos de violência doméstica contra criança e/ou genitor (Weiner et al. 2021):

- a. A criança não precisa ser o alvo principal da violência doméstica, uma vez que a violência contra o(a) genitor(a) pode afetar a criança indiretamente;
- b. Todos os tipos de violência doméstica são relevantes para análise, inclusive as de ordem moral ou psicológica;
- c. "Situação intolerável" difere de violência física ou moral direta, permitindo a análise mais ampla e holística de contextos de violência doméstica;
- d. O prejuízo causado pela separação da criança do genitor subtrator "não abusivo" é relevante na análise, uma que pode ocorrer a quebra do único amparo psicológico da criança e causar estresse severo;
- e. Medidas protetivas, por si só, não eliminam o risco de exposição da criança e do subtrator à situação de violência doméstica, e devem ser avaliadas com cautela;
- f. Sobreviventes de violência doméstica, inobstante as preocupações com credibilidade, são normalmente confiáveis em seus depoimentos. Os juizes devem resistir a preconceitos quanto à credibilidade do sobrevivente.

Somam-se a esses parâmetros, outros decorrentes da experiência brasileira nos julgamentos diversos que envolvem discussão acerca da garantia de direitos fundamentais ou que visam proteger grupos ou pessoas vulneráveis. Ressalta-se a existência de parâmetros e técnicas processuais como a inversão do ônus da prova e a aceitação da intervenção de terceiros (*amicus curiae*).

Essas considerações servem como pontos de partida na análise dos casos de violência doméstica pelos juizes que aplicam a Convenção da Haia, reiterando a importância da discricionariedade do juiz na análise, o que não significa, por evidente, afastamento da legalidade. Trata-se, simplesmente, de reconhecer que no enfrentamento de casos difíceis, deve-se conferir ao julgador espaço interpretativo que priorize a máxima proteção de vítimas de violência doméstica e familiar.

4. Cautela na apreciação da eficácia de medidas de proteção, especialmente as transfronteiriças

O princípio de que os juizes do Estado Requerido "devem considerar todas as opções protetivas antes de negar o retorno baseado em grave risco" (King 2013) também é válido para os casos de violência doméstica e familiar. Entretanto, por vezes, as medidas protetivas podem se revelar insuficientes ou inadequadas no caso concreto, especialmente considerando as características da jurisdição do Estado da residência habitual e seu histórico de respeito às salvaguardas eventualmente acordadas pelas partes no juízo de retorno.

Algumas regiões têm evoluído na validação de medidas de proteção transfronteiriças (*cross-borders*) para vítimas de violência doméstica no contexto de processos envolvendo a aplicação da Convenção da Haia. É o caso da União Europeia com a Regulação 606/2013. Entretanto, por vezes, o reconhecimento das medidas protetivas transfronteiriças pelo Estado da residência habitual consome mais tempo do que aplicar as novas medidas no Estado do foro (Trimmins et al 2022). Essencial, assim, que o juiz que decidirá o retorno leve em conta a efetiva

eficácia das medidas transfronteiriças. Caso essas medidas se revelem abstratamente inviáveis — seja pela inexistência de normas internacionais validando as medidas, seja pela incompatibilidade das medidas com o regime jurídico do Estado de retorno —, o juiz deve evitar o retorno imediato.

Na apreciação das possíveis medidas protetivas, o juízo do retorno deve considerar como parâmetros (Trimblings et al., 2022):

- a. A compatibilidade das medidas protetivas necessárias com a jurisdição do Estado da residência habitual, analisando, inclusive, a eficácia de eventuais acordos entre as partes perante o Estado para o qual a criança retornará;
- b. A possibilidade de coordenação entre as autoridades centrais na garantia da proteção para criança e genitor quando há suspeita de violência doméstica;
- c. A viabilidade de fixação de direitos provisórios de custódia no processo de retorno, assegurando a adaptação da criança e da genitora subtratora por ocasião do retorno;
- d. A existência de mecanismos de monitoramento e comunicação pós-retorno para fins de fiscalização do cumprimento das medidas protetivas. Isso pode incluir *check-ins* frequente com serviços sociais ou outras autoridades para comprovar o bem-estar da criança e do genitor;
- e. A adoção e respeito a protocolos de retorno seguro, como a fixação de visitas supervisionadas e locais seguros de troca.

