

**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS**

INAIANE CERQUEIRA DE MELO

**A CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E A APLICAÇÃO OU NÃO DO DIREITO DE
GUARDA E VISITAÇÃO NO BRASIL QUANDO DA OCORRÊNCIA DE
TRANSFERÊNCIA ILÍCITA.**

Brasília/DF
1º semestre de 2012

Inaiane Cerqueira de Melo

**A CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E A APLICAÇÃO OU NÃO DO DIREITO DE
GUARDA E VISITAÇÃO NO BRASIL QUANDO DA OCORRÊNCIA DE
TRANSFERÊNCIA ILÍCITA.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharel em Direito, da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Gustavo Ribeiro

Brasília/DF
1º semestre de 2012

Inaiane Cerqueira de Melo

**A CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E A APLICAÇÃO OU NÃO DO DIREITO DE
GUARDA E VISITAÇÃO NO BRASIL QUANDO DA OCORRÊNCIA DE
TRANSFERÊNCIA ILÍCITA.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharel em Direito, da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Gustavo Ribeiro

Brasília, 2012

Banca Examinadora:

Professor Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

DEDICATÓRIA

À minha querida avó Ana Camargos de Melo (in
memorian).

RESUMO

Este trabalho tem como tema a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e a aplicação do direito de guarda e visitação no Brasil quando da ocorrência de transferência ilícita. O objetivo é compreender a aplicação do direito de guarda e visitação na Convenção, e como o Brasil analisa seus casos quando há a violação ou não desses direitos determinando o retorno imediato. Neste trabalho procurou-se estudar o sistema protetivo brasileiro referente à sua população infanto-juvenil, com enfoque no direito de guarda e visitação, bem como o funcionamento da Convenção para a análise de como o Brasil vem aplicando esses direitos. Este estudo levou em consideração os princípios fundamentais de direito da criança e do adolescente como o melhor interesse da criança, a proteção integral do Estado, o direito à manifestação e ainda a convivência familiar.

Palavras-chave: Convenção de Haia; Direito de guarda e visitação; Transferência ilícita; Retorno imediato; Sistema protetivo brasileiro; Princípios fundamentais de direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O SISTEMA PROTETIVO BRASILEIRO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES RELACIONADO AO DIREITO DE GUARDA E VISITAÇÃO	11
1.1 A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E O PODER DE FAMÍLIA	11
1.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	13
1.3 O DIREITO DE GUARDA E VISITAÇÃO NO BRASIL	17
1.4 O SEQUESTRO INTERPARENTAL E A ALIENAÇÃO PARENTAL	23
2 DO FUNCIONAMENTO DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS	28
2.1 A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS	28
2.2 A TRANSFERÊNCIA ILÍCITA	31
2.3 A AUTORIDADE CENTRAL	32
2.4 A RESTITUIÇÃO IMEDIATA	36
3 O DIREITO DE GUARDA E VISITAÇÃO APLICADO NA CONVENÇÃO	41
3.1 O DIREITO DE GUARDA NA CONVENÇÃO	41
3.2 O DIREITO DE VISITA	46
3.3 A RESIDÊNCIA HABITUAL	47
4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS REFERENTES À APLICAÇÃO OU NÃO DO DIREITO DE GUARDA E VISITAÇÃO NO BRASIL DIANTE DA TRANSFERÊNCIA ILÍCITA	50
4.1 APELAÇÃO CÍVEL Nº. 478767/CE	50

4.2 APELAÇÃO CÍVEL Nº. 525772/PE	51
4.3 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0002532-05.2012.4.3.0000/SP	53
4.4 APELAÇÃO CÍVEL Nº. 497870/RJ	54
4.5 APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0043806-61.2007.4.01.3400/DF	57
4.6 CONCLUSÃO DAS ANÁLISES	58
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
OUTRAS REFERÊNCIAS	65
ANEXO I - CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS	66
ANEXO II - EMENTA DOS ACÓRDÃOS	78

INTRODUÇÃO

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 é um tratado internacional que tem como objetivo principal a restituição imediata de crianças ou adolescentes, até 16 anos de idade, que foram retirados indevidamente de seu país de residência habitual por um de seus pais.

Embora o termo sequestro nos remeta à ideia de crime tipificado no Código Penal Brasileiro, nesse caso, em nada tem a ver com aquela conduta, uma vez que a Convenção refere-se apenas à situação que ocorre entre os pais; daí o fenômeno chamado “sequestro interparental”, que pressupõe a saída por um dos genitores com o filho para outro país, que não o de origem da criança, sem o consentimento do outro. Trata-se, na verdade, de rapto e não de sequestro.

Esta saída é ilícita, pois desrespeita o direito de guarda do outro genitor, ainda que ambos os pais estivessem convivendo em união ou separados. O direito de guarda e posse decorre do poder de família. Quando ambos os pais convivem em união, ambos possuem posse e guarda de seus filhos. Quando se separam, permanecem com esse direito, no entanto, é comum que a lei confira a apenas um a guarda física, que é a presença constante com o filho, atribuindo ao outro genitor o direito de visita. Nesse sentido, a Convenção se aplica em casos de rapto da criança ou adolescente por um dos pais para outro país, desrespeitando além do direito de guarda, o direito de visita também.

A Convenção de Haia de 1980 deve respeitar os direitos fundamentais de toda criança e adolescente, por isso, tem como referência a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que representa tudo que a sociedade deve garantir à sua população infanto-juvenil.

Ao assinar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, e também a Convenção de Haia de 1980 sobre o Sequestro Internacional, o Brasil assumiu compromisso internacional de respeitar e fazer respeitar direitos fundamentais relativos às crianças e adolescentes. Tais direitos são expressos por meio de princípios como o direito à convivência familiar, à manifestação, oportunidades de serem ouvidas em

juízo, dentre outros. Todos eles encontram-se presentes em nosso Estatuto da Criança e Adolescente, e devem ser observados quando da aplicação da Convenção de 1980 no caso de sequestro interparental.

Ademais, o princípio do melhor interesse da criança, em vigor em nosso sistema jurídico através do artigo 5º, §2º da Constituição Federal, é também vetor guia da Convenção de Haia de 1980, que leva em consideração sempre o que for melhor para a criança ou adolescente em detrimento do que for melhor para os pais.

Sendo assim, é necessário compreender o sistema protetivo das crianças e adolescentes em nosso país, bem como entender os diversos tipos de guarda e como são aplicadas, para compreender como o nosso país aplica a referida Convenção ao analisar se houve transferência ilícita ou não. Ainda, a Convenção dá ao direito de guarda e visita um entendimento único e diferenciado dos demais entendimentos que cada país possui desses direitos.

Importante compreender também como funciona a Convenção e saber conceitos como transferência ilícita, residência habitual e retorno imediato. Trata-se de termos operacionais que são utilizados e possuem sentido único na Convenção. Compreender do que se trata, e qual o papel da Autoridade Central também é de extrema importância, uma vez que é ela que irá cuidar dos interesses daqueles que foram raptados, e, por conseguinte, é a que irá providenciar o imediato retorno deles.

A Convenção entende que o melhor para a criança ou adolescente é sempre em primeiro lugar a restituição imediata. Há hipóteses, porém, que nem sempre a restituição imediata será o melhor caminho, podendo a Autoridade Central ou o Poder Judiciário negar-se à entrega, se entender, em contrário, que o melhor para eles é a permanência no território para o qual foram levados. No entanto, essa possibilidade de recusa ao retorno deve ser interpretada de maneira restritiva, sendo aplicada somente em determinados casos expressos na Convenção, no mais, o retorno imediato é sempre medida que se impõe.

O crescente número de viagens internacionais, seja a passeio, estudo ou a trabalho, e, ainda, o uso da internet, por exemplo, facilita a aproximação entre pessoas de diferentes países. Cada vez mais, acaba sendo normal o relacionamento afetivo entre essas pessoas e a conseqüente geração de filhos. Ocorre que, muitas vezes, a pessoa

acaba por retornar ao seu país de origem, levando esse filho consigo. Assim, o sequestro interparental merece atenção por estar se tornando cada vez mais comum.

A história do menino Sean Goldman, caso de grande repercussão internacional e ainda muito comentada na mídia, revela exatamente o que vem ocorrendo nos tempos atuais. O fato é que o pai conseguiu que o menino fosse restituído, como de certo determina a Convenção. O pedido de retorno imediato foi cumprido, mas não podemos afirmar que essa restituição tenha sido de todo saudável para a criança, justamente pelo grande período de tempo que o menino ficou em território nacional enquanto o caso não era resolvido.

É certo que o pai teve seu direito de guarda violado, e que por isso tinha toda razão em pedir o retorno imediato. Ainda, esse grande período passado não podia servir para legitimar a transferência ilícita sob o argumento de que a criança já se encontrava adaptada ao novo meio. Porém, o menino criou laços no Brasil, tinha um relacionamento com os avós, tinha uma convivência familiar. Por isso a complexidade dessa questão. O certo era que o menino fosse restituído logo após a sua vinda com a mãe para o país, e os problemas com guarda fossem resolvidos no Estado de residência habitual do garoto, no caso os Estados Unidos, e não que a restituição fosse após longo período de tempo de batalha judicial.

Nesse sentido, a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional se apresenta como importante mecanismo de cooperação jurídica internacional entre os países para garantir os direitos referentes à guarda e visitação do pai ou mãe que foi deixado para trás. Para a sua eficácia é importante que a restituição seja imediata, senão, o retorno pode ser prejudicial aos filhos, trazendo consequências psicológicas a eles.

O objetivo principal deste trabalho não é discutir o caso do menino Sean, mas compreender a Convenção e a aplicação do direito de guarda e visitação, bem como compreender como o Brasil analisa seus casos quando há violação ou não desses direitos, determinando ou não a restituição imediata.

1 O SISTEMA PROTETIVO BRASILEIRO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES RELACIONADO AO DIREITO DE GUARDA E VISITAÇÃO

1.1 A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E O PODER DE FAMÍLIA

O poder de família, ou pátrio poder, como antes denominado no Código Civil 1916, é instituto que tem origem no direito romano e foi introduzido no Brasil pela Lei de 20 de outubro de 1823. Tal instituto designava o poder autoritário da figura masculina sobre a família, ordenando as atividades e impondo regras e limites à esposa e aos filhos, “o instituto representava para os seus titulares um poder absoluto, inclusive de vida e morte de seus filhos”.¹

No entanto, com o advento do cristianismo, a evolução dos tempos, e a promulgação do direito no âmbito familiar, a noção de pátrio poder passou por mudanças e hoje apresenta um conceito bem diferente do existente na antiguidade. Atualmente se trata mais de um conjunto de deveres do que de direitos, sendo melhor designado como o “conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade”.²

Neste sentido, não há mais o caráter absoluto antes contemplado no direito romano. Orlando Gomes, se abstém de definições sobre o pátrio poder. Aduz o autor que:

O instituto perdeu sua organização despótica inspirada no direito romano, deixando de ser um conjunto de direito de pai sobre a pessoa dos filhos, amplos e limitados, para se tornar um complexo de deveres. A evolução orientou-se, fundamentalmente, para três finalidades: a) limitação temporal do poder; b) limitação dos direitos do pai e do seu uso; c) colaboração do

¹ ROBERTO, João Elias. *Pátrio Poder Guarda dos Filhos e Direito de Visita*. São Paulo: Saraiva, 1999. p 5.

² ROBERTO, João Elias. *Pátrio Poder Guarda dos Filhos e Direito de Visita*. São Paulo: Saraiva, 1999. p 5.

Estado na proteção do filho menor e intervenção no exercício do pátrio poder para orientá-lo e controlá-lo.³

Assim, é o Estado que fixa normas para o exercício do pátrio poder, ou poder de família, como melhor designado, sendo este irrenunciável, indelegável e imprescritível. Desta feita, não podem os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem, apenas com algumas exceções previstas no artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O artigo 1.630 do Código Civil preceitua que os filhos estão sujeitos ao poder de família enquanto menores. Diz o artigo:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.⁴

Quer dizer que se houver separação de fato, aquele que tiver a guarda do filho menor exerce o poder paternal em toda plenitude, restando ao outro o direito de visita e também o de vigilância. “Quem não tem a guarda não perde o poder familiar, conquanto sejam limitados seus direitos e deveres”⁵, como o próprio artigo 1632 do Código Civil menciona. Trata-se de “direito de família puro, indisponível, de sorte não se pode abrir mão dele”.⁶

Quanto ao exercício do poder familiar, na falta de um dos pais, o outro o exercerá com exclusividade. O Código Civil determina os direitos e deveres que incumbem aos pais referentes à pessoa dos filhos menores. Ainda o poder familiar poderá ser suspenso ou extinto se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade ou faltar com os seus deveres. Desta forma:

³GOMES, 1968 apud OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho*: Doutrina, Jurisprudência, Prática. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Destaque, 1997. p 69.

⁴ VADE MECUM: Compacto. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 278.

⁵ ROBERTO, João Elias. *Pátrio Poder Guarda dos Filhos e Direito de Visita*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.5.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.241.

[...] O pátrio poder é hoje encarado sob uma perspectiva muito mais abrangente, no sentido de uma maior responsabilidade cometidas aos pais; estes, pela ordem jurídica atual, a exercem conjuntamente e em pé de igualdade. Aumentaram-se outrossim, os poderes de intervenção do Estado com vista no amparo e proteção dos interesses da criança e da juventude, segundo a tendência mundial da legislação das nações modernas na área.⁷

1.2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O ECA “nada mais é do que um instrumento de cidadania. Na verdade o ECA é uma lei, fruto da luta de movimentos sociais, profissionais e de pessoas preocupadas com as condições e os direitos infanto-juvenis no Brasil”.⁸

Decretado pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, a criação do estatuto garante os direitos e deveres das crianças e dos adolescentes, bem como os direitos e deveres dos adultos para com eles. Assegurados pelo ECA, todas as crianças e adolescentes, sem levar em conta cor, etnia, ou classe social, têm direito a atenção, proteção e cuidados especiais necessários a seu desenvolvimento e à transformação em adultos saudáveis.⁹

Antes do surgimento do estatuto existia somente o Código de Menores de 1979, uma lei que dispunha sobre os menores de 18 anos abandonados, carentes ou infratores. A atenção era voltada apenas àqueles em “situação irregular”, havia um caráter discriminatório, que associava a pobreza à “delinquência”, encobrendo as reais causas das dificuldades vividas por esse público, a enorme desigualdade de renda e a falta de alternativas de vida.

Ao contrário do Código de Menores, o ECA trouxe uma mudança na mentalidade da sociedade em relação às suas crianças e adolescentes. O estatuto garante à população infanto-juvenil o direito à cidadania independente da classe social.

⁷OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho: Doutrina, Jurisprudência, Prática. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Destaque, 1997. p.68.

⁸CLARETIANAS (Org.). *ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente: Apresentação*. Disponível em: <<http://eca.claretianas.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁹CLARETIANAS (Org.). *ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente: Apresentação*. Disponível em: <<http://eca.claretianas.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

Trata-se de direitos conferidos sob um caráter universal, assim, todas as crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos.

