



I.	PRELIMINARES.....	8
I.I.	DO PREPARO.....	8
I.II.	DA TEMPESTIVIDADE PARA A INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE RECURSO.....	8
I.III.	DO CABIMENTO.....	8
I.IV.	DO PREQUESTIONAMENTO.....	10
II.	DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA – NULIDADE/EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL.....	10
III.	DA RETROSPECTIVA PARA O MELHOR ENTENDIMENTO DA NÍTIDA VIOLAÇÃO/ILEGALIDADE DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980, CONVENÇÃO DA ONU DE 1989, CONVENÇÃO DE VIENA DE 1969 E LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA (ECA, CPC, CC, ALIENAÇÃO PARENTAL, DIREITOS DA CRIANÇA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA).....	16
IV.	DO BREVE RELATO DO CASO SOB ÓTICA PATERNAL – COMPREENSÃO DAS OCORRÊNCIAS AO LONGO DOS SETE ANOS DE TRAMITE PROCESSUAL.....	16
V.	DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	21
V.I.	DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	22
V.I.I.	A adaptação e o prazo de 1 ano.....	23
V.I.II.	O melhor interesse da criança e o reexame das provas.....	25
V.I.III.	A exceção de risco grave com o retorno.....	26
V.I.IV.	Visitação e Justiça competente.....	28
V.I.V.	CH80 como direito público/privado.....	28
V.I.VI.	Solução às dissidências.....	30
V.II.	HIERARQUIA LEGAL DO DIREITO INTERNACIONAL.....	34
V.II.I.	O atual e contