



PUC

**DEPARTAMENTO DE
DIREITO**

**A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis
do Sequestro Internacional de Menores:
análise de dois casos concretos**

por

POLINA ZHEBIT

ORIENTADOR(A): NADIA DE ARAUJO

2012.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

**A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis
do Sequestro Internacional de Menores:
análise de dois casos concretos**

por

POLINA ZHEBIT

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Nadia de Araujo

2012.1

Dedicatória

In memoriam, dedico este trabalho para minha querida avó Gália, a qual aguardou este momento como ninguém. Tenho certeza de que ela ficaria orgulhosa de me ver vencendo uma etapa tão importante em minha vida acadêmica.

Agradecimentos

Primeiramente, gostaria de agradecer à minha orientadora e professora Nadia de Araujo, que incentivou a iniciar o presente trabalho e me ajudou imensamente na sua concretização. Sua dedicação e seus comentários me levaram a perceber como é importante este trabalho para que eu possa me aprofundar nas pesquisas jurídicas e disseminar o tema analisado no Brasil.

Gostaria, também, de agradecer a Monica Sifuentes, que me cedeu gentilmente o inteiro teor da decisão do primeiro caso exposto na segunda parte do meu trabalho, pois sem ele, eu não teria visto como a teoria se aplica perfeitamente na prática pela leitura da nobre decisão do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian.

Quero agradecer ao meu pai e à minha mãe, que fizeram de tudo para que eu pudesse ter uma vida acadêmica excepcional e pelo tempo que me dedicaram para aconselhar-me e acolher-me nos momentos de grande pressão.

Não poderia esquecer os funcionários da biblioteca da PUC-RIO, que estavam sempre em prontidão para me ajudar em busca de livros, teses e artigos para que o meu trabalho saísse do jeito desejado.

Agradeço a todo o corpo docente do Curso de Direito da PUC-RIO, que fez de mim a profissional que gostaria de ser.

Por fim, jamais poderei deixar de agradecer aos meus amigos da PUC-RIO. Cada um tem um jeito especial que nunca irei esquecer.

Resumo

O mundo globalizado, tendente a mudanças dos perfis das famílias tradicionais, traz a elas uma maior mobilidade e diversificação dos meios de comunicação, gerando assim, as famílias “internacionais”.

Instrumentos de cooperação jurídica internacional como o Auxílio Direto, ajudam na rápida e direta troca de informações entre as Autoridades Centrais dos Estados contratantes da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores.

O presente trabalho visa estabelecer a importância do Princípio do Melhor Interesse, nos casos de transferência ou retenção ilícita do menor por um de seus genitores sem o consentimento do outro, garantindo-lhe o direito de visita, bem como o convívio pacífico no “seio familiar”.

Palavras-chave

Cooperação Jurídica Internacional, Auxílio Direto, Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, Princípio do Melhor Interesse do Menor.

SUMÁRIO

1. Introdução	6
2. Parte I – Aspectos Cíveis de “Sequestro” de Menores	9
2.1 Cooperação Jurídica Internacional. Auxílio direto	9
2.2 A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores	16
a) Definição e histórico	16
b) Características da Convenção no Brasil	18
c) Aspecto temporal x Princípio do melhor interesse do menor	25
3. Parte II - Aplicação: Análise de Casos Concretos	30
3.1 Breve introdução	30
3.2 AC - APELAÇÃO CÍVEL 200734000441410 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região	31
3.3 AC - APELAÇÃO CÍVEL 497870 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região	37
3.4 Comentários aos Casos	44
4. Conclusão	48
5. Bibliografia	51
6. Anexo	53

1. Introdução

Com o avanço do crescimento de um mundo globalizado, onde a sociedade tende a viver em uma maior gama de comunicações, capaz de adaptar-se a mudanças, traz consigo a coexistência de mais de uma nacionalidade em um núcleo familiar, no qual surgem conflitos pela diversificação de culturas.

No contexto atual, é indubitável o aumento nos casos de casamentos entre nacionais de diferentes estados, e conseqüentemente, o surgimento de conflitos, no momento em que um dos genitores, insatisfeito com sua vida no exterior, ou sofrendo dificuldades para adaptar-se a uma nova cultura, acaba transferindo ilicitamente o seu filho a outro país, sem sequer comunicar essa transferência ao seu cônjuge, pois tem a convicção de ao realizar tal ato, estaria atendendo o melhor interesse do menor.

Por conta da intensificação de relações entre entes de estados diversos, o número de casos de transferências ilícitas de menores tornou-se bastante significativo, especialmente após a entrada em vigor da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, que passou a regulamentar de maneira específica a matéria de “sequestro” de menores no Brasil, bem como em outros Estados contratantes da Convenção.

No Brasil, com a entrada em vigor do Decreto 3.413 de 14 de abril de 2000, que promulgou a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, trouxe a tona uma solução mais célere de uma questão tão complicada para que se possa proteger a criança no plano internacional, podendo-se resguardar a sua integridade e assegurar seus direitos.

Para que o objetivo maior da presente Convenção fosse cumprido, foi criado um instituto de Cooperação Jurídica Internacional denominada de Auxílio Direito, onde o próprio juiz ou a autoridade administrativa poderá diretamente conhecer das informações, sem a necessidade de passar por atos formais, tornando mais célere a decisão da autoridade sobre a permanência ou não do menor retido ilicitamente no Estado requerido.

Além da eficiência dos meios de cooperação jurídica internacional direta, a Presidência do Supremo Tribunal Federal indicou dois juízes federais para atuarem como juízes de enlace nos casos relativos à Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, facilitando o cumprimento desta.

O Princípio norteador da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças é o definido na Constituição Federal em seu artigo 227, caput e no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças, que é o Princípio do melhor interesse do menor. Este princípio preza assegurar os interesses dos menores com absoluta prioridade, considerando-os titulares de direitos constitucionalmente garantidos.

O presente trabalho tem como objetivo abordar a questão do “Sequestro” de Menores e o seu entendimento nos Tribunais, sendo este dividido em duas partes.

A primeira parte será teórica e abordará o tema da cooperação jurídica internacional, bem como as questões históricas, definindo os objetivos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e, principalmente, a sua aplicação no Brasil.

Em seguida, trataremos do Princípio do Melhor Interesse do Menor ao abordar os dispositivos da Convenção, analisando suas eventuais colisões com outros princípios essenciais.

Já na segunda parte, iremos analisar os casos concretos nos quais se aplica a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Para que isso seja possível, será feito um breve relato dos julgados de dois Tribunais, assim como posteriores comentários sobre as decisões dos tribunais para questões tão semelhantes.

2. Parte I – Aspectos Civis de “Seqüestro” de Menores

2.1 Cooperação jurídica internacional. Auxílio direto.

A Cooperação internacional é um intercâmbio entre estados soberanos, de atos públicos de natureza legislativa, executiva e judiciária, destinada a garantir a segurança e a estabilidade das relações internacionais.

Em um sentido mais amplo, conforme os ensinamentos de Nadia Araujo, cooperação jurídica internacional seria um *“intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro¹”*.

Assim, surgem as fontes com as quais o direito brasileiro trabalha essa questão. Começando pela Constituição de 1988 que em seu artigo 4º, IX, conta como um dos Princípios que regem as relações internacionais, “a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”. Em seguida, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a LINDB, nos seus artigos 15 a 17, onde é citada a homologação da sentença estrangeira e a não ofensa à soberania nacional, a ordem pública e aos bons costumes. Também, no Código de Processo Civil, em seus artigos 483 e 484, que versam sobre a homologação de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça. No mais, o artigo 210 do Código de Processo Civil faz menção à Carta Rogatória. Por fim, verificamos ser a Resolução nº 9 do Superior Tribunal de Justiça², de máxima importância para o tema, pois possui as regras que regem a matéria no STJ.

¹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática Brasileira. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 499.

² Acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

A cooperação jurídica internacional se divide em duas categorias, quais sejam: a cooperação jurídica internacional ativa e a passiva. A cooperação ativa “destinada a atender pedidos de autoridades judiciais e administrativas nacionais, direcionadas a autoridades estrangeiras³”. Já a cooperação passiva, ocorre quando um Estado ou particular estrangeiro requer à justiça brasileira a cooperação⁴. A regra é a Lei brasileira reger essa cooperação⁵.

Oportuno acrescentar, quatro espécies de cooperação no ordenamento jurídico brasileiro:

a) Extradução⁶: em que é de competência do STF exercer o juízo de delibação;

b) Carta Rogatória⁷: um instrumento tradicional pelo qual é solicitada a prática de diligência à autoridade judicial estrangeira, utilizada

³ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Cooperação jurídica internacional e auxílio direto. Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Apud. FILHO, Theophilo Antonio Miguel. *Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, 2010.

⁴ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Cooperação jurídica internacional e auxílio direto. Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Apud. FILHO, Theophilo Antonio Miguel. *Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, 2010. Na cooperação passiva, verificam-se as seguintes modalidades: “a) a realização de atos jurisdicionais nacionais, a partir da provocação do estado – juiz estrangeiro, o que denominaria “cooperação jurisdicional de iniciativa do juiz estrangeiro”; b) a realização de atos administrativos nacionais, a partir da provocação do estado-juiz estrangeiro, o que denominaria “cooperação administrativa de iniciativa do juiz estrangeiro”; c) a realização de atos jurisdicionais nacionais, a partir da provocação de ente privado ou público, titular do direito subjetivo sujeito à declaração jurisdicional no estado estrangeiro, o que denominaria “cooperação jurisdicional de iniciativa da parte”; d) a realização de atos administrativos nacionais, a partir da provocação de ente privado ou de ente público, titular do direito subjetivo à declaração jurisdicional no estado estrangeiro, o que denominaria “cooperação administrativa de iniciativa da parte”.

⁵ Artigo 12, § 2º, Decreto-Lei nº 4657/42: “A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.”

⁶ FILHO, Theophilo Antonio Miguel. *Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças*. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO. A extraditção é uma “ação especial de natureza jurídica constitutiva por intermédio da qual forma-se título jurídico apto a legitimar um Estado a entregar a outro, com fulcro em tratado internacional ou compromisso de reciprocidade, acusado da prática de crime.”

⁷ Artigo 105, I, “i” da Constituição Federal.

principalmente para os atos processuais. Pode ser utilizada também para os atos executórios;

c) Homologação de Sentença estrangeira⁸: um instrumento destinado a dar eficácia às decisões judiciais provenientes de outro Estado. Toda sentença estrangeira tem que ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça⁹;

d) Auxílio direto: um instrumento por meio do qual a integralidade dos fatos é levada ao conhecimento do judiciário estrangeiro, para que ele profira ou não uma decisão para a resolução do caso. Na verdade, o auxílio direto é uma forma de cooperação jurídica direta. O auxílio só existe caso haja lei prevendo essa forma de cooperação, caso não haja, aquela se dará por Carta Rogatória.

Segundo Patrícia Núñez Weber, o auxílio direto, como instituto de cooperação jurídica internacional:

“prestada pela autoridade nacional apta a atender a demanda externa, no uso de suas atribuições legais, como se um procedimento nacional fosse, embora oriundo de solicitação do Estado estrangeiro encaminhada por intermédio da autoridade central brasileira¹⁰”.

Diferentemente de outros mecanismos, no auxílio direto não há juízo de delibação¹¹ pelo Estado requerido, pois não existe ato

⁸ Artigo 105, I, “i”, Constituição Federal.

⁹ “Art. 4º A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente.

§1º Serão homologados os provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença.

§2º As decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente.

§3º Admite-se tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras.”

“Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

I - haver sido proferida por autoridade competente; II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia,; III - ter transitado em julgado; e IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.”

¹⁰ Weber, Patrícia Núñez. *A Cooperação Jurídica Internacional em Medidas Processuais Penais*. 1ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico Editora, 2011. p. 124.

¹¹ Artigo 7º, parágrafo único da Resolução nº 9 de 2005 do STJ: “Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento do auxílio direto”.

jurisdicional que possa ser objeto de deliberação. O Estado transfere às autoridades centrais de outro Estado a realização do processo de cognição. Ao invés da execução de uma decisão, há a manifestação do ato jurisdicional tocante a uma determinada questão meritória que surge do litígio em curso em seu território, ou também na obtenção de um ato administrativo que colabore com esse processo de conhecimento. “*Não há, por consequência, o exercício de jurisdição pelos dois Estados, mas apenas pelas autoridades do Estado requerido*¹²”.

Segundo o artigo 14¹³ da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, o próprio juiz ou a autoridade administrativa poderá diretamente conhecer das informações, sem a necessidade de passar por atos formais, tornando mais célere a decisão da autoridade sobre a permanência ou não da criança no Estado requerido.

Importante salientar que pode haver o conhecimento direto pelas autoridades, das decisões judiciais ou administrativas que são formalmente reconhecidas ou não, do país do domicílio do menor, que supostamente são favoráveis à atividade do seqüestrador. Por sua vez, como não são muitos os países que tem suas decisões abertas ao público em geral, verifica-se uma maior dificuldade em obter um processo mais célere. Portanto, torna-se imprescindível a cooperação entre as Autoridades Centrais dos Estados envolvidos, “*que deverão providenciar, mediante um pedido da autoridade, o conhecimento do teor das decisões então existentes, bem como da sua validade*¹⁴”.

¹² Disponível em : <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso 31 mar. 2012.

¹³ “Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.”

¹⁴ Comentários à Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores.

No que diz respeito ao auxílio direto na área cível, a restituição de menores é um dos exemplos mais importantes. O Brasil adota essa modalidade por ser parte da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na Cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980 e na Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de menores¹⁵, concluída em Montevideu, em 15 de julho de 1989.

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, traz em seu artigo 14¹⁶ a possibilidade de realização do pedido de restituição da criança de forma direta, ou seja, pelo denominado auxílio direto, cujo pedido é feito para o juiz de 1º grau:

“Artigo 14 - Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.”

Assim como na Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de menores¹⁷, em seu artigo 8º, podem ser observados os procedimentos para a restituição do menor¹⁸: “b) mediante solicitação à autoridade central; ou c) diretamente ou por via diplomática ou consular”.

¹⁵ Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994.

¹⁶ Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980 e promulgada no Brasil pelo Decreto 3413/2000.

¹⁷ Concluída em Montevideu, Uruguai, em 15 de julho de 1989. Decreto nº 1.212 de 3 de agosto de 1994.

¹⁸ Artigo 6º do Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994: “Têm competência para conhecer da solicitação de restituição de menor a que se refere esta Convenção, as autoridades judiciárias ou administrativas do Estado Parte onde o menor tiver sua residência habitual imediatamente antes de seu transporte ou retenção. A critério do autor e por motivo de urgência, a solicitação de restituição poderá ser apresentada às autoridades do Estado Parte em cujo território se encontrar, ou se suponha encontrar-se o menor que tiver sido ilegalmente transportado ou ilegalmente retido, no momento de efetuar-se essa solicitação. Poderá também ser apresentada as autoridades do Estado Parte onde houver ocorrido o fato ilícito que deu motivo à reclamação”.

Também, o auxílio direto pode ser verificado em pedidos somente sobre o direito de outro Estado, como bem verificado na Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro¹⁹, em seu artigo 7º: “*As solicitações a que se refere esta Convenção poderão ser dirigidas diretamente pelas autoridades jurisdicionais ou por intermédio da autoridade central do Estado requerente a correspondente autoridade central do Estado requerido, sem necessidade de legalização*”.

Como também no Protocolo de Las Leñas²⁰ em seu artigo 28: “*As Autoridades Centrais dos Estados-partes fornecer-se-ão mutuamente, a título de cooperação judicial, e desde que não se oponham às disposições de sua ordem pública*”, e caso ocorram controvérsias na “*interpretação a aplicação ou o não cumprimento das disposições deste Protocolo, procurarão resolvê-la mediante negociações diplomáticas diretas*”²¹.

Como visto, a questão do auxílio das Autoridades Centrais²² é de máxima importância, pois foi objeto de revisão e discussão em 2006, ainda mais após a competência que foi acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004²³, principalmente na Resolução nº 9 de 4 de maio de 2005, em seu parágrafo único do artigo 7º, que fala prioritariamente sobre a questão do auxílio direto para atos que não serão objeto de juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴.

¹⁹ Concluída em Montevidéu, Uruguai, em 8 de maio de 1979. DECRETO Nº 1.925, DE 10 DE JUNHO DE 1996.

²⁰ Protocolo de Las Leñas, feito no Vale de Las Leñas, Departamento de Malargue, Província de Mendoza, República Argentina, 1992.

²¹ Artigo 32 do Protocolo de Las Leñas, feito no Vale de Las Leñas, Departamento de Malargue, Província de Mendoza, República Argentina, 1992.

²² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.160: “Pelo sistema das Autoridades Centrais a serem designadas pelos Estados contratantes, a nova convenção instituiu um sistema de cooperação interestatal e intra-estatal, visando a coordenação e a assistência recíproca nos cuidados a serem prestados às crianças que vierem a necessitar de proteção do Estado.”

²³ Artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988:

“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²⁴ “Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não

Tendo em vista o artigo 7º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de menores²⁵, vez que os Estados que fazem parte desta, assumiram um compromisso de um tratado multilateral e principalmente, determinaram o regime internacional de cooperação²⁶, no qual se estabeleceu a operação conjunta das autoridades administrativas com as judiciais, tentando aproximar-se do principal objetivo que está palpado na localização, avaliação da situação e, posterior devolução da criança abduzida de seu domicílio, se isto for condizente com o Princípio do melhor interesse da criança.

Segundo Elisa Pérez-Vera²⁷, a Convenção de Haia de 1980 é calcada na idéia de prevenção da remoção internacional ilícita da criança, criando um sistema de cooperação entre as autoridades judiciais e administrativas do Estado contratante. Essa colaboração tem como objetivo o regresso da criança em segurança, vez que não basta ser detectada uma situação de risco, mas o máximo de controle da situação com base nessa ampla cooperação que deve ocorrer, mediante todos os meios disponíveis, como também o respeito do direito de guarda que existe em um dos Estados contratantes.

ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto”.

²⁵ “As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.”

²⁶ PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, página 435. Disponível em: <<http://hcch.e-vision.nl/uplod/expl28.pdf>>.

²⁷ Ibid.

2.2 A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores

a) Definição e Histórico

Para a Convenção em análise, o Sequestro Internacional de menores, é a retirada do menor, pelo seu genitor ou responsável legal de seu domicílio original, com fim de transportá-lo do país onde tem domicílio para outro, sem o consentimento legal do outro genitor, ou, havendo recusa na entrega do menor, após uma viagem de férias para país diverso do domicílio original, não retornando no tempo combinado. Esse instituto é regulamentado em caráter internacional pela Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, que começou a vigorar no Brasil²⁸ em 1º de Janeiro de 2000, através da promulgação do Decreto nº. 3413.