Doravante, o ECA serve como instrumento de exigibilidade de direitos àqueles que estão vulnerabilizados pela sua violação. Um debate é iniciado depois de formulado o estatuto buscando entender as competências e capacidades da população infanto-juvenil. Os menores recebem a denominação de crianças e adolescentes em situação própria de desenvolvimento, mudando-se assim o padrão. Considera-se o momento presente das crianças e adolescentes, suas possibilidades nessa idade e não a esperança do que podem ser no futuro. Desse modo, evidencia-se a positividade do conceito de infância, que é passageira e única. É uma contínua transformação, um ente processual.¹⁰

Em seu artigo 3º, o ECA dispõe sobre a proteção integral às crianças e aos adolescentes. Preceitua o artigo:

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, e condições de liberdade e de dignidade.¹¹

Neste sentido, o ECA deixou de lado a concepção antiga que tratava a criança e os jovens como objeto de direito, passando estes a serem sujeitos de direitos. Logo, são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade, e mais direitos especiais, que decorrem precisamente do seu estado ontológico de pessoa em desenvolvimento. “Ser sujeito de direitos significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”.¹²

Por isso, a proteção integral do Estado é extremamente necessária para o desenvolvimento físico, psíquico e mental das crianças e adolescentes, pois, a criança e

¹⁰ ANA SILVIA ARIZA DE SOUZA. *Código de Menores x ECA: mudanças de paradigmas*, 2004. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/TabId/77/ConteudoId/deed5f8a-32a1-48cb-b52f816adc45e7e0/Default.aspx>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹¹ CLARETIANAS (Org.). *ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente: Apresentação*. Disponível em: <<http://eca.claretianas.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹² PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Revista Brasileira de Direito de Família, n° 6, p.36, jul./ago./set. 2000.

o adolescente, por estarem se desenvolvendo física e psicologicamente, merecem um tratamento distinto por parte das pessoas. Esse tratamento deve garantir a proteção integral e não torná-los inferiores sob o ponto de vista jurídico.¹³

A Constituição Federal de 1988 tutela os direitos da família, criança, adolescente e idoso em seu capítulo VII. Dispõe a Carta Magna no artigo 227 um emaranhado de direitos e deveres às crianças e aos jovens, assegurando-lhes 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.¹⁴

Verifica-se, desse modo, que a família, a sociedade e o Estado, na redação do artigo 227, devem proteção absoluta à criança e ao adolescente – alvos prioritários em relação às demais pessoas; sendo isso previsto no artigo 5º da Constituição, no campo dos direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁵

A Convenção Internacional dos Direitos das Crianças foi aprovada por unanimidade em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. De acordo com Tânia da Silva:

Ela representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar às suas leis. Exige, por parte de cada Estado, que a ratifique, uma tomada de decisão, incluindo-se os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições e obrigações concernentes à sua infância.¹⁶

A referida Convenção prevê, em seu item 3.1, um importantíssimo princípio que deve ser observado como vetor-guia em todas as ações relativas às crianças; trata-se do melhor interesse da criança, um princípio em vigor em nosso

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas*. Revista do Advogado. v.28, n.101, p.32, dez./2008.

¹⁴ VADE MECUM: Compacto. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.72.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luis Netto. “*Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*” apud PEREIRA, Rodrigo Cunha. *A Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.252.

¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Revista Brasileira de Direito de Família, n° 6, p.31, jul./ago./set. 2000.

sistema jurídico através do artigo 5º, § 2º¹⁷ da Constituição Federal. Dispõe o item que todas as ações relativas às crianças devem considerar, primordialmente, o interesse superior delas.¹⁸

O sistema jurídico brasileiro incluiu permanentemente o princípio do melhor interesse da criança e isso tem orientado a modificação das legislações internas concernentes à proteção da criança na América. Esse princípio ajuda a superar os embates de interesse entre uma criança e outra pessoa. Diante desses embates, a ideia principal deste conceito é mostrar que os interesses da criança estão acima dos de outras pessoas ou instituições como no caso do fim de um casamento, por exemplo. Este princípio origina-se na instituição do *parens patriae*, usado na Inglaterra, onde o Rei e a Cora possuem o direito de proteger os que não são capazes de cuidar de si próprios.¹⁹

O ECA, em diversos dispositivos, fornece subsídios para a compreensão do conteúdo e dos efeitos do princípio, porém o artigo 227 da Constituição Federal, combinado com as regras do ECA, mostra-se parcial na visão civil-constitucional. Entretanto, o princípio mencionado exige ser implementado na norma, não apenas como um princípio geral, mas como um instrumento de interpretação e aplicação da lei nos casos relacionados à criança e o adolescente.²⁰

Ainda quanto à interpretação do princípio, podemos afirmar que ele é importante no novo arranjo de proteção da infância e juventude no Brasil, porém abarca uma ideia imprecisa, sendo necessários a redefinição de seus parâmetros e o estabelecimento de diretrizes em relação aos demais princípios legais. Identificar este princípio no direito brasileiro através das regras de interpretação e das normas de direito

¹⁷ VADE MECUM: Compacto. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.11. “Os direito 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”.

¹⁸ PRÓMENINO. *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://www.pro menino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/c17c8956-dc66-4aa7-9a93776896a56a37/Default.aspx>>. Acesso em: 19 nov. 2011. “Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança”.

¹⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Revista Brasileira de Direito de Família, n° 6, p.32, jul./ago./set. 2000.

²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A parentalidade responsável e o cuidado*: novas perspectivas. Revista do Advogado. v.28, n.101, p.33, dez./2008.

positivo é um desafio. Assim, não seriam falhas da lei, pois, com pequenas variáveis, este princípio aparece em modelos jurídicos caracterizados por ideologias distintas.²¹

Assim, conclui-se que, tanto a proteção integral à criança e ao adolescente quanto o melhor interesse da criança, são institutos fundamentais que devem ser aplicados quando se tratar de questões que envolvam a população infanto-juvenil. Nota-se que houve, portanto, o “reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente como direitos oponíveis à família, à sociedade e ao Estado, o que, em termos literais, torna a criança e o adolescente muito mais tutelados do que a família”.²²

Ademais, as dificuldades encontradas na interpretação do ECA e do princípio do melhor interesse da criança levam-nos a crer que é necessário redefinir parâmetros e fixar novas diretrizes para melhor aplicá-los e compreendê-los em nosso direito.

1.3 O DIREITO DE GUARDA E VISITAÇÃO NO BRASIL

O direito de guarda e visitação decorre naturalmente do poder de família, eis que compete aos pais ter seus filhos em sua companhia e guarda. Assim sendo, é comum que a prole fique sob a guarda dos pais, e, em caso de separação, somente um ficará com tal direito. No entanto, é possível também que a criança ou o adolescente fique sob a guarda de terceira pessoa, que pode ser parente ou não, ou até mesmo uma instituição ou organismo.

“Quando os pais estão juntos não ocorrem muitos problemas sobre a guarda, entretanto, esta lhes poderá ser tirada, mormente se não está sendo exercida com desvelo, tendo em vista o pleno desenvolvimento da personalidade do filho”.²³

²¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Revista Brasileira de Direito de Família, n° 6, p.38, jul./ago./set. 2000.

²² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A parentalidade responsável e o cuidado*: novas perspectivas. Revista do Advogado. v.28, n.101, p.33, dez./2008.

²³ ROBERTO, João Elias. *Pátrio Poder Guarda dos Filhos e Direito de Visita*. São Paulo: Saraiva, 1999. p 51.

São exigidos dos pais não apenas a satisfação das necessidades materiais, mas também o cumprimento de deveres de índole espiritual, com vista à formação ética do filho. Mesmo que, de certa forma, o exercício do poder familiar requeira a convivência de pais e filhos em um mesmo lugar, esse direito-dever dos pais destina-se à proteção, à educação e preparação para um melhor desenvolvimento para a vida de seus filhos.

É certo que, nos tempos atuais, houve transformações no conceito do instituto família, gerando novas vertentes de organizações familiares. A questão da família monoparental e o casamento homoafetivo, por exemplo, são temas hoje bastante comuns em nosso meio, a tal ponto que se tornou aceitável pela sociedade a definição de família como qualquer grupo de pessoas que convivam sob o mesmo teto, sejam do mesmo sexo ou não. Desse modo, o conceito de família tornou-se muito mais amplo.

O crescimento do número de mulheres levadas a constituir famílias sem a presença de um marido, seja por estar judicialmente ou separada de fato, seja por ser solteira com a paternidade reconhecida ou não, ou simplesmente por optar pela maternidade sem a presença de um pai, exercendo somente ela o poder de família, transformou-se nos tempos atuais num fenômeno sociológico dos mais marcantes na questão da formação familiar.

No que toca a guarda da criança ou do adolescente, este é direito condicionado ao interesse destes. A guarda decorre, em princípio, da lei e, excepcionalmente, de decisão judicial, de acordo com a situação fática. Irá decorrer da lei como consequência natural do poder de família, dos direitos da tutela ou da adoção. De decisão judicial, quando ao juiz é conferido amplo poder de regulamentação, modificação e reversão da guarda em determinados casos. Segundo Oliveira:

A regulamentação da guarda advém, com frequência, de acordos homologados em juízo com a participação do Ministério Público, como nos ajustes das cláusulas de guarda e visitação dos filhos, realizados nas convenções de separação consensual ou de divórcio, em que os pais convencionam que o filho ficará sob posse e guarda de um dos genitores (em geral a mãe), acarretando ao outro o encargo alimentar e o direito de vigilância e de convivência de acordo com o que ficar estipulado no calendário de visitação. Ainda, pode a guarda ser estabelecida também em

acordo autônomo, em que os pais confiem o filho menor a pessoa idônea, capacitada para exercê-la, como os avós, por exemplo.²⁴

Logo, a regulamentação do direito de guarda e responsabilidade define qual pai, ou se ambos (ou também outro alguém da família, ou mesmo uma instituição) ficarão com a guarda do filho. Tal fato deve levar em consideração sempre o melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar, pois se tratam de direitos fundamentais da criança e do adolescente, por consequência, tutelados no ECA e na Constituição Federal.

O Código Civil determina no artigo 1.583 que a guarda será unilateral ou compartilhada. A guarda única é tradicionalmente a mais utilizada. Nesta, a responsabilidade fica competida a um dos genitores, enquanto ao outro (pai não-guardião) é assegurado o direito de visita. Com relação à guarda unilateral, o parágrafo segundo do referido artigo determina que:

A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, II - saúde e segurança, III - educação.²⁵

Existem críticas quanto à guarda unilateral, uma vez que acaba por afastar o genitor não-guardião do dia-dia da criança ou adolescente, pois quem irá lidar mais com as questões peculiares do filho, como o afeto, a educação e o lazer, será o pai guardião. No entanto, o parágrafo terceiro do artigo 1.583 determina que “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos”.²⁶ O acesso ao filho fica muito restrito, tendo o pai apenas o direito de visita, que, em geral, é exercido apenas uma vez por semana ou através de fins de semana alternados.

A guarda compartilhada, criada pela lei 11.689 de 2008, e prevista na segunda parte do parágrafo primeiro do artigo 1.583 do Código Civil, é a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.²⁷ Os pais devem compartilhar, mesmo depois do divórcio, tudo o que for de interesse da criança.

²⁴ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho: Doutrina, Jurisprudência, Prática. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Destaque, 1997. p.84.

²⁵ VADE MECUM: Compacto. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.275.

²⁶ VADE MECUM: Compacto. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.275.

²⁷ VADE MECUM: Compacto. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.275.

A lei determina que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.²⁸

Nota-se uma preferência pela adoção da guarda compartilhada, pois é a que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente, uma vez que os pais devem fazer tudo conjuntamente e permanentemente, dividindo a responsabilidade legal sobre os filhos e ao mesmo tempo compartilhando as obrigações pelas decisões importantes relativas a eles. Desse modo, a criança ou o adolescente se sentem mais seguros e tranquilos, pois saberão que, mesmo após o divórcio, terão a presença constante dos pais. A respeito disso, Santarelli observa que:

A guarda compartilhada é excelente para impedir que os filhos se sintam abandonados, um sentimento que o distanciamento de corpos impostos pela separação do divórcio dos pais provoca no espírito das crianças e dos adolescentes, porque os pais, pelo compartilhamento da guarda jurídica e física, permanecem presentes sem que se obrigue o filho a escolher com quem ficar, uma decisão difícil.²⁹

Vale destacar que a aplicação da guarda compartilhada irá depender de cada caso concreto, uma vez que o direito de visita deverá ser exercido de maneira livre e sem restrições, tudo de comum acordo entre os pais, que deverão se relacionar de maneira madura. Sob essa perspectiva, os pais deverão observar fatores como respeito, responsabilidade, cooperação e cordialidade.

O sentido de compartilhar é pensar, fazer, e proporcionar cooperativamente, proporcionando aos filhos um desenvolvimento emocional, material e moral, e isso vai além de meramente dividir as obrigações, como pensam os pais. Para fortalecer a instituição da guarda compartilhada, é necessário que os pais compreendam o significado especial e de grande alcance de compartilhar, que é tomar parte, participar, compartilhar, partilhar com alguém.³⁰

A guarda alternada, ao contrário da compartilhada, ocorre quando cada um dos pais possui a guarda de forma alternada de acordo com certo período de tempo – um ano, um mês, uma semana, por exemplo. Nesse período, a guarda ocorre de modo

²⁸ VADE MECUM: Compacto. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.275.

²⁹ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Guarda de filhos e a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo, como estabelecido*. RDF – DOCTRINA. n.60, p.45, jun./jul. 2010.

³⁰ GONZAGA, Luís Fabiano Siqueira. *Guarda Compartilhada*, 2009. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/guarda-compartilhada-1283055.html>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

exclusivo, com a totalidade dos poderes-deveres que fazem parte do poder parental. No término do período, os papéis invertem-se.³¹

Esta guarda é bastante criticada, pois sua aplicação “é inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica”³². Nesse caso, a criança ou o adolescente não se fixam em um mundo particular, estarão sempre submetidos a um mundo alternativo, um mundo onde eles saberão que aquilo é temporário, sua casa, seu núcleo de amigos. Há também um choque na educação do filho, pois o pai poderá criá-lo de um jeito e a mãe de outro, ocasionando na criança ou no adolescente diferentes comportamentos.

Desse modo, a questão da guarda e da visitação deve ser sempre observada e aplicada tendo-se em vista o melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar, direito este fundamental e que é tutelado no ECA, no qual, é direito de toda criança ou adolescente serem criados no meio da própria família, ou de forma excepcional, em uma família substituta, garantindo a convivência em família e comunidade, em um meio em que seu desenvolvimento físico e mental não seja prejudicado.³³

Ainda, para a fixação do direito de guarda e visitação, ou para eventual modificação desses direitos, deve-se levar em conta a manifestação da criança e do adolescente, o direito que eles possuem de se expressar é direito fundamental, e como tal, deve ser devidamente observado quando se tratar de questões que envolvam interesse deles.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança determina alguns artigos que garantem a liberdade de expressão e associação da criança, dentre eles o artigo 12 preceitua:

1. Os Estados-partes assegurarão à criança, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista, o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias atinentes à criança, levando-se devidamente em conta essa opiniões em função da idade e maturidade da criança.

³¹ APASE - ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS. *Definição de guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

³² APASE - ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS. *Definição de guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

³³ CLARETIANAS (Org.). *ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente: Apresentação*. Disponível em: <<http://eca.claretianas.br/>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

2. Para esse fim, à criança será, em particular, dada a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais do direito nacional.³⁴

Sob esse prisma, a criança ou o adolescente que é capaz de formular seus próprios pontos de vista tem o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ele. Tais opiniões devem ser consideradas em função de sua idade e maturidade.

Na Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de crianças, por exemplo, o direito de manifestação também é assegurado, porém, sua aplicação se dá modo restritivo. O artigo 13 da referida Convenção possibilita às crianças serem ouvidas quando verificado que elas se recusam ao retorno imediato. Entretanto, a manifestação somente é levada em conta quando já tenham atingido idade e grau de maturidade de modo que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto que lhes diga respeito.³⁵

Ainda, o ECA lhes confere o direito à manifestação tratando-o como fundamental e assegurando à população infanto-juvenil o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. Preceitua o estatuto no artigo 16 que, além dos demais aspectos tratados nos incisos, o direito à liberdade compreende também o aspecto da opinião e expressão.³⁶

As crianças e os adolescentes também possuem o direito de serem ouvidos em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhes digam respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado. Trata-se da oitiva da criança e do adolescente em juízo. A respeito desse assunto, os artigos 28, §1º, e 161, §2º, ambos do ECA, tratam dessa possibilidade, assegurando-lhes o direito de serem ouvidos sempre quando se tratar de colocação em família substituta ou em casos de modificação de guarda. De acordo com Manzalli:

³⁴ PRÓMENINO. *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/c17c8956-dc66-4aa7-9a93-776896a56a37/Default.aspx>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

³⁵ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 19 nov. 2011.

