

RECURSO ESPECIAL Nº 900.262 - RJ (2006/0221292-3)

RECORRENTE : D G G
ADVOGADO : RICARDO ZAMARIOLA JUNIOR E OUTROS
RECORRIDO : B B G
ADVOGADOS : FLÁVIO ANDRADE DE CARVALHO BRITTO E OUTROS
VINÍCIUS DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Recurso especial interposto por D. G. G. com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TRF/2ªR.

Ação: cautelar de busca e apreensão do menor S. R. G., nascido em 25/5/2000, hoje com sete anos de idade, proposta por seu pai, ora recorrente, em face de B. B. G., sua mãe, ora recorrida, com o objetivo específico de diligenciar o retorno do filho aos Estados Unidos da América, onde reside.

Alega, como causa de pedir, que a permanência do menor no Brasil configura ilícito, à luz da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

Narram os autos que a mãe, mediante autorização do recorrente, decidiu realizar viagem na companhia do filho em 16/6/2004 para o Rio de Janeiro, e que, lá permanecendo, teria usurpado do pai o direito de ter a companhia do filho, residente no Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América, até então lar da família.

Assim, violado estaria o direito do pai no momento em que a mãe não retornou ao país de origem, expirado o termo da autorização a ela concedida, ou seja, a partir de 12/7/2004.

Às fls. 669/677, peças processuais encaminhadas pela 2ª Vara de Família da Comarca da Capital (Rio de Janeiro), referentes à ação n.º 2004.001.083120-0, na qual a guarda provisória do menor foi conferida, em

Superior Tribunal de Justiça

28/7/2004, em decisão antecipatória de tutela, à mãe, ora recorrida, autora naqueloutro processo.

Logo após ter ciência do propósito da recorrida de não mais retornar aos Estados Unidos, o recorrente ajuizou ação perante a Justiça americana (Suprema Corte de Nova Jersey, Divisão de Equidade, Vara de Família, Comarca de *Monmouth*), a qual, determinou, em 26/8/2004, com base no art. 15 da Convenção de Haia, que a mãe levasse "*imediatamente (dentro de quarenta e oito horas do recebimento de notificação dessa Ordem) o menor S. de volta aos Estados Unidos, Estado de Nova Jersey, Município de Tinton Falls*" (fl. 170).

Sentença: julgou improcedente o pedido, por considerar aplicável a exceção prevista no art. 12 da Convenção de Haia, isto é, por estar provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Acórdão: por maioria, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo recorrente e ao recurso adesivo interposto pela recorrida, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. CUMPRIMENTO DE CONVENÇÃO INTERNACIONAL, QUE REGULA O RETORNO DE CRIANÇAS SUBTRAÍDAS ILICITAMENTE DO TERRITÓRIO DOS PAÍSES SIGNATÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL QUE PREVÊ AMPLO DEBATE EM PROL DO BEM ESTAR DA CRIANÇA COMO CÂNONE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA DA SITUAÇÃO FÁTICA DE MENOR EM TENRA IDADE, COM DUPLA NACIONALIDADE. RESIDÊNCIA ESTABELECIDADA EM COMPANHIA DA MÃE, A QUAL DETÉM SUA GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA NACIONAL. PERFEITA ADAPTAÇÃO AO DOMICÍLIO BRASILEIRO. SITUAÇÃO FAMILIAR ESTÁVEL E FAVORÁVEL AO MENOR NO TERRITÓRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE DEFERIU A GUARDA AO PAI.

APELO IMPROVIDO. 1. A entrega de menor em tenra idade ao pai, com o conseqüente retorno imediato ao país envolvido, deve se revestir das cautelas impostas pela própria Convenção Internacional, subscrita pela República Federativa do Brasil e promulgada pelo Decreto nº 3.413/2000. 2. Consoante o estipulado no art. 13 da própria Convenção, há hipóteses de recusa do retorno, não havendo qualquer colidência da r. sentença com o diploma legal em questão. 3. Adaptação do menor de seis anos à residência no Brasil, estando sob a guarda de sua mãe - consoante decisão de autoridade judiciária nacional. 4. Nova alteração de domicílio, com separação de sua mãe, que exerce guarda condignamente, promoverá inequívoco abalo emocional o que, a toda evidência, não atende aos interesses do menor. 5. Apelação improvida. Recurso Adesivo improvido.

Embargos de declaração: rejeitados.

Recurso especial: interposto sob alegação de ofensa aos arts. 12, 13, 16, 17, da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, aprovada pelo Decreto n.º 3.413/2000.