O aspecto principal de tal Convenção, previsto em seu preâmbulo, é a garantia do retorno imediato do menor ao seu país de

²⁸ Primeiramente, falando das CIDIP's em geral, podemos observar que "As Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado são reuniões especializadas, por iniciativa da OEA, que discutem um determinado assunto colocado em pauta previamente, buscando promover a uniformização e harmonização do direito internacional privado. Ao final de cada CIDIP, são criadas Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado, de acordo com o que se discutiu na Conferência. Desta forma, a sigla CIDIP designa, simultaneamente, a Conferência e seus frutos, as Convenções. As CIDIPs têm sido o mecanismo utilizado pelos últimos 25 anos para tratar das questões de Direito Internacional Privado, com sucesso comprovado. Uma das principais características das CIDIPs é que os temas propostos para consideração por uma determinada CIDIP consiste naquelas recomendações apresentadas na Conferência anterior. Os temas propostos tornam-se, então, matéria de discussão de experts, que examinam aspectos altamente especializados de Direito Internacional Privado".

http://www.pucrio.br/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/dir_carolina_magalhaes_rech.pdf

Após uma visão geral, é interessante notar que na Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, promulgada pelo Decreto nº 1.212 de 1994, não foi ainda designada nenhuma autoridade central. Estabeleceu-se que os Estados Partes tem a prerrogativa de convencionar bilateralmente entre si a aplicação prioritária da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de menores, disposto no artigo 34 da CIDIP. Mesmo a CIDIP estando em vigor nos países do MERCOSUL, estes utilizam mecanismos de cooperação jurídica internacional para os casos de sequestro de menores.

origem, respeitando o direito à guarda e de visitação do genitor que não foi agraciado pela guarda de seu filho.

Nos primeiros anos de vigência da Convenção, a maioria dos casos de retenção de menores era cometida pelos pais, pois a atribuição de guarda no momento da separação do casal era atribuída a mãe, pois sempre existiu o pensamento de que a criança estaria mais segura se permanecesse no “seio da mãe”.

Como o pai era considerado o sujeito trabalhador, que detém o pátrio poder e que não convivia tanto com a prole como a própria genitora, que cuidava da casa e dos filhos em tempo integral, esses pais, por se sentirem injustiçados, “sequestravam” seus filhos por acreditarem na “justiça feita pelas próprias mãos” ser a mais eficiente.

Hoje em dia é difícil definir qual genitor é o sujeito ativo da conduta. Como bem define Nadia de Araújo²⁹, o perfil das famílias contemporâneas é outro: *“É uma situação típica da vida moderna, onde a mobilidade do indivíduo resulta em inúmeros casamentos internacionais, ou em crianças advindas de relacionamentos fortuitos, em que a família não se estruturou legalmente.”* Logo, a cooperação jurídica internacional deve caminhar para uma maior uniformização, pois a existência de diversas culturas pode influenciar em uma maior chance de o menor permanecer com o pai ou com a mãe.

Visto isso, podemos tomar como um exemplo de uniformização o caso julgado pela Corte Suprema de Israel:

“A mãe recorreu para a Corte Suprema de Israel e, entre outros argumentos, insistiu que a criança correria risco caso fosse devolvida à França para a companhia de seu pai. A Corte Suprema de Israel declarou que a interpretação de convenções internacionais que envolvem obrigações recíprocas das partes contratantes deve ser efetuada de maneira uniformizada, invocando a interpretação dada ao artigo 13.1 (b) por tribunais de outros países membros da Convenção, no sentido de que a

²⁹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 553.

*exceção à devolução exige um risco grave, uma condição inusitada ou uma situação intolerável (...)*³⁰.

Com o diploma da Convenção de 1980 em vigor ficou mais fácil solucionar a questão do “sequestro” pelo mecanismo da cooperação jurídica internacional, pois antes de sua consolidação existiam barreiras estatais que dificultavam a volta do menor transferido ilícitamente para outro país. Antes de sua formalização, a retenção ilícita de menores era menos fiscalizada e não eram tomados os devidos esforços pelas autoridades para a devolução do menor ao seu domicílio original.

b) Características da Convenção no Brasil

No Brasil, antes da entrada em vigor da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, inexistia instituto que regulasse a questão do sequestro de menores de forma específica, somente se falava da cooperação jurídica internacional tradicional, que é um instituto de auxílio jurídico recíproco, mas que não contava com a adesão de países membros para o cumprimento formal de devolução do menor “sequestrado”. Cabia ao pai ou a mãe interposição do recurso à justiça estrangeira sem o apoio das autoridades brasileiras, no caso da retenção ilícita do menor por um dos genitores.

Visto isso, quando a criança era transportada para o Brasil de forma ilícita, a sentença estrangeira que ordenava a volta da criança para o domicílio original, deveria ser homologada previamente pelo Superior Tribunal Federal, o qual acabava negando o exequatur às medidas de caráter executório³¹. Como era mais fácil na época obter uma sentença

³⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 306. Apud Israel Law Review 1992.567.

³¹ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 554.

nacional favorável ao “sequestrador”, a sentença estrangeira acabava sendo indeferida pelo STF.

A Convenção tem por objetivo assumir o compromisso entre os Estados envolvidos na ordem jurídica internacional, sem discutir a questão da guarda do menor, mas tão somente objetivando na localização da criança; avaliando o que pode ser seu melhor interesse e após, restituindo-a ao domicílio de origem. Os princípios que regem essa Convenção tendem ao bem-estar e ao melhor interesse da criança, como previsto no artigo 1º da mesma³².

Como bem delinea o artigo 20 da Convenção³³, devem ser observados os direitos fundamentais da criança, assim como o respeito aos direitos humanos. No ordenamento jurídico brasileiro, em especial descrito na Constituição de 1988³⁴, podemos entender como direito fundamental o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Tendo em vista esse Princípio, cabe destacar que o retorno imediato da criança ao seu país onde tem domicílio original, comporta algumas exceções que são delineadas na Convenção de 1980³⁵, caso a pessoa, instituição ou organismo que se oponha ao seu retorno provar:

“Artigo 13 –

Que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

³² “Artigo 1º - A presente Convenção tem por objetivo: a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante”.

³³ “Artigo 20 - O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

³⁴ “Artigo 227, CF - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

³⁵ Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980 e promulgada no Brasil pelo Decreto 3413/2000.

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.”

As exceções previstas no artigo acima devem ser interpretadas restritivamente³⁶ para que a Convenção não perca seu valor no ordenamento jurídico internacional:

“A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto”³⁷.

O respeito ao prazo limite e a observância do critério do melhor interesse do menor, consistem em aspectos relevantes para a análise minuciosa a respeito da adaptação do menor ao seu novo domicílio, que será analisado posteriormente, levando em conta a jurisprudência de nossos tribunais.

Outra questão relevante sobre a matéria de “sequestro” de menores versa sobre a Autoridade Central³⁸ que o Brasil designou para o cumprimento das obrigações impostas nos termos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças³⁹, que no caso é a

³⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 257: “uma interpretação restrita levará à devolução da criança para a jurisdição donde foi ilegalmente retirada, como foi efetivamente a intenção da Convenção da Haia, enquanto uma interpretação liberal poderá levar a aceitar um variado naipe de fórmulas visando ao enquadramento nas exceções formuladas no referido dispositivo da Convenção”.

³⁷ Artigo 13 da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980 e promulgada no Brasil pelo Decreto 3413/2000.

³⁸ Artigo 6º do Decreto 3413/2000: “Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção. Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de serem transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado”.

³⁹ “Artigo 7º do Decreto 3.413/2000:

As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.

Secretaria Especial de Direitos Humanos, a SEDH⁴⁰. Esta, porém, não possui capacidade postulatória, sendo imprescindível a intervenção da Advocacia Geral da União, a qual possui o “jus postulandi”.

Nos casos de transferências ilícitas de menores realizadas por pais brasileiros ou estrangeiros, o momento em que se tem início a atuação da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) é do recebimento do pedido de restituição da criança, enviado diretamente pela Autoridade Central estrangeira⁴¹. Após o seu recebimento, a ACAF inicia a análise do

Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

- a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;
- b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;
- e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
- g) acordar ou facilitar, conforme às circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
- h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
- i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta”.

⁴⁰ A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) atua como Autoridade Central Federal, nos termos do Art. 6º da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto n. 3.087/99.

Atua também como Autoridade Central, nos termos do Art. 6º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída em Haia, em 25 de outubro de 1980, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999, e promulgada pelo Decreto n. 3.413/2000.

Além disso, atua como Autoridade Central nos termos do Art. 7º da Convenção Interamericana de Restituição Internacional de Menores, de 15 de julho de 1989, concluída em Montevideu, promulgada pelo Decreto n. 1.212/94. Sua designação no âmbito da Presidência da República ocorreu por meio do Decreto n. 7.256/2010. Disponível em <http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/aut_centra> Acesso em 5 mai. 2012.

⁴¹ Disponível em <<http://www.sedh.gov.br>> Acesso em 5 mai. 2012.

pedido de restituição, verificando se há o preenchimento dos requisitos formais⁴² para que possa ser aplicada a Convenção.

Após sua confirmação de recebimento, a ACAF notifica a Interpol⁴³ para que a criança seja localizada no prazo de até 48 horas⁴⁴. Para que o processo seja realizado de maneira célere, é de obrigação da Autoridade Central estrangeira e da ACAF dar total apoio a Interpol para o fornecimento de informações pertinentes para a localização da criança.

Caso o menor seja localizado pela Interpol, e tendo este país brasileiros⁴⁵, a ACAF realizará uma notificação direta à parte que transferiu o menor ilicitamente, informando-a da existência de um pedido de restituição ou de direito de visitas⁴⁶ apresentado pela Autoridade Central

⁴² Artigo 8 Decreto 3.413 de 2000: “Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança. O pedido deve conter: a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribuí a transferência ou a retenção da criança; b) caso possível, a data de nascimento da criança; c) os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança; d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança”.

⁴³ Pode-se observar que as “diligências da Interpol são de natureza sigilosa e têm como único objetivo confirmar a localização da criança no território brasileiro, de forma a se evitar o início de trâmites administrativos ou judiciais desnecessários”.

⁴⁴ Disponível em <<http://www.sedh.gov.br>> Acesso em 5 mai. 2012.

⁴⁵ “Nos casos em que crianças tenham sido trazidas para o Brasil por estrangeiros (parentes ou não), e os mesmos se encontrarem em situação irregular no país, existe a possibilidade de atuação direta da Polícia Federal no sentido de promover a deportação da pessoa acusada da subtração, e da criança, ao seu país de origem. Este procedimento não requer ordem judicial, mas a pessoa será comunicada com antecedência para que deixe o país em oito dias; expirado este prazo sem a saída voluntária do estrangeiro do país, será promovida a deportação pela Polícia de Imigração. Além disso, caso haja condenação penal contra o estrangeiro acusado de subtração de criança para o Brasil, seja por sentença estrangeira homologada pelo STJ ou por sentença de juiz brasileiro, poderá ser requerida extradição do mesmo, que será decretada por juiz brasileiro”.

Disponível em <<http://www.sedh.gov.br>> Acesso em 5 mai. 2012.

⁴⁶ Artigo 7 do Decreto 3.413 de 2000: “As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção. Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para: f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita (...)”.

estrangeira, bem como propondo uma tentativa de solução amigável com prazo determinado para resposta⁴⁷.

Ainda assim, se parte que reteve ilicitamente a criança tiver interesse em acordo, será feita uma tentativa de negociação para a devolução da criança com apoio da Autoridade Central estrangeira⁴⁸. Caso haja uma possibilidade concreta de retorno do menor ao seu domicílio original, a ACAF solicitará garantias da Autoridade requerente para que todas as acusações que foram formuladas sobre a parte que transferiu ilicitamente o menor sejam encerradas e de que esta possa retornar ao domicílio original para que seja feita uma tentativa de resolução do caso perante a justiça local.

Por outro lado, não sendo possível um acordo amigável, o pedido é enviado ao Departamento Judicial Internacional da Advocacia-Geral da União para que seja analisado judicialmente. Se o departamento entender não caber ação judicial, *“é oferecido, à parte requerente, a opção de ingressar com pedido de regulamentação de visitas a criança ou de prosseguir com o pedido de retorno por meio de advogados particulares⁴⁹”*, encerrando, assim, o caso pela Autoridade Central Administrativa Federal.

Considerando-se viável pelo Departamento a interposição de uma ação judicial tendo em vista o retorno do menor ao seu domicílio original, o processo pode ser iniciado perante a Justiça Federal na cidade em que se encontra o menor transferido ilicitamente. *“A partir daí, a ACAF depende das informações enviadas pelo DEJIN a fim de cumprir sua obrigação de*

⁴⁷ Artigo 11 do Decreto 3.413 de 2000: “As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retomo da criança. Se a respectiva autoridade judicial ou administrativa não tiver tomado uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data em que o pedido lhe foi apresentado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora. Se for a Autoridade Central do Estado requerido a receber a resposta, esta autoridade deverá transmiti-la à Autoridade Central do Estado requerente ou, se for o caso, ao próprio requerente”.

⁴⁸ Artigo 10 do Decreto 3.413 de 2000: “A Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma”.

⁴⁹ Disponível em <<http://www.sedh.gov.br>> Acesso em 5 mai. 2012.

*informar regularmente a Autoridade Central do país requerente a respeito do andamento do processo*⁵⁰”.

Por último, se o pedido de retorno da criança for indeferido e forem esgotadas todas as possibilidades para a parte recorrer, é oferecida à esta a alternativa de solicitar o direito de visitas. O processo é encerrado caso não haja esse interesse pela parte.

Uma das medidas que a Autoridade Central brasileira deve observar para cumprir o disposto na Convenção é “*dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita*”⁵¹. Para que isso seja possível, o Código de Processo Civil, em seus artigos 839 a 843, refere-se à busca e apreensão⁵² cautelar, que é a de pessoas ou coisas.

No disposto, quando se fala em busca e apreensão de pessoas, apenas podemos nos referir aos incapazes, ou seja, os menores e interditos, pois estes são os que se submetem à guarda e poder dos outros⁵³. Para a concessão da medida cautelar em questão dois requisitos são essenciais, que são periculum in mora e fumus boni iuris⁵⁴.

⁵⁰ “Quando tais informações pertinentes na localização do menor não forem prestadas com a devida rapidez e regularidade, pode ser criada a possibilidade de um protesto formal do país do qual o menor foi transferido junto ao Ministério das Relações Exteriores”. Disponível em <<http://www.sedh.gov.br>> Acesso em 5 mai. 2012.

⁵¹ Artigo 7º, alínea “f” do Decreto 3.413/2000.

⁵² “No caso de ser expedida pela Justiça Federal ordem de busca e apreensão da criança, a ACAF tem a obrigação de prestar assistência no sentido de organizar o retorno da criança ao país requerente. Essa etapa envolve a articulação junto aos familiares do menor, bem como às autoridades representantes do país requerente no Brasil (Embaixadas, Consulados, etc). Quando necessário, e dentro das possibilidades da ACAF, são providenciados psicólogos ou assistentes sociais para acompanhar a busca da criança, visando evitar maiores traumas às partes envolvidas. Cabe citar que através do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras, tem sido possível obter apoio a essas diligências por meio da atuação das equipes técnicas das CEJAIS – Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional. Tão logo é recebida a confirmação de que o menor chegou ao seu país de residência habitual, o processo é encerrado pela ACAF”. Disponível em <<http://www.sedh.gov.br/arquivos>> Acesso em 5 mai. 2012.

⁵³ FILHO, Theophilo Antonio Miguel. Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, 2010. P. 76. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO. Apud. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, volume II, 2007, p. 653.

⁵⁴ FILHO, Theophilo Antonio Miguel. Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Rio de Janeiro, 2010. P. 77 Tese

Além disso, considerando ser a “comunicação judicial internacional direta” de grande importância para facilitar o cumprimento da Convenção, a Presidência do Supremo Tribunal Federal indicou dois juízes federais para atuarem como juízes de enlace nos casos relativos à Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças⁵⁵.

Esses juízes brasileiros designados para uma função específica atuam diretamente com a Autoridade Central brasileira, sendo estes contatados em casos de demora injustificada no procedimento judicial, como também na intervenção em casos onde a autoridade central brasileira solicita o auxílio direto junto ao juiz responsável pelo caso, para que este forneça a ajuda necessária⁵⁶.

Com o aumento significativo no número de casos de “sequestro” de menores no Brasil, o apoio dos juízes de enlace é extremamente necessário, para a celeridade dos processos e para facilitar o trabalho da Autoridade Central, cumprindo assim, o objetivo da Convenção de Haia.

c) Aspecto temporal X Princípio do melhor interesse do menor

Primeiramente, cabe destacar a questão temporal da Convenção que se encontra disciplinada no artigo 12. O lapso temporal é contabilizado no momento em que o menor for retido ou transferido ilicitamente de seu domicílio original e

(Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO. Sendo este “o convencimento do juiz acerca da probabilidade, e não da demonstração de existência de direito sobre a guarda desse menor, como também, no caso da demora na prestação jurisdicional, haverá risco de lesão”.

⁵⁵ SIFUENTES, Mônica. Seqüestro Interparental: A experiência Brasileira na Aplicação da Convenção de Haia de 1980. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, nº 25, P. 140. Ano de 2009. Acesso em 10 abr. 2012.

⁵⁶ SIFUENTES, Mônica. Seqüestro Interparental: A experiência Brasileira na Aplicação da Convenção de Haia de 1980. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, nº 25, P. 141. Ano de 2009. Acesso em 10 abr. 2012.

“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 criança⁵⁷”.

Um dos principais objetivos da Convenção de Haia é a observação do imediato retorno da criança para seu “status quo”. Deve haver a garantia de celeridade do processo para que não haja uma decisão favorável ao “sequestrador” que retirou o menor ilicitamente de seu domicílio original.

A análise desse marco temporal deve levar em consideração a retirada ilícita ocorrida há menos de 1 ano antes do início do procedimento administrativo ou judicial e aquela que ocorreu após o período de um ano do início do processo para que permita ao juiz ou autoridade encarregada do caso, determinar o retorno imediato da criança. Assim, poderá ser concedida medida liminar, mesmo sem a oitiva da parte contrária⁵⁸.

Ademais, há uma certa discussão em torno da questão da tomada de medidas de urgência⁵⁹ pela Autoridade Central para o retorno imediato da criança e a análise minuciosa do material probatório para a verificação do melhor interesse da criança. Na parte final do artigo 12, observa-se ainda que, mesmo após o fim do prazo de um ano, a autoridade judicial ou administrativa, deverá ordenar o retorno do menor retido ilicitamente, exceto quando for provado que este já se adaptou ao novo domicílio.