³⁶ CLARETIANAS (Org.). *ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente: Apresentação*. Disponível em: <<http://eca.claretianas.br/>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

Na ruptura consensual do relacionamento dos genitores, o juiz acolhe, na maior parte das vezes, o colocado pelos pais no acordo, sob a presunção de que eles visem o melhor interesse da criança. Contudo, a doutrina moderna entende que a criança deve ser ouvida nos procedimentos que envolvem a modificação de guarda, em respeito ao artigo 12, da Convenção dos Direitos da Criança da ONU.³⁷

Deste modo, quando se fala no direito da criança e do adolescente serem ouvidos em processo, quem deverá ouvi-los são os agentes que influenciam e participam da decisão que será tomada no caso concreto, como o juiz, o Ministério Público e o advogado, e não mera faculdade da autoridade judiciária. Além disso, é importantíssimo o papel de psicólogos e agentes especializados em lidar com crianças e adolescentes para auxiliar na oitiva.

A maturidade da criança e do adolescente sempre deve ser levada em conta. Obviamente que a criança não possui total discernimento e maturidade para ser ouvida como um adulto. O adolescente, no entanto, por estar em uma fase de formação de opiniões, com visões e ideias mais claramente estabelecidas do que uma criança, possui um discernimento maior. É normal que a criança se assuste com o “homem da capa preta”, porém, existem formas de ela ser ouvida sem que a experiência lhe traga traumas, devendo o magistrado agir com total cautela.

Desta feita, para a aplicação do direito de guarda e visitação, necessária é a observação do princípio do melhor interesse da criança em conjunto com o direito à convivência familiar. Também é importante levar em consideração sempre a possibilidade de manifestação da criança e do adolescente quando se tratar de assuntos que envolvam o interesse destes. Afinal, ninguém mais indicado do que eles próprios para saber o que for melhor quando já são capazes de formular seus próprios pontos de vista, levando-se em consideração a idade e o grau de maturidade.

1.4 O SEQUESTRO INTERPARENTAL E A ALIENAÇÃO PARENTAL

O sequestro interpARENTAL, termo ainda não muito conhecido em nosso país, é fenômeno que ocorre quando há o deslocamento ilegal de uma criança ou adolescente para um país diferente daquele no qual reside habitualmente ou sua retenção

³⁷ KARINA TORRES MANZALLI. *Da oitiva do menor em juízo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=694>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

indevida em território estrangeiro. A subtração é provocada, em regra, por um dos pais ou familiares, com a violação do direito de custódia, conforme a lei do país em que a criança ou adolescente residia imediatamente antes de sua transferência.³⁸

O que ocorre com as crianças, frutos de uma separação matrimonial ou extramatrimonial, causa preocupação nos profissionais envolvidos com direito de família, bem como nos familiares. Questiona-se a quem caberá a guarda e a regulamentação do direito de visita. É lastimoso quando um pai não cumpre o que foi acordado em relação à guarda e à visitação, pode ocorrer que o que visita pode se recusar a devolver a criança, ou o titular da guarda possa dificultar a visita do outro de alguma forma.³⁹

Ponto que merece ser esclarecido, e que, no entanto, confunde muitas pessoas em nosso país, inclusive na aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças, é o uso do termo “sequestro”. O termo deriva de *child abduction*, título original em inglês, que foi traduzido como sequestro na versão oficial da Convenção no Brasil. Dolinger observa que:

O termo “sequestro” é um tanto chocante, pois dá a impressão de tratar-se de remoção de crianças por terceiros, para fins de ganho material, quando, em verdade, se trata do deslocamento de uma criança por um dos pais, que afasta da posse do outro pai, incumbido da guarda do menor, ou, então, da não devolução da criança – levada por um pai para um período de visitação – uma vez concluído o respectivo termo.⁴⁰

Deste modo, “sequestro”, na maneira em que aparece na Convenção de Haia, é enquadrado no tipo penal de “subtração de incapaz” embora não corresponda à conduta tipificada como sequestro no Código Penal Brasileiro. Haverá violação das regras internacionais sobre a matéria sempre que um dos pais, detentor ou não da guarda, transferir ou reter a criança ou adolescente sem autorização, mesmo sendo na

³⁸ AGU. *Cartilha*: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 23 nov. 2011.

³⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional*: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 241.

⁴⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional*: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 236.

guarda compartilhada. Ocorrendo isso, pode ser solicitada a restituição da criança ou adolescente ao seu lar habitual.⁴¹

Nota-se que o termo é utilizado erroneamente, uma vez que, sequestro significa reter ilegalmente alguém, privando-o de sua liberdade, e ainda, com objetivo de obter dinheiro ou vantagem financeira.

O termo “abduction” foi utilizado em países de língua inglesa, significando o traslado ilegal, no caso, de uma criança ou adolescente para outro país por meio de força ou fraude. Já na versão francesa da Convenção, é utilizado o termo “enlèvement”, significando retirada, remoção. Usa-se, em Portugal, o termo “raptó”, cabível na legislação portuguesa, mas tendo significado diferente em nossa legislação.⁴²

Melhor é a utilização do termo “sequestro interpaparental”, pois não nos remete à ideia do crime de sequestro em si, mas à ideia de que, mesmo sendo retirada de sua residência habitual, a criança ou o adolescente se encontra com um de seus pais ou alguém de sua família, e não com outra pessoa que a retém para obter vantagem financeira.

Assim, o sequestro interpaparental é também forma de alienação paparental se o pai sequestrador, movido por sentimentos de mágoa e raiva de seu ex-companheiro ou cônjuge, pratica todo e qualquer ato que impeça ou atrapalhe o convívio do filho com o outro pai. A atual Lei nº. 12.318 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação paparental, enumera em seu artigo 2º formas exemplificativas de alienação, dentre elas, os incisos II, III, IV, e VII merecem destaque, pois relacionam-se ao tema:

São formas exemplificativas de alienação paparental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com o auxílio de terceiros: [...] II – **dificultar o exercício da autoridade paparental**; III – **dificultar contato de criança ou adolescente com genitor**; IV – **dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar**; [...] VII – **mudar o domicílio para local distante, sem**

⁴¹AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 23 nov. 2011.

⁴²STF. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Comentários. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós [...].⁴³ (Grifei)

Em estudos sociológicos encontrados, foram apontados que a maioria dos sequestros eram efetuados por pais descontentes com a guarda atribuída à mãe. Estudos posteriores passaram a indicar, no entanto, maior incidência de sequestros realizados pelas mães, tanto das que não se conformaram em não terem recebido a atribuição da posse e guarda de seu filho, como daquelas que desejavam mudar-se para outro país tendo recebido a atribuição, ou somente para impedir qualquer contato do filho com seu pai, impedindo assim, o direito de visita do outro.⁴⁴

O sequestro interpaparental viola uma série de direitos fundamentais da criança e do adolescente, dentre eles, o da convivência familiar e acima de tudo, o melhor interesse. A Convenção de Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças tutela o princípio do melhor interesse ao afirmar que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda.

Significa que, em relação à guarda, os interesses da criança ou do adolescente deverão ser levados em detrimento dos interesses do pai sequestrador, que acredita que em outra jurisdição, atenderá melhor seus objetivos, não pensando na situação de seu filho. Trata-se de uma “manifestação doentia do poder de família”, em que o interesse do pai é posto acima do interesse do filho, pois, ao tomar tal atitude, não pensa ou acredita que aquilo poderá afetá-lo, trazendo consequências prejudiciais à criança ou ao adolescente.

Ora, quando um genitor foge com o seu filho, sem o consentimento do outro pai, isso gera um conflito de grande potencialidade. Primeiramente a criança ou o jovem é retirado de seu meio, local este com que já está habituado, onde tem contato com os familiares, escola, amigos, sendo levado para outro local em que terá de se readaptar de forma aparentemente brusca.

Não que não seja possível a readaptação. Ela é até possível, ainda mais em se tratando de crianças, que, devido a pouca idade, são mais dependentes e apegadas ao adulto sob cuja guarda se encontram, diferentemente do adolescente, que já caminha

⁴³ BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>.

⁴⁴DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 241.

para uma vida mais independente e inicia uma vida social com grupos de amigos, dos quais provavelmente sentirá falta. Assim, se a readaptação ocorrer, acabará por beneficiar de forma indireta o pai sequestrador, que atingirá seu objetivo com a desculpa de que seu filho encontra-se bem e adaptado.

Tal fato é o caso do menino Sean Goldman, uma longa história que envolveu, acima de tudo, questões de ordens morais, psicológicas, sociais, processuais, enfim, o direito de família e o direito internacional privado no que diz respeito ao sequestro internacional de crianças.

Não apenas o caso de Sean Goldman, mas também tantas outras histórias que são iguais, ou muito se aproximam dessa história, como aqueles de pais mulçumanos, que devido a sua cultura, muitas vezes vistas por nós, ocidentais, como machistas, voltam com a criança ou adolescente para seu país de origem, ficando a mãe sem contato nenhum com os filhos, fato esse bastante comum.

2 DO FUNCIONAMENTO DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

2.1 A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

A Convenção sobre os Aspectos Civis de Sequestro Internacional de Crianças foi assinada em Haia, Holanda, em 25 de outubro de 1980, entrando em vigor internacionalmente em 1º de dezembro de 1983. No Brasil, entrou em vigor em 1º de janeiro de 2000, sendo promulgada pelo Decreto Lei nº 3.513 em 14 de abril de 2000.

Apesar de ainda ser desconhecida por alguns, foi ratificada em 78 países, sendo um dos grandes instrumentos de cooperação internacional entre os Estados Membros. Seu objetivo principal é a restituição imediata de crianças ou adolescentes, que tenham até 16 anos de idade, e que foram retirados indevidamente de seu país de origem por um de seus pais, descumprindo assim o direito de guarda ou de visita do outro genitor.

Até 1980, ano de aprovação da Convenção de Haia, as dificuldades para se recuperar uma criança sequestrada eram praticamente insuperáveis. Primeiro, porque para localizar a criança, cujo paradeiro era desconhecido, exigia-se um longo processo de investigação no qual a parte não tinha o apoio das autoridades do local onde acreditava estar a criança. Depois, ao se localizá-la, o interessado haveria de ingressar no juízo local, que iniciaria um processo para averiguar o estado em que se encontrava a criança, que, com o decorrer dos anos, acabava por decidir pela não devolução, por mais irregular que tivesse sido o seu deslocamento.⁴⁵ Segundo Messere:

O sequestro de um menor por pessoa próxima (pais, parentes, tutores etc.) é uma manifestação doentia do exercício do poder familiar, revelando especial beligerância na disputa pela custódia da criança. Dado o estado de desacordo entre os pais, um deles arrebatou o filho e desloca-se para outra jurisdição

⁴⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 241.

onde acredita que obterá situação, de fato ou de direito, que melhor atenda seus interesses.⁴⁶

Nesse sentido, a Convenção foi criada para que o direito de guarda ou de visita, previamente estipulados no país de origem da criança ou adolescente, fosse respeitado, objetivando o retorno imediato deles. Logo, aplica-se às crianças ou adolescentes retirados de seu país onde tinha residência habitual, e a todos os pais que tiveram seu direito violado. Desta maneira determina o preâmbulo e o artigo 1º da Convenção, consecutivamente:

Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita [...].⁴⁷

Artigo 1. 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.⁴⁸

Há uma aparente contradição entre o Preâmbulo e o artigo 1º. Enquanto o primeiro destaca o interesse da criança, ou seja, em razão do melhor interesse, o menor não necessariamente deverá ser devolvido, o artigo 1º, ao contrário, dá ênfase à obrigação de imediata restituição da criança ou adolescente irregularmente deslocado.

Ambas as colocações relacionam-se ao poder discricionário conferido aos juízes do país no qual a criança ou adolescente se encontra após seu deslocamento, para determinar a sua devolução, ou, atendendo a situações especiais em que esta devolução possa vir a ser prejudicial, decidir pela não restituição.

“Na apreciação de um fenômeno como o sequestro do próprio filho pelo pai ou pela mãe, e às vezes por um tutor, o problema central é determinar a prioridade entre o benefício da criança e o cumprimento rigoroso do que foi judicialmente

⁴⁶ MESSERE, F.L.L. *Direitos da Criança: O Brasil e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: UniCeub, 2005, p.81. Disponível em: <<http://www.mestrado.uniceub.br/pdf/Fernando%20Messere.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2011.

⁴⁷ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

⁴⁸ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

estabelecido”.⁴⁹ Se analisarmos sob o ponto de vista do bem-estar da criança ou adolescente, em muitos casos, deveríamos deixá-los onde se encontram se constatado que estão bem e adaptados com o pai sequestrador no local para onde foi levado.

No entanto, se não observamos o cumprimento do direito de guarda ou visitação que já havia ficado judicialmente decidido no país de origem, estaríamos contribuindo para fraudes à lei e desrespeito às determinações judiciais, pois a não observância de tais determinações previamente estabelecidas permitem às partes “fazer justiça com as próprias mãos, e, em última análise, que as crianças se tornem joguetes na guerra pós-separação dos pais, provocada por frustrações, amarguras e ímpetos vingativos”.⁵⁰

Os objetivos declarados na Convenção decorrem do fato de que aquele que transfere ou retém ilicitamente a criança deseja que sua ação seja legalizada no país para onde levou o menor. Uma maneira eficiente de fazer o “sequestrador” mudar de ideia seria retirar, na totalidade, a consequência prática e jurídica de sua ação; por isso, a Convenção prevê a restituição imediata ao Estado de residência habitual anterior à transferência ou retenção ilícita. No direito internacional privado, isso corresponde a uma forma indireta de fixação de competência, para que posterior questão relativa à guarda seja resolvida pela autoridade judicial do Estado de residência habitual.⁵¹

No que se refere à aplicação da Convenção, prevê o artigo 4º da mesma:

A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.⁵²

⁴⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 242.

⁵⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. *Breve Análise da Convenção Interamericana para a Restituição Internacional de Menores* apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 242.

⁵¹ PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*. Hague: HCCH, 1982 apud AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível

em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 7 out. 2011.

⁵² BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

Assim sendo, alguns requisitos devem ser analisados pelo juiz ou pela Autoridade Central competente antes de determinar o retorno imediato da criança ou adolescente, sendo eles: os Estados envolvidos no pedido de retorno devem ser signatários da Convenção, a criança cuja restituição se pede deve ter tido residência habitual no Estado requerente; a residência habitual deve ter ocorrido imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita; a criança em questão não pode ter idade superior a 16 anos completos.⁵³

Desta feita, para a aplicação da Convenção, conclui-se, portanto, ser necessária a presença da criança ou adolescente em seu país de origem, onde tenha residência habitual; a transferência ilícita deve ocorrer antes de seu deslocamento e resultar da posse e guarda atribuída a uma pessoa ou instituição, seja por força de lei, de um acordo ou uma decisão judicial. Ao atingir a idade de 16 anos, o adolescente fica excluído dos efeitos da Convenção.

Nesse sentido, a Convenção comporta importante papel ao funcionar como instrumento de cooperação internacional entre os Estados. Em casos onde crianças e adolescentes são vítimas da infelicidade de seus pais, seja por um casamento fracassado, ou apenas para impedir qualquer contato do filho com o outro pai, a Convenção se revela um mecanismo eficaz no Direito Internacional Privado ao impedir que o pai sequestrador venha a se beneficiar com a violação de um direito de guarda e visita previamente estipulado e conferido ao outro genitor. Esse direito vem atender ao moderno fenômeno da dispersão internacional da família que vem se manifestando nos dias atuais.⁵⁴

2.2 A TRANSFERÊNCIA ILÍCITA

Cumpramos esclarecer o conceito de transferência ilícita, termo adotado pela Convenção, que funciona como pressuposto que autorizará a aplicação da mesma. Segundo o artigo 3º da Convenção, a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

⁵³ STF. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Comentários. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

⁵⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 237.