A aplicação da Convenção da Haia em casos de violência doméstica deve incorporar perspectiva de gênero que reconheça as especificidades e vulnerabilidades das mulheres em situação de violência. Conforme dados estatísticos mencionados no Guia de Boas Práticas da HCCH, cerca de 80% dos casos de subtração internacional envolvem mães que retornam ao país de origem com seus filhos, muitas vezes fugindo de situações de violência doméstica.

A condição de mulher migrante constitui fator de vulnerabilidade que deve ser considerado na análise do risco grave. Esta vulnerabilidade manifesta-se em múltiplas dimensões: (a) dificuldades de acesso ao sistema de justiça por barreiras linguísticas e culturais; (b) limitações no acesso a



serviços de proteção e apoio social; (c) dependência econômica que pode ser agravada pela condição migratória irregular; (d) isolamento social e ausência de redes de apoio; e (e) desconhecimento sobre direitos e procedimentos legais disponíveis.

A aplicação da exceção do art. 13 (1)(b) deve considerar que sobreviventes de violência doméstica são, em regra, confiáveis em seus depoimentos, devendo os magistrados resistir a preconceitos quanto à credibilidade da sobrevivente. A palavra da vítima assume especial importância, especialmente quando corroborada por outros elementos probatórios, ainda que não oficiais, como fotografias, mensagens de texto, e-mails solicitando ajuda a organizações ou embaixadas.

O julgador deve estar atento aos estereótipos de gênero que possam influenciar a análise do caso, evitando expectativas preconcebidas sobre como a mulher deve agir ou quais papéis sociais deveriam desempenhar. A função judicial não deve reproduzir padrões discriminatórios nem perpetuar violências, mas sim romper com a cultura de discriminação e preconceito contra as mulheres, especialmente nas relações domésticas e familiares.

A análise deve considerar que o prejuízo causado pela separação da criança do genitor subtrator "não abusivo" é elemento relevante na avaliação do risco grave, uma vez que pode ocorrer quebra do único amparo psicológico da criança. Esta consideração é especialmente importante quando a genitora é a cuidadora primária e estabeleceu vínculo afetivo forte com a criança, situação comum em contextos de violência doméstica onde o agressor exerce controle sobre a família.

Por fim, a aplicação da Convenção deve considerar a interseccionalidade de vulnerabilidades, reconhecendo que mulheres negras, indígenas, com deficiência, LGBTQIA+ ou em outras condições de vulnerabilidade podem enfrentar formas específicas e agravadas de violência e discriminação, demandando atenção especializada na análise do risco grave e na determinação de medidas de proteção adequadas.

Soma-se a isto a necessidade de garantia de que a situação migratória da mãe não será obstáculo para continuidade de sua convivência com o filho. Outra questão que merece destaque é que a subtração da criança não pode ser empecilho para a manutenção da guarda com a mãe. A



determinação de retorno já é medida que restabelece e corrige a situação de ilicitude prevista no art. 3º da Convenção. Assim, a decisão judicial que determina o retorno pode indicar que a criança permaneça com a mãe até a deliberação judicial sobre a guarda no país de residência habitual.

5. Cautelas na distribuição do ônus probatório.

As decisões de retorno da criança subtraída em contexto de violência doméstica devem realizar a distribuição do ônus probatório de forma coerente com a capacidade de produzir provas que a vítima de violência normalmente possui. Assim sendo, os casos devem ser apreciados de forma individualizada, evitando-se regras peremptórias de imposição de ônus probatório. A regra "quem alega, prova", vigente em boa parte dos sistemas jurídicos, pode resultar em graves riscos de reiteração de violência quando aplicada de forma não criteriosa. No mais, no Brasil, é possível a aceitação da inversão do ônus da prova quando uma das partes é hipervulnerável.