⁵⁷ Artigo 12 do Decreto 3413/2000.

⁵⁸ Comentários à Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores. “No Brasil, trata-se da utilização de medidas cautelares para busca e apreensão de menores ou de antecipação de tutela em processos de conhecimento, que tem sido sistematicamente negada por juízes, já que poderia inviabilizar a oitiva da parte brasileira, (suprimir - além de configurar-se como procedimento de extrema violência, principalmente nos casos em que a mãe é a pessoa que retém a criança)”.

⁵⁹ Artigo 11 do Decreto 3.413/2000: “As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retorno da criança”.

Portanto, o prazo de um ano somente deveria ser contado a partir da localização da criança, pois é muito frequente que o lapso temporal entre o “sequestro” do menor e a sua localização seja um processo muito demorado, ainda mais em um país com as dimensões continentais do Brasil⁶⁰.

Segundo Jacob Dolinger:

“(...)uma interpretação restrita levará à devolução da criança para a jurisdição donde foi ilegalmente retirada, como foi efetivamente a intenção da Convenção da Haia, enquanto uma interpretação liberal poderá levar a aceitar um variado naipe de fórmulas visando ao enquadramento nas exceções formuladas no referido dispositivo da Convenção⁶¹”.

A Constituição de 1988⁶², bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶³ definiu o que seria o Princípio do Melhor Interesse da Criança, assegurando aos menores seus interesses com absoluta prioridade, sendo considerados titulares de direitos constitucionalmente garantidos.

Não há no Brasil uma jurisprudência unificada sobre o assunto em epígrafe. Alguns julgados consideram que ultrapassado o período de 1 ano previsto na Convenção, a devolução da criança retida ilicitamente de modo algum violaria um direito fundamental, pois é dever do Estado e da sociedade assegurar o Princípio do melhor interesse, mesmo que essa

⁶⁰ Comentários à Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores.

⁶¹ FILHO, Theophilo Antonio Miguel. Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos cíveis do seqüestro internacional de crianças. Rio de Janeiro, 2010., p. 83. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO. “A despeito da redação do texto da Convenção, a Autoridade Central Administrativa Federal reputa que o prazo de ano e dia só deve começar a correr após a localização da criança no território brasileiro, em razão das dimensões continentais do país”.

⁶² “Artigo 227, CF - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁶³ Artigo 3º da Lei 8.069/90: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

criança tenha se adaptado ao território no qual foi transferida pelo seu genitor. Dependendo da idade⁶⁴, uma criança pode perfeitamente se adaptar ao seu domicílio original novamente, pelo fato de já ter convivido lá por um período considerável.

No mais, não estando o país de origem em guerra civil ou em estado de emergência, nem tendo o menor sofrido algum tipo de ameaça por parte do outro genitor, considera-se que o retorno não prejudicaria seu desenvolvimento pleno.

Por outro lado, seria desaconselhável a restituição do menor ao domicílio de origem quando *“for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio”*⁶⁵. A adaptação é provada por acompanhamento psicológico, tanto em relação ao atingimento do grau de maturidade do menor, como também sua adaptação ao novo meio, verificado o não sofrimento de consequências que possam desestabilizar seu desenvolvimento físico ou psicológico.

Tendo em vista a preservação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, bem como a cooperação jurídica internacional⁶⁶ presente nos Estados contratantes da Convenção, os magistrados devem,

*“examinar com muita cautela esse ponto, já que estamos falando não só de um ser humano – e não de uma coisa – porém, mais uma vez, de um ser humano em formação, merecedor de especial proteção, não somente sob a égide do direito pátrio, mas também à luz das normas de direito internacional”*⁶⁷.

⁶⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 130 “A aferição da maturidade da criança dependerá, em cada caso, do entendimento da autoridade judicial”.

⁶⁵ Artigo 12 do Decreto 3.413 de 2000.

⁶⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 162: “(...) a boa vontade e a colocação dos interesses da criança acima de tudo podem levar a uma eficiente cooperação entre as autoridades de dois Estados, chegando um Estado a renunciar à sua competência e a concordar em que as autoridades de outro Estado alterem decisão tomada pelas autoridades do primeiro Estado”.

⁶⁷ FILHO, Theophilo Antonio Miguel. *Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças*. Rio de Janeiro, 2010. p. 60. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO.

Nesse caso, visando à colocação dos interesses da criança acima de tudo, este merece ser visto e tratado como sujeito de Direito *“merecedor, inclusive, de especial tutela do Estado, reconhecida como essencial e necessária tanto na ordem jurídica internacional, como no plano do Direito interno⁶⁸”*.

⁶⁸ FILHO, Theophilo Antonio Miguel. Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Rio de Janeiro, 2010. p. 60-61. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO.

3. Parte II – Aplicação: Análise de Casos Concretos

3.1. Breve Introdução

Nesta segunda parte do trabalho, analisaremos dois casos concretos dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões, sendo o primeiro originário da 21ª Vara Federal do Distrito Federal e o último originário da 5ª Vara Federal de São João de Meriti, RJ, acerca da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Menores, com ênfase no Princípio do Melhor Interesse do Menor.

A sistemática utilizada, para tanto, será baseada primeiramente no relato dos fatos e, após sua descrição, teceremos alguns comentários sobre as decisões proferidas pelos Tribunais.

Importante observar que a escolha dos acórdãos foi baseada na semelhança dos assuntos tratados e para dar concretude para o item “c” da Primeira parte do trabalho (Questão temporal X Interesse do Menor).

Portanto, passamos à análise dos dois casos concretos, sendo o primeiro com publicação em 29.07.2011 e o segundo em 17.05.2011.

3.2 AC - APELAÇÃO CÍVEL 200734000441410 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁶⁹

No primeiro caso a ser analisado, já julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tratava-se de um casamento entre uma brasileira com um australiano, de cujo matrimônio advieram dois filhos, um nascido em 26 de fevereiro de 2002 e outro em 21 de junho de 2004.

O divórcio do casal ocorreu anos mais tarde, tendo a mãe permanecido com a guarda dos menores⁷⁰ e o pai com o direito de visitas,

⁶⁹ Órgão julgador: 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Rel: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian; Publicação do acórdão em 29.07.2011.

Ementa: CIVIL E INTERNACIONAL. CONVEÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. MÃE BRASILEIRA. PAI AUSTRALIANO. DIVÓRCIO COM HOMOLOGAÇÃO PELA JUSTIÇA AUSTRALIANA CONCEDENDO GUARDA DOS MENORES À MÃE. VIAGEM AO BRASIL. FIXAÇÃO DE MORADIA NO BRASIL. DESCARACTERIZAÇÃO DE SEQUESTRO POR ENGLOBAR A GUARDA O DIREITO DE FIXAR RESIDÊNCIA. RESPONSABILIDADE PARENTAL.

I - Consoante art. 1º, a Convenção de Haia, de 1980, objetiva: 'a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante'. II - A Convenção define, em seu art. 3º, como transferência ou retenção ilícita de criança: 'a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não estivessem ocorrido'. III - Sendo a mãe titular exclusivo do direito de guarda, ao fixar residência no Brasil, junto com os filhos, após viagem de férias, não viola direito de guarda do pai, por não outorgado a este tal direito, mormente por se tratar de guarda atribuída à mãe, por decisão judicial do país da anterior residência das crianças, Corte Australiana. IV - Responsabilidade parental em relação à prole definida na legislação do país de origem (Austrália) como sendo a atribuição de diversas responsabilidades a cada um dos cônjuges, que é irrelevante na hipótese, por não reservada expressamente tal atribuição na decisão judicial. V - À luz do art. 12 da Convenção, desaconselhável a restituição 'quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio'. VI - Diante da comprovação de dois estudos psicológicos, do colendo TJ/DF e Vara da Infância e Juventude do DF, de que os menores estão adaptados no meio em que vivem, não correndo nenhum risco físico ou psicológico. VII - Impossibilidade, em tese, da mãe, guardiã retornar à Austrália, em face da violência sofrida, inclusive tendo sido emitida "mandado de proteção" a favor da esposa, contra o cônjuge, pai das crianças, fixando-se inclusive vedação para que o cônjuge chegue a menos de 100 (cem) metros da ré. VIII - Retorno das crianças, se ordenada, poderá até tirar a eficácia da decisão judicial da Justiça Australiana, que concede a guarda exclusiva à mãe. IX - Sentença pela improcedência da ação mantida. Apelação da União e Remessa Oficial não providas. (AC 200734000441410, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:29/07/2011 PAGINA:171.)

⁷⁰ Órgão julgador: 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Rel: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian; Publicação do acórdão em 29.07.2011.

conforme acordado pelas partes, tendo eles registrado o acordo na Vara de Família de Brisbane, na Austrália.

Logo em seguida, em fevereiro de 2007, com a obtenção de autorização de seu ex-cônjuge, a mãe dos menores realizou uma viagem de férias de seis semanas com os filhos ao Brasil. Porém, após findo o prazo, decidiu fixar residência neste país. Sendo a mãe titular exclusivo do direito de guarda⁷¹, ao fixar residência, não violaria, de maneira alguma, os direitos do pai, o qual tem direito à visita⁷².

O pai acionou a Autoridade Central, relatando fato de sequestro de menores, o que foi descaracterizado, pois o direito de guarda homologado anteriormente à viagem ao Brasil engloba o direito da mãe de fixar residência em qualquer outro lugar.

Mais um ponto relevante que foi analisado, está na comprovação de dois estudos psicológicos, do colendo TJ/DFT e da Vara da Infância e Juventude do Distrito Federal⁷³, de que os menores estariam

Fl. 11: *“Considerando que a guarda das crianças foi concedida à mãe pela MM. Justiça da Austrália, conforme fls. 77/78 e fls. 671 e segs., pelo que inexistente qualquer outorga de responsabilidade parental ao pai, no que diz respeito à fixação da residência, já que consoante Seção 61C, da lei alienígena de 1975, fl. 62, na sua seção 61B define que a responsabilidade parental significa todas as obrigações, quando na hipótese vertente o cônjuge varão só ficou com o direito de visitas e o ônus da pensão”.*

⁷¹ Órgão julgador: 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Rel: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian; Publicação do acórdão em 29.07.2011.

Fl. 7: *“Por maior que seja o inacreditável e inaceitável desejo da Advocacia Geral da União de promover o regresso das crianças à Austrália, o artigo 5º da Convenção da Haia não respalda a pretensa tese da responsabilidade parental na escolha da residência habitual dos filhos.*

Ao contrário, o dispositivo assegura o direito da mãe guardiã de escolher a residência dos filhos, conforme expressa: ‘art. 5º - o direito de guarda compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência.’

⁷² FILHO, Theophilo Antonio Miguel. Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Rio de Janeiro, 2010. P. 64 Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO.

“A Convenção define os “direitos de guarda” como “direitos relacionados ao cuidado da criança e, em particular, à determinação de seu domicílio”. A Convenção reconhece os direitos de visita, mas só confere o direito a que a criança retorne ao país domiciliar quando qualquer dos pais possui o direito de guarda”.

⁷³ Órgão julgador: 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Rel: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian; Publicação do acórdão em 29.07.2011.

Fl. 9 *Pode-se observar que: “(...) As conclusões dos laudos periciais não deixam margem para dúvidas, pois ‘W.G e J.G têm suas necessidades básicas, de carinho e proteção atendidas na sua*

adaptados ao seu novo meio, como disposto no artigo 12 da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças⁷⁴.

Ressalta-se também que a mãe não pode retornar à Austrália, pois sofreu violência doméstica por parte de seu ex-marido, emitindo-se um “mandado de proteção”, fixando-se inclusive uma vedação de aproximação do ex-conjuge a menos de 100 metros da ex-esposa⁷⁵.

Primordial observar que, em 10 de dezembro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça homologou a sentença australiana de divórcio entre os genitores, para que esta produzisse todos os efeitos legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o pai dos menores “*não exercia, com regularidade, o seu direito de visitas*”⁷⁶ e não pagava a pensão alimentícia devida aos filhos desde 2006, sendo que em meados de outubro de 2010, o valor ultrapassou A\$ 81.000 (oitenta e um mil dólares australianos), de acordo com as

organização familiar atual, em que residem na companhia materna, mostram-se integrados à atual realidade em que se encontram inseridos, o que sugere que qualquer sinal de alteração da sua atual rotina de vida deverá ser experimentado com insegurança pelos infantes’.

Aliás, a questão da insegurança e os problemas psíquicos que poderão advir com eventual retorno das crianças foram detectados no parecer técnico quando, às fls. 629 se afirmou:

‘W.G, passou a desobedecer ordens, a criar atrito com os demais colegas e a demonstrar sinais de ansiedade e angústia. Uma das professoras que acolheu o infante numa ocasião em que este teria saído correndo da sala e se trancado no banheiro aos prantos, relatou que W.G expressou seu receio em relação ao processo judicial, cuja decisão final poderia determinar que ele e sua irmã retornassem para a Austrália’.

⁷⁴ Artigo 12 do Decreto 3413/2000: (...) “A autoridade judicial ou administrativa, 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”.

⁷⁵ Órgão julgador: 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Rel: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian; Publicação do acórdão em 29.07.2011.

Fl. 6: “*Quanto às dificuldades vivenciadas pela Apelada naquele momento, ficou demonstrado na ação sob referência:*

i) o caráter violento do Sr. XY, a ponto de ser expedida pela justiça australiana, uma ‘Ordem de Proteção’ determinando que o Sr. XY não poderia se aproximar a menos de 100 metros da sra. XX; que também não poderia portar armas, sendo suspenso o seu porte de armas. Ao decidir pela Ordem de Proteção, o Tribunal de Primeira Instância do Estado de Queensland, fundamentou a medida afirmando ‘o Tribunal está convencido de que o réu cometeu ato de violência doméstica contra a parte lesada e que é provável que o réu cometa outro ato de violência doméstica, ou que cumpra uma ameaça de cometer um ato de violência doméstica; (...)’.

⁷⁶ Fl. 6. Órgão julgador: 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Rel: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian; Publicação do acórdão em 29.07.2011.

informações oficiais do órgão australiano responsável pelo recolhimento de pensões alimentícias.

Logo, somente com a permanência dos menores com a genitora é que estaria garantido o Princípio do melhor interesse aos menores, pois estes, além de estarem adaptados ao Brasil, não correriam riscos físicos ou danos psicológicos⁷⁷, assegurando assim, a interpretação restritiva das exceções previstas nos artigos 13 e 20 da Convenção de Haia⁷⁸.

Um dos objetivos primordiais da Convenção é o retorno imediato dos menores, mas caso isso fosse realizado, tiraria a eficácia da decisão judicial da Justiça Australiana, que concede a guarda exclusiva à mãe, pois a Convenção não tem como fim definir a guarda da criança, pois isso poderia ser interpretado como uma retirada de poder da jurisdição australiana, pois a decisão de guarda do menor deve ser do Estado do qual a criança foi retirada⁷⁹.

⁷⁷ FILHO, Theophilo Antonio Miguel. Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Rio de Janeiro, 2010. P. 125 Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO.

Outro caso que vale ser citado, pela proximidade das decisões, é o julgamento do agravo de instrumento nº 2004.02.01.009861-7, onde é relatado o casamento de uma brasileira com um israelense. Durante o período de prestação de serviço militar do pai, a mãe veio ao Brasil trazendo a filha do casal, sem o prévio consentimento de seu cônjuge. O Juízo de origem entendeu que não havia ilicitude na transferência da criança pela mãe, pois não havia definição de guarda da criança após a separação do casal: “Destacou, ainda, a proteção ao melhor interesse da criança como fundamento para o indeferimento da medida de urgência, mediante o risco de consequências traumáticas para a menor, em especial pela remota probabilidade de ser a menina acompanhada pela mãe em seu retorno a Israel. Registrou a existência de decisão da Justiça Brasileira conferindo à mãe a guarda provisória da criança – de toda a sorte, já adaptada ao local de residência atual, residindo também com a avó materna e estudando em escola israelita”.

⁷⁸ Citando o relatório elaborado por ELISA PÉREZ-VERA (*Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, [in <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128.pdf>](http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128.pdf)), aquela Corte destacou que as exceções à regra da devolução da criança (previstas nos artigos 13 e 20 da Convenção) deveriam ser interpretadas restritivamente, sob pena de conversão do texto legal em letra morta, já que, segundo a citada autora, a Convenção estaria assentada na rejeição unânime do fenômeno de remoções ilegais de crianças e na convicção de que a melhor maneira de combatê-las, em nível internacional, seria negar-lhes reconhecimento legal”.

⁷⁹ Órgão julgador: 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Rel: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian; Publicação do acórdão em 29.07.2011.

Fl. 7: A mãe dos menores “*detém a guarda de seus filhos sem restrições ou condições, nos termos do acordo de divórcio*”.

Nestes termos, conforme o entendimento de Eliza Pérez-Vera⁸⁰ observa-se que:

“(...) o equilíbrio consagrado pela Convenção é muito frágil. Por um lado, é nítido, à luz do seu artigo 19, que a Convenção não está essencialmente preocupada com a questão meritória atinente ao direito de guarda, mas por outro lado, resta claro que a caracterização da transferência ou retenção ilícita de uma criança é condicionada pela existência de um direito de guarda que fundamenta a situação modificada pelas ações que pretende prevenir”.

No caso em análise, não estamos diante de uma transferência ilícita pelo fato de existir um acordo firmado e registrado entre as partes na Austrália, concedendo o direito de guarda⁸¹ à mãe.

Como bem menciona a parte final do artigo 3º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças “o direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado”.

⁸⁰ FILHO, Theophilo Antonio Miguel. Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Rio de Janeiro, 2010. P. 47 Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO. Apud. PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, página 428. Disponível em: <<http://hcch.e-vision.nl/uplod/expl28.pdf>>.

⁸¹ Órgão julgador: 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Rel: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian; Publicação do acórdão em 29.07.2011.

Como observado no artigo 5º da Convenção de 1980, quem detém a guarda é que deve decidir o local de residência dos menores.

Fl. 7: “Nesse contexto, a própria Autoridade Central Brasileira entende (fls. 114), segundo comunicou à Autoridade Central da Austrália, que:

[...]

b) contudo, a Convenção da Haia menciona guarda e custódia e não responsabilidade parental’.

c) – foi feita a leitura dos extratos da lei australiana (pela autoridade brasileira) mas é solicitado que a Autoridade Central da Austrália indique se existe alguma norma expressa na legislação daquele país que determine que a pessoa que tem a custódia legal não poderá modificar o local de residência das crianças’.