- 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;
- 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.⁵⁵

A transferência é ilícita, pois, com a remoção da criança ou adolescente, há violação ao direito de guarda ou de visita conferido a um dos pais, ou a quem quer que o possua, seja ele individual ou compartilhado. É requisito, portanto, que esse direito de guarda e visita deva ter sido atribuído ao interessado anteriormente à transferência ou retenção, e ainda, que esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, ou devesse está-lo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

Nota-se que o direito de guarda e visita não necessariamente pode ser atribuído à pessoa dos pais ou outro membro da família, podendo ser também à instituição ou a qualquer outro organismo sob cuja guarda a criança ou adolescente se encontre. Assim, o sequestro interparental ocorrerá quando o genitor, violando direito de guarda ou visita do outro, desloca-se para outro país levando consigo o filho, configurando a transferência ilícita.

2.3 A AUTORIDADE CENTRAL

A Convenção de Haia determina em seu artigo 6º que “cada Estado contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhes são impostas pela presente Convenção”.⁵⁶ As Autoridades Centrais tem a função de colaborar na localização dos que foram deslocados ilicitamente, efetuando o trâmite de pedidos de auxílio, tanto na modalidade ativa quando passiva, para conseguir a rápida devolução ao país de origem, bem como tomar providências judiciais quando necessário.

⁵⁵ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

⁵⁶ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

Assim, a Convenção determina que os pedidos de cooperação jurídica internacional, formulados com base no tratado, sejam tramitados por intermédio de Autoridades Centrais, que são indicadas por cada Estado-Parte nos termos do artigo 6º da Convenção. No Brasil, foi designada como Autoridade Central Federal (ACAF) para a Convenção a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, ente integrante da estrutura do Poder Executivo Federal.

Nestes termos, cabe às Autoridades Centrais fazer uma análise preliminar do pedido e verificar se é possível a devolução da criança ou adolescente. Após o recebimento do pedido de retorno imediato, a Autoridade irá observar se estão presentes os requisitos administrativos para admissão do pedido. Analisará a presença ou não de ilicitude na transferência ou retenção pela verificação de quem é o detentor do direito de guarda para os fins da Convenção e se a permanência da criança no Brasil foi ou não autorizada pelo outro genitor que teve seu direito afetado.

O artigo 14 da Convenção dispõe que:

Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícita as Autoridades judiciais ou administrativas 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.⁵⁷

Ainda, o artigo 15 desta confere às Autoridades Centrais requeridas, antes de ordenar o retorno imediato, a possibilidade de solicitar, desde que possível, ao Estado contratante, a produção de decisão ou atestado pelas Autoridades do Estado de residência habitual que comprovem que a transferência ou retenção se deu de forma ilícita.⁵⁸ O mecanismo de Autoridades Centrais permite maiores relações entre os países e a simplificação das comunicações, acelerando a tramitação dos pedidos.

Estando presentes os requisitos para a aplicação da Convenção, a Autoridade Central enviará uma notificação administrativa à pessoa que mantém a

⁵⁷ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

⁵⁸ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

criança ou adolescente no país requisitado, buscando uma solução mais breve e amigável possível.

O artigo 7º da Convenção impõe às Autoridades Centrais, além de cooperar entre si para assegurar o retorno imediato e cumprir os demais objetivos, uma série de medidas apropriadas que deverão ser tomadas, sendo elas:

- 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 ao 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 as 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.⁵⁹ (Grifei)

Merece destaque a alínea “f” supracitada, pois, confere às Autoridades Centrais promover a organização ou o exercício efetivo do direito de visita. Não sendo possível uma solução amistosa, não só para a regulamentação do direito de visita, mas também para fazer cumprir o direito de guarda previamente estipulado, a Autoridade Central poderá encaminhar o caso à Advocacia Geral da União para análise jurídica e eventual promoção de ação judicial cabível, que pode ser em todo caso uma ação de busca e apreensão de pessoas.

A União, pessoa jurídica de direito público interno, tem legitimidade e interesse jurídico em atendimento a pedidos de cooperação jurídica internacional, ademais, é face interna do Estado brasileiro, que tem a obrigação de cumprir e fazer cumprir obrigações internacionais assumidas em tratados e convenções, sendo por isso,

⁵⁹ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

pessoa jurídica de direito externo.⁶⁰ A Advocacia Geral da União, por força do artigo 131 da Constituição Federal e do artigo 1º da Lei Complementar nº. 73 detém o “*jus postulandi*”, sendo pessoa jurídica que abrange todos os órgãos federais desprovidos de personalidade jurídica.⁶¹

Desta maneira, quando for caso de dar início ou favorecer a abertura de um processo judicial, será competência da Advocacia Geral da União, uma vez que a Autoridade Central no Brasil foi designada Secretaria de Direitos Humanos, que por ser órgão integrante da estrutura da Administração Pública Federal Direta, não dispõe de personalidade jurídica. Além disso, a atuação da AGU não decorre de interesse privado de um dos pais, mas do interesse da União, que é legitimada ordinária e defende interesse próprio de natureza pública. A AGU permanecerá em contato com a Autoridade Central brasileira, informando-a de todos os andamentos processuais.⁶²

Às Autoridades Centrais cabe tomar providências necessárias à concretização dos objetivos previstos na Convenção de Haia, para isso, devem cooperar entre si. À Autoridade Central brasileira cabe agir, mediante provocação da Autoridade Central do Estado requerente, ou de qualquer pai que tenha seus direitos infringidos, assegurando, administrativa ou judicialmente a restituição imediata da criança ou adolescente ao seu país de residência habitual de forma breve e amigável. Não resultando frutífera solução amistosa, deverá provocar a Advocacia Geral da União, que terá competência para representá-la em eventual medida judicial cabível.

Assim, as Autoridades Centrais são importantes, pois, verificando a ocorrência de transferência ilícita, fazem o possível para ajudar o pai que teve o seu direito de guarda ou visita violados fazendo com que esse direito seja cumprido, seja restituindo a criança ou adolescente imediatamente, seja regulamentando ou fazendo cumprir o direito de visita.

⁶⁰ AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 8 abr. 2012.

⁶¹ AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 8 abr. 2012.

⁶² AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 8 abr. 2012.

2.4 A RESTITUIÇÃO IMEDIATA

Qualquer pessoa, instituição ou organismo é titular do direito de pedir o desfazimento dos efeitos do sequestro, desde que estivesse na posse da criança ou adolescente, incluindo ambos os pais, se a posse estava sendo exercida em conjunto, seja ou não por força de sentença ou qualquer outra decisão judicial. A legitimidade de agir também pode ser fundamentada em decisão judicial de outra jurisdição, que não a da residência habitual.⁶³

A restituição imediata deve ocorrer logo após a verificação de transferência ou retenção ilícita, seu pedido deve conter, segundo o artigo 8º da Convenção:

- a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui 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. O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:
- e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;
- f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;
- g) qualquer outro documento considerado relevante.⁶⁴

Importante a observação de que a tarefa de localizar a criança ou adolescente não é fácil para o detentor do direito da guarda, pois ele teria de saber o paradeiro do filho e a identidade da pessoa com quem esse filho se encontra para informar à Autoridade Central, que sem essas informações, poderá ter problemas em uma eventual busca e apreensão da criança ou adolescente.

Desta feita, conforme artigo 9º da Convenção, quando a Autoridade Central que recebeu o pedido de restituição imediata tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Contratante, transmitirá o pedido, diretamente e

⁶³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 250.

⁶⁴ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

sem demora, à Autoridade Central desse Estado informando à Autoridade Central requerente ou, se for caso, ao próprio requerente.⁶⁵

O artigo 11 determina que as Autoridades Centrais tanto do Estado requerente, quanto do Estado requerido deverão tomar ou fazer tomar todas as medidas apropriadas para a entrega voluntária da criança adotando medidas de urgência, sob pena de ter que solicitar uma declaração sobre as razões da demora à Autoridade requerente, ou ao próprio requerente, se for o caso.⁶⁶

Assim, para a determinação da restituição imediata é necessário, além do pedido de retorno com todos os seus requisitos, que a transferência tenha se dado de forma ilícita, o que significa violar os direitos de guarda e visitação. Ainda é necessário que tenha decorrido um período de menos de um ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar, e mesmo que expirado o período de um ano, a Autoridade deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada ao novo meio.⁶⁷

Quanto à questão da adaptação, é comum que crianças, em especial as de pouca idade, se adaptem a novos meios com mais facilidade. Quando houver afirmação de que a criança já se encontra adaptada ao novo ambiente, e que por isso não deve regressar, devem ser afastadas noções de “senso comum” que cada órgão julgador possua, aplicando-se à sistemática da Convenção a respeito do tema⁶⁸, ademais, “não se pode premiar o praticante de conduta ilícita, em prejuízo da ordem jurídica, convalidando uma situação que desde o início se revelou contrária à lei”.⁶⁹

⁶⁵ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

⁶⁶ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

⁶⁷ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

⁶⁸ AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 8 abr. 2012.

⁶⁹ MAURIQUE, Jorge Antonio. *Sequestro Internacional de Crianças: anotações sobre a Convenção de Haia*. Revista Jurídica Consulex, v.12, n.284, p.24-32, Nov./2008.

Deste modo, a contagem do prazo de um ano apontado pelo artigo 12 deve ter por termo inicial o início da conduta ilícita, e como termo final a data do recebimento do pedido pela Autoridade Central. Respeitado esse prazo não são cabíveis alegações, tão pouco investigações de possível adaptação, ainda que o processo de restituição sofra delongas, como por exemplo, dificuldade em encontrar a criança.

No entanto, se o pedido passar do período de um ano a Autoridade Central não é obrigada a ordenar o retorno, devendo para isso, comprovar mediante prova pericial que a criança ou adolescente encontram-se adaptados ao novo meio, ainda, de acordo com o artigo 20 da Convenção o retorno 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.⁷⁰

A Convenção segue o princípio de que, antes de qualquer coisa, há que se restituir o espoliado ao *status quo ante*, isso significa que, para os fins da Convenção, o interesse superior da criança é sempre ser devolvida ao país de sua residência habitual.⁷¹ Porém, a restituição imediata da criança ou adolescente pode vir a sofrer restrições sempre que o maior interesse destes se sobrepor ao interesse do titular do direito.

Deste modo, ainda que aplicável a Convenção ao caso, conforme o artigo 13 da mesma é possível a manutenção, de forma excepcional, da criança ou adolescente no país em que se encontram por regras de proteção que não obrigam a Autoridade Central determinar a restituição imediata. Tais exceções devem ser interpretadas de maneira restritiva, sendo elas aplicáveis quando a pessoa, instituição ou organismo que se oponha ao 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 retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já

⁷⁰ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

⁷¹ AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 8 abr. 2012.

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.⁷²

No que se refere à situação de grave risco, há uma dificuldade em se interpretar o que de fato será tão perigoso que afete a ordem física, psíquica ou coloque a criança ou adolescente em situação intolerável. Nesse sentido, a criança ou adolescente devem ser retirados de seu habitat não por amargura ou ódio de um dos genitores, mas devido ao perigo em que se encontravam, devendo tais situações serem entendidas como medidas de caráter humanitário, evitando que sejam devolvidos à família perigosa ou abusiva, ou a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em guerra, por exemplo.⁷³ Sobre este assunto pronunciou Magno:

[...] há de ser uma situação de enorme gravidade, a ponto de a respectiva solução não poder ser alcançada com o uso dos meios ordinários – jurisdicionais – de solução de conflitos. [...] A exceção não pode ser banalizada. A hipótese de incidência da norma em exame é outra. Como dito, ela legitima a transferência de uma criança para outro país, apenas, nas situações em que os meios jurídicos ordinários locais não possam ser empregados para resolver o impasse – tais como conflagrações armadas, epidemias, desastres naturais, ou ainda, nos casos de práticas tradicionais atentatórias contra a dignidade da pessoa humana, como ocorre, por exemplo, em locais que admitem a circuncisão feminina, um procedimento degradante, que, ademais, põe em risco a saúde do paciente.⁷⁴

A situação de grave risco também pode ser aplicada em extensão à mãe segundo entendimento da doutrina. Deste modo, mesmo não sendo a criança que esteja submetida à situação de grave risco, como por exemplo, maus-tratos ou transtornos psicológicos, ocorrendo tais situações à mãe sequestradora, estas podem ser aplicadas aos filhos de forma extensiva, justificando a permanência da criança, uma vez que se está diante de uma situação abusiva que também trará transtornos à criança.⁷⁵

⁷² BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

⁷³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado*. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 257.

⁷⁴ WILNEY MAGNO. 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Processo nº 2005.51.01.009792-9 apud MAURIQUE, Jorge Antonio. *Sequestro Internacional de Crianças: anotações sobre a Convenção de Haia*. Revista Jurídica Consulex, v.12, n.284, p.24-32, Nov./2008.

⁷⁵ MAURIQUE, Jorge Antonio. *Sequestro Internacional de Crianças: anotações sobre a Convenção de Haia*. Revista Jurídica Consulex, v.12, n.284, p.24-32, Nov./2008.

Com relação ao fato de a criança ou adolescente se opor ao retorno, importante a observação de que, com relação à criança, é necessário para que se leve em consideração sua manifestação, que ela já tenha atingido idade e grau de maturidade suficiente para entender a situação do fato. Trata-se do direito fundamental garantido na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança sobre a importância de se ouvi-la em assuntos que a afetam.

Nesse sentido, a Convenção garante a liberdade de opinião, que é princípio de ordem pública no direito internacional privado. Em cada caso a Autoridade entenderá a aferição da maturidade, no entanto isso pode revelar-se tormentoso, pois ao envolver os filhos no litígio dos pais, tal fato pode agravar ainda mais os ânimos já enfurecidos, explorando de maneira covarde os sentimentos e a insegurança dos filhos.

76

Dessa maneira, a restituição imediata é o objetivo principal da Convenção. Em situações excepcionais é possível a sua recusa pela autoridade competente quando, mesmo a Convenção entendendo ser a entrega o que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente, afete a ordem física, psíquica ou os coloque em situação intolerável. Também é bastante significativa para o direito de guarda e visitação, pois quando da violação destes direitos, a determinação do retorno imediato garante novamente a eficácia que lhes foram conferidos por ordem judicial previamente determinada.

⁷⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 242.

3 O DIREITO DE GUARDA E VISITAÇÃO APLICADO NA CONVENÇÃO

3.1 O DIREITO DE GUARDA NA CONVENÇÃO

A Convenção de Haia de 1980 determina um conceito específico para o direito de guarda diferente dos conceitos próprios dos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes. Busca-se dar uma uniformidade na interpretação e aplicação do conceito para evitar confundir com “direitos de guarda” comum nos países.

Significa, portanto, de acordo com a Convenção, “direito convencional de guarda” os cuidados com a pessoa da criança ou adolescente e o direito de decidir seu local de residência habitual. Nesse sentido:

Será titular do “direito convencional de guarda” – e, em consequência, poderá requerer a restituição da criança ao seu local de residência habitual – a pessoa, organismo ou instituição que provar que, de acordo com o Direito (legislação, acordo ou decisão judicial) do Estado de residência habitual da criança, detinha (e exercia efetivamente), no momento da subtração da criança os “cuidados com a pessoa da criança” ou o “direito de decidir sobre seu local de residência.”⁷⁷

Assim, no momento da subtração, deverá ser feita exclusivamente a análise dos direitos e deveres conferidos aos titulares do direito, de acordo com o que estava sendo vivenciado no Estado de residência habitual da criança ou adolescente, portanto, no Estado requerente.

Nesse sentido, na hipótese de ser o Brasil o Estado requerente do pedido de restituição, não serão aplicados os conceitos brasileiros de guarda e visitação, vez que para a Convenção, “direito convencional de guarda” não é sinônimo de “direito de guarda brasileiro”, ou qualquer outro direito de guarda dos outros Estados Partes.