Alude o recorrente, inicialmente, que não se busca debater neste processo a guarda da criança, considerada a natureza jurídica da ação de busca e apreensão, "*ação executiva lato sensu, destinada unicamente à satisfação de direito previamente existente*" (fl. 1.107), recaindo, portanto, a discussão, tão-somente sobre o direito ao imediato retorno do menor aos Estados Unidos da América.

Alega, quanto à violação ao art. 16 da Convenção, que "*entre dois ambientes normais ao desenvolvimento do menor, o juiz, quando em jogo a guarda, deverá escolher aquele no qual a criança já se encontra. Quando em jogo o retorno sob a égide do tratado, no entanto, deverá escolher aquele do País de residência habitual*" (fl. 1.117).

Sustenta, assim, que deve ser analisado o bem-estar da criança no País de residência habitual, quando em curso uma demanda de retorno fundada

no aludido Tratado Internacional.

Aduz ainda que o art. 17 da Convenção permite, tão-somente, que o aplicador da norma "*colha elementos para sua decisão a partir da fundamentação de eventual decisão de guarda tomada no Estado requerido*" (fl. 1.119).

No que concerne à violação ao art. 13 da Convenção, afirma que "*o trauma causado pela separação da criança do genitor seqüestrador jamais poderá ser utilizado como supedâneo da aplicação da exceção de grave risco, isso sob pena de se abrir as portas para o sucesso de todo e qualquer seqüestro internacional de menores*" (fl. 1.122).

Sustenta o recorrente que ao incluir, o acórdão impugnado, a questão da adaptação do menor dentre as relevantes para o deslinde da controvérsia, viola frontalmente o art. 12 da Convenção sobre os Aspectos Cíveis de Seqüestro Internacional de Crianças.

Por fim, sintetiza sua fundamentação em dois pontos: (i) no âmbito de cognição da lide; e (ii) na qualificação jurídica a ser atribuída ao abalo psíquico decorrente do retorno da criança a seu País de residência habitual, depois do tempo de tramitação do processo.

Contra-razões: às fls. 1.173/1.240.

Parecer do MPF (fls. 1.315/1.321): o i. Subprocurador-Geral da República, Benedito Izidro da Silva, opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

Inserido na pauta da sessão de julgamentos da Terceira Turma do STJ, do dia 6/3/2007, formulou o recorrente petição (fl. 1.327), requerendo o adiamento do julgamento por três sessões, pedido esse deferido.

Petição (fl. 1.330): formulada pela recorrida, em 12/3/2007, em que requer a juntada dos seguintes documentos novos:

Superior Tribunal de Justiça

i) acordo celebrado junto à Suprema Corte de *New Jersey*, pelo qual se resolveu a lide que lá tramitava entre o recorrente e os pais da recorrida, mediante pagamento da quantia de U\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares) ao recorrente;

ii) acórdão proferido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelo qual foi negado provimento ao recurso de apelação interposto pelo ora recorrente, para confirmar a sentença que conferiu a guarda do menor à recorrida.

Despacho (fl. 1.330): Determinei, em 21/3/2007, a suspensão do julgamento marcado para o dia 27/3/2007, em face do conteúdo dos documentos, dos quais concedi vista à parte contrária.

Petição (fls. 1.362/1.363): manifestação do recorrente a respeito dos documentos apresentados pela recorrida, requerendo, ao final, o prosseguimento da demanda, com o julgamento do recurso especial.

Em 26/3/2007, atesto o recebimento de correspondência oficial, oriunda da Embaixada dos Estados Unidos da América, assinada pelo i. Consul Geral, *Simon Henshaw*, com o seguinte teor:

"Apraz-me cumprimentar Vossa Excelência e aproveitar a oportunidade para expressar o interesse da Embaixada dos Estados Unidos da América no caso de retenção, no Brasil, do menor S. R. G., cidadão norte-americano nascido no Estado de Nova Jersey.

A Embaixada assegura a esta Corte que não tem conhecimento a respeito de quaisquer impedimentos à entrada da cidadã brasileira B. B. G. nos Estados Unidos da América. Mais ainda, a Sra. B. B. G. dispõe de representação legal nos Estados Unidos da América e tem participado regularmente do procedimento que se desenvolve perante a Corte Superior de Nova Jersey relativo à guarda do menor S. R. G.

A Embaixada assegura, ainda, que a Corte Superior de Nova Jérsei e todas as autoridades norte-americanas constituídas são perfeitamente capazes de zelar pelo melhor interesse do menor S. R. G. após seu retorno aos Estados Unidos da América, e que a

Superior Tribunal de Justiça

legislação do Estado de Nova Jersey é toda ela pautada pela proteção ao melhor interesse da criança.