A Autoridade Central Australiana jamais indicou a existência dessa legislação, da mesma forma como a Advocacia Geral da União não apresentou, no presente processo, nenhuma norma específica que respaldasse a opinião da Apelante sobre o assunto. Tanto que a apelante foi obrigada, então, a firmar o seu posicionamento através, apenas, da sua interpretação e imaginação, chegando mesmo a criar uma nova figura, qual seja a de que a convenção da Haia contemplaria um suposto ‘direito de guarda ampliado’ onde seria possível acomodar o alegado direito do genitor não guardião de decidir sobre o local de residência dos infantes”.

Assim, a decisão em favor da mãe dos menores, foi para resguardá-los dos danos físicos e psicológicos que poderiam vir a sofrer, garantindo o Princípio do melhor interesse⁸², até que o pai dos menores possa cooperar de maneira a proporcionar a eles uma vida digna e harmoniosa no seio da família, como se pode observar na brilhante decisão do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian:

“14. É preciso deixar claro que a apelada decidiu permanecer no Brasil para proteger os interesses dos menores, que, desamparados pelo pai ausente e que não honrava com seus compromissos alimentares, passaram a viver uma situação de penúria no segundo semestre de 2006.

Além do mais, a permanência das crianças em território brasileiro não poderá ser qualificada como ilícita nos termos do art. 3º da convenção da Haia pois, de acordo com o que expressa esse dispositivo, a retenção será ilícita quando houver a violação do direito de guarda, o que não ocorreu, in casu”.

Acrescenta ainda em seu voto, o parecer Ministerial do Exmº Sr. Procurador Regional da República, Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Ora, tendo a sentença estrangeira estabelecido que a guarda dos filhos cabe unicamente à mãe, é evidente que o domicílio dos filhos será o da mãe, sendo mesmo absurdo exigir que a ré retorne a Austrália para manter a guarda de seus filhos, pois tal medida significaria condenar a ré, cidadã brasileira, a uma espécie de pena de desterro ou banimento⁸³”.

Para que haja o pleno desenvolvimento dos menores, estes devem *“crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”*, devendo ser educados *“de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações*

⁸² Pelo artigo 9.1 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto 99710, de 22.11.1990, podemos observar que: “Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança”.

⁸³ Órgão julgador: 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Rel: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian; Publicação do acórdão em 29.07.2011.

*Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade*⁸⁴”.

Em relação à análise restritiva do artigo 12 da Convenção de Haia que deve ser feita pelos Tribunais, “*é necessária a comprovação do tempo decorrido e das condições de adaptação do menor à sua nova vida (familiar, social, educacional etc)*”⁸⁵”.

Constatou-se que os menores estariam adaptados ao seu novo meio, convivendo com a mãe no Brasil. Reiterando o já dito antes, dois laudos psicológicos confirmaram que os menores não corriam risco de danos físicos ou psicológicos em seu novo domicílio⁸⁶, decidindo-se assim, pelo não provimento da apelação da União Federal, ou seja, pelo não retorno dos menores à Austrália.

⁸⁴ Preâmbulo da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto 99710, de 22.11.1990.

⁸⁵ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 529.

⁸⁶ Um caso que pode ser citado é o de uma menor de nacionalidade argentina que foi transferida ilicitamente para o Brasil. Pela interpretação do Juiz, com a comprovação da integração da menor ao seu novo meio, feito por estudo psicológico, esta deve permanecer no país em que foi retida ilicitamente, pois seu retorno estaria ferindo o Princípio do Melhor interesse da criança.

3.3 AC - APELAÇÃO CÍVEL 497870 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁸⁷

Em ação de busca, apreensão e restituição de menor, proposta pela UNIÃO em face de FABIANA ALVES DE ALMEIDA e processada originariamente perante o Juízo da 5ª Vara Federal de São João de Meriti, a 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em acórdão datado de 17.05.2011, relatado pelo Desembargador Federal Reis Friede, confirmou a sentença que julgou procedente o pedido da União Federal, por entender presentes os fundamentos para a devolução da criança, nos termos do artigo 12 da Convenção da Haia de 1980.

Na demanda originária da 5ª Vara Federal de São João de Meriti, relatou-se que a menor MAIRA NICOLE CANDIA ALVES DE ALMEIDA, nascida no Paraguai em 25 de setembro de 2001, foi transferida ilicitamente ao Brasil em novembro de 2005, por sua mãe, sem a devida autorização do pai para tal, porém apenas para passar um período de 15 dias, pois a mãe da Ré estava com doença grave.

Cinco meses após a vinda da menor para o Brasil, FABIANA ALVES DE ALMEIDA comunicou ao seu cônjuge que não retornaria mais para o Paraguai, pelo fato de estar sendo ameaçada por este, como também comunicando a plena adaptação da criança ao novo domicílio, estabelecendo residência na casa de sua mãe (avó materna da menor).

Como verificado na primeira parte do artigo 12 da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças⁸⁸, se entre a transferência ilícita e o início do procedimento para a restituição do menor tiver ocorrido menos de um ano, o retorno daquele deverá ser imediato. O

⁸⁷ Órgão Julgador: 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Rel: Desembargador Federal Reis Friede; Publicação do acórdão em 17.05.2011.

Ementa: CONVENÇÃO DE HAIA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

⁸⁸ Decreto 3413/2000.

objetivo da norma é garantir maior celeridade ao processo de repatriamento da criança ilegalmente transferida de seu país de origem, zelando ao máximo para evitar que o retorno somente ocorra após a adaptação da criança ao seu novo meio social.

No caso em análise, a transferência ilícita ocorreu em novembro de 2005, e o procedimento perante a Autoridade Central Brasileira teve início em agosto de 2006, logo, estaria configurado o lapso temporal de menos de um ano, podendo assim a criança ser repatriada sem maiores discussões.

Como bem exposto no acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mesmo que a demanda tenha sido ajuizada apenas em 2008, não estaria afastada a aplicação da primeira parte do artigo 12, vejamos:

(...) “quando um país remete a outro o pedido de cooperação, cabe ao Poder Executivo, inicialmente, processar administrativamente tal pedido, elaborando uma análise administrativa de sua admissibilidade. Posteriormente, o pedido é remetido à Advocacia Geral da União, que realiza nova análise de admissibilidade quanto ao cumprimento de seus requisitos jurídicos e, apenas após tal etapa, presentes todos os requisitos, que o pedido é apresentado ao Judiciário. Trata-se, dessa maneira, de procedimento de natureza complexa, porquanto dependente da participação de mais de um dos Poderes da República⁸⁹”.

Ademais, um dos motivos que causaram tal atraso no ajuizamento da demanda em análise, foi a demora na localização da menor e da Ré que a transferiu ilicitamente, ainda mais em um país com as dimensões continentais do Brasil.

No mais, não foram aplicadas as exceções previstas no artigo 13 da Convenção e suas alíneas. A alínea “a” não foi aplicada pelo fato de que a guarda da menor na época era exercida por ambos os genitores, assim

⁸⁹ Órgão Julgador: 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Rel: Desembargador Federal Reis Friede; Publicação do acórdão em 17.05.2011.

como não havia autorização nem consentimento na transferência ou retenção.

Já a alínea “b”, por não ter um entendimento uniforme dos Tribunais⁹⁰, essa exceção deveria ser analisada restritivamente, pois ela está apta a impedir o retorno do menor no caso de existir um risco grave da criança ser exposta a perigos de ordem física ou psíquica, assim como no caso da menor ter atingido “*idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto*”⁹¹.

Os laudos elaborados pela Assistente Social e Psicóloga indicam que a criança estaria adaptada ao seu novo meio social, convivendo harmoniosamente com sua mãe e sua avó materna, bem como frequentando escola primária no Brasil.

Mesmo com os argumentos acima, considerando a pouca idade da criança, nascida em 25 de setembro de 2001, não deveria ser

⁹⁰ Nesse julgado do Tribunal Federal da 1ª Região, levou-se em conta a adaptação do menor ao seu novo meio social. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. FILHA DE PAI ÍTALO-BRASILEIRO E DE MÃE BRASILEIRA, NASCIDA EM MASSACHUSETTS, NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, LOCAL ONDE HABITUALMENTE RESIDIA. INTEGRAÇÃO PLENA DA MENOR AO NOVO AMBIENTE FAMILIAR E SOCIAL. 1. Embora tenha a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, como objetivo assegurar o retorno imediato de menores ilicitamente transferidos para qualquer Estado contratante ou nele retidos indevidamente, fazendo respeitar de maneira efetiva os direitos de guarda e de visita existentes em um Estado contratante, possui, na linha de entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça, viés do interesse prevalente do menor, pois concebida para proteger os menores de condutas ilícitas contra eles perpetradas. 2. Demonstrando a prova produzida nos autos, em especial laudo de avaliação psicossocial, que a criança se encontra em situação estável no Brasil, onde já estabeleceu vínculos afetivos familiares e sociais importantes para seu desenvolvimento, e que uma ruptura abrupta deste processo, com separação da mãe e da irmã com quem atualmente reside, lhe seria extremamente prejudicial em todos os sentidos, não há de ser determinado seu retorno para os Estados Unidos da América, País em que habitualmente residia. 3. Aplicação, ao caso, da ressalva disposta nos artigos 12 e 13 do referido tratado internacional, segundo a qual não se dará ordem de restituição do menor se ficar comprovado que se encontra plenamente integrado a seu novo meio, podendo o retorno sujeitá-lo a perigos de ordem física ou psicológica. 4. Recurso de apelação e remessa oficial não providos. (AC 200543000029404, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:16/05/2011 PAGINA:064.)

⁹¹ Artigo 13 da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

levada em conta a sua vontade de permanecer no Brasil, sendo certo “*que a convivência com a linhagem materna auxiliou a versão dos fatos*”⁹².

No caso, o Laudo Psicológico entende que a menor não estaria apta a decidir sobre o que realmente deseja, seja por lhe faltar maturidade suficiente para decidir sobre o seu bem estar ou pelo fato de já estar submetida a processo de “alienação parental” por parte da família brasileira⁹³.

Destaca-se também que não havia nenhum indício de violência por parte do pai, bem como foi arquivado o registro de ocorrência remetido à Polícia Paraguaia, por falta de provas.

Após essa breve exposição, verificaram-se presentes os requisitos para que o menor pudesse retornar ao seu domicílio de origem. Observa-se que a exceção do artigo 13 deve ser analisada minuciosamente para que o argumento da adaptação da criança ao novo meio social não mascare a ilegalidade da sua transferência.

Levando em consideração o artigo 16 da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças⁹⁴, como não há decisão em relação a guarda da menor, esta deve ser discutida no foro competente do local de seu domicílio original, no Paraguai. Logo, no caso em análise, a Ré não foi “punida” por ter transferido sua filha ilicitamente, mas terá a oportunidade de discutir sua guarda no Judiciário do Paraguai, onde poderá obter direito de visitação ou mesmo a guarda de sua filha.

⁹² Órgão Julgador: 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Rel: Desembargador Federal Reis Friede; Publicação do acórdão em 17.05.2011. Fl. 247

⁹³ Órgão Julgador: 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Rel: Desembargador Federal Reis Friede; Publicação do acórdão em 17.05.2011.

Pode-se observar pelo trecho do Laudo Psicológico que: “(...)O discurso de Maira, comprometido por uma série de contingências, nos impede de responder com clareza em que momento ele se apresenta contaminado. Não resta dúvidas que a convivência com a linhagem materna auxiliou a versão dos fatos, o que não nos impede de reduzir a esta influência o teor do conteúdo apresentado.” (fl. 267)

⁹⁴ Decreto 3.413/2000.

O voto do Relator Reis Friede não reconheceu o Agravo Retido da Ré e deu provimento à Apelação da União Federal para julgar procedente a questão do retorno da menor ao seu domicílio de origem, encaminhando-a a Autoridade Central brasileira, nos termos da Convenção de Haia de 1980⁹⁵.

Também, podemos citar o voto do Relator Revisor, que conheceu e deu provimento à apelação da União Federal para julgar procedente o pedido da parte autora e determinar o repatriamento da menor ao Paraguai.

Em seu voto, destacam-se as seguintes questões: a) o pedido de repatriamento feito pelo pai da menor, Sr. Higino Candia Yubero, estando dentro do período que a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças estabelece⁹⁶; b) o indeferimento do regresso ao domicílio de origem é uma exceção, tendo em vista que houve a transferência ilícita da menor, sem a anuência do pai; c) a menor tem pouca idade, viveu 5 (cinco) anos no Paraguai, 4 (quatro) anos no Brasil, logo, estaria em condições de se adaptar ao domicílio de origem; d) o pai da menor não representa perigo ao seu desenvolvimento e; e) o Paraguai é um país pacífico, democrático e com judiciário independente, além de prover a menor o mesmo padrão de vida que tinha no Brasil, durante o período que estabeleceu residência com a mãe.

⁹⁵ Artigo 8º do Decreto 3.413/2000: “Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança”.

⁹⁶ Artigo 12 do Decreto 3.413/2000: “Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

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

Como explícito no primeiro voto, após laudo Psicológico, pode-se verificar que a menor não tem maturidade suficiente para analisar a situação sem levar em conta a influência maternal, logo, a sua manifestação de vontade em permanecer no Brasil foi analisada restritivamente, nos termos do artigo 13, 2ª parte da alínea “b” da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

Além disso, não há qualquer objeção para que mãe e filha possam retornar juntas ao Paraguai, pois não há nenhum indício de prova concreto de violência contra nenhuma das duas. Como bem menciona Jacob Dolinger:

“Nestas hipóteses fazer retornar a criança, exige, via de regra, que a mãe também retorne e isto pode acarretar sérias dificuldades quando ela não quer, ou não tem condições de regressar, resultando, em última análise, em questionamento sobre a recomendabilidade de determinar a volta da criança sozinha ao país de origem⁹⁷”.

Para que o Princípio do melhor interesse do menor seja observado, seria ideal a volta da menor com a mãe, para que aquela não sofra traumas que possam influenciar seu posterior desenvolvimento.

Por fim, a discussão sobre posse e guarda da menor, deve ser determinada pelo Poder Judiciário do domicílio de origem da menor, no Paraguai, podendo a mãe discutir lá sua pretensão de permanecer com a guarda da filha ou obter o direito de visita.

⁹⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 260.

3.4 Comentários aos Casos

Como visto no presente trabalho, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores é um meio eficaz para que o menor que foi transferido ilícitamente tenha um tratamento visando o seu melhor interesse. Primeiramente, observando-se a interpretação restritiva do artigo 13 da Convenção mencionada, para que possa ser configurada sua volta ao domicílio de origem, ou decidindo-se pela improcedência de sua volta, pelo fato de estar provada a sua adaptação ao novo meio, não correndo este o risco de obter traumas físicos ou psicológicos em seu desenvolvimento.

Os dois casos versam sobre a mesma questão: o Princípio do Melhor interesse da criança e a ausência de uniformização dos Tribunais na questão da interpretação restritiva dos artigos 12, 13 e 20 da Convenção de Haia em análise.

Ocorre que, no primeiro caso, a integração do menor ao novo meio, bem como a ausência do pai em seu desenvolvimento é o argumento para que este não retorne ao seu domicílio original, sendo assim observado o Princípio do melhor interesse. Já no segundo caso, a integração ao novo meio é mitigada pelo objetivo maior da Convenção, que é o retorno da criança ao seu domicílio original.

Passamos, então, as peculiaridades de cada caso para que possamos compreender as decisões diferenciadas para uma questão tão semelhante.

O primeiro caso relata um divórcio de uma brasileira com um australiano, tendo sido registrada a atribuição de guarda dos menores a mãe e o direito de visitas ao pai na Vara de Família de Brisbane, na Austrália. Após, a mãe dos menores realizou uma viagem de férias ao Brasil, fixando

residência com os menores depois de decorrido o período de férias previamente acordado entre as partes.

A 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu que, apesar do pai da menor ter acionado a Autoridade Central para relatar fato de sequestro de menores, ocorreu sua descaracterização, pois o direito de guarda homologado anteriormente à viagem ao Brasil englobaria o direito da mãe de fixar residência em qualquer outro lugar, nos termos do artigo 5º, alínea “a” da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

Como bem menciona Nadia de Araújo,

“Considerando que os princípios acima podem estar em colisão, em face dos interesses divergentes que protegem, a sua utilização pelo Poder Judiciário demanda cuidado e análise de todos os elementos envolvidos no processo. Há, de pronto uma contradição: a Convenção estabelece um sistema que exige o retorno imediato da criança, mas o juiz precisa apreciar toda a prova para determinar se a saída foi ilícita nos termos do artigo 3º e se estão presentes as exceções que impedem a volta da criança (artigos 12, 13 e 20, além de outras circunstâncias do artigo 17)⁹⁸.”

Logo, além de ter uma decisão da justiça australiana concedendo a guarda dos menores a mãe, tem-se como maior alicerce para a decisão quanto a permanência dos menores no Brasil, o artigo 12 da Convenção de Haia, em que se preza como melhor interesse da criança a prova de sua adaptação ao novo meio, sem esquecer o artigo 13 da mesma, pelo fato de haver *“um risco grave da criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável⁹⁹”*.

⁹⁸ ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 559.

⁹⁹ Artigo 13, alínea “b” do Decreto 3.413/2000.

Semelhante ao primeiro caso, o segundo trata-se de uma transferência ilícita de uma menor nascida no Paraguai para o Brasil. A mãe viajou com sua filha ao Brasil, com o argumento de querer estar do lado da avó da menor por um determinado período de tempo, pois esta estava com uma doença grave.

Após certo período de tempo, sem ter notícias de retorno de sua esposa e de sua filha, o pai da menor acionou as Autoridades Centrais do Brasil para que estes pudessem localizar sua filha e para que fossem tomadas as devidas providências para seu retorno imediato.

O entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região foi diferente do entendimento no primeiro caso analisado. Tendo em vista a observação restritiva do artigo 13 da Convenção de Haia e suas alíneas, entendeu-se pelo repatriamento da menor ao seu domicílio de origem.

Após análise de laudos Psicológicos, observou-se que a menor ainda não tinha o discernimento para que pudesse avaliar o lugar ideal para seu desenvolvimento.

Além disso, o pai da menor nunca apresentou perigo a esta, nunca tratou mal a esposa e a filha e prezava por um lar para que a menor pudesse crescer e se desenvolver no seio da família, diferentemente do que foi relatado no primeiro caso analisado

Jacob Dolinger, em sua minuciosa análise da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Crianças¹⁰⁰, menciona o artigo 13:

“O dispositivo em causa fala em “grave risco” de que a criança fique exposta a “dano físico ou psicológico” se devolvida à jurisdição de sua residência habitual anterior, o que deve ser entendido como uma medida de caráter humanitário, visando a evitar que a criança seja enviada a

¹⁰⁰ Decreto 3.413/2000.

uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão¹⁰¹”.