No Brasil, direito de guarda é definido como “um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no art. 384, II, do Código Civil, e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções

⁷⁷ AGU. *Cartilha*: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=4>. Acesso em: 18 abr. 2012.

paternas”.⁷⁸ O direito de guarda no Brasil integra o conjunto de direitos e deveres que o ordenamento jurídico impõe aos pais em relação às pessoas e bens dos filhos. A doutrina também distingue guarda jurídica de guarda física, em que a primeira “refere-se às relações de caráter pessoal que surgem do pátrio poder, como o sustento, educação e honra”⁷⁹, a segunda, no entanto, traz consigo a ideia de posse e custódia.

O direito convencional de guarda adotado na Convenção é um conceito que protege situações específicas quais sejam aquelas que se relacionam ao sequestro interparental, restringindo-se apenas aos cuidados com a pessoa da criança ou adolescente, e o direito de decidir seu local de residência habitual, como dito anteriormente.

Se no momento da subtração da criança ou adolescente os pais estavam judicialmente separados, ou separados de fato, ainda, vivendo em união estável, ou co-habitando como se casados fossem, é comum que os ordenamentos jurídicos dos Estados requerentes entendam que ambos compartilhavam, em igualdade de condições, o direito convencional de guarda adotado pela Convenção, em outras palavras, que ambos compartilhavam o poder de família sobre seus filhos.

Deste modo, no Brasil, a transferência ou retenção ilícita dos filhos em outro país, e conseqüente violação ao direito de guarda, ocorrerá sempre se a mudança para o exterior não for precedida de autorização expressa do outro genitor, ou qualquer outra pessoa, instituição ou organismo que tenham os cuidados com a pessoa da criança ou adolescente, ou sem a autorização do Poder Judiciário local.

No entanto, este entendimento pode variar de acordo com cada Estado requerente, vez que a Convenção conceitua a transferência ilícita como a violação ao direito de guarda ou visitação atribuído pela lei do Estado onde a criança ou adolescente tenha sua residência habitual. Reitera-se, “pela lei do Estado”. Assim, pode ocorrer que no Estado requerido a Autoridade Central entenda que não tenha havido violação a esses direitos, ou seja, que a transferência não tenha se dado de forma ilícita.

⁷⁸ FILHO, Waldir Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 47.

⁷⁹ PERES, Luiz Felipe Lyrio: *Direito Civil: Guarda Compartilhada*. UNESC – Centro Universitário do Espírito Santo, 2009, p.13. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/19975061/MONOGRAFIA-Direito-Civil-Guarda-Compartilhada>>. Acesso em 18 abr. 2012.

Porém, como a regra é que deve ser respeitado o direito de guarda e visita de acordo com o que já havia sido determinado na lei do Estado onde a criança ou adolescente tinham sua residência habitual, o Estado requerente tem todo o direito de pedir a restituição imediata, se de acordo com o seu ordenamento jurídico, a transferência tenha se dado de forma ilícita. A Convenção traz de antemão a solução para eventual conflito de leis no espaço caso o Estado requerido se negue à restituição.

Assim a restituição imediata é a solução encontrada pela Convenção para garantir a proteção ao direito de guarda no seu sentido físico, quando se refere ao direito de posse e custódia direta, e também ao direito convencional de guarda, que são os cuidados com o filho e o direito de decidir sua residência habitual.

A situação, porém, se complica se os pais, separados de fato ou judicialmente separados exerciam a guarda compartilhada de seus filhos. Esta, entendida como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sobre o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.⁸⁰ Na guarda compartilhada, os pais devem resolver todas as questões relativas aos filhos de maneira conjunta, sempre com a anuência do outro pai, dividindo responsabilidades e tomando atitudes que atendam melhor o interesse de todos.

Nesse caso, os pais seguem compartilhando o poder familiar, que compreende o direito de decidir, em igualdade de condições, questões importantes relativas à vida de seu filho, como o direito de decidir o local de residência habitual por exemplo. Dessa forma, este pai é também detentor do direito convencional de guarda de que trata a Convenção, sendo a subtração da criança de seu local de residência habitual, sem a anuência do outro genitor, caso de sequestro interparental.

Na guarda unilateral aquele que detém a guarda física da criança ou adolescente normalmente é o que define a residência habitual de seu filho, ficando o outro genitor apenas com o direito de visita. No entanto, mesmo que o pai não-guardião não exerça a guarda física, é obrigado a supervisionar os interesses dos filhos e tem o direito a visita. Caso o pai guardião opte em mudar de país, ocorrerá a violação ao direito de visita conferido ao pai não-guardião, que é também caso de aplicação da Convenção para a regulamentação desse direito.

⁸⁰ VADE MECUM: Compacto. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.275.

Situação drástica, porém, é no caso da guarda alternada, aquela em que a criança ou adolescente alterna períodos que podem variar de um ano, um mês, uma semana, ou o tempo que ficar acordado entre os pais. Durante o convívio dos filhos com um dos pais, este detém de forma exclusiva o poder de família e a guarda física.

Caso este pai resolva mudar de país e levar o filho consigo, certamente isso irá gerar problemas de ordem psíquica na criança ou no adolescente, uma vez que, se residindo no mesmo país já enfrentava dificuldades por estar sempre submetido a “mundos alternativos” e temporários, em que, no momento em que se encontrava com a mãe se comportava de uma maneira, convivendo com o pai se comportava de outra, imagine então em outro país. Felizmente essa guarda não é aceita em quase todas as legislações.

Importante a análise do artigo 16 da Convenção, no qual:

Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.⁸¹

Este artigo é de fundamental importância para a aplicação da Convenção, pois proíbe às Autoridades do país requisitado decidir a quem será atribuído o direito de guarda, após terem sido informadas a respeito da transferência ou retenção ilícita de uma criança ou adolescente. A intenção deste artigo é fazer valer o objetivo principal da Convenção, qual seja, o retorno imediato da criança ou do adolescente, ademais, tem-se como preocupação prevenir que uma decisão de mérito do direito de custódia possa ser conseguida "fraudulentamente" no Estado de refúgio.⁸²

A saber, é possível que um pai, com a intenção de obter a guarda de seu filho, refugie-se para outro país, que não o de origem da criança, e, lá estando, peça à Autoridade competente o direito de guarda, sem a intervenção do outro pai, instituição ou qualquer outro organismo. Dessa forma, trata o referido artigo de uma recomendação

⁸¹ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 18 abr. 2011.

⁸² STF. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Comentários. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

às Autoridades dos países contratantes, para evitar que estas sejam involuntariamente utilizadas pelo pai sequestrador para legitimar a atitude reprovável do deslocamento ou retenção ilícita.⁸³

No entanto, de acordo com a segunda parte do artigo 16, caso não fique determinado estarem reunidas as condições previstas na Convenção para o retorno imediato, ou quando não haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da Convenção, as Autoridades poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda e visita, pois, nesse caso, não estarão presentes os requisitos de aplicação para o retorno imediato.

O artigo 17, por sua vez estabelece que:

O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.⁸⁴

Nos termos do art. 17, a decisão relativa à guarda da criança ou adolescente não se constitui obstáculo para ordem de retorno ao país de origem. Provocado o Poder Judiciário brasileiro para decidir questões relativas à guarda, este terá de pronunciar-se sobre o caso e, “uma vez informado sobre deslocamento ou retenção ilícita, somente após a apreciação do pedido de restituição é que poderá se manifestar sobre a questão de fundo, que é a guarda”.⁸⁵ Cuidar-se-ia, aqui, de uma prejudicial ao exame do mérito da guarda, esta ordem deve ser seguida não só no Brasil, mas também em qualquer outro Estado Parte.

⁸³ AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492> Acesso em: 18 abr. 2012.

⁸⁴ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012.

⁸⁵ STF. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Comentários. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

3.2 O DIREITO DE VISITA

O artigo 5º, alínea “b” da Convenção de Haia, determina que “o direito de visita compreenderá o direito de levar uma criança ou o adolescente, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside”.⁸⁶ Nesse contexto se insere a possibilidade de a criança ou adolescente visitar o país do *left behind parent*, ou seja, o país do pai que foi deixado para trás.⁸⁷

Esta é a única possibilidade de a criança ou adolescente manter os vínculos afetivos e sociais com todos os familiares que ficaram naquele país. Os filhos têm o direito à convivência familiar, de conviver com ambos os genitores e demais familiares, por isso a Convenção tutela o direito de visita, que é também interesse superior da criança e do adolescente.

Destaca-se que a Convenção não exige a ocorrência de violação ao direito de guarda para a aplicação do direito de visita. É comum que o pedido de regulamentação do direito de visita ocorra nos casos de guarda unilateral, hipótese na qual aquele que detém a guarda física da criança ou adolescente normalmente é o que vai definir a residência habitual do filho.

O artigo 1.589 do Código Civil Brasileiro estabelece que o pai ou a mãe, sob cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou fixado pelo juiz, bem com fiscalizar sua manutenção e educação.⁸⁸ Deste modo, o artigo 21 da Convenção estabelece o procedimento a ser tomado para o pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita, visando assegurar o acesso do filho ao pai, fazendo com que o direito seja efetivado.

Assim, o pedido poderá ser dirigido às Autoridades Centrais nas mesmas condições do pedido que vise o retorno imediato, devendo as Autoridades agir de acordo com os deveres de cooperação jurídica previstos no Artigo 7º da Convenção.

⁸⁶ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012.

⁸⁷ AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492> Acesso em: 18 abr. 2012.

⁸⁸ VADE MECUM: *Compacto*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.276.

Compete às Autoridades “promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito”⁸⁹, elas devem atuar tomando providências que removam obstáculos e facilitem tanto quanto possível o acesso ao direito de visita.

As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito.⁹⁰ Destaca-se também que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 prevê em seu artigo 9º que os Estados respeitam o direito da criança que esteja separada de um dos pais, ou de ambos, de manter regularmente contato com eles, a não ser que isso seja contrário ao maior interesse dela. Nesse sentido:

Depreende-se, pois, que a Convenção da Haia de 1980 e a Convenção das Nações Unidas de 1989 asseguram indubitavelmente a qualquer dos genitores o direito de visitas, sendo um compromisso assumido pelo Estado brasileiro, ao ratificar referidos tratados, o de assegurar o contato regular de qualquer criança com ambos os genitores.⁹¹

3.3 A RESIDÊNCIA HABITUAL

A Convenção de Haia se utiliza de regras do direito internacional privado, nesse sentido, “residência habitual” foi o elemento de conexão escolhido pelo tratado para indicar a lei que deverá ser aplicada à análise do pedido de cooperação jurídica internacional no caso de sequestro interparental.

Assim, a Convenção não especificou, tampouco fixou critérios de determinação do que seja residência habitual, apenas a adotou como regra para a restituição imediata. Embora largamente utilizada, a Convenção apenas dispôs que a

⁸⁹ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012.

⁹⁰ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012.

⁹¹ AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 18 abr. 2012.

residência habitual deverá ser apurada no momento em que ocorreu o ato ilícito da remoção ou transferência.

Nesse contexto, o direito, lei ou decisão que deverá ser analisado para averiguar o direito convencional de guarda atribuído ao pai será o da residência habitual. Em termos mais simples, a residência habitual refere-se ao país do qual a criança ou adolescente foram retirados ilicitamente, e aquele para o qual deverão ser restituídas. Vale lembrar que o conceito de residência habitual não se aplica aos pedidos relacionados ao direito de visita, vez que para a aplicação do artigo 21 da Convenção, que trata do direito de visita, não exige a ocorrência da transferência ilícita.

A adoção do termo de residência habitual gera, em consequência, o abandono de outras noções, como a nacionalidade e o domicílio. Assim, na aplicação da Convenção, não devem ser tecidas considerações sobre a nacionalidade e o domicílio dos envolvidos. Optou-se pela utilização do termo por ser mais simples e prático, uma vez que domicílio além de muito complexo, é específico e varia de acordo com entendimento de cada Estado Parte. Assim, pode acontecer que uma pessoa tenha domicílio em um Estado e residência habitual em outro, por exemplo.

Para a configuração da residência habitual é necessária a presença de dois elementos essenciais, o “ânimo” e o “tempo”. Ânimo se relaciona à vontade de criar laços com um novo país, em detrimento de todos os demais. Tempo, no entanto, pode variar, não existindo um prazo mínimo para a sua configuração. A criança ou adolescente terá residência habitual num determinado Estado quando estiver nele residindo, com intenção de lá permanecer. No caso de crianças, em especial as mais jovens, o mais comum é considerar como seu local de residência habitual o mesmo dos seus genitores.⁹²

É no local de residência habitual que a criança ou o adolescente possui seus vínculos mais fortes, não somente com os seus genitores, mas também com os outros membros de sua família, avós, tios, primos; além disso, é no local de residência

⁹² AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 18 abr. 2012.

habitual que eles interagem com seu ambiente escolar, local onde provavelmente terão maior número de amigos.⁹³

Deste modo, mesmo que o genitor que tenha o seu direito de guarda violado não resida mais no local anterior ao da transferência ilícita, o tratado determina a restituição imediata ao local de residência habitual, devendo os interessados em conviver com a criança ou adolescente dirigirem-se a tal país para que lá, se quiserem, rediscutam assuntos referentes ao direito de guarda, visita ou poder de família de modo geral, inclusive eventual alteração de residência habitual para qualquer outro país, se for o caso.

Assim, “a Convenção não estabeleceu o critério do que venha a ser residência habitual, havendo aqueles que a consideram de forma praticamente idêntica ao domicílio, enquanto outros se satisfazem com uma curta permanência no país”.⁹⁴ Quando os pais vivem juntos é normal que a criança tenha a mesma residência habitual que eles, do mesmo modo quando vive na companhia de apenas um dos pais, no entanto, são raras hipóteses de uma criança com residência diversa dos pais.⁹⁵

⁹³ AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>. Acesso em: 18 abr. 2012.

⁹⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 249.

⁹⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v. p. 249.

4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS REFERENTES À APLICAÇÃO OU NÃO DO DIREITO DE GUARDA E VISITAÇÃO NO BRASIL DIANTE DA TRANSFERÊNCIA ILÍCITA

Passa-se a apresentar jurisprudências que tratam de casos aplicados à Convenção. Foram analisadas cinco decisões dos TRF's de 1^a, 2^a, 3^a e 5^a Região com objetivo de demonstrar a linha de entendimento adotada pelo Brasil no caso de aplicação da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças ante a violação ou não do direito de guarda e visita dos pais.

4.1 APELAÇÃO CÍVEL Nº. 478767/CE

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CÍVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. DECRETO 3413/2000. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO. INCABIMENTO. NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. MENORES QUE ANTES HABITAVAM A FRANÇA NA COMPANHIA DE SEUS PAIS. MUDANÇA DA FAMÍLIA PARA O BRASIL. DESLOCAMENTO DA RESIDÊNCIA HABITUAL DOS MENORES. RETENÇÃO LÍCITA. AUSÊNCIA DE DESRESPEITO À CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980.⁹⁶

O caso em questão trata de ação de busca e apreensão proposta pelo pai, cidadão francês, invocando a aplicação da Convenção de Haia de 1980 para a restituição imediata de seus três filhos trazidos para o Brasil pela mãe. A turma prontificou-se em decidir unicamente se houve ilegalidade na retenção das crianças no território nacional.

Entendeu-se que a retenção dos filhos pela mãe não pôde ser tida como ilícita a justificar a aplicação da Convenção, vez que a família (pai, mãe e filhos), decidiu, de comum acordo, mudar-se para o Brasil, com o objetivo de aqui fixar residência. Ademais, ficou demonstrado que a vinda da família ao país não foi apenas para férias e sim com a intenção de aqui permanecer, pois, segundo consta, o pai veio

⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal 5^a Região. Apelação Cível. 1. Trata-se de ação... AC478767/CE. Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto Azevedo. Ceará, 21 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

para o Brasil duas semanas antes da mãe e dos filhos com intuito de tomar providências necessárias à instalação da família.

Além disso, assim que o pai aqui chegou procurou imóvel, bem como realizou matrícula das crianças em escola regular. Ocorre que o marido (pai das crianças) resolveu regressar para a França no curto período de um mês deixando a mãe e os filhos em território brasileiro. Entendeu o Egrégio Tribunal que o caso não configurou a transferência ilícita, e, por conseguinte, não representa violação ao direito de guarda.

Foi coerente a decisão da primeira turma, vez que a mudança da residência habitual da família deu-se de comum acordo entre os pais, o que não justifica a aplicação da Convenção no presente feito, não se encaixando a hipótese de transferência ilícita do artigo 3 da Convenção de Haia de 1980.

Ainda, mesmo que fosse caso de retenção ilícita, a autoridade judicial não seria obrigada a ordenar o retorno imediato, tendo em vista que o pai havia consentido de comum acordo com a mãe o deslocamento da residência habitual das crianças, que se deu com a chegada ao território brasileiro para aqui viverem junto aos pais.

4.2 APELAÇÃO CÍVEL Nº. 525772/PE

EMENTA: DIREITO INTERNACIONAL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENORES FILHOS DE PAI AUSTRALIANO E MÃE BRASILEIRA. REPATRIAÇÃO. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. PROMULGAÇÃO NO BRASIL. DECRETO Nº 3.413/2000. SENTENÇA ESTRANGEIRA. REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE GUARDA E VISITA. RETENÇÃO ILÍCITA DOS MENORES EM TERRITÓRIO NACIONAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REPATRIAÇÃO IMEDIATA. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. NÃO CABIMENTO. APELAÇÕES IMPROVIDAS.⁹⁷

⁹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região. Apelação Cível. 1. Ação de busca, apreensão... AC525772/PE. Segunda Turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Pernambuco, 11 de out. 2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

A contrário sensu à decisão supracitada, também do mesmo Tribunal Regional, este caso revela eminente violação ao direito de guarda compartilhada. A apelação, julgada pela segunda turma do Tribunal Regional Federal da 5ª região, refere-se a caso no qual o pai, de nacionalidade australiana, propôs ação de busca e apreensão com base na Convenção de Haia de 1980 para a restituição imediata de seus filhos, também de nacionalidade australiana, com fundamento na retenção ilícita das crianças pela mãe, situada em território brasileiro.

A segunda turma foi bem clara ao afirmar que “o Brasil firmou compromisso internacional de cumprir as disposições convencionais como regra”⁹⁸, logo, em se verificando a aplicação da Convenção, deve-se promover o cumprimento das regras contidas no tratado que envolve direito de guarda e de visita de crianças.

No caso, as crianças possuíam residência habitual na Austrália, sendo retidas pela mãe no momento em que vieram visitá-la no Brasil. Ocorre que a retenção deu-se de forma ilícita, pois, a Justiça Australiana regulamentou o direito de guarda e visita dos filhos estabelecendo a guarda compartilhada entre os pais. Ainda, estabeleceu que, caso a genitora regressasse ao Brasil, os filhos deveriam continuar residindo no país sob a guarda do pai, assegurado à mãe o direito de visita.

Desse modo, houve a transferência ilícita mesmo que o direito de guarda fosse compartilhado, conseqüentemente, houve afronta ao artigo 3 da Convenção. Ademais, a autoridade brasileira não poderia apreciar no presente caso, como de fato não apreciou o mérito da guarda das crianças, atentando somente à questão se houve transferência ilícita.

Também não ficou demonstrada possibilidade de aplicação do artigo 13 da Convenção, no qual a autoridade não é obrigada a ordenar o retorno imediato, uma vez que ficou clara a violação ao direito de guarda. Ainda, entendeu a turma que o deferimento de provas testemunhais e periciais não seria suficientes para modificar os contornos do direito discutido, além de contribuir para a retenção ilícita das crianças, prejudicando o retorno imediato delas.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região. Apelação Cível. 1. Ação de busca, apreensão... AC525772/PE. Segunda Turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Pernambuco, 11 de out. 2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

Nesse sentido o Egrégio tribunal decidiu pela concessão de tutela antecipada de natureza cautelar ordenando o retorno imediato das crianças à Austrália.

4.3 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0002532-05.2012.4.3.0000/SP

Trata o presente caso de ação cautelar de busca e apreensão, no qual a mãe interpôs agravo de instrumento com pedido de liminar contra decisão do juiz de 1º grau que concedeu à apelação somente efeito devolutivo, deferindo a busca e apreensão da criança.

No caso, a concessão do efeito devolutivo ao recurso é medida cabível, pois de acordo com artigo 520 do Código de Processo Civil, é possível conceder tal efeito à apelação em processo de ação cautelar.

Quanto à questão da aplicação da Convenção, que é o que realmente interessa, consta nos autos originários que a agravante, ou seja, a mãe, compartilhava a guarda da criança com o pai, de nacionalidade alemã, até a sua vinda para o Brasil com a criança.

A questão destina-se somente à análise de hipótese de retorno imediato da criança e o devido cumprimento da Convenção conforme os objetivos do tratado, contemplados no artigo 1º da Convenção, qual seja, determinar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas e fazer respeitar de maneira efetiva os direitos de guarda e visita existentes num Estado Contratante.

O desembargador federal Luiz Stefanini foi bastante contundente ao afirmar que “a presente demanda refere-se tão somente às hipóteses de devolução do menor ao país de origem, sendo estranha à lide, questões atinentes à discussão da guarda, devendo ser aferíveis pelo órgão jurisdicional competente para tal, in caso, a Justiça Alemã”.⁹⁹

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Agravo de Instrumento. 1. Trata-se de agravo de instrumento... Agravo de Instrumento Nº 0002532-05.2012.4.3.0000/SP. Juízo Federal da 1 Vara de Jundiaí/SP. Agravante: Eliana Aparecida Rodrigues. Agravado: Johannes Josef Marz. Relator: Desembargador Federal Luiz Stefanini. São Paulo, 9 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

Isso por uma questão clara que é tratada na Convenção de que questões de guarda devem ser discutidas no Estado de residência habitual, e principalmente porque nessa hipótese a Justiça Alemã já havia conferido a guarda compartilhada para ambos os pais. Ademais, o Poder Judiciário alemão também já havia indeferido pedido de mudança de residência efetuado pela mãe sendo a sua mudança para o Brasil inadvertida.

Com relação à aplicação do artigo 13 da Convenção, que permite a recusa ao retorno imediato, restou comprovado que não se aplica ao caso, eis que a mãe não conseguiu obter decisão judicial favorável para a modificação da guarda a seu favor ou a modificação do local de residência da criança, sob o argumento de que a restituição imediata ao pai biológico colocava em risco a integridade física do menor.

Também ficou comprovado pelas autoridades competentes para analisar o direito que o pai possui relação carinhosa e estreita com a filha, além disso, a criança recebia do Estado alemão assistência educacional e material, vez que o pai era funcionário público. Logo, sendo a criança restituída, o pai é apto a ficar com a guarda da filha de modo satisfatório.

Desse modo, foi indeferido o pedido da mãe, vez que questão de guarda deve ser averiguada pelo órgão jurisdicional competente, que é o alemão, ainda, cabia apenas ao Poder Judiciário brasileiro a análise se era caso de aplicação da Convenção ou não, que, como ficou demonstrado, houve violação ao direito de guarda, sendo, portanto, o retorno imediato medida cabível.

4.4 APELAÇÃO CÍVEL Nº. 497870/RJ

EMENTA: CONVENÇÃO DE HAIA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.¹⁰⁰

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. Apelação Cível. I – Trata-se de Ação proposta pela UNIÃO... AC-497870. Sétima Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Rio de Janeiro, 4 maio. 2011. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=bas_e_jur:v_juris>. Acesso em: 26 abr. 2012.

Este caso diz respeito à ação de busca e apreensão proposta pela União para entrega da criança à Autoridade Central Administrativa Federal e posterior entrega à Autoridade Central Paraguaia, eis que a criança se encontrava indevidamente retida, conforme a Convenção de Haia de 1980.

Foi apreciada questão se a retenção da criança se deu de forma ilícita ou não por parte da mãe, e se o retorno imediato ensejava algum dano à criança nos termos da Convenção. Segundo consta, a criança foi retirada de seu país de origem sem que o pai soubesse de tal mudança, ou seja, sem o consentimento do pai, configurando assim, hipótese do artigo 3º da Convenção, qual seja, transferência ilícita.

O Egrégio Tribunal se atentou ao artigo 12 da Convenção no qual:

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.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retomo da criança.¹⁰¹

No caso, a transferência ilícita ocorreu em novembro de 2005, e o início do procedimento perante a Autoridade Central brasileira em agosto de 2006, logo, configurada hipótese de retorno imediato ao país de residência habitual. Quanto à questão de recusa ao retorno com base no artigo 13 da mencionada Convenção, ficou comprovado que a mãe exercia junto ao pai a guarda compartilhada da filha, bem como não foi concedida autorização para a mudança de residência.

Ainda, no que diz respeito à possibilidade de existir 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, em laudos elaborados por

¹⁰¹ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

assistente social e psicóloga verificou-se que a criança tem boa relação familiar, encontra-se matriculada em escola e que possível ruptura poderia gerar impacto psicológico, uma vez que a criança aparenta estar integrada ao seu novo meio social. No entanto, tal fato não impede que a menor retome o convívio com o pai.

Ademais, o depoimento da criança manifestando o desejo de permanecer no Brasil não foi levado em consideração, pois leva a crer que tenha sido comprometido por influência da mãe. A sétima turma ainda salientou que pela tenra idade da criança, esta não estaria apta a decidir sobre o que realmente deseja, seja pelas limitações de maturidade de sua pouca idade, seja por estar submetida a processo de alienação parental por parte da mãe.

Destaca-se que a mãe alegou comportamento violento do pai, o que também não foi levado em consideração para a análise do caso pela turma, tendo em vista que o registro de ocorrência feito pela mãe junto à Polícia paraguaia foi arquivado por falta de provas, além de inexistir qualquer outro registro formal que relate violência doméstica.

Nesse sentido, decidiu a sétima turma do Tribunal Regional da 2ª Região pelo retorno imediato da criança ao seu país de origem, eis que presentes os requisitos para a aplicação da Convenção. Além disso, a alegação de que a criança encontra-se adaptada no país para o qual foi levada não pode servir para legitimar a transferência ilícita, mesmo que a Autoridade não restitua imediatamente a criança. Ademais, o pedido de restituição imediata feito pelo pai foi feito dentro do prazo estabelecido na Convenção, qual seja, menos de um ano entre a data da transferência ilícita e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontra.

Por fim, aquela turma terminou a discussão do caso enfatizando que:

[...] 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.¹⁰² (Grifei)

¹⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. Apelação Cível. I – Trata-se de Ação proposta pela UNIÃO... AC-497870. Sétima Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Rio de

4.5 APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0043806-61.2007.4.01.3400/DF

EMENTA: CIVIL E INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. MÃE BRASILEIRA. PAI AUSTRALIANO. DIVÓRCIO COM HOMOLOGAÇÃO PELA JUSTIÇA AUSTRALINA CONCEDENDO GUARDA DOS MENORES À MÃE. VIAGEM AO BRASIL. FIXAÇÃO DE MORADIA NO BRASIL. DESCARACTERIZAÇÃO DE SEQUESTRO POR ENGLOBALAR A GUARDA O DIREITO DE FIXAR RESIDÊNCIA. RESPONSABILIDADE PARENTAL.¹⁰³

Neste caso, a sexta turma negou provimento por unanimidade à remessa oficial mantendo a improcedência da ação e não provendo apelação da União, por entender não ser caso de transferência ilícita das crianças pela mãe, uma vez que a mãe era titular exclusiva do direito de guarda dos filhos.

Como é sabido, aquele que é titular exclusivo do direito de guarda, possui também o direito de decidir a residência habitual dos filhos, vez que possui além de amplo poder de família, a guarda física da criança. Assim, a turma entendeu que o fato de a mãe brasileira ter vindo passar férias no Brasil e decidido por aqui fixar residência, não violou o direito de guarda do pai, uma vez que a guarda foi atribuída, por decisão judicial da Corte Australiana, somente à mãe.

A decisão não analisou se o pedido de retorno imediato adequava-se à questão temporal do artigo 12 da Convenção, justamente por não entender ser caso de transferência ilícita. Ainda, entendeu ser desaconselhável a restituição das crianças, eis que comprovado, por meio de estudos psicológicos, que os menores estão adaptados ao meio em que vivem.

Consta que foi emitido “mandado de proteção” a favor da mãe contra violência causada pelo pai, fixando que o mesmo chegue a menos de cem metros da mãe, o que impossibilita o retorno imediato, tendo como base o artigo 12, alínea “a” da Convenção, no qual existe risco grave de as crianças ficarem sujeitas a perigos de

Janeiro, 4 maio 2011. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris>. Acesso em: 26 abr. 2012.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação Cível. I – Consoante art. 1º, a Convenção... AC 0043806-61.2007.4.01.3400/DF. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam. Brasília, 18 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

ordem física ou psíquica, ou qualquer outro modo que as coloque em situação intolerável.

Levando-se em conta que a mãe possui a guarda exclusiva dos filhos, pode-se deduzir que qualquer situação de perigo à mãe, resulta também perigo aos filhos de modo extensivo, dessa maneira, evitou-se que as crianças fossem devolvidas a família perigosa ou abusiva. Ademais, se ordenado retorno imediato, tal decisão poderia retirar a eficácia de decisão judicial, já discutida pela Corte Australiana, que concedeu a guarda exclusiva à mãe.

4.6 CONCLUSÃO DAS ANÁLISES

Verifica-se que as recentes decisões foram coerentes e atenderam o que determina a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças com relação à possibilidade de restituição imediata quando se tratar de violação ou não do direito de guarda e visita conferido aos pais.

Das decisões analisadas, observa-se que a Justiça brasileira foi cautelosa em não entrar nas questões sobre fundo de guarda quando já houver decisão a respeito no país de origem, ou seja, no país de residência habitual da criança ou adolescente.

Além disso, as decisões foram atentas à questão temporal de que trata o artigo 12 da Convenção, observando, nos casos em que foi preciso, se o pedido de restituição imediata se adequava ao período de menos de um 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 encontrava.

As autoridades judiciais e administrativas, na hipótese de levar em consideração a manifestação das crianças, observaram a idade e o grau de maturidade para levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto, conforme determina o artigo 13 da Convenção.

Por fim, importante frisar que em caso de perigo à mãe ou ao pai, e aqui não importa a situação, a justiça admitiu também perigo aos filhos de modo extensivo,

não deferindo pedido de restituição imediata quando aqueles que possuem a guarda exclusiva de seus filhos estiverem ou puderem estar em situação de perigo.

CONCLUSÃO

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças é um tratado que diz respeito não só ao direito internacional privado, mas também ao direito de família e todas as suas peculiaridades, envolvendo princípios e direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Questões que envolvem o psicológico, a possibilidade da manifestação de opinião dos filhos, e ainda problemas com o direito de guarda e visitação, muitas vezes entram em conflito com os interesses dos pais, colocando em peso o poder de família do pai que foi deixado para trás.

Mais difícil ainda é analisar questões tão delicadas como estas diante de uma ordem de retorno imediato, que dependendo do caso pode trazer mais traumas aos filhos. No entanto, a Convenção entende que o que atende ao melhor interesse das crianças e adolescentes é exatamente o retorno imediato, devendo a possibilidade de recusa a esse pedido ser analisado de maneira restritiva, sendo aplicado somente em casos que a Convenção permitir expressamente.

Nesse sentido, a Convenção de Haia de 1980 não deve ser aplicada para adentrar em casos que envolvam o mérito da guarda, mas apenas para fazer cumprir um direito de guarda e visitação que já fora convencionado no país de residência habitual, e mesmo que esse direito de guarda ainda não tenha sido acordado, se o pedido de restituição imediata ocorrer num período de menos de um ano entre a data da transferência ilícita ou retenção indevida, e a data do início do processo de restituição perante a Autoridade Judicial ou Administrativa, o país requerido deverá ordenar o imediato retorno da criança ou adolescente.

No caso do Brasil, foi possível perceber pela análise das recentes jurisprudências apresentadas, que o país tem atendido ao que determina a Convenção em relação à possibilidade de restituição imediata quando se tratar de violação ou não do direito de guarda e visita conferido aos pais.

Verifica-se que a Justiça brasileira é cautelosa em não entrar nas questões sobre fundo de guarda quando já houver decisão a respeito no país de origem. Também,

as autoridades judiciais e administrativas, na hipótese de levar em consideração a manifestação das crianças, observaram a idade e o grau de maturidade delas, conforme determina o artigo 13 da Convenção.

Assim, o sequestro dos filhos por um dos genitores tem grande relevância social trazendo inúmeras consequências para quem está envolvido nessa situação, já que tem como foco pais e crianças que se encontram separados, no sentido de que não existem ganhadores ou perdedores, mas sim uma privação para todas as partes envolvidas nesse conflito, onde a vítima será tanto o filho, quanto o pai que teve o seu direito de guarda ou visita violado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível

em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>.

ANA SILVIA ARIZA DE SOUZA. *Código de Menores x ECA: mudanças de paradigmas*, 2004. Disponível

em: <<http://www.promenino.org.br/TabId/77/ConteudoId/deed5f8a-32a1-48cb-b52f816adc45e7e0/Default.aspx>>.

APASE - ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS. *Definição de guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>>.

BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 19 nov. 2011.

_____. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>.

CLARETIANAS (Org.). *ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente: Apresentação*. Disponível em: <<http://eca.claretianas.br/>>.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Breve Análise da Convenção Interamericana para a Restituição Internacional de Menores* apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Direito Civil Internacional: A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1 v.

FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas*. Revista do Advogado. v.28, n.101, p.32, dez./2008.

GOMES, 1968 apud OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho: Doutrina, Jurisprudência, Prática*. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Destaque, 1997. p 69.

GONZAGA, Luís Fabiano Siqueira. *Guarda Compartilhada*, 2009. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/guarda-compartilhada-1283055.html>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

KARINA TORRES MANZALLI. *Da oitiva do menor em juízo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=694>>.

LOBO, Paulo Luis Netto. “*Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*” apud PEREIRA, Rodrigo Cunha. *A Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAURIQUE, Jorge Antonio. *Sequestro Internacional de Crianças: anotações sobre a Convenção de Haia*. Revista Jurídica Consulex, v.12, n.284, p.24-32, Nov./2008.

MESSERE, F.L.L. *Direitos da Criança: O Brasil e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: UniCeub, 2005, p.81. Disponível em: <<http://www.mestrado.uniceub.br/pdf/Fernando%20Messere.pdf>>.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho: Doutrina, Jurisprudência, Prática*. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “*melhor interesse da criança*”: da teoria à prática. Revista Brasileira de Direito de Família, n° 6, p.36, jul./ago./set. 2000.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. *Direito Civil: Guarda Compartilhada*. UNESC – Centro Universitário do Espírito Santo, 2009, p.13. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/19975061/MONOGRAFIA-Direito-Civil-Guarda-Compartilhada>>.

PÉREZ-VERA, Elisa. *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*. Hague: HCCH, 1982 apud AGU. *Cartilha: Combate à Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=492>.

PRÓMENINO. *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/c17c8956-dc66-4aa7-9a93-776896a56a37/Default.aspx>>.

ROBERTO, João Elias. *Pátrio Poder Guarda dos Filhos e Direito de Visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.

STF. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Comentários. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

VADE MECUM: Compacto. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *Guarda de filhos e a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo, como estabelecido.* RDF – DOCTRINA. n.60, p.45, jun./jul. 2010.

OUTRAS REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação Cível. I – Consoante art. 1º, a Convenção... AC 0043806-61.2007.4.01.3400/DF. Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam. Brasília, 18.jul. 2011..Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>.

_____. Tribunal Regional Federal 2ª Região. Apelação Cível. I – Trata-se de Ação proposta pela UNIÃO... AC-497870. Sétima Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal Reis Friede .Rio de Janeiro, 4.maio.2011. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris>.

_____. Tribunal Regional Federal 3ª Região.Agravo de Instrumento. 1. Trata-se de agravo de instrumento... Agravo de Instrumento Nº 0002532-05.2012.4.3.0000/SP. Juízo Federal da 1 Vara de Jundiaí/SP. Agravante: Eliana Aparecida Rodrigues. Agravado: Johannes Josef Marz. Relator: Desembargador Federal Luiz Stefanini. São Paulo, 9 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3v>>.

_____. Tribunal Regional Federal 5ª Região. Apelação Cível. 1. Ação de busca, apreensão... AC5257772/PE. Segunda Turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Pernambuco, 11 de out. 2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal 5ª Região. Apelação Cível. 1. Trata-se de ação... AC478767/CE. Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto Azevedo. Ceará, 21 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>.

ANEXO I

CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

DECRETO Nº 3.413, DE 14 DE ABRIL DE 2000.

Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças foi concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o ato multilateral em epígrafe por meio do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999;

Considerando que o ato em tela entrou em vigor internacional em 1º de dezembro de 1983;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Adesão da referida Convenção em 19 de outubro de 1999, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 1º de janeiro de 2000;

DECRETA :

Art. 1º A Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 14 de abril de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Luiz Felipe Lampreia

Este texto não substitui o publicado no D.O. de 17.4.2000

Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

Os Estados signatários da presente Convenção,

Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda;

Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita;

Decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições:

Capítulo 1 Âmbito da Convenção

Artigo 1

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.

Artigo 2

Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.

Artigo 3

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.

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.

Artigo 4

A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.

Artigo 5

Nos termos da presente Convenção:

- a) 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;
- b) o "direito de visita" compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Capítulo II Autoridades Centrais

Artigo 6

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 virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

Artigo 7

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:

- a) localizar uma criança transferida ou retida ilícitamente;
- 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.

Capítulo III Retorno da Criança

Artigo 8

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.

O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:

- e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;
- f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;
- g) qualquer outro documento considerado relevante.

Artigo 9

Quando a Autoridade Central que recebeu o pedido mencionado no Artigo 8 tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Contratante, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora, à Autoridade Central desse Estado Contratante e disso informará a Autoridade Central requerente ou, se for caso, o próprio requerente.

Artigo 10

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.

Artigo 11

As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retorno 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.

Artigo 12

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.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retomo da criança.

Artigo 13

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo 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.

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

Artigo 15

As autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do Artigo 3º da Convenção, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidas no referido Estado. As autoridades centrais dos Estados Contratantes deverão, na medida do possível, auxiliar os requerentes a obter tal decisão ou atestado.

Artigo 16

Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.

Artigo 17

O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.

Artigo 18

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

Artigo 19

Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente Convenção, não afetam os fundamentos do direito de guarda.

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.

Capítulo IV Direito de Visita

Artigo 21

O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança.

Às Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.

As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito.

Capítulo V Disposições Gerais

Artigo 22

Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja a sua denominação, poderá ser imposta para garantir o pagamento de custos e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos previstos na presente Convenção.

Artigo 23

Nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção.

Artigo 24

Os pedidos, comunicações e outros documentos serão enviados na língua original à Autoridade Central do Estado requerido e acompanhados de uma tradução na língua oficial, ou numa das línguas oficiais, desse Estado, ou, quando tal tradução for dificilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês.

No entanto, um Estado Contratante poderá, fazendo a reserva prevista no Artigo 42, opor-se à utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos, em todo pedido, comunicação ou outro documento enviado à respectiva Autoridade Central.

Artigo 25

Os nacionais de um Estado Contratante e as pessoas que habitualmente residam nesse Estado terão direito, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da presente Convenção, à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam.

Artigo 26

Cada Autoridade Central deverá arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção.

A Autoridade Central e os outros serviços públicos dos Estados Contratantes não deverão exigir o pagamento de custas pela apresentação de pedidos feitos nos termos da presente Convenção. Não poderão, em especial, exigir do requerente o pagamento de custos e despesas relacionadas ao processo ou, eventualmente, decorrentes da participação de advogado ou de consultor jurídico. No entanto, poderão exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança.

Todavia, qualquer Estado Contratante poderá, ao fazer a reserva prevista no Artigo 42, declarar que não se obriga ao pagamento dos encargos previstos no parágrafo anterior, referentes à participação de advogado ou de consultor jurídico ou ao pagamento dos custos judiciais, exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica.

Ao ordenar o retomo da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança.

Artigo 27

Quando for constatado que as condições exigidas pela presente Convenção não se encontram preenchidas ou que o pedido não tem fundamento, a Autoridade Central não será obrigada a recebê-lo. Nesse caso, a Autoridade Central informará de imediato o requerente ou, se for o caso, a Autoridade Central que haja remetido o pedido das suas razões.

Artigo 28

A Autoridade Central poderá exigir que o pedido seja acompanhado de uma autorização escrita dando-lhe poderes para agir em nome do requerente ou para nomear um representante habilitado a agir em seu nome.

Artigo 29

A Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, nos termos dos Artigos 3 ou 21, de dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes, ao abrigo ou não das disposições da presente Convenção.

Artigo 30

Todo o pedido apresentado às autoridades centrais ou diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante nos termos da presente Convenção, bem como qualquer documento ou informação a ele anexado ou fornecido por uma Autoridade Central, deverá ser admissível para os tribunais ou para as autoridades administrativas dos Estados Contratantes.

Artigo 31

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou mais sistemas de direito aplicáveis em diferentes unidades territoriais:

- a) qualquer referência à residência habitual nesse Estado significa residência habitual numa unidade territorial desse Estado;
- b) qualquer referência à lei do Estado de residência habitual corresponde à lei da unidade territorial onde a criança tenha a sua residência habitual.

Artigo 32

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou vários sistemas de direito aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, qualquer referência à lei desse Estado corresponderá a referência ao sistema legal definido pelo direito deste Estado.

Artigo 33

Um Estado no qual diferentes unidades territoriais tenham as suas próprias regras de direito em matéria de guarda de crianças não será obrigado a aplicar a presente Convenção nos casos em que outro Estado com um sistema de direito unificado não esteja obrigado a aplicá-la.

Artigo 34

Nas matérias às quais se aplique a presente Convenção, esta prevalecerá sobre a Convenção de 5 de outubro de 1961 Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de menores, no caso dos Estados Partes a ambas Convenções. Por outro lado, a presente Convenção não impedirá que outro instrumento internacional em vigor entre o Estado de origem e o Estado requerido ou que o direito não convencional do Estado requerido sejam invocados para obter o retorno de uma criança que tenha sido ilicitamente transferida ou retida, ou para organizar o direito de visita.

Artigo 35

Nos Estados Contratantes, a presente Convenção aplica-se apenas às transfefitcias ou às retenções ilícitas ocorridas após sua entrada em vigor nesses Estados.

Caso tenham sido feitas as declarações previstas nos Artigos 39 ou 40, a referência a um Estado Contratante feita no parágrafo anterior corresponderá a referência á unidade ou às unidades territoriais às quais a Convenção se aplica.

Artigo 36

Nenhuma disposição da presente Convenção impedirá que dois ou mais Estados Contratantes, com o objetivo de reduzir as restrições a que poderia estar sujeito o retomo da criança, estabeleçam entre si um acordo para derogar as disposições que possam implicar tais restrições.

Capítulo VI Cláusulas Finais

Artigo 37

A Convenção é aberta a assinatura dos Estados que eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado quando de sua 14^o sessão.

A Convenção será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 38

Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção.

O instrumento de adesão será depositado junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

A Convenção entrará em vigor, para o Estado aderente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito de seu instrumento de adesão.

A adesão apenas produzirá efeito nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que tenham declarado aceitar essa adesão. Esta declaração deverá ser igualmente feita por qualquer Estado membro que ratifique, aceite ou aprove a Convenção após tal adesão. Esta declaração será depositada junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, que, por via diplomática, enviará uma cópia autenticada a cada um dos Estados Contratantes.

A Convenção entrará em vigor entre o Estado aderente e o Estado que tenha declarado aceitar essa adesão no primeiro dia do terceiro mês após o depósito da declaração de aceitação.

Artigo 39

Qualquer Estado poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, declarar que a Convenção será aplicável ao conjunto dos territórios que internacionalmente representa ou apenas a um ou mais deles. Essa declaração produzirá efeito no momento em que a Convenção entrar em vigor para esse Estado.

Tal declaração, bem como qualquer extensão posterior, será notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.'

Artigo 40

O Estado Contratante que compreenda duas ou mais unidades territoriais nas quais sejam aplicáveis diferentes sistemas de direito em relação às matérias reguladas pela presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, que a presente Convenção deverá aplicar-se a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas, e poderá, a qualquer momento, modificar essa declaração apresentando outra em substituição.

Tais declarações serão notificadas ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, e mencionando expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção será aplicável.

Artigo 41

Quando o Estado Contratante possua um sistema de Governo em virtude do qual os poderes executivo, judiciário e legislativo sejam partilhados entre autoridades centrais e outras autoridades desse Estado, a assinatura, ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou adesão a esta, ou a declaração feita nos termos do Artigo 40, não trarão qualquer consequência quanto à partilha interna de poderes nesse Estado.

Artigo 42

Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quando de uma declaração feita nos termos dos Artigos 39 ou 40, fazer uma ou ambas reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo. Nenhuma outra reserva será admitida.

Qualquer Estado poderá, a qualquer momento, retirar uma reserva que haja feito. A retirada deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação mencionada no parágrafo anterior.

Artigo 43

A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão previsto nos Artigos 37º e 38º.

Em seguida, a Convenção entrará em vigor:

1) para cada Estado que a ratifique, aceite, aprove ou a ela adira posteriormente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do respectivo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

2) Para os territórios ou unidades territoriais onde a Convenção tenha sido tornada extensiva nos termos dos Artigos 39º ou 40º, no primeiro dia do terceiro mês após a notificação prevista nesses Artigos.

Artigo 44

A Convenção terá uma duração de cinco anos a partir da data da sua entrada em vigor, em conformidade com o primeiro parágrafo do Artigo 43, mesmo para os Estados que a tenham ratificado, aceito, aprovado ou a ela aderido posteriormente.

A Convenção será tacitamente renovada de cinco em cinco anos, salvo denuncia.

A denuncia deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos pelo menos 6 meses antes de expirar-se o período de cinco anos. A denuncia poderá limitar-se a certos territórios ou unidades territoriais onde a Convenção vigore.

A denuncia só produzirá efeito em relação ao Estado que a tenha notificado. A Convenção permanecerá em vigor para os outros Estados Contratantes.

Artigo 45

O Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos notificará os membros da Conferência, bem como os Estados que a ela tenham aderido em conformidade com as disposições contidas no Artigo 38º:

- 1) das assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações referidas no Artigo 37;
- 2) das adesões referidas no Artigo 38;
- 3) da data em que a Convenção entrará em vigor, de acordo com o Artigo 43;
- 4) das extensões referidas no Artigo 39;
- 5) das declarações mencionadas nos Artigos 38 e 40;
- 6) das reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo, e das retiradas de reservas previstas no Artigo 42;
- 7) das denúncias referidas no Artigo 44.

Em fê do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados, assinaram a presente Convenção.

Feita na Haia, em 25 de outubro de 1980, em francês e em inglês, sendo ambos os textos igualmente originais, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos e do qual será remetida, por via diplomática, uma cópia certificada conforme a cada um dos Estados Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado à data da sua 14ª Sessão.

ANEXO II**EMENTA DOS ACÓRDÃOS****APELAÇÃO CÍVEL Nº 478767/CE**

ACÓRDÃO - AC478767/CE (11/02/2010)

Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região

Classe: Apelação Cível - AC478767/CE

Número do Processo: 200881000119605

Código do Documento: 213922

Data do Julgamento: 21/01/2010

Órgão Julgador: Primeira Turma

Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo (Convocado)

PUBLICAÇÕES: Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 11/02/2010 - Página 491

DECISÃO: UNÂNIME

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. DECRETO 3413/2000. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO. INCABIMENTO. NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. MENORES QUE ANTES HABITAVAM A FRANÇA NA COMPANHIA DE SEUS PAIS. MUDANÇA DA FAMÍLIA PARA O BRASIL. DESLOCAMENTO DA RESIDÊNCIA HABITUAL DOS MENORES. RETENÇÃO LÍCITA. AUSÊNCIA DE DESRESPEITO À CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980.