No Direito brasileiro, como em outros ordenamentos, o conceito jurídico de risco é distinto e mais amplo do que a concepção de perigo. Assim, o risco é a probabilidade, em algum grau, de um dano acontecer por causa da exposição ao perigo. A apreciação do risco é marcada pelo traço da incerteza. Já o perigo é o indicativo, em um grau considerável, de que, acontecendo o evento, haverá dano. Ou seja: sabe-se que o evento acontecerá e se atua para evitar ou minimizar o dano.

O Guia de Boas Práticas da HCCH, em seu glossário, define: (i) “risco grave” para a criança como o “risco grave de que o seu regresso sujeite a criança a perigos de ordem física ou psíquica ou, de qualquer outro modo, sujeite a criança a ficar numa situação intolerável”³; e (ii) “o termo

³ Na nota de rodapé 50 do Guia de Boas Práticas há uma menção ao “Relatório Explicativo da Convenção da Haia, de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças” (doravante, “Relatório Explicativo”), de autoria de E. Pérez-Vera, em Trabalhos da Décima Quarta Sessão (1980), Tomo III, Subtração de crianças, Haia, Imprimerie Nationale, 1982, pp. 426-473 (também disponível no site da HCCH, no qual se destaca que o termo “risco grave” reflete a intenção dos redatores de que essa exceção seja aplicada, de acordo com a abordagem geral das exceções da Convenção, de forma restritiva. Durante o processo de redação, foi acordada uma redação mais restritiva do artigo 13.º, n.º 1, alínea b) do que o inicialmente sugerido. O termo inicial usado na exceção foi “risco substancial”, que foi substituído por “risco grave”, pois a palavra “grave” foi considerada um qualificador mais intensivo.



“violência doméstica” ou “violência familiar” pode, dependendo da definição usada na jurisdição relevante, abranger uma série de comportamentos abusivos dentro da família, incluindo, por exemplo, abuso físico, emocional, psicológico, sexual e financeiro. Pode ser direcionado à criança (“abuso infantil”) e/ou ao parceiro (às vezes chamado de “abuso conjugal” ou “violência por parceiro íntimo”) e/ou a outros membros da família”.

O mesmo Guia HCCH, nos tópicos 32 a 37, aborda três aspectos importantes sobre o risco para o julgamento da exceção de retorno (art.13-B) sob perspectiva de gênero: um risco grave para criança, nível de “risco grave” e uma exceção de risco grave “prospetiva”, cujo trecho pertinente transcrevemos abaixo:

“b. Um risco grave para a criança

32. A redação do artigo 13.º, n.º 1, alínea b) deixa claro que a questão é saber se existe um risco grave de que o regresso “sujeite a criança a perigos de ordem física ou psíquica ou, de qualquer outro modo, a coloque numa situação intolerável”.

33. No entanto, perigos para os pais, sejam eles físicos ou psicológicos, podem, em algumas circunstâncias excepcionais, criar um risco grave de que o regresso sujeite a criança a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a coloque numa situação intolerável. A exceção do artigo 13.º, n.º 1, alínea b) não exige, por exemplo, que a criança seja vítima direta ou primária de perigo físico se houver prova suficiente de que, devido ao risco de perigo direcionado aos pais adotivos, exista um risco grave para a criança.

c. Nível de “risco grave”⁴

⁴ No Guia de Boas Práticas as notas de rodapé 50 a 52 destacam o acórdão Re D, [2006] 3 WLR 0989, 16 de novembro de 2006, Câmara dos Lordes do Reino Unido (Inglaterra e País de Gales) (Reino Unido) [Referência INCADAT: HC/E/UK 880]. Aqui pedimos atenção para o constante no § 52 dessa decisão: “tolerável” é uma palavra forte, mas quando aplicada a uma criança deve significar “uma situação que essa criança em particular nessas circunstâncias particulares não devia ter de tolerar”; e § 33: “Embora “grave” caracterize mais o risco do que o perigo, existe em linguagem comum um vínculo entre os dois. Portanto, um risco relativamente baixo de morte ou lesão realmente grave pode ser qualificado adequadamente como “grave” enquanto um nível mais alto de risco pode ser necessário para outras formas menos graves de perigo.”