A decisão do Tribunal para a repatriação da menor ao Paraguai não viola princípios fundamentais, previstos no artigo 20 da Convenção de Haia¹⁰². A proteção aos direitos humanos e as liberdades fundamentais está assegurada, tendo em vista que é dever do Estado, bem como o da sociedade “assegurar uma série de direitos à criança e ao adolescente”. Logo, não significa que uma devolução de menor retirado ilegalmente de um país seria inconstitucional, por contrariar os interesses da criança em virtude de sua adaptação em nosso território¹⁰³”.

¹⁰¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 257

¹⁰² Artigo 20 do Decreto 3.413/2000: “O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

¹⁰³ Órgão Julgador: 7ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Rel: Desembargador Federal Reis Friede; Publicação do acórdão em 17.05.2011.

4. Conclusão

O objetivo maior da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Menores é o retorno imediato da criança ilicitamente transferida ao seu domicílio de origem, sem discutir a questão da guarda do menor, mas tão somente objetivando na localização da criança; avaliando o que pode ser seu melhor interesse e após, restituindo-a ao domicílio de origem. Para que o genitor que reteve o menor ilicitamente não tente se refugiar, dificultando os trabalhos dos órgãos responsáveis em sua localização, a Convenção supramencionada somente abrange os aspectos civis do “sequestro”.

A idéia maior da Convenção é que o menor possa conviver com ambos os genitores, para que estes possam proporcionar um convívio pacífico no “seio familiar”.

Para regulamentar o crescimento da mobilidade dos diversos grupos familiares, vieram à tona instrumentos diversos dos tradicionais para a resolução da questão do retorno do menor retido ilicitamente em um país diverso de seu domicílio original.

Instrumentos de cooperação jurídica internacional como o Auxílio Direto, ajudam na rápida e direta troca de informações entre as Autoridades Centrais dos Estados contratantes da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, visando principalmente o regresso da criança em segurança, vez que não basta ser detectada uma situação de risco, mas o máximo de controle da situação com base nessa ampla cooperação que deve ocorrer, mediante todos os meios disponíveis, como também o respeito do direito de guarda que existe em um dos Estados contratantes.

A Constituição de 1988, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente definiu o que seria o Princípio do Melhor Interesse da Criança,

assegurando aos menores seus interesses com absoluta prioridade, garantindo a eles os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Como mencionado anteriormente, o objetivo maior da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Menores é o retorno imediato do menor retido ilicitamente em um país estranho ao seu domicílio original. Porém, para que isso seja efetivado, o judiciário precisa apreciar cuidadosamente todos os elementos presentes na demanda para que haja a garantia do princípio fundamental que é o melhor interesse do menor.

Esses elementos deverão passar por uma análise restritiva, para que a decisão não esteja somente baseada na adaptação do menor ao seu novo meio, mas verificada a questão temporal, a questão da violação de guarda, como também a sujeição do menor a uma situação intolerável, caso este volte ao domicílio de origem.

Com o aumento significativo no caso de transferência ou retenção ilícita de menores no Brasil, o Supremo Tribunal Federal conta com a ajuda de dois juízes federais que atuam diretamente para com a Autoridade Central brasileira nas questões referentes a demora injustificada no procedimento judicial, dando celeridade a esses processos e cumprindo o objetivo da Convenção em análise.

Ao longo do presente trabalho, foram analisados dois casos que merecem especial atenção, pois pela análise cuidadosa dos julgados, entendeu-se que no primeiro caso, a transferência do menor não foi ilícita, nos termos dos artigos 3º e 5º da Convenção. Já no segundo caso, entendeu-se que ocorreu a transferência ilícita da menor, decidindo-se pelo seu repatriamento ao país de origem.

Após a exposição dos casos, parece-me que as duas decisões foram bem fundamentadas e visando o melhor interesse do menor. Apesar de ainda não existir uma uniformização dos Tribunais perante tão delicada questão, ela merece uma análise minuciosa e restritiva, para que o menor

não corra o risco de ser devolvido ao país de origem e acabar sofrendo consequências que poderão atrapalhar seu desenvolvimento.

No primeiro caso, realmente não ocorreu nenhuma ilegalidade, pois a mãe, detentora da guarda dos menores, resolveu estabelecer residência no Brasil, que é o seu direito, conforme podemos observar pelo artigo 5º da Convenção.

Mesmo se tivesse ocorrido violação da guarda por parte da mãe, provavelmente a decisão não seria de acordo com o retorno do menor retido ilicitamente, pois como exposto anteriormente, o pai raramente visitava seus filhos, não pagava pensão, além de ter ameaçado sua esposa.

Já no segundo caso, pode-se perceber que a mãe violou o direito de guarda quando transferiu a menor para o Brasil, pois no caso, a guarda era compartilhada por ambos os genitores.

Por mais que a menor, em análise de laudos psicológicos, tenha demonstrado sua vontade de permanecer no Brasil, conclui-se que sua vontade estava sendo influenciada pelas palavras de sua mãe. Além disso, a menor gostava muito do pai e vivia em harmonia no “seio familiar” no seu país de origem.

Com isso, a decisão foi pela repatriação da menor ao seu domicílio original, sem punir a mãe pelos atos que esta cometeu e dando a ela oportunidade de lutar pela guarda de sua filha no judiciário do domicílio de origem de sua filha.

Parece-me, assim, que o Princípio do Melhor Interesse do menor foi apreciado em ambas as decisões dos Tribunais, demonstrando que a criança tem no ordenamento jurídico brasileiro, bem como no estrangeiro, um papel de suma importância, levando-se em conta seus direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos.

5. Bibliografia

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática Brasileira. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 499.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática Brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 529.

ARAUJO, Nadia; SPITZ, Lidia et alli. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça - Comentários à Res. n. 9 do STJ*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 160 p.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e Prática Brasileira. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 553.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.160

FILHO, Theophilo Antonio Miguel. *Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças*. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito PUC-RIO.

PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, página 435. Disponível em: <<http://hcch.e-vision.nl/uplod/expl28.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2012.

SIFUENTES, Mônica. *Seqüestro Interparental: A experiência Brasileira na Aplicação da Convenção de Haia de 1980*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, nº 25, P. 140. Ano de 2009. Acesso em 10 abr. 2012.

WEBER, Patrícia Núñez. *A Cooperação Jurídica Internacional em Medidas Processuais Penais*. 1ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico Editora, 2011. p. 124.

COMENTÁRIOS à Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>> Acesso em 15 abr. 2012.

CARTILHA CoSIC: Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. 1. Edição. Brasília: AGU/PGU, 2011. <<http://www.agu.gov.br/>> Acesso em 08 abr. 2012

CONVENTION of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

<http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.statusprint&cid=24>

Acesso em 20 mai. 2012

RESOLUÇÃO nº 9 de 4 de maio de 2005 do Superior Tribunal de Justiça.

SITES pesquisados:

<<http://www.sedh.gov.br>> Acesso em 5 mai. 2012.

<http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/aut_cent/seqestro> Acesso em 5 mai. 2012.

<www.justicafederal.jus.br> Acesso em 15 abr. 2012.

<<http://conflictoflaws.net/2009/failure-of-the-hague-abduction-convention-m-j-carrascosas-fate/>> Acesso em 4 abr. 2012.

<<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=301&lng=1&sl=2>> Acesso em 4 abr. 2012.

6. Anexos

I. AC - APELAÇÃO CÍVEL 200734000441410 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 43806-61.2007.4.01.3400/DF
(2007.34.00.044141-0)
Processo na Origem: 438066120074013400

RELATOR(A) : DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN
APELANTE : UNIÃO FEDERAL
PROCURADOR : ANA LUISA FIGUEIREDO DE CARVALHO
APELADO : XX
ADVOGADO : FLÁVIO DE ALMEIDA SALLES JÚNIOR
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 21A VARA - DF

RELATÓRIO

O EXMº SR. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN - RELATOR:

Apela a União, autora, da sentença do MM. Juízo Federal da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que julgou improcedente a ação ajuizada contra **XX**, objetivando a busca e apreensão das crianças **W.G** e **J.G**, filhos da ré e de **XY**, com fulcro nas normas da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de Haia, promulgada pelo Decreto n. 3.413/2000, para recambiá-los à Austrália, onde nasceram e onde reside o pai.

2. Assim resume a demanda, o apelo da União:

“

XY, de nacionalidade australiana, e XX, brasileira, contraíram matrimônio do qual advieram dois filhos, W.G, em 26 de fevereiro de 2002, e J.G, em 21 de junho de 2004, ambos nascidos em território australiano, onde a família possuía residência habitual. O casamento foi dissolvido anos mais tarde, tendo a mãe permanecido com a guarda dos filhos e o pai com o direito de visitas, conforme acordo firmado entre as partes (acostado aos autos como parte integrante do anexo II) e registrado na Vara de Família de Brisbane.

Em fevereiro de 2007, a genitora trouxe as crianças ao Brasil, utilizando-se de autorização concedida pelo pai para passar seis semanas ao ano em férias no país. No entanto, a

Sra. XX reteve os menores em território brasileiro, recusando-se a retornar à Austrália.

Diante dos fatos expostos, o genitor instou a Autoridade Central australiana a iniciar procedimento com a finalidade de se restituir os filhos àquele país. Esse órgão, por sua vez, requereu à co-irmã brasileira que instaurasse procedimento para viabilizar o retorno de W.G e J.G à Austrália.

Uma vez contatada, a Autoridade Central brasileira, adotando procedimento próprio, deu ciência à mãe das crianças do início do procedimento administrativo e ofereceu-lhe oportunidade para apresentar resposta. Na ocasião, a genitora apresentou motivos emocionais para não retornar a Austrália.

Apesar de emotivos, os argumentos utilizados pela parte ré são irrelevantes para a presente demanda e poderiam ter sido utilizados perante a Justiça da Austrália com o intuito de conseguir judicialmente autorização para mudar o lugar de residência habitual das crianças para o Brasil. Mas, ao invés de socorrer-se do Judiciário competente para tanto, ela preferiu evadir-se, tornando infrutífera a tentativa de recorrer a esses mesmos argumentos agora.

Ocorre que, segundo a legislação australiana (versão em português – parte integrante do anexo II), ainda que a mãe de W.G e J.G seja a possuidora da guarda total dos filhos, o Sr. XX detém o que se convencionou chamar de responsabilidade parental. Mesmo que a ele caiba apenas o direito de visitas, o legislador daquele país atribuiu-lhe também, como pai, outros direitos, como o de decidir, juntamente com a mãe, em que lugar seus filhos irão morar.

Assim, a responsabilidade sobre a escolha da residência habitual dos menores, que corresponde especialmente à parte final do art. 5º (a) da Convenção da Haia, cabe aos dois genitores, embasada na legislação australiana.

Dessarte, a responsabilidade parental, segundo o direito australiano, ou o ‘direito de guarda’ em sentido amplo, nos termos do tratado sobre seqüestro internacional de crianças, foram violados. E é por isso que as crianças devem retornar para o lugar de onde foram retiradas, ainda que para voltar a viver com quem tem a guarda stricto sensu, a genitora, que não possui impedimento legal algum para retornar à Austrália.

Estando configurada a aplicabilidade do compromisso internacional expresso pela convenção retromencionada, surgiu para a União o direito-dever de buscar a solução do impasse perante o Poder Judiciário, o que ora se fez pela presente ação.

No entanto, após o regular processamento da ação, o MM. Juiz de primeiro grau, ao sentenciar o feito, afrontou às normas constantes da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças, promulgada pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000, vez que a sentença julgou improcedente os pedidos iniciais, levando em consideração teses que afrontam a Convenção Internacional como readaptação do menor; discussão sobre guarda em

processo de ação de busca e apreensão (...) entre outras, consoante se expõe abaixo.

Data máxima vênua, os fundamentos e as conclusões da mencionada decisão se baseiam em conjunto probatório distorcido, produzido ao arrepio da literalidade da legislação processual e material aplicável ao caso, bem como em interpretações equivocadas do texto convencional, motivos pelos quais a União interpõe o presente recurso.

.....
.....”

3. Afirma, como argumentos para reforma da sentença que:

“.....
.....

Embora a mãe tivesse autorização para retirar os menores da Austrália, e trazê-los para o Brasil, a manutenção das crianças aqui, após findo o prazo de 6 semanas, previsto no acordo celebrado entre os genitores, no momento do divórcio, passou a gerar a situação de retenção ilícita dos menores em território brasileiro.

.....
.....

Entretanto, mesmo que se entenda que a transferência se deu de forma legítima, face à concordância do pai em assinar os documentos necessários para a viagem de férias, de 6 semanas, das crianças, ainda sim cabe o pedido de busca, apreensão e restituição da criança por retenção ilícita nos termos dos arts. 1º e 3º do citado acordo internacional.

.....
.....

O tratado deixa claro que questões relacionadas ao fundo do direito de guarda de crianças transferidas ou retidas ilicitamente em outros países representam matéria de conhecimento exclusivo da jurisdição do Estado em cujo território os menores possuam residência habitual. Não cabe à Justiça brasileira tomar para si o conhecimento de questão que compete à jurisdição de outro Estado.

*A convenção da Haia, em suma, privilegia a jurisdição do País em que a criança tem **residência habitual** como forma de impedir que um dos genitores, quando possua interesse conflitantes com o outro em relação ao poder familiar, exerça autotutela, de modo a ceifar do co-genitor direitos comuns sobre os filhos e impor-lhe as dificuldades que um simples cruzar de fronteiras pode gerar para a reparação da ofensa.*

Estabelecendo dessa forma, esta convenção trouxe ao ordenamento pátrio verdadeira regra de competência de foro específica que prevalece sobre as regras gerais estabelecidas pelo Código de Processo Civil.

Assim, o critério normativo (elemento de conexão) para fixação da competência para decidir sobre o direito de guarda (o que não é objeto da presente demanda) em casos de

transferência ilícita de menores para o território brasileiro é ‘o local de residência habitual da criança’ e não o ‘domicílio do réu’, devendo a questão ser decidida pelo Poder Judiciário da Austrália.

Veja-se que a sentença confundiu os conceitos de guarda, visita e responsabilidade parental, tentando enquadrá-los nos conceitos brasileiros, tal equiparação não se mostra possível, razão pela qual esses institutos devem ser analisados em conformidade com o conteúdo que a lei australiana – lei de residência habitual dos menores – lhes atribui.

Em suma, segundo a legislação de regência – lei australiana, local de residência habitual das crianças – ambos os pais são detentores da responsabilidade parental (que corresponde ao direito de guarda previsto na Convenção da Haia de 1980, quanto à determinação do local de residência dos menores), a menos que exista decisão judicial expressamente subtraindo tal prerrogativa de um dos genitores, o que não ocorreu. A mãe detém a guarda (o direito de estar diretamente com as crianças) dos menores, assim como o pai detém direito de visitas. E ambos compartilham a responsabilidade parental.

...resta definitivamente esclarecido que a mãe não poderia, sem autorização paterna, remover e manter os menores W.G e J.G em território brasileiro, com ânimo de estabelecerem-se, em definitivo, no Brasil.

Portanto, a análise da possível adaptação das crianças ao ambiente pátrio, no caso em tela, não pode ser levada em consideração para impedir o retorno das crianças. O processo ora em análise iniciou-se com menos de 1 (um) ano da transferência ilícita, razão pela qual não se deve aplicar o parágrafo 2º, do artigo 12 (que cuida de processos iniciados após 1 ano da transferência ilícita), e sim o parágrafo 1º que, por sua vez, ao não apresentar a mesma ressalva presente no parágrafo 2º, impede que questões ligadas à eventual adaptação ao novo meio, das crianças, sejam levadas em consideração pelo julgador.

O que é inadmissível é que o Poder Judiciário, descumprindo o prazo previsto na Convenção para o julgamento de tais pedidos (6 semanas), e mais, descumprindo qualquer prazo racionalmente razoável para o julgamento de qualquer feito, agora ampare-se nessa demora par entender pela improcedência do pedido, sob o argumento de que ‘dado o decurso do tempo de permanência dos menores no país, eles

já estariam adaptados e, em conseqüência, descabe seus retornos ao local de residência habitual?

Como explicar essa conclusão ao país estrangeiro que solicitou à República Federativa do Brasil cooperação jurídica internacional para restituição de menores, com fundamento em um documento internacional validamente firmado pelo Brasil?

.....

.....

A alegação de que o casal mantinha na Austrália um 'relacionamento conturbado, com notícias de agressões físicas e verbais', não pode ser cegamente considerada para a adoção de uma decisão, que seguindo essa linha seria, no mínimo, precipitada. (sic)

As alegações de omissão do pai no exercício do seu direito de guarda, falta de assistência financeira, e episódio de violência contra a genitora, tais questões não tem o condão de impedir a aplicação da Convenção da Haia ao presente caso.

As **únicas** hipóteses que autorizam a autoridade judicial a não ordenar o retorno da criança, de acordo com a Convenção, estão previstas em seu artigo 13 e são:

a) quando a pessoa não exercia efetivamente seu direito de guarda a época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado com a transferência ou retenção, ou;

b) quando existe grave risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a perigo de ordem física ou psíquica, ou de qualquer outro modo, ficar em situação intolerável. Também se pode deixar de ordenar o retorno da criança quando esta se opuser a ele e a criança já tiver atingido idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração suas opiniões sobre o assunto.

O artigo ainda inclui que, na apreciação dessas circunstâncias, as autoridades judiciais deverão tomar em consideração apenas as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

.....

.....

Não há qualquer risco de ordem física ou psíquica às crianças, ou de intolerabilidade da situação, quando do seu retorno. A alegação de que o genitor varão teria sido violento com a Requerida, mas nunca com as crianças, não é suficiente para gerar a presunção de que a permanência do pai com seus filhos, enquanto a mãe não se dirigir à Austrália, para querendo, fixar, perante a Corte Australiana, juntamente com o pai dos menores, novo regime de guarda, visitas e responsabilidade parental (esse novo regime poderá, inclusive, contar com a anuência do pai – ou seu consentimento ser suprido, motivadamente, pelo Magistrado australiano), gera risco grave de as crianças ficarem sujeitas a perigos de ordem física ou psíquica ou em situação intolerável.

.....

 A presente demanda, como dito alhures, visa apenas a apuração da ilicitude da transferência e/ou retenção das crianças e a restituição delas ao território do Estado em que possuía residência habitual. Destarte, **discussões sobre o fundo do direito de guarda devem ser excluídas dos presentes autos**, considerando-se inclusive o que dispõem os arts. 16, 17 e 19 da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

Assim, de acordo com a sistemática da Convenção da Haia de 1980, **eventual adaptação dos menores no novo ambiente não é razão hábil a obstar o retorno dos menores ao seu local de residência habitual (Austrália), uma vez que é aplicável ao presente caso o parágrafo 1º do artigo 12, e não o parágrafo 2º, conforme já demonstrado.**

Como demonstrado acima sendo incontroverso o fato de que, quando do início da ilicitude, o direito convencional de guarda (decisão sobre seu local de residência) dos menores era compartilhado por ambos os genitores, a ausência de consentimento, do genitor varão, quanto à transferência do domicílio das crianças para o Brasil corrobora a circunstância ilícita do caso em análise, que deve ser combatida com a restituição das crianças ao seu país de residência habitual, Austrália.

.....

Infere-se daí que a retenção das crianças no Brasil gerou um ruptura do núcleo familiar, acarretando uma perda irreparável no desenvolvimento dos menores. A falta do relacionamento com o genitor, provocado unilateralmente pela ré, gera riscos de natureza psicológica aos menores. A falta da relação pai e filho na vida das crianças consubstancia um trauma que, na maioria das vezes, pode ser irreparável.

.....

 Em julgamento recente, proferido em dezembro de 2008, o Eg. Supremo Tribunal Federal, analisando a situação da prisão do depositário infiel frente ao Pacto de São José da Costa Rica, após o advento da Emenda Constitucional n. 45, entendeu, em votação unânime, que foram derogadas todas as normas infraconstitucionais que disciplinavam essa prisão, ao concluir que as disposições do Pacto, embora não possuam o status de normas constitucionais, compõem um novo conjunto de normas, encontrando-se na pirâmide hierárquica das normas, imediatamente abaixo da Constituição e acima das leis.

Ou seja, o STF, em exercício do controle difuso de constitucionalidade, apontou para a concessão de '**status supralegal**' às normas oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos, internalizados antes do advento da EC 45.

.....

Portanto, os dispositivos da Convenção da Haia de 1980 são normas hierarquicamente superiores a qualquer dispositivo de natureza legal, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil brasileiro e até mesmo o Código de Processo Civil, no que com eles conflitar, devido a sua posição hierárquica especial no ordenamento jurídico brasileiro, recentemente reconhecida pelo Eg. STF.

.....
”

4. Pede antecipação dos efeitos da tutela recursal.

5. A apelada, por sua vez, pugnando pela manutenção da sentença assim fundamentou suas contrarrazões:

“.....

2. *No início de 2007, nos termos do acordo de divórcio, a Apelada, acompanhada dos filhos, veio de férias para o Brasil, mas em razão das enormes dificuldades por que estava passando na Austrália, juntamente com os seus filhos, decidiu não regressar àquele país, permanecendo em Brasília, na residência de seus genitores.*

Quanto às dificuldades vivenciadas pela Apelada naquele momento, ficou demonstrado na ação sob referência:

i) o caráter violento do Sr. XY, a ponto de ser expedida pela justiça australiana, uma ‘Ordem de Proteção’ determinando que o Sr. XY não poderia se aproximar a menos de 100 metros da sra. XX; que também não poderia portar armas, sendo suspenso o seu porte de armas. Ao decidir pela Ordem de Proteção, o Tribunal de Primeira Instância do Estado de Queensland, fundamentou a medida afirmando ‘o Tribunal está convencido de que o réu cometeu ato de violência doméstica contra a parte lesada e que é provável que o réu cometa outro ato de violência doméstica, ou que cumpra uma ameaça de cometer um ato de violência doméstica’;

ii) que o sr XY não exercia, com regularidade, o seu direito de visitas, limitando-se a estar com as crianças algumas horas, nos dias que deveria estar com eles, e, muitas vezes, deixou até mesmo de se encontrar com os infantes;

iii) – que o sr. XY, não paga a pensão alimentícia devida aos filhos desde em 2006, sendo que em setembro/outubro de 2010, o débito alimentar já ultrapassava a A\$ 81.000 (oitenta e um mil dólares australianos) de acordo com o órgão oficial australiano responsável pelo recolhimento de pensões alimentícias;

*iv) que a sra. XX esteve **desempregada** por mais de seis meses, **situação que se agravou pelo não pagamento dos alimentos**, afetando diretamente o **próprio sustento dos filhos**. A sra. XX e os filhos sobreviveram graças à ajuda dos genitores maternos.*

*v) além desse quadro, some-se ao caráter do sr. XY, a sua tolerância para com a pornografia. Durante a audiência de conciliação realizada pelo e. Juiz da 21ª Vara Federal, e **na presença do XY**, a Apelada fez juntar aos autos do processo a página do sítio da internet de relacionamentos, **'Orkut'** onde o sr XY procura por relações sexuais múltiplas, por assistir filmes pornográficos e por literatura pornográfica, preferências **incompatíveis** com a necessidade de uma correta criação dos filhos.*

.....
 4. Em 10 de dezembro de 2009, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça **homologou a sentença australiana de divórcio** entre o sr. XY e a sra. XX, para que produza todos os efeitos legais estabelecidos pelo ordenamento brasileiro.

.....
 8. Na apelação, a Advocacia Geral da União (fls 939/940) confirma que, no divórcio a sra. XX permaneceu com a guarda dos filhos e o pai com o direito de visitas'.

*Na presente Apelação, no entanto, **inovou** ao afirmar que o direito de guarda, pela lei australiana, deve ser conjugado com o conceito de 'responsabilidade parental' que assegura ao genitor não guardião o direito de decidir sobre o local de residência dos filhos.*

*Com esse ponto de vista, a Apelante entendeu (fls. 940) que 'embasada na legislação australiana', essa responsabilidade conjunta na escolha da residência **habitual dos infantes** deveria ser aplicada in casu, pois ela 'corresponde especialmente à parte final do artigo 5º da Convenção da Haia'.*

9. Não é verdade.

*Por maior que seja o inacreditável e inaceitável desejo da Advocacia Geral da União de promover o regresso das crianças à Austrália, o artigo 5º da Convenção da Haia **não respalda** a pretensa tese da responsabilidade parental na escolha da residência habitual dos filhos.*

Ao contrário, o dispositivo assegura o direito da mãe guardiã de escolher a residência dos filhos, conforme expressa: 'art. 5º - o direito de guarda compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência'.

Nesse contexto, a própria Autoridade Central Brasileira entende (fls. 114), segundo comunicou à Autoridade Central da Austrália, que:

[...]

b) contudo, a Convenção da Haia menciona guarda e custódia e não responsabilidade parental’.

c) – foi feita a leitura dos extratos da lei australiana (pela autoridade brasileira) mas é solicitado que a Autoridade Central da Austrália indique se existe alguma norma expressa na legislação daquele país que determine que a pessoa que tem a custódia legal não poderá modificar o local de residência das crianças’.

A Autoridade Central Australiana **jamais** indicou a existência dessa legislação, **da mesma forma** como a Advocacia Geral da União **não apresentou, no presente processo, nenhuma norma específica que respaldasse a opinião da Apelante sobre o assunto.** Tanto que a apelante foi obrigada, então, a firmar o seu posicionamento através, apenas, da sua interpretação e imaginação, chegando mesmo a criar uma nova figura, qual seja a de que a convenção da Haia contemplaria um suposto ‘direito de guarda ampliado’ onde seria possível acomodar o alegado direito do genitor não guardião de decidir sobre o local de residência dos infantes.

10. Também em correspondência enviada à Autoridade Central Australiana (fls. 84), a Autoridade Central do Brasil afirmou:

‘Então, à vista das informações acima, parece-nos que a sra. XX não cometeu nenhum ato ilegal quando deixou o território australiano com os filhos. Também fica claro que de acordo com os documentos que o Sr XY juntou com as aplicações da Convenção da Haia, nenhuma restrição foi estabelecida pela corte australiana quando regulamentou o divórcio, com vistas a uma possível transferência da residência habitual das crianças para outro país’ (grifamos)

.....

 14. **É preciso deixar claro** que a apelada decidiu permanecer no Brasil **para proteger os interesses dos menores, que, desamparados pelo pai ausente e que não honrava com seus compromissos alimentares, passaram a viver uma situação de penúria no segundo semestre de 2006.**

Além do mais, a permanência das crianças em território brasileiro **não poderá ser qualificada como ilícita** nos termos do art. 3º da convenção da Haia pois, de acordo com o que expressa esse dispositivo, **a retenção será ilícita quando houver a violação do direito de guarda, o que não ocorreu, in casu.**

A sra. XX, portanto detém a guarda de seus filhos **sem restrições ou condições**, nos termos do acordo de divórcio.

15. A União Federal, assim, não poderá invocar o disposto no art. 16 da Convenção, segundo o qual o Poder Judiciário brasileiro, após ter sido comunicado da ‘retenção ilícita’ prevista no art. 3º, estaria impedido de tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda.

Não se aplica o disposto no art. 16º na medida em que não ocorreu a violação do direito de guarda previsto no art. 3º, pois a sra. **XX** exerce a guarda exclusiva dos menores **W.G** e **J.G**, e, assim, **não se configura** a ‘retenção ilícita’ de que trata o referido dispositivo.

Sobre o art. 16 do acordo internacional, ressalte-se que a União Federal **deixou de considerar** a segunda parte do dispositivo onde se **ressalva** que a jurisdição brasileira **não poderá ser excluída** se ficar demonstrado – **o que aconteceu** – que não será apropriado devolver as crianças frente aos riscos de lesão psicológica nos infantes.

18. Mesmo diante de tais parâmetros, a AGU insistiu, no presente processo que ‘é aplicável ao caso apenas a legislação australiana’.

Isso porque (repetiu, às fls. 945) há diferenças entre os conceitos brasileiro e australiano de guarda quando se verifica que a sra. **XX** para passar as férias no Brasil com as crianças necessitou da ‘concordância do outro genitor’. Por essa diferença, ‘mesmo o detentor exclusivo da guarda não pode, sem a anuência do outro genitor, detentor de maneira compartilhada – da responsabilidade parental, alterar o local de residência dos menores’.

Equivoca-se a AGU pois a simples autorização para a viagem de férias **não implica necessariamente** na alegação sobre a existência de uma ‘responsabilidade parental’ que daria ao sr. **XY** poder para fixar a residência dos filhos.

A AGU deveria saber que o ‘direito de fixar residência’ é bem mais específico do que uma genérica ‘responsabilidade parental’ exercida **por ambos os cônjuges**, após o divórcio.

O ‘direito de fixar residência’ necessita ser expreso, na medida em que **limita** o próprio direito de guarda exclusiva, pois passa admitir o direito de veto do outro cônjuge, nessa questão. **Recorde-se, uma vez mais**, que o acordo do divórcio entre a sra. **XX** e o sr. **XY**, **não estabeleceu** essa limitação, restrição que a Apelante pretende impor a partir, apenas, de sua interpretação.

Tal como na legislação australiana, no Brasil o poder familiar é atribuído a ambos os genitores, **mas não se confunde com a guarda**, que tem atribuições próprias mais diretamente relacionadas com o dia a dia do relacionamento entre filho e genitor guardião. Entre eles vestir, lavar, dar comida aos filhos menores, administrar remédios, acompanhar nos deveres escolares, **o que significa ter os filhos em sua companhia** permanentemente. Nesse contexto, tem o direito de fixar a residência dos filhos menores, que, pela guarda única, acompanham o pai guardião.

Esses deveres que obrigam o guardião **não se estendem** ao genitor não guardião, ainda que ambos os cônjuges,

continuem a manter o poder familiar que deve pairar e proteger os filhos.

.....
.....”

6. Insiste, outrossim, nas incertezas da vida na Austrália, entendendo, assim, incidir na hipótese vertente, o art. 13 da convenção, já que a autoridade australiana não forneceu informações sobre a situação social das crianças. Esclarece que a violência paterna não precisa ser física mas, apresenta-se de outras formas, como o pai deixar de pagar alimentos mesmo sabendo que a ex-esposa está desempregada, débito hoje, da ordem de oitenta e um mil dólares australianos; não procura dos filhos para visitas regulares e hábitos condenáveis como demonstra a página do ORKUT juntado aos autos em audiência, sem ter sido refutado pelo pai, que se encontrava presente (fls. 336/337). Lembra que o laudo psicológico conclui pela adaptação das crianças em Brasília, transcrevendo inclusive o item 16 do laudo, **in verbis**:

“.....
.....

Tem-se a impressão que a AGU ou não leu ou não entendeu o conteúdo dos laudos periciais apresentados. Tanto que não poderia ignorar a resposta do psicólogo à pergunta n. 16, por ela mesmo formulada, nos quesitos encaminhados aos peritos do TJDF:

(...)

16 – Uma eventual restituição das crianças ao País de residência habitual representa alguma risco à sua integridade física ou mental? Por que?

Resposta do perito – como mencionado no corpo deste parecer, W.G e J.G mostram-se integrados à atual organização sócio-familiar, de onde provêm os sentimentos de pertinência, identidade e segurança. Qualquer alteração nessa organização, nesse momento, poderia suscitar em ambos reações de angústia e ansiedade, o que os colocaria em sofrimento emocional’.

32. *As conclusões dos laudos periciais não deixam margem para dúvidas, pois*

‘W.G e J.G têm suas necessidades básicas, de carinho e proteção atendidas na sua organização familiar atual, em que residem na companhia materna, mostram-se integrados à atual realidade em que se encontram inseridos, o que sugere que qualquer sinal de alteração da sua atual rotina de vida deverá ser experimentado com insegurança pelos infantes’

Aliás, a questão da insegurança e os problemas psíquicos que poderão advir com eventual retorno das crianças foram detectados no parecer técnico quando, às fls. 629 se afirmou:

‘W.G, passou a desobedecer ordens, a criar atrito com os demais colegas e a demonstrar sinais de ansiedade e angústia. Uma das professoras que acolheu o infante numa ocasião em que este teria saído correndo da sala e se trancado no banheiro aos prantos, relatou que W.G expressou seu receio em relação ao processo judicial, cuja decisão final poderia determinar que ele e sua irmã retornassem para a Austrália’.

.....
.....”

7. Aduz, ainda, que a apelada se preocupa para que as crianças não percam noção de sua origem australiana e que não deixem de ter contato com o pai. Impugna, ainda, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, e fulcra seu pleito de manutenção da sentença de improcedência no art. 13 da citada convenção, art. 5º XXXV da Constituição Federal e precedente do colendo STJ no REsp 900.262, 3ª Turma, (fl. 1000).

8. Parecer Ministerial perante a instância monocrática, às fls. 927/929v, pela improcedência da ação. Parecer Ministerial neste segundo grau de jurisdição concluindo pela manutenção da sentença.

9. Há também, remessa oficial, fl. 934v.

É o relatório.

Desembargador Federal **JIRAIR ARAM MEGUERIAN**
Relator

V O T O

O EXMº SR. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN - RELATOR:

Considerando que a guarda das crianças foi concedida à mãe pela MM. Justiça da Austrália, conforme fls. 77/78 e fls. 671 e segs., pelo que inexistente qualquer outorga de responsabilidade parental ao pai, no que diz respeito à fixação da residência, já que consoante Seção 61C, da lei alienígena de 1975, fl. 62, na sua seção 61B define que a responsabilidade parental significa todas as obrigações, quando na hipótese vertente o cônjuge varão só ficou com o direito de visitas e o ônus da pensão.

2. Assim, levando em conta que o caso não se equipara a retenção ilícita de crianças, adoto como razão de decidir, as bem lançadas razões do parecer Ministerial da lavra do Exmº Sr. Procurador Regional da República, Paulo Gustavo Gonet Branco, fls. 1008 e segs., a saber:

“.....
.....

Os argumentos do recurso não desmerecem a solução dada à causa pela sentença – afinada com a cota ministerial de primeira instância -, máxime quando esclarece que:

‘É fato incontroverso nos autos que a ré detém a guarda das crianças, tanto que a União Federal informa a este Juízo que “o casamento foi dissolvido anos mais tarde, tendo a mãe permanecido com a guarda dos filhos e o pai com o direito de visitas, conforme acordo firmado entre as partes (acostado aos autos como parte integrante do anexo II) e registrado na Vara de Família de Brisbane” (fl. 07).

Na verdade, a presente lide se circunscreve à legitimidade da fixação da residência e domicílio dos menores no Brasil, uma vez que a União Federal alega que a legislação australiana dispõe que o local da moradia dos filhos deve ser escolhido de comum acordo pelos pais.

Ora, tendo a sentença estrangeira estabelecido que a guarda dos filhos cabe unicamente à mãe, é evidente que o domicílio dos filhos será o da mãe, sendo mesmo absurdo exigir que a ré retorne a Austrália para manter a guarda de seus filhos, pois tal medida significaria condenar a ré, cidadã brasileira, a uma espécie de pena de desterro ou banimento.

É de se salientar ainda que o comportamento do ex-marido da ré em nada ajudou a permanência desta na Austrália, bastando observar que contra ele foi emitido “mandado de proteção” pelo Tribunal australiano, que, entre outras restrições, determinou que o ex-cônjuge não poderia chegar a menos de cem metros da ré, conforme se verifica do documento de fls. 142/146, devidamente traduzido para o português.

Deve-se, então, analisar a situação das crianças no Brasil, ou seja, a sua adaptação à realidade deste País.

O relatório da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal concluiu o seguinte, verbis:

Os dados reunidos no presente estudo de caso permitem afirmar que as crianças em pauta não estão em situação de risco vivem em lar estruturado e harmônico, atendidos todos os direitos constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, não sendo necessária nenhuma medida protetiva no momento.

Constatou-se que as crianças estão vivendo em companhia da genitora e de duas tias maternas, em apartamento confortável, demonstrando boa adaptação ao Brasil e à família materna, assegurados econômica, afetiva e emocionalmente, com o necessário para o seu pleno desenvolvimento. (fl. 576 e verso).

Outra não foi a conclusão do laudo pericial subscrito por psicólogo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que demonstra a convivência harmônica das crianças na nova residência e a preocupação da ré em não alienar as crianças da convivência paterna, litteris:

(...)

É de se registrar ainda que a ré demonstra que o direito de visita do pai das crianças está sendo exercido plenamente, como se observa das fotos de fls. 461/464.

Assim, não há nenhuma razão para determinar o retorno das crianças para a Austrália, tendo o Ministério Público Federal chegado à mesma conclusão, ao observar que “é indiscutível a adaptação dos infantes à atual organização familiar, portanto qualquer alteração resultará em sofrimento emocional para ambos” (fl. 928/verso).

*Ante o exposto, julgo **IMPROCEDENTE** o pedido, condenando a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais).’ (fls. 932/verso a 934) (grifo no original).*

A sentença, ainda, encontra apoio em julgado recente dessa Corte Regional:

‘PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. FILHA DE PAI ÍTALO-BRASILEIRO E DE MÃE BRASILEIRA, NASCIDA EM MASSACHUSETTS, NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, LOCAL ONDE HABITUALMENTE RESIDIA. INTEGRAÇÃO PLENA DA MENOR AO NOVO AMBIENTE FAMILIAR E SOCIAL.