1. Trata-se de ação de busca e apreensão de menores proposta pelo pai, cidadão francês, visando à restituição imediata de seus três filhos, nascidos na França e atualmente fixados em Fortaleza/CE, invocando o cumprimento da Convenção de Haia de 1980, sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 3413/2000.

2. Descabimento do pedido formulado pela ré para a suspensão do julgamento até que seja proferida decisão nos autos da SEC 4611/FR, em tramitação no egrégio Superior Tribunal de Justiça, e que trata de homologação de sentença estrangeira contestada, in casu, a decisão constante da Ação de Divórcio movida pelo autor na justiça francesa.

3. Apesar do robusto liame verificado entre tais ações a questão posta nos presentes autos não se submete à decisão a ser proferida na citada SEC 4611/FR. O objeto aqui tratado refere-se, unicamente, à controvérsia acerca da legalidade da retenção dos menores em território brasileiro, nos termos fixados pela Convenção de Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças, enquanto aquele outro versa sobre a homologação da sentença de divórcio proferida no juízo francês.

4. Rejeita-se também a preliminar de nulidade da sentença por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, ante a supressão de oportunidade para debates orais e oferecimento de razões finais.

5. Ausente qualquer prejuízo suportado pelas partes com a supressão acima indicada, porquanto o feito já se encontrava pronto para julgamento, com ampla dilação probatória e manifestação de ambos os litigantes sobre as questões invocadas por cada um deles, assim como sobre os documentos colacionados aos autos.

6. No presente caso, o atraso na prolação da sentença, com a abertura de prazo para novas e desnecessárias intervenções das partes, é que representaria grave prejuízo aos litigantes, servindo de obstáculo à celeridade que norteia a presente causa.

7. Quanto ao mérito, improcedente o pedido formulado pelo autor porquanto a retenção das crianças no Brasil não pode ser tida como ilícita a justificar a aplicação da norma de direito internacional acima referida.

8. As provas colacionadas aos autos dão conta de que a família (pai, mãe e filhos), antes residente na França, decidiu, de comum acordo, mudar-se para o Brasil na intenção de aqui fixar residência, como última tentativa de restaurar a harmonia conjugal abalada por constantes desentendimentos.

9. A vinda do marido duas semanas antes do resto da família (o que sugere ter se antecipado ao grupo para tomar as providências necessárias à instalação de todos); a realização de matrícula das crianças em escola de ensino regular logo que aqui chegaram; o início de sessões de psicoterapia com o casal (tratamento psicológico que demanda tempo para sua efetivação); a procura de imóvel para a morada da família; as mensagens enviadas pelo autor à sua então esposa (quando a mesma se encontrava em Barcelona, tendo dele se separado momentaneamente) informando sua disposição de tentar salvar o casamento mudando-se para o Brasil ou qualquer outro lugar no mundo, etc. dão farta demonstração de que a vinda da família não representou mera viagem de férias, e sim evidenciam a intenção de permanência no país.

10. O fato de o pai ter mudado de ideia de aqui se fixar, resolvendo regressar para a França no curto período de um mês, não tem por condão alterar a situação já configurada de transmutação da residência habitual das crianças para o Brasil.

11. A configuração do deslocamento da residência habitual das crianças se deu no momento de sua chegada ao território brasileiro, na companhia de sua mãe, para aqui viverem juntamente com seus pais. Isso porque o termo "habitual", apesar de sugerir "duração", não exclui a possibilidade de ser configurado em curto lapso de tempo se fortalecido com o aspecto subjetivo da intenção de permanência no local.

12. Apelação não provida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 525772/PE

ACÓRDÃO - AC525772/PE (20/10/2011)

Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região

Classe: Apelação Cível - AC525772/PE

Número do Processo: 00034830820114058300

Código do Documento: 278516

Data do Julgamento: 11/10/2011

Órgão Julgador: Segunda Turma

Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias

PUBLICAÇÕES: Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 20/10/2011 - Página 254

DECISÃO: UNÂNIME

EMENTA: DIREITO INTERNACIONAL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENORES FILHOS DE PAI AUSTRALIANO E MÃE BRASILEIRA. REPATRIAÇÃO. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. PROMULGAÇÃO NO BRASIL. DECRETO Nº 3.413/2000. SENTENÇA ESTRANGEIRA. REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE GUARDA E VISITA. RETENÇÃO ILÍCITA DOS MENORES EM TERRITÓRIO NACIONAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REPATRIAÇÃO IMEDIATA. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. NÃO CABIMENTO. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

1. Ação de busca, apreensão e restituição de menores de nacionalidade australiana, filhos da apelante, indevidamente retidos em território nacional, com pedido de repatriação amparado na Convenção de Haia Sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

2. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, datada de 1980, subscrita pelo Brasil na forma do Decreto Presidencial nº 3.413/2000, foi firmada com o propósito de criar uma jurisdição internacional visando combater o sequestro de crianças, prática cada vez mais comum, inclusive por parte dos genitores, que deixam o país da residencial habitual conduzindo os menores e permanecendo de forma irregular no país de destino.

3. Ao ratificar a Convenção de Haia o Brasil firmou o compromisso internacional de cumprir as disposições convencionais como regra, o que inclui adotar as medidas necessárias visando promover o célere e efetivo cumprimento das decisões envolvendo

direitos de guarda e de visita de crianças, quando regulamentados em outros países que seguem a mencionada Convenção.

4. Os menores em questão viveram a maior parte do tempo na Austrália, tendo começado a se aculturar naquele País, onde permaneceram até o momento em que vieram visitar sua genitora no Brasil e aqui foram retidos. Sendo assim, há de ser considerada aquele País como o lugar de residência habitual dos menores.

5. Hipótese em que a Justiça Australiana regulamentou o direito de guarda e visita dos menores, estabelecendo a guarda compartilhada entre os genitores. Estabeleceu ainda que, no caso da genitora retornar ao Brasil, os menores deveriam permanecer residindo no País de origem, sob a guarda do pai, sem prejuízo do direito de visita da mãe na forma definida na sentença.

6. A permanência dos menores em território nacional caracteriza a retenção ilícita das crianças por parte de sua genitora, afrontando o disposto no artigo 3º da Convenção de Haia, segundo o qual "A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando "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".

7. Nos termos do artigo 16 da Convenção de Haia, em caso de discussão envolvendo eventual direito de guarda de criança estrangeira indevidamente retida fora do seu lugar de residência habitual, é vedado às autoridades judiciárias no país de destino apreciar o mérito da guarda da criança, devendo ater-se à análise da regularidade da sua saída do país de residência habitual, a ocorrência de violação de direito de guarda definido no Estado de origem, bem como se há comprovação de alguma das hipóteses em que a Convenção de Haia excepciona a obrigatoriedade de restituição da criança ao Estado estrangeiro. Precedentes do STJ e desta Corte.

8. A análise dos autos evidencia a não caracterização de qualquer das situações tipificadas no artigo 13 da Convenção da Haia para obstar o retorno imediato dos infantes ao seu local de residência habitual. Assim, não se concebe que a apelante possa se eximir de restituir de imediato os menores ao seu país de origem, de onde foram subtraídos sem justificativa, uma vez que a sua conduta afronta o ordenamento jurídico supranacional.

9. O retorno imediato das crianças à residência habitual em país signatário da Convenção de Haia, nas hipóteses em que se reclama esse direito, como no caso presente, é medida que se impõe.

10. Não há que se falar em cerceamento de defesa ou afronta a qualquer outro princípio constitucional em face do indeferimento das provas pericial e testemunhal, pois estas não teriam o condão de modificar os contornos do direito ora discutido. Por tais razões, não se justifica a necessidade da dilação probatória pretendida, uma vez que tal medida, além de se mostrar inócua no caso em apreço, somente contribuiria para manter ilicitamente os menores fora do seu local de residência habitual por tempo indefinido, o que seria mais prejudicial num futuro retorno dos menores.

11. A concessão de tutela antecipada na sentença é cabível no caso presente, que possui natureza cautelar, tendo em vista que a permanência dos menores no Brasil, além de ilegal, configura uma situação danosa aos seus interesses, pois a demora no seu retorno

à Austrália somente contribuirá para criar uma situação cada vez mais desfavorável para a sua readaptação naquele País.

12. Não é devida a fixação da verba honorária em favor do assistente litisconsorcial, pai dos menores, tendo em vista que a parte ora recorrente já prestou caução idônea perante a Justiça Australiana, para ser utilizada no custeio de despesas que se façam necessárias para promover o retorno das crianças ao seu país de origem.

13. Apelações improvidas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0002532-05.2012.4.3.0000/SP

PROC: 2012.03.00.002532-0 AI 464853

D.J: 16/2/2012

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0002532-05.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.002532-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

AGRAVANTE : ELIANA APARECIDA RODRIGUES

ADVOGADO : MARCUS VINICIUS RODRIGUES LIMA (Int.Pessoal) :
DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)

AGRAVADO : JOHANNES JOSEF MARZ

ADVOGADO : ALCIONEI MIRANDA FELICIANO

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE JUNDIAI > 28ª SSJ > SP

No. ORIG. : 00000079620124036128 1 Vr JUNDIAI/SP

DECISÃO:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Eliana Aparecida Rodrigues, com pedido de liminar, contra a decisão do MM. Juízo de 1º grau, que, nos autos em epígrafe, recebeu o recurso de apelação interposto pela agravante, tão somente em seu efeito devolutivo.

Insurge-se a agravante, alegando que o recebimento da apelação, no efeito meramente devolutivo, pode acarretar a irreversibilidade da decisão proferida pelo MM. Juízo a quo.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, observo que, consoante o artigo 522 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, estabeleceu-se nova sistemática

para interposição de recurso de agravo de instrumento, consagrando seu cabimento somente nos casos previstos na Lei ou naqueles suscetíveis de causar lesão grave ou de difícil reparação. É esse o caso dos autos, razão pela qual conheço do recurso, na forma de instrumento.

O art. 520 prevê as hipóteses em que o recurso de apelação deve ser recebido somente no efeito devolutivo, conforme transcrevo a seguir:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

I - homologar a divisão ou a demarcação;

II - condenar à prestação de alimentos;

III - (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)

IV - decidir o processo cautelar;

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

Com efeito, o decisório de 1º grau veio fundamentado no inciso IV do referido art. 520 do Código de Processo Civil, uma vez que, a decisão recorrida refere-se a uma ação cautelar de busca e apreensão.

Os autos originários tratam de medida cautelar de busca e apreensão de menor, que seria fruto de um relacionamento da agravante com o alemão Johannes Josef Marz.

As partes eram divorciadas e compartilhavam a guarda da menor, até a vinda da mãe para o Brasil com sua filha, em 3/11/2011.

Referido decisum cinge-se tão somente, ao cumprimento da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, da qual o Brasil é signatário.

Referida Convenção dispõe, em seu art. 1º, o seguinte:

Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; (grifo nosso);

b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

De fato, conforme o ressaltado pelo MM. Juízo a quo, a presente demanda refere-se tão somente às hipóteses de devolução da menor ao país de origem, sendo estranha à lide, questões atinentes à discussão da guarda, devendo ser aferíveis pelo órgão jurisdicional competente para tal, in casu, a Justiça alemã.

Restou comprovado que ambos os pais possuem a guarda compartilhada da menor, tendo o pedido de mudança de residência, efetuado pela mãe, ora agravante, sido indeferido pelo Judiciário alemão.

Inadvertidamente, a agravante, de posse da menor, mudou-se para o Brasil, sem prévia comunicação ao genitor da filha, tendo permanecido desconhecido seu paradeiro até recentemente.

Após localizar a menor, o agravado partiu para o Brasil, tendo acionado as vias judiciais brasileiras competentes ad hoc para o caso, uma vez que, a menor encontrava-se em nosso território.

Com efeito, referida menor, objeto da presente querela judicial, possui nacionalidade alemã, devendo ser devolvida ao país de origem.

Cumprе ressaltar que, a série de acusações, apresentadas pela agravante em desfavor do agravado, permaneceram no campo das ilações, não restando minimamente comprovadas, de forma que se pudesse asseverar pelas hipóteses descritas no art. 13 da supracitada Convenção.

Tais argumentos já foram sopesados e rebatidos em agravo de instrumento interposto pela Defensoria Pública da União, no agravo de nº 0000002-28.2012.4.03.0000/SP, conforme transcrevo a seguir:

Com efeito, em relação ao suposto risco à integridade física, em tese suportável pela menor, em caso de restituição ao genitor biológico, restou demonstrado que a agravante apresentou às autoridades alemãs as mesmas reclamações que ora apresenta no recurso ao agravado, sem, contudo lograr obter decisão judicial favorável à modificação da guarda ou local de residência da menor, objeto da ação de busca e apreensão.

Segundo o relatado nos autos, as autoridades, competentes para analisar o direito, ora discutido, afirmam que o agravado possui uma relação carinhosa e estreita com a filha, não havendo dúvidas quanto à aptidão do mesmo em proceder à guarda e educação da menor.

Da mesma forma, as acusações da agravante contra o pai permaneceram no campo das ilações, não havendo, em nenhum momento, qualquer prova nos autos que corroborem o quanto infirmado pela requerente.

Ao revés, do quanto instruído nos presentes autos, restou demonstrado que a menor em questão recebia do Estado alemão assistência educacional e material, sendo que, o pai, funcionário público, demonstrou plenas condições de garantir a guarda e educação da filha, de modo satisfatório.

Portanto, sendo a menor de nacionalidade alemã, e, visto que a mesma já encontra-se em solo germânico, decisão em sentido contrário não traria qualquer efeito prático à situação factual da mesma.

Sendo que, as decisões deste órgão jurisdicional devem ater-se, unicamente, as hipóteses de cumprimento da Convenção Internacional, tal julgamento tornou-se despiciendo, uma vez que, as questões atinentes à concessão da guarda da criança devem ser averiguadas pelo órgão jurisdicional competente, o Judiciário alemão.

Diante do exposto, INDEFIRO o pedido de efeito ativo requerido ao presente agravo .

Intimem-se, inclusive os agravados para que apresentem contraminuta, nos termos do artigo 527, V, do Código de Processo Civil.

Após, tornem os autos à conclusão.

São Paulo, 09 de fevereiro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL Nº 497870/RJ

Origem: TRF-2

Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 497870

Processo: 2008.51.10.004697-3 UF: RJ

Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA

Data Decisão: 04/05/2011

Documento: TRF-200257501

Tabela Única de Assuntos (TUA)

Admissão / Entrada / Permanência / Saída - Estrangeiro/Direito Internacional Privado - Civil

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

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

I – 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.

II – 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.

III – 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.”

IV – 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, configurando-se, assim, a sua transferência ilícita.

V – Outrossim, dispõe o 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 retorno 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. (...)”

VI – 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. 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.

VII – Cumpre 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.

VIII – 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”.

IX – 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.

X – 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.

XI – 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 inexistem nos autos qualquer outro registro formal que relate violência doméstica por parte do pai da menor.

XII - 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. 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.

XIII – 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.

XIV – Agravo Retido da Parte Ré não conhecido e Apelação da União Federal provida.

Relator

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Votantes

Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA

Juiz Federal Convocado FLAVIO DE OLIVEIRA LUCAS

Decisão

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0043806-61.2007.4.01.3400/DF

Processo: AC 0043806-61.2007.4.01.3400/DF; APELAÇÃO CIVEL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN

Órgão Julgador: SEXTA TURMA

Publicação: e-DJF1 p.171 de 29/07/2011

Data da Decisão: 18/07/2011

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial.

Ementa: CIVIL E INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. MÃE BRASILEIRA. PAI AUSTRALIANO. DIVÓRCIO COM HOMOLOGAÇÃO PELA JUSTIÇA AUSTRALINA 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/DFT 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.