34. O termo “grave” qualifica o risco e não o perigo para criança. Indica que o risco deve ser real e atingir um nível de seriedade que o caracterize como “grave”. Quanto ao nível de perigo, deve corresponder a uma “situação intolerável”, ou seja, uma situação que não se espera que uma criança tolere. O nível relativo de risco necessário para constituir um risco grave pode variar, dependendo da natureza e gravidade do potencial perigo para a criança.

d. Uma exceção de risco grave “prospectiva”

35. A redação do artigo 13.º, n.º 1, alínea b) também indica que a exceção é “prospectiva”, na medida em que se concentra nas circunstâncias da criança ao regressar e se essas circunstâncias sujeitariam a criança a um risco grave.

36. Portanto, embora a avaliação da exceção de um risco grave exija geralmente uma análise das informações/provas apresentadas pela pessoa, instituição ou outro organismo que se oponha ao regresso da criança (na maioria dos casos, o progenitor raptor), ela não deve limitar-se a uma análise das circunstâncias que existiam antes ou no momento da transferência ou retenção indevida. Em vez disso, requer um olhar para o futuro, ou seja, quais seriam as circunstâncias se a criança regressasse de imediato. A análise da exceção de um risco grave também deve incluir, se considerado necessário e apropriado, ponderação da disponibilidade de medidas de proteção adequadas e eficazes no Estado de residência habitual.

37. No entanto, o facto de a exceção ser de natureza prospectiva não significa que não sejam tidos em consideração comportamentos e incidentes passados que possam ser relevantes para a avaliação de um risco grave após o regresso da criança ao seu Estado de residência habitual. Por exemplo, incidentes passados de violência doméstica ou familiar podem, dependendo das circunstâncias particulares, ser probatórios sobre a questão de saber se existe um risco grave. Dito isto, comportamentos e incidentes passados não são, por si só, determinantes de que não estejam disponíveis medidas de proteção eficazes para proteger a criança de um risco grave.”

Sob a perspectiva de gênero, nos casos da Convenção da Haia, podemos listar exemplificativamente como perigo, dentre outros: a violência doméstica já praticada contra a mãe no local de residência habitual, antes da fuga; a tipificação penal da subtração internacional de filho por um dos genitores, que penaliza a mãe; a impossibilidade de obtenção de visto migratório à genitora subtratora, no caso de retorno da criança (pois afetará o direito de visitação e de convivência com o filho). Já o risco está ligado à falta de respostas institucionais efetivas, no país de residência habitual, para a proteção da mulher e dos filhos, que, potencialmente, estejam expostos à violência doméstica. Não há se comprovar o risco, mas é possível se aferir indicativos de que mãe e filho estão vivendo uma situação arriscada ou se há perigo no caso de retorno. O ato de fuga e cometimento de ilícito pela mãe pode ser considerado, a princípio, como indicativo do risco ou mesmo como comprovação da sensação de perigo.

No entanto, é relevante considerar que o risco e até mesmo o perigo podem não se confirmar na instrução do caso concreto, pela dificuldade de comprovação das alegações de violência. Isso se dá porque os fatos e as provas têm início no exterior – onde ocorreu a violência doméstica e teve início a fuga para o Brasil -, mas desenrolam-se também no âmbito local. Esta circunstância torna difícil a produção de provas documentais e testemunhais, tanto pelo pai quanto pela mãe, bem como a coleta de documentos em repartições estrangeiras ou mesmo o recolhimento de documentos privados, como fotografias e vídeos ou mesmo instrumentos de agressão e coerção para serem apresentados à justiça no Brasil. Também dificulta toda a sorte de perícias e diligências investigatórias.