1. Embora tenha a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, como objetivo assegurar o retorno

mediato de menores ilicitamente transferidos para qualquer Estado contratante ou nele retidos indevidamente, fazendo respeitar de maneira efetiva os direitos de guarda e de visita existentes em um Estado contratante, possui, na linha de entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça, viés do interesse prevalente do menor, pois concebida para proteger os menores de condutas ilícitas contra eles perpetradas.

2. Demonstrando a prova produzida nos autos, em especial laudo de avaliação psicossocial, que a criança se encontra em situação estável no Brasil, onde já estabeleceu vínculos afetivos familiares e sociais importantes para seu desenvolvimento, e que uma ruptura abrupta deste processo, com separação da mãe e da irmã com quem atualmente reside, lhe seria extremamente prejudicial em todos os sentidos, não há de ser determinado seu retorno para os Estados Unidos da América, País em que habitualmente residia.

3. Aplicação, ao caso, da ressalva disposta nos artigos 12 e 13 do referido tratado internacional, segundo a qual não se dará ordem de restituição do menor se ficar comprovado que se encontra plenamente integrado a seu novo meio, podendo o retorno sujeitá-lo a perigos de ordem física ou psicológica.

4. Recurso de apelação e remessa oficial não providos.’ (AC 200543000029404, DJ 16/5/2011, relator o Desembargador Federal Carlos Moreira Alves) (grifou-se).

Nessa diretriz, ainda, a AC 200738000195207, DJ 26/11/2010, relator o Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo:

‘CIVIL E INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR NASCIDA NA ARGENTINA. MÃE BRASILEIRA. ALEGADA RETENÇÃO ILÍCITA DA CRIANÇA NO BRASIL. MENOR EM TENRA IDADE. RESIDÊNCIA ESTABELECIDADA EM COMPANHIA DA MÃE, A QUAL DETÉM SUA GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA NACIONAL. ADAPTAÇÃO AO DOMICÍLIO BRASILEIRO. SITUAÇÃO FAMILIAR ESTÁVEL FAVORÁVEL À MENOR NO TERRITÓRIO NACIONAL. RESTITUIÇÃO. NÃO RECOMENDÁVEL. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE A MÃE TER AGIDO COM TORPEZA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DA RÉ. PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO DA UNIÃO.

1. Consoante art. 1º, a Convenção da Haia, de 1980, objetiva: "a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante".

2. A Convenção define, em seu art. 3º, como transferência ou retenção ilícita de criança: "a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido".

3. À luz do art. 12 da Convenção, desaconselhável a restituição "quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio".

4. Diante da constatação no estudo psicológico de que a menor se encontra inteiramente integrada ao meio em que vive e que a mudança de domicílio poderá causar malefícios no seu futuro desenvolvimento -, e do próprio reconhecimento da Autoridade Central Administrativa de que "não seria prudente, portanto, arriscar que ela vivencie uma nova 'ruptura' de vínculos afetivos, especialmente em virtude de sua tenra idade" (três anos à época da avaliação) -, a "interpretação restritiva" dada pelo ilustre Juiz ao art. 12 da Convenção, determinando o imediato regresso à Argentina, quatro anos depois do seu ingresso em solo nacional (hoje conta com seis anos), vai de encontro à finalidade principal da Convenção, que é a proteção do interesse da criança.

5. Decidiu o STJ em caso parecido: "Dessa forma, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea "b"), como concluiu restar provado o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança" (REsp 900.262/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 08/11/2007).

6. Não é o caso de imputar à mãe a conduta de criar situação fática consolidada, com o fito de burlar o propósito maior da Convenção. Pelos elementos constantes dos autos, não se pode afirmar que a mãe tenha agido com torpeza, locupletando-se ilicitamente. Sendo assim, plenamente aplicável a regra contida no art. 12 da Convenção, segundo o qual não se deve ordenar o retorno da criança, quando já se encontra integrada no seu novo meio.

7. Provimento da apelação da Ré, para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido inicial.

8. Prejudicado o recurso adesivo da União, no qual postula condenação da Ré no pagamento das custas com a restituição da menor.' (grifou-se)"

3. No mesmo sentido o precedente do colendo STJ, referindo pelo ilustrado Procurador da República, Dr. Francisco Guilherme Vollstedt Bastos, que atuou na primeira instância, fls. (927 a 929), *verbis*:

“Corroborada com o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. PAI AMERICANO. MÃE BRASILEIRA. CRIANÇA NA COMPANHIA DA MÃE, NO BRASIL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. RISCO DE DANOS PSÍQUICOS E EMOCIONAIS SE HOVER RETORNO DA CRIANÇA AO PAÍS DE ORIGEM (ESTADOS UNIDOS).

- Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte.

- Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

(...)

- Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea "b"), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança.

- Com tal delineamento fático dado ao processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem.

Recurso especial não conhecido, por maioria.

(REsp 900262/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 08/11/2007, p. 226)

Pelo exposto, **nego provimento** à apelação da união e à Remessa Oficial.

É como voto.

Desembargador Federal **JIRAIR ARAM MEGUERIAN**
Relator

II. AC - APELAÇÃO CÍVEL 497870 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL REIS FRIEDE
APELANTE : UNIAO FEDERAL
APELADO : FABIANA ALVES DE ALMEIDA
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
ORIGEM : QUINTA VARA FEDERAL DE SÃO JOÃO DE MERITI (200851100046973)

Processo

AC200851100046973
AC - APELAÇÃO CIVEL – 497870

Relator(a)

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Sigla do órgão TRF2

Órgão julgador

SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA

Fonte

E-DJF2R - Data::17/05/2011 - Página::372/373

Decisão

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso e não conheceu do agravo retido, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação proposta pela UNIÃO FEDERAL em face de FABIANA ALVES DE ALMEIDA, através da qual objetiva a busca, apreensão e repatriação de sua filha – MAIRA NICOLE CANDIA ALVES DE ALMEIDA – e subsequente entrega da mesma à Autoridade Central Administrativa Federal e posterior entrega à Autoridade Central Paraguaia, conforme prevê a Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, sob a alegação de que a menor está sendo indevidamente retida no Brasil. Trata-se, também, de Agravo Retido oposto pela Ré contra Decisão que indeferiu a produção de prova testemunhal.

Na inicial, afirma a União Federal, a teor do disposto nos arts. 21, I e 131 da CRFB/88, que está apta a ingressar em juízo em atendimento a requerimento de Estado estrangeiro amparado por tratado internacional ratificado pela República Federativa do Brasil; que o art. 7º da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, incorporada à ordem jurídica brasileira por meio do Decreto nº 3413/2000, estabeleceu que o “Estado brasileiro (e, portanto, a União e seus Poderes Constituídos – art 2º da Carta Política) assumiu a obrigação de assegurar, administrativamente ou judicialmente, sempre que regularmente demandado, a repatriação de menores ilicitamente transferidos para o Brasil”; que a República do Paraguai encaminhou pedido de cooperação judiciária à República Federativa do Brasil, objetivando assegurar o retorno imediato de criança indevidamente retida neste país; que a menor é filha de FABIANA ALVES DE ALMEIDA com o nacional paraguaio HIGINO RAFAEL NICOLAS CANDIA YUBERO, tendo sido trazida por sua mãe para território brasileiro sem a devida autorização paterna, em novembro de 2005, estando, desde então, indevidamente neste país.

O MM. Juízo *a quo* julgou, na Sentença de fls.371/386, improcedente o pleito de busca, apreensão e restituição ao argumento de que o retorno da menor ao país de origem traria prejuízos sócio-afetivos à mesma, impondo-se sua permanência no Brasil. Registra, outrossim, a inexistência de impedimento de, futuramente, o próprio pai discutir em ação própria o regime de visitação e a forma de restabelecer os laços culturais e linguísticos com seu país de origem.

Apelação da União Federal, às fls. 388/414, onde pugna pela reforma do *Decisum* vergastado. Assevera, em síntese, que, nos termos da Convenção de Haia, a menor deve retornar ao seu local de residência habitual, para que a mãe possa discutir lícitamente, em foro paraguaio, novos termos para o exercício do direito de guarda, visitas e

responsabilidade parental com o genitor varão. Afirma, ainda, que a exceção prevista no art. 12 da Convenção de Haia, que asseguraria a presença da menor em seu novo domicílio, é inaplicável ao presente caso, uma vez que o prazo de um ano previsto no referido dispositivo já teria expirado.

Contrarrazões às fls.423/454, onde requer a manutenção da Sentença recorrida. Afirma, para tanto, que o pai da menor passou a apresentar comportamento violento, não apenas com a Requerida, mas também com a filha em comum e com Bárbara Gimenez Alves de Almeida, sua filha com outro homem, razão pela qual retornou para o Brasil. Afiança, ainda, que MAIRA encontra-se perfeitamente integrada ao seu novo meio social.

O MPF opina, às fls. 459/464, pelo improvimento do Apelo da União Federal.

É o relatório.

Ao Revisor.

Reis Friede
Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Reis Friede (Relator):

Inicialmente, cumpre registrar o não conhecimento do Agravo Retido de fls. 317/326, porquanto não requerido o julgamento do mesmo em momento oportuno.

Sobre o mérito recursal, vale consignar que se trata de demanda cuja causa de pedir se dá com base em descumprimento do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, que promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, formulada na cidade de Haia, em 25.10.1980, da qual o Brasil é signatário.

Assim, competente a Justiça Federal para o seu processo e julgamento, ao ter a Constituição Federal, em seu art. 109, inciso III, estabelecido que: “*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*”.

Conforme relatado, a questão a ser apreciada é se a retenção de MAIRA NICOLE CANDIA ALVES DE ALMEIDA no Brasil se deu de forma lícita ou não, por parte da mãe, e se o retorno enseja dano à criança, tudo nos termos da Convenção de Haia, incorporada à ordem jurídica brasileira por meio do Decreto n.º 3.413/2000.

O compromisso assumido pelos Estados-membros, nesse tratado multilateral, foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais, como judicial. Registre-se, ademais, que a Convenção também recomenda que a tramitação judicial de tais pedidos se faça com extrema rapidez e em caráter de urgência, de modo a causar o menor prejuízo possível ao bem-estar da criança.

O art. 3º da Convenção de Haia disciplina que a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

“a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.”

Da detida análise dos autos, pode-se verificar que a menor foi retirada de seu país de origem sem que seu pai tivesse ciência de tal mudança. Nesse sentido, a própria Ré narra, quando ouvida em Audiência:

“(…) Que durante esse período tomou conhecimento de que a mãe estava com câncer e decidiu vir para o Brasil por cerca de quinze dias; que a mãe morava no Rio de Janeiro; seu pensamento era ficar apenas por esse tempo, tempo que julgava necessário para a ‘situação se acalmar’; que a depoente nunca pensou em voltar ai Brasil para aqui morar; que a depoente pretendia voltar para o Paraguai, mas não para a companhia do Sr. Higino, eis que lá sua filha mais velha estudava, e a depoente tinha muitos amigos; que a depoente, então, veio com as duas filhas para o Brasil de ônibus; que a depoente somente tinha, como documentos a certidão de nascimento da filha Bárbara, não possuindo documento algum de Maíra; Que nada lhe foi exigido na rodoviária para vir para o Brasil (...) que a depoente, após cinco meses no Brasil, falou para o Sr. Higino que não retornaria mais.” (fl. 247)

Verifica-se, assim, que a Ré retirou a filha de sua residência habitual, sem anuência do pai da criança ou autorização de autoridade competente, configurando-se, assim, a transferência ilícita da menor.

Outrossim, cumpre, agora, registrar o teor do art. 12 da Convenção de Haia:

“Art. 12. Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

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

Depreende-se, da primeira parte do dispositivo acima transcrito, que se entre a retenção/transferência ilícitas e o início do procedimento para a restituição do menor tiver ocorrido menos de um ano, o retorno da criança deverá ser imediato. Pretende a norma, desta feita, garantir a maior celeridade possível ao repatriamento da criança ilegalmente transferida de seu país de origem, com vistas a evitar ao máximo os malefícios inerentes a um retorno que somente viesse a ocorrer após a adaptação da criança ao seu novo meio social.

Em sendo assim, a regra do art. 12 determina, de forma irrestrita, o imediato retorno da criança ao país de origem quando não decorrido prazo superior a um ano entre a data da transferência e o início dos processos administrativo ou judicial visando ao repatriamento. Por outro lado, determina que, após esse prazo, a prova da integração da criança ao seu novo meio seja considerada na decisão a ser proferida.

Verifica-se, pois, que a previsão da segunda parte do art. 12 refere-se aos casos em que haja extrapolação do prazo de um ano entre a data da transferência indevida e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar. Em outras palavras: a previsão de que não seja determinado o retorno da criança caso ela se encontre integrada no seu novo meio se refere, por óbvio, às hipóteses em que se verifique uma demora injustificada nos trâmites objetivando o repatriamento.

In casu, a transferência ilícita ocorreu em novembro de 2005 e o início do procedimento perante a Autoridade Central brasileira, em agosto de 2006 (fl. 30), ou seja, dentro do prazo estabelecido na primeira parte do art. 12.

Ademais, o fato de a presente demanda ter sido ajuizada apenas em 2008 não afasta a aplicação da primeira parte do referido Dispositivo, uma vez que, quando um país remete a outro o pedido de cooperação, cabe ao Poder Executivo, inicialmente, processar administrativamente tal pedido, elaborando uma análise administrativa de sua admissibilidade. Posteriormente, o pedido é remetido à Advocacia Geral da União, que realiza nova análise de admissibilidade quanto ao cumprimento de seus requisitos jurídicos e, apenas após tal etapa, presentes todos os requisitos, que o pedido é apresentado ao Judiciário. Trata-se, dessa maneira, de procedimento de natureza complexa, porquanto dependente da participação de mais de um dos Poderes da República.

Desta maneira, não se pode aceitar a tese da Defensoria Pública de que não se aplica a ordem de retorno imediato expendida no art. 12 da Convenção de Haia. E isto porque, tratando-se de procedimento complexo, iniciado no Executivo, o mesmo foi deflagrado em menos de um ano da data da transferência ilícita da menor.

Registre-se, ademais, que se pode elencar como um dos motivos causadores do atraso no ajuizamento da presente demanda a necessidade de se envidar esforços para a localização da Ré, não havendo que se falar, pois, em demora injustificada, muito menos em demora em razão de conduta do genitor de MAIRA.

Cumprido registrar, neste momento, que as únicas hipóteses que autorizam a autoridade judicial a não ordenar o retorno da criança, de acordo com a Convenção de Haia, estão previstas em seu art. 13, *in verbis*:

“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:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção;
ou

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 autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.”

Na presente hipótese, consoante tudo o que já foi expandido, verifica-se que não se aplica a alínea ‘a’ do art. 13, uma vez que a guarda da menor era compartilhada entre seus genitores, bem como não ter sido concedida autorização para a mudança de residência.

Resta, pois, perquirir a aplicação da alínea ‘b’, a qual impede o retorno da menor caso exista “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”.

Da análise dos laudos elaborados por Assistente Social e Psicóloga, constata-se que as *experts* são unânimes ao asseverar –, considerando que a menor tem boa relação familiar, encontra-se matriculada em escola e aparenta estar integrada ao seu novo meio social, – que possivelmente a ruptura de tais vínculos irá lhe gerar algum tipo de impacto psicológico. No entanto, vislumbra-se a possibilidade de que retome o convívio amoroso com o pai.

Neste sentido, trecho do Laudo Psicológico:

“(...) 5. A menor afirma sua vontade de viver definitivamente no Brasil?

Sim, o que não a impede de retornar seu convívio amoroso com o pai. Na fala da mãe identificamos traços de uma relação afetiva entre pai e filha, a quem tratava de ‘amor’, cujo esvaziamento pode ser circunstancial e temporário”. (fl. 268)

Outrossim, considerando a pouca idade da criança – nascida em 25/09/2001 (fl. 40) –, hoje com nove anos, pode-se aventar que o discurso da mesma, ao afirmar o desejo de permanecer no Brasil, com a família materna, tenha sido comprometido por influência da mãe.

Outrossim, entende-se que a menor não está apta a decidir sobre o que realmente deseja, seja pelas limitações de maturidade inerentes à sua tenra idade, seja, ainda, pela eventualidade de já estar submetida a processo de alienação parental por parte da família brasileira. Segue, nesse sentido, mais um trecho do Laudo Psicológico:

“(...)O discurso de Maira, comprometido por uma série de contingências, nos impede de responder com clareza em que momento ele se apresenta contaminado. Não resta dúvidas que a convivência com a linhagem materna auxiliou a versão dos fatos, o que não nos impede de reduzir a esta influência o teor do conteúdo apresentado.” (fl. 267)

Por fim, sobre as alegações da Ré no sentido de que o pai da menor possui comportamento violento, destaca-se que há nos autos um registro de ocorrência feito pela Ré junto à Polícia paraguaia, o qual, remetido ao Judiciário, foi arquivado por falta de provas (fls. 90/91).

Registre-se, ademais, que inexistente nos autos qualquer outro registro formal que relate violência doméstica por parte do pai da menor.

Outrossim, no depoimento da própria Ré, ela afirma que, após passar alguns dias fora de sua casa e lá retornando para pegar seus pertences e viajar para o Brasil, recusou acompanhamento policial, o que, por si só, já é um indício de que estaria em segurança naquele momento, contradizendo, pois, a afirmação de caráter violento de seu então companheiro:

“(...) que então foi para a casa da irmã com as crianças; que no dia seguinte não deixou as filhas irem para a escola com medo do que o Sr. Higino poderia fazer com as meninas; que a depoente foi à Delegacia informar que iria para a casa reaver seus documentos, pedindo orientação policial; que o delegado perguntou se ela gostaria de ir acompanhada com um policial, o que foi recusado por ela; que a depoente, ao chegar na residência, não encontrou o Sr. Higino. (...)” (fl. 273).

Em sendo assim, diante de todo o exposto, encontram-se presentes os requisitos para que se determine o retorno da menor ao país de origem. Resta apenas mencionar, ainda que eventuais impactos negativos possam advir do retorno da menor ao seu país e sua nova adaptação ao mesmo, que tais consequências, que já são normalmente decorrentes de processos de mudança, não ensejam a aplicação da exceção prevista no mencionado art. 13 da Convenção de Haia.

O que não se pode admitir, à toda evidência, é que o fato de a criança ter se adaptado à vida no Brasil legitime seu ingresso no país e perpetue a ilegalidade de sua transferência.