Da mesma forma, a Embaixada assegura que, após o retorno do menor S. R. G. aos Estados Unidos da América, a cidadã brasileira B. B. G. terá direito ao devido processo legal no que diz respeito à disputa judicial pela guarda da criança, e que a legislação dos Estados Unidos lhe garante condições de litigar perante a Corte Superior de Nova Jersey em igualdade de condições com quaisquer cidadãos norte-americanos.

A Embaixada gostaria também de manifestar sua preocupação com as decisões judiciais tomadas até aqui que negaram a aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças ao caso da retenção de S. R. G. com fundamento apenas no tempo em que o menor se encontra no Brasil desde a sua retenção. A se considerar que o tempo de tramitação do processo judicial, no Brasil, por si só inviabiliza o retorno do menor com base na Convenção de Haia, então será praticamente impossível que qualquer criança retirada dos Estados Unidos da América retorne. Um precedente dessa natureza autorizaria a negativa de retorno de qualquer menor, por mais ilegais que tenham sido as condições de sua retirada dos Estados Unidos da América, e estimularia justamente a conduta que a Convenção de Haia e seus países signatários pretendem coibir.

Conforme a Convenção de Haia determina que a jurisdição seja dada para o local de residência da criança, esperamos que essa Corte decida sobre a questão de jurisdição, deixando a matéria da custódia para a corte apropriada.

Finalmente, a Embaixada gostaria de informar que os Estados Unidos da América tem cumprido vigorosamente a Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, inclusive no que diz respeito ao retorno de crianças brasileiras retiradas ilegalmente do Brasil."

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 900.262 - RJ (2006/0221292-3)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : D G G
ADVOGADO : RICARDO ZAMARIOLA JUNIOR E OUTROS
RECORRIDO : B B G
ADVOGADOS : FLÁVIO ANDRADE DE CARVALHO BRITTO E OUTROS
VINÍCIUS DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

Versa o debate acerca da aplicabilidade à hipótese das disposições da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, Tratado Internacional de que Brasil e Estados Unidos são signatários.

As decisões prolatadas neste processo, por conseguinte, não possuem relação com a questão da guarda do menor, no momento, submetida ao crivo da 2ª Vara de Família do Rio de Janeiro e, concorrentemente, ao da Vara da Família da Comarca de *Monmouth*, Estado de Nova Jersey, EUA.

O recorrente, que reside nos Estados Unidos da América, propôs cautelar de busca e apreensão do seu filho, hoje com sete anos de idade, em face da mãe, ora recorrida, com o objetivo específico de diligenciar o retorno do filho ao até então lar da família.

Como causa de pedir, sustenta que a permanência do menor no Brasil configura ilícito, à luz da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, perpetrado pela mãe, na companhia de quem atualmente convive o menor.

- Da violação aos arts. 16 e 17 do Decreto 3.413/2000

As matérias jurídicas insertas nos arts. 16 e 17 da Convenção de

Haia sobre Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças não foram debatidas pelo Tribunal de origem, o que atrai o óbice da Súmula 211/STJ .

Ressalte-se que a Corte Especial do STJ firmou entendimento, cristalizado na Súmula 320/STJ, no sentido de que a questão federal ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.

De qualquer forma, registre-se, conforme declarado no acórdão proferido em sede de embargos de declaração, que neste processo não se discute a guarda da criança e sim, a possibilidade ou não do seu retorno aos Estados Unidos, não integrando, portanto, tal matéria, o debate a ser instaurado.

- Da violação aos arts. 12 e 13 do Decreto 3.413/2000

O Tribunal de origem concluiu pela manutenção do menor na companhia da mãe, com base no delineamento fático do processo, nos seguintes termos:

(fls. 1.078/1.079) - *"A parte apelada, logo ao chegar ao território nacional, buscou regularizar a situação de guarda da criança, propondo medida judicial adequada, na qual há ampla possibilidade de contraditório. Não escondeu o paradeiro da criança, nem há qualquer evidência nos autos, sequer alegação, de que a genitora tenha impedido o contato do pai com o seu filho. Não se depreende da conduta materna o objetivo de frustrar a localização do menor e/ou impedir a visitação.*

*Importantíssimo considerar, também, que o pequeno S. encontra-se bem assistido, em sua atual residência, perfeitamente adaptado. Freqüenta escola de excelente nível, convive com crianças de sua idade e desfruta da companhia dos familiares maternos, estando absolutamente amparado material e emocionalmente. Nenhum dano psíquico se imputa à guarda **ora efetivamente exercida pela mãe**, nem que tenha ocorrido substancial prejuízo com a alteração do domicílio para o Brasil, salvo, à toda evidência - e não pouco importante - falta do convívio paterno habitual.*

Superior Tribunal de Justiça

*Por outro lado, a separação de uma criança de tenra idade de sua mãe somente deve ser promovida em **situações excepcionais**, diante - mais uma vez e sempre - da busca do bem-estar do menor. Penso que, no presente caso, cede espaço o art. 12 da Convenção para **aplicar-se sim a exceção prevista no art. 13, letra "b" da Convenção de Haia**, promulgada pelo Decreto 3.413/00, e não decorrente do comportamento ou condições inadequadas do pai, mas da situação de fato em que hoje se encontra a criança. Não vislumbro qualquer benefício para o pequeno S. em sua devolução aos Estados Unidos da América. Pelo contrário, nova alteração de domicílio, com separação de sua mãe, que exerce sua guarda condignamente, promoverá **inequívoco abalo emocional e psíquico**, que não se pode ignorar. E mais, tal providência buscada pelo Apelante divorcia-se da própria tônica em que concebida a Convenção.*

Não se menoscabe a dramaticidade da situação do pequeno S. que, sendo brasileiro e americano, com pais residindo em países diversos, deverá lidar com longas ausências de um dos genitores. Todavia, na solução do impasse colocado, reputo que melhor atende ao interesse do menor a manutenção do estável quadro, na companhia de sua mãe" (grifos conforme o original).

Pinça-se do acórdão recorrido, dois fundamentos principais: (i) o de que o interesse precípua do menor não pode encontrar barreira alguma; (ii) o de que se trata de hipótese de exceção prevista no art. 13, alínea "b", da Convenção de Haia, qual seja, a existência de risco grave de a criança, no seu retorno, sofrer abalo emocional e psíquico.

A sentença, por sua vez, aplicou a exceção prevista no art. 12 da Convenção, no sentido de que a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança quando for provado que ela já se encontra integrada no seu novo meio.

Fixadas as linhas mestras de fundamentação ora impugnadas, passa-se à análise da questão, sempre levando-se em consideração a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos

constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

A separação de um casal inegavelmente acarreta sofrimento emocional aos filhos, que almejam a companhia de ambos os genitores e, invariavelmente, são tolhidos da presença do pai ou da mãe em sua habitualidade.

Processos que envolvem o desmantelamento de famílias carregam elevada dose de dor, que perpassa as folhas dos autos e impregna o julgador, notadamente quando a decisão pesa sobre o direito de uma criança inocente.

A hipótese em exame, ressalte-se mais uma vez, não busca definir a guarda do menor. Apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América.

O menino, hoje com sete anos de idade, de dupla nacionalidade, vivia com os pais nos Estados Unidos e viajou com a mãe para o Brasil, estabelecendo residência no Rio de Janeiro, no ano de 2004.

O pai postula o retorno do filho aos Estados Unidos, enquanto a mãe procura cercar a criança de todos os cuidados inerentes ao poder familiar, pugnando para que o filho aqui permaneça.

O art. 3º da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, aprovada pelo Decreto n.º 3.413/2000, estabelece que é considerada ilícita a transferência ou retenção de uma criança quando: (i) *"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 (ii) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos*

não tivessem ocorrido."

Não se pode olvidar que paira sobre a Convenção de Haia o viés do interesse prevalente do menor, até mesmo porque foi concebida para proteger as crianças de condutas ilícitas.

E exatamente seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, é que a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal.

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

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

Ressalte-se que, ao contrário do alegado pelo recorrente, as decisões, tanto a de primeiro quanto a de segundo grau de jurisdição, firmam-se fundamentalmente na Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, em estrita observância aos ditames constantes do tratado internacional no tocante às exceções nele previstas, não preponderando a aduzida violação aos dispositivos legais nele insertos.

Para concluir e apenas a título complementar, consigne-se o parecer do Ministério Público Federal, que extraio da sentença, cuja clareza e

simplicidade emanam sabedoria de aquilatado jaez:

(fl. 842) - "*O menor S. é Brasileiro e Americano. Sua mãe é Brasileira, seu pai é americano e ambos são casados, mas vão se divorciar. A mãe, que morava nos Estados Unidos apenas em função do casamento, pretende fixar residência no Brasil. A soma destas premissas traz uma conclusão única: O divórcio de seus pais trará para S., inexoravelmente, uma realidade, qual seja, a proximidade máxima de um dos pais e a ausência com visitas esporádicas do outro. É triste, mas é fato e, se ambos os pais tiverem respeito e amor pela criança, saberão tratar a situação de forma a prejudicá-lo o menos possível" (sublinhado no original).*

Devem, pois, os genitores, na via judicial ou extrajudicial apropriadas, chegar a um consenso, regulando guarda, visitas, e todos os aspectos que possam envolver os interesses do menor, de forma a minimizar os efeitos nocivos causados pelo rompimento do casal.

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do recurso especial.