Para a superação desses impasses, é necessário fazer a ponderação entre direitos e interesses em conflito e resolver o pedido de retorno à luz da Convenção da Haia, da Constituição e também de outras leis e procedimentos locais, com destaque para a Lei Maria da Penha, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Protocolo para Julgamento sob Perspectiva de Gênero do CNJ. O Guia de Boas Práticas e o presente Protocolo também são subsídios relevantes.

Além disso, é necessário que se considere a vulnerabilidade da mãe que vivia no exterior, quando da ocorrência da violência, e se lance mão de outras ferramentas processuais, tais como: a

inversão do ônus da prova; e a possibilidade de ingresso do *amicus curiae*, com a intervenção de terceiros interessados para fornecimento de subsídios ao julgador, como associações que amparam mulheres brasileiras que vivem no exterior, que lidam com violência doméstica e que prestaram assistência em algum momento à mãe antes da subtração dentre outras.

As duas ferramentas processuais sugeridas não são de fácil aplicação nos casos da Convenção e há desafios para implementação. Para admissão do terceiro interessado, seria necessário superar a questão do sigilo processual e também verificar a adequação da figura do amigo da corte à celeridade e ao rito processual. No caso de inversão do ônus da prova, a dificuldade é ainda maior, por afetar o cerne da finalidade da Convenção. Embora a alegação de violência doméstica somada à condição de estrangeira residente em outro país configure um quadro, em tese, de hipossuficiência da mãe, esse mecanismo processual é uma regra de instrução e não regra de julgamento, motivo pelo qual a decisão judicial que a determina deve ocorrer antes da etapa instrutória, garantindo ao pai, a oportunidade de apresentar suas provas.

No mais, com base na jurisprudência e legislação pátrias, o julgador tem discricão para relativizar o tratamento, pela Convenção, da violência doméstica e familiar como uma exceção que deve ser comprovada por quem a alega. Como regra, os pleiteantes do retorno apenas precisam demonstrar evidências preponderantes de que ocorreu a subtração (art. 8º da Convenção), enquanto a defesa deve demonstrar claro e grave risco no retorno (art. 13-B). Conclui-se, assim, pela existência na Convenção de uma "desproporção entre a política de prevenção da abdução internacional de criança e a política de proteção de criança contra a violência doméstica" (King 2013), o que deve ser equacionado no momento do procedimento judicial que decidirá o retorno. Neste sentido, são medidas adequadas para "equilibrar o jogo", especialmente no campo probatório (King 2013).

a. Em que pese o prazo exíguo da Convenção para retorno, nos casos em que se apresenta alegação de violência doméstica, deve-se assegurar tempo suficiente para a defesa reunir provas sobre o grave risco;

b. Deve-se conferir peso importante para evidências retratando histórico de violência doméstica, como boletins de ocorrência, ordens protetivas e outros documentos legais, especialmente os referentes ao tempo de convivência dos genitores na jurisdição da residência habitual;

c. Medidas que mitiguem vulnerabilidade econômica e social das vítimas de violência doméstica no processo de retorno é essencial para assegurar a paridade de armas no processo de retorno. Por vezes, o pleiteante conta com apoio das autoridades centrais dos Estados requerente e requerido, além de suporte por advogado assistente, o que pode representar um cenário de absoluto desequilíbrio em desfavor do genitor sobrevivente.

6. Conclusões.

O presente protocolo serve como um guia de parâmetros para o exercício da jurisdição em casos de retorno no regime da Convenção da Haia sobre subtração internacional de crianças, quando a defesa alega a exceção do art. 13 (1)(b) fundada em violência doméstica. Não obstante as limitações que a Convenção impõe à cognição do caso pelo juiz de retorno, os limites devem ser relativizados quando há verossimilhança na alegação de violência doméstica contra a criança ou contra o genitor abductor.

Em tal cenário, exige-se do juízo do retorno cautelas específicas, compatíveis com a alta sensibilidade de casos de violência doméstica, em que as vítimas – na maior parte das vezes, crianças e mães – se encontram, como regra, em cenário de vulnerabilidade psicológica, econômica e social. A discricionariedade do juiz e a cautela na análise de parâmetros probatórios e protetivos cabíveis no processo de retorno serão as ferramentas fundamentais para se evitar injustiças e aprofundamento do trauma familiar.

7. Sobre a elaboração deste Protocolo

O presente documento foi uma demanda identificada após a realização do I Encontro Regional dos Juizes da Rede Internacional da Haia – América Latina e Caribe -, realizado na cidade do Rio de Janeiro no período de 15 a 17 de maio de 2024, com a divulgação da Carta do Rio de Janeiro sobre o Encontro.

A Rede dos Juizes brasileiros em razão da Portaria nº 001/2024, de 02 de setembro de 2024, constituiu um Grupo de Trabalho composto pelos setes Juizes brasileiros da Rede da Haia e outros seis Juizes Federais – cada qual originário de uma das seis regiões da Justiça Federal. Houve a divisão em Subgrupos de Trabalho e o subgrupo responsável pelo tema sobre a violência doméstica em casos de subtração internacional de crianças (arts. 13(1)(b) e 20, da Convenção da Haia de 1980), constituído pelas Desembargadoras Federais Daniele Maranhão (TRF1) e Inês Virgínia Prado Soares (TRF3), Juíza Federal Clara Mota e Juiz Federal Bruno Lorencini, o Protocolo de Julgamento sob Perspectiva de Gênero nos casos de alegação de violência doméstica, o qual foi submetido ao grupo e aprovado.

Referências

BIANCHINI, Alice. 2002. “*O Sequestro Internacional de Crianças e a Convenção da Haia: Análise Crítica.*” Editora Revista dos Tribunais.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. 2011. “*Direito ao Convívio Familiar: O Sequestro Internacional de Crianças.*” Saraiva.

LORENCINI, Bruno César; ARAÚJO JÚNIOR, Edson; GIANFRANCO, Andréa; GUNDIM, Wagner. *A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil.* Editora LiberArs.

HOEGGER, Roxanne. 2003. “What If She Leaves?” *Law Journal*. Vol. 18. <https://heinonline.org/HOL/License>.

KING, Shani M. 2013. “The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence.” *Family Law Quarterly*. Vol. 47. <http://www.hcch.net/indexen>.

MADUREIRA, Paulo. 2018. “*Direitos da Criança e Sequestro Internacional: Uma Abordagem à Luz da Convenção da Haia.*” Juruá Editora.

OLIVEIRA, Pedro. 2005. “*Sequestro Internacional de Crianças: A Convenção de Haia e o Direito Brasileiro.*” Editora Forense.

SILVA, Artenira da Silva e; MADEIRA, João Bruno Farias. O Sequestro Internacional de Crianças e a Proteção aos Interesses do Menor: a Integração da Criança a Novo Meio Como Exceção à Aplicação da Convenção da Haia de 1980. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Florianópolis, Brasil, v. 2, n. 2, p. 39–60, 2017. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0219/2016.v2i2.1647. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1647>

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças*. Editora Atlas SA, 2013.

TRIMMINGS, Katarina; ANATOL DUTTA, Costanza Honorati, and ZUPAN, Mirela. n.d. “*Domestic Violence and Parental Child Abduction The Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings.*” www.intersentiaonline.com.

WEINER, Merle H; BROWN, Pam; EDLESON, Jeff ; LINDHORST, Taryn; LININGER, Tom; MEIER, Joan; SCHAFFRAN, Lynn Hecht; and VALLEJO, Maria Jose. 2021. “*YOU CAN AND YOU SHOULD: How Judges Can Apply the Hague Abduction Convention to Protect Victims of Domestic Violence.*” <https://www.hcch.net/en/>.