Sobre a questão, já decidiu este E. TRF:

“PROCESSUAL CIVIL. CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE “ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS”. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR. RECURSO DE TERCEIROS PREJUDICADOS NÃO RECEBIDO. INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO E LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DA UNIÃO FEDERAL. IMPROPRIEDADE DA ANÁLISE DE ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA E IMPRESTABILIDADE DO LAUDO PERICIAL. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO ACERCA DO DIREITO DE GUARDA. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE RETENÇÃO ILÍCITA. EXCEÇÕES NÃO CONFIGURADAS.

- Impossibilidade de conhecimento da apelação dos terceiros prejudicados, S.B.C.R. e R.C.R. F., por se encontrar preclusa decisão a quo denegatória de sua admissibilidade em razão de homologação de pedido de desistência formulado no agravo de instrumento nº 2009.02.01.009890-1.

- Descartada a existência de litispendência, eis que para a sua configuração impõe-se a ocorrência de mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido (art. 301, §2º), vale dizer, necessário se faz que sejam iguais os fundamentos de fato e de direito que sustentam as pretensões deduzidas judicialmente, hipótese que não ocorre, in casu, onde nas demandas apontadas afiguram-se diversas as partes e as causas de pedir.

- Não há falar em inconstitucionalidade na atuação da União Federal, pois, para o exame da aplicabilidade dos preceitos contidos na Convenção da Haia de 1980, afigura-se irrelevante a nacionalidade da criança, porquanto a sistemática adotada é no sentido de possibilitar o seu retorno ao Estado de sua residência habitual, certo que entendimento diverso frustraria a aplicabilidade interna do mencionado Tratado, na medida em que estaria criado óbice intransponível para a solução de problemas envolvendo crianças indevidamente transferidas ou retidas em território nacional, contrariando-se a própria gênese da Convenção.

- Afastada a alegação de ilegitimidade ativa ad causam da União, pois, tendo em sua estrutura a Secretaria Especial de Direitos Humanos, atua na qualidade de representante do Estado brasileiro, na forma do disposto no artigo 21, incisos I e IV da Constituição Federal, dotada de competência para se utilizar de medidas necessárias ao integral cumprimento das obrigações assumidas pelo País, por ocasião da adesão e ratificação dos

preceitos contidos na Convenção, inclusive a propositura de ações de busca, apreensão e restituição de menores.

- Afigura-se imprópria a análise, no âmbito do presente recurso, das alegações de nulidade da sentença, por ocorrência de alegado cerceamento de defesa e imprestabilidade de laudo pericial, porquanto tais questões, além de não terem sido tratadas na sentença recorrida, já foram objeto de exame no agravo de instrumento nº 2009.02.01.007541-0.

- E, sede de as ações judiciais que buscam dar cumprimento à Convenção da Haia de 1980, eventual juntada de decisão estrangeira, constitui, tão somente, elemento de prova a produzir mesmos efeitos que qualquer outro documento trazido aos autos, não ficando condicionada a prévia homologação, porquanto o objeto da ação não guarda relação com a efetivação de tal sentença não se pretendendo nacionalizar seu teor, tampouco executá-la, tal como se observa do artigo 14 da Convenção.

- As demandas que tratam da aplicabilidade dos preceitos contidos na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, não comportam discussão acerca de eventual direito de guarda, que deve ser resolvido pelo juízo natural, que é o Estado de residência habitual da criança, antes da ocorrência de sua transferência ou retenção.

- Evidenciado o descabimento de contenda sobre direito de guarda da criança, se revela igualmente imprópria, via de consequência, discussão acerca de quem possuiria condições de oferecer melhor qualidade de vida ao menor.

- Hipótese em que restou comprovado nos autos que o menor S.R.G. mantinha residência habitual no Estado de Nova Jérsei, USA, até 16 de junho de 2004, e que seu pai detinha o respectivo direito de guarda. Com a vinda do infante para o Brasil, em férias, na companhia de sua mãe, e conseqüente permanência desautorizada, evidenciou-se violação a normas da Convenção e da respectiva lei americana de regência. A isso se seguiu uma segunda retenção de Sean, não menos ilícita, já então perpetrada pelo apelante, em consequência da morte da genitora. Ambas retenções deram ensejo ao ajuizamento de ações distintas, com base em que a permanência do infante encontrava-se viciada na sua origem e que, destarte, a residência habitual do menor jamais poderia ser tida por fixada no Brasil.

- A exceção disciplinada no 12 da Convenção da Haia de 1980, que trata da possibilidade de integração da criança ao seu novo meio, só tem aplicabilidade na hipótese em que, entre a data da transferência ou retenção ilícita e a data do início do procedimento administrativo ou judicial, visando ao retorno da criança, haja decorrido período de tempo superior a um ano, o que não ocorreu no caso dos autos.

- A exceção prevista no artigo 13, alínea "b", da Convenção da Haia de 1980, que trata da possibilidade da existência de grave risco de que a criança fique exposta a dano físico ou psicológico se devolvida ao Estado de sua residência habitual, deve ser interpretada restritivamente, sendo necessário evitar a devolução de infantes a famílias desestabilizadas, a ambientes sociais ou nacionais perigosos, países em convulsão, inter alia. Daí se extrai que tal previsão concerne a situações de fato caóticas, verificadas no domínio do Estado requerente, no que se poderiam enquadrar,

de forma exemplificativa, hipóteses de conflitos armados, epidemias incontroláveis, rigoroso desabastecimento de alimentos, enfim, conjunturas que escapassem ao controle das próprias autoridades competentes do Estado de residência habitual da criança, situação em que, de certo, não se enquadram os EUA.

- A aplicabilidade da exceção prevista no artigo 13, alínea "b", primeiro parágrafo, da Convenção da Haia de 1980, está condicionada a verificação de que a criança tenha atingido idade e grau de maturidade capazes de possibilitar que sua opinião seja levada em consideração, situação que não se verifica in casu, onde, como clara e enfaticamente externado no teor do laudo pericial psicológico elaborado pelas peritas do Juízo, o menor S.R.G. não está apto a decidir sobre o que realmente deseja, seja pelas limitações de maturidade inerentes à sua tenra idade, seja pela fragilidade de seu estado emocional, seja, ainda, pelo fato de já estar submetido a processo de alienação parental por parte da família brasileira.

- Regime de transição fixado na sentença que se afasta.

- Efeitos da antecipação da tutela jurisdicional que se modificam.

- Recurso de apelação de S.B.C.R. e R.C.R.F. não conhecido.

- Recurso de apelação de J.P.B.L.L.S. parcialmente provido.

(APELAÇÃO CIVIL 2008.51.01.018422-0 TRF 2ª Região, 5ª Turma Especializada, Data do Julgamento: 16/12/2009, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO MARQUES)"

Tal *Decisum*, registre-se, foi confirmado pelo Pretório Excelso, no mandado de Segurança 28.524, consoante trecho abaixo transcrito:

“Ante o exposto, defiro o pedido liminar para sustar os efeitos da decisão liminar proferida pelo Ministro relator do HC n. 101.985/RJ, do Supremo Tribunal Federal, restaurando-se os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0.”

Por fim, nos termos do art. 16 da Convenção de Haia, o foro competente para decidir as questões de guarda da criança é o local de sua residência habitual. Logo, não se pretende impedir que a Ré deixe de exercer seus direitos sobre a menor, mas que discuta e pleiteie o exercício de tais direitos junto ao Judiciário do Paraguai, onde poderá obter nova decisão regulamentando a situação de MAIRA, podendo, inclusive, com a devida autorização, licitamente transferir o domicílio da criança para o Brasil.

Diante do exposto, não conheço do Agravo Retido da Parte Ré e dou provimento à Apelação da União Federal para julgar procedente a pretensão por ela deduzida, determinando o retorno da menor MAIRA NICOLE CANDIA ALVES DE ALMEIDA ao Paraguai, devendo a criança ser encaminhada à Autoridade Central brasileira, com todas as cautelas necessárias, nos exatos termos da Convenção da Haia de 1980.

É como voto.

Reis Friede
Relator

VOTO REVISOR

Inicialmente, deixo de conhecer o agravo retido de fls. 317/326, na medida em que inexistiu reiteração nas contrarrazões de apelo (§ 1º do art. 523 do CPC).

Conheço da apelação porque presentes os pressupostos legais.

No mérito, o recurso merece provimento.

No caso em tela, a UNIÃO FEDERAL apela da r. sentença de improcedência (fls. 371/386), proferida nos presentes autos da ação ordinária de busca e apreensão da menor M.N.C.A. de A, ajuizada pela ora recorrente em face de FABIANA ALVES DE ALMEIDA, objetivando o repatriamento da criança, embasado em alegado descumprimento da Convenção de Haia.

A discussão cinge-se à verificação da presença, ou não, dos requisitos ensejadores do repatriamento da menor, em sintonia com a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, do qual o Brasil é signatário.

Em primeiro lugar, é incontroverso que a saída da menor impúbere M.N.C.A de A. do Paraguai, em novembro de 2005, ocorreu de forma irregular, em agressão à “patria potestad”, instituto semelhante ao poder de família (fls. 9, 30/33 e 57/60), levando-se em consideração a legislação do país no qual a criança tinha sua residência habitual antes da transferência impugnada. Observa-se dos autos que a menor foi retirada do Paraguai sem autorização ou conhecimento de seu pai, o Sr. HIGINIO CANDIA YUBERO, sendo certo que, em agosto de 2006, o referido genitor requereu junto à Autoridade Central do Paraguai o repatriamento de sua filha. Confira-se: (fls. 32/33)

“As circunstâncias do traslado e retenção ilícitos realizadas pela mãe da menina, Sra. Fabiana Alves de Almeida se acham emolduradas nos artigos 1, 2 e 3 do “Convênio sobre Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Menores” assinado e ratificados por nossos países.

Que, a menina MAIRA NICOLE CANDIA em todo este tempo tem estado sob a proteção e cuidado de seu pai. A Sra. Fabiana

Alves de Almeida ao momento da SUBTRAÇÃO se encontrava unida ao Sr. Higinio Candia; no entanto com a atitude tomada pela mesma em data 3 de novembro de 2005 contravém os princípios fundamentais de proteção da menina MAIRA NICOLE, qual é “o direito a viver e desenvolver-se no seio de sua família” (Art. 8 do Código da Meninice e a Adolescência).

É importante mencionar que em data 3 de novembro de 2005, sendo aproximadamente as 20:00hs., o peticionante da restituição chega à casa e se percata da ausência de MAIRA NICOLE e de sua mãe, ao momento chega à casa outra filha da Sra. Fabiana de nome BÁRBARA GIMENEZ de 9 anos de idade, quem manifesta que sua mãe foi a casa de uma amiga levando A MAIRA NICOLE e que esse dia não virão a casa a dormir “porque ficará ao cuidado” da amiga enferma.

Que, o dia 4 de novembro de 2005 a Sra. Fabiana Alves de Almeida volta ao domicílio marital mas sem a menina MAIRA e ao só efeito de levar seus pertences, indicando que ficaria no domicílio de sua irmã CLAUDIA e que traria à menina junto ao pai; no entanto, isso não sucedeu pois às 16:00hs da data mas acima assinalada, MAIRA NICOLE CANDIA ALVES DE ALMEIDA é transladada pela mãe sem consentimento nem autorização de seu pai até a cidade brasileira de Rio de Janeiro, em San Juan de Meriti, Vilar Dos Tellez N° L 5 Q Três. Ante esta abrupta determinação, em data 5 de novembro de 2005 o pai da menina interpôs no Ministério Público, Unidade Fiscal N° 7, a denúncia pelo fato punível contra o estado civil, casal e família contra a Sra. Fabiana Alves de Almeida, cuja cópia se acompanha.

Como pode observar, a menina foi levada pela Sra. Fabiana Alves de Almeida VIOLANDO A PÁTRIA POTESTADE exercida pelo Sr. HIGINIO CANDIA YUBERO, fato punível qualificado como DELITO no Código Penal Paraguaio contravindo de igual modo o articulo 70 da Lei 1680/01 “CÓDIGO DA MENINICE E A ADOLESCENCIA” que diz: (...) “O pai e a mãe exercem a pátria potestade de seus filhos em igualdade de condições...”, sendo na Republica do Paraguai a instituição de família exercida por ambos progenitores, disposição legal concordante com os artigos 5° e 14° do Convênio sobre Aspectos Civis da Subtração Internacional de Menores.”

(Nota n° 56/06, de agosto de 2006, enviada pela Autoridade Central do Estado do Paraguai à Autoridade Central da República Federativa do Brasil, cópia – fls. 32/33)

Em segundo lugar, então, seria caso de examinar se existiriam os motivos que justificariam a não-devolução da menor, com base na própria Convenção, que tem por finalidade o imediato retorno da criança ao país de origem em caso de transferência ou retenção irregular. O indeferimento do regresso é uma exceção, tendo em vista que a saída foi ilícita.

É importante consignar que o artigo 12 da Convenção estipula que, em caso de pedido de retorno do menor em menos de um ano do ato ilícito de retirada do país de sua residência habitual (perante a autoridade judicial ou administrativa), a autoridade judicial deverá ordenar o imediato regresso, sendo certo que o citado artigo menciona, outrossim, que a criança também deveria ser devolvida imediatamente na hipótese de pedido formulado posteriormente a um ano do fato, salvo se a criança estivesse integrada em seu novo meio social. Observa-se que a ressalva à devolução, por estar a menor integrada ao novo ambiente, ocorreria tão-somente na situação de propositura ulterior a um ano do ilícito, o que não ocorreu no caso dos autos.

A menor nasceu no Paraguai, cidade de San Lorenzo, em 25 de setembro de 2001 (fl. 40) e ingressou em nosso território em novembro de 2005, encontrando-se aqui, assim, há cinco anos e meio, aproximadamente, sendo certo que o pedido de repatriamento apresentado à Autoridade Central Brasileira data de 07/08/2006 (fls. 27 e 30/31), portanto, a menos de um ano do ato ilícito de subtração da menor M.N.C.A de A., atualmente com nove anos e oito meses de idade.

No que se refere às exceções do art. 13 da Convenção, penso ser inaplicável a primeira parte da alínea b do dispositivo, que impediria o retorno se houvesse grave risco de a criança ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer modo, ficar em uma situação intolerável. Consigna JACOB DOLINGER que o dispositivo “deve ser entendido como uma medida de caráter humanitário, visando a evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão”. O Paraguai não está em convulsão interna, é uma democracia e tem um Judiciário independente. Por outro lado, inexistente qualquer elemento quanto a riscos em virtude do contato da menor com seu pai, sendo insuficiente alegar-se que “o Sr. Higinio bebia muito whisky, ficando muito violento nestas ocasiões” (fl. 175). Isso pode ter algum reflexo, eventualmente, na decisão sobre a guarda, mas não constitui risco para a devolução da criança. Ademais, não há configuração do estado de insolvabilidade do requerente ou de sua total inaptidão para arcar com o sustento e educação da menor, caso necessário.

A menor é muito nova para ter maturidade suficiente, a ensejar a capacidade de discernir o ocorrido - e seus reflexos – e com condições de analisar de forma isenta a situação – a afastar hipotética influência maternal ou de parentes – para manifestar sua vontade no sentido de que se opõe ao pedido, nos termos da 2ª parte da alínea b do artigo 13 da Convenção.

Finalmente, não consigo detectar incompatibilidade com os princípios fundamentais, com os direitos humanos e com as liberdades fundamentais, nos termos do art. 20 da Convenção. A efetivação de uma devolução não violaria um direito fundamental simplesmente em razão do restabelecimento do estado anterior com base em um ato normativo de que o Brasil é signatário. O dever do Estado e da sociedade de assegurar uma série de direitos à criança e ao adolescente não significa que uma devolução de menor retirado ilegalmente de um país seria inconstitucional, por contrariar os interesses da criança em virtude de sua adaptação em nosso território. A uma, a menor tem pouca idade – nove anos e oito meses - e poderia se readaptar ao ambiente paraguaio, até porque nasceu e viveu lá até os cinco anos de idade. A duas, não se pode afirmar em termos absolutos que a menor, no Paraguai, estaria em piores condições que aqui no Brasil. A três, o retorno não significaria a perda da guarda da mãe em prol do pai, eis que caberia a discussão em outra ação, perante a justiça paraguaia, inclusive com retorno regular ao Brasil. A quatro, o regresso da criança poderia ser efetivado perfeitamente com a mãe, na medida em que não se tem notícia de ordem impedindo o seu retorno ao Paraguai ou que tivesse contato com a menor.

A medida é proporcional ao fato, tendo em vista que é a pura consequência da correção da retirada indevida, com base na legislação internacional incorporada em nosso direito interno.

Mister que se registre que a mãe tem importante papel na execução de uma ordem de devolução, para evitar traumas na menor, notadamente porque, mesmo que de forma inconsciente, foi a causadora da situação e da eventual medida corretiva. O acompanhamento da menor ao Paraguai seria medida mais do que salutar. Quanto aos aspectos referentes à participação da mãe, na hipótese, conveniente transcrever as lúcidas observações do professor JACOB DOLINGER:

“Quando é a mãe que leva a criança para outro país, as consequências da devolução da criança estão muito ligadas ao regresso da mãe, pois se ela não pode ou não quer retornar – seja porque saiu do país devido aos sofrimentos pelos quais lá passava, seja porque teme as consequências que lhe poderão advir do seqüestro que praticou, separar a criança da mãe, que sempre dela cuidou, representa um problema de considerável gravidade. E mesmo que a mãe regresse, o sofrimento a que

poderá ser submetida terá seus reflexos sobre a criança. Por outro lado, deixar que estes aspectos levem a não determinar a volta da criança, significaria premiar quem agiu ilicitamente”

Sobre esse problema, há registros de que mães inglesas recusavam-se a acompanhar as crianças no regresso e argumentavam que estas sofreriam com a ausência. Alta Corte daquele país ressaltou, todavia, que aceitar “esta linha de argumentação daria a toda mãe seqüestradora a arma para vingar o seu seqüestro”.

Noutro giro, importa esclarecer que qualquer análise, envolvendo questões referentes à guarda da menor e ao poder parental, refoge à competência desta Justiça.

Isto posto,

I – Não conheço do agravo retido da parte ré; e

II - Conheço e dou provimento à apelação da União Federal para julgar procedente o pedido autoral e determinar o repatriamento da menor MAIRA NICOLE CANDIA ALVES DE ALMEIDA ao Paraguai, devendo a criança ser conduzida imediatamente à Autoridade Central brasileira, em conformidade com a Convenção de Haia de 1980.

Dê-se ciência ao Consulado do Paraguai e à Autoridade Central do Brasil.

É como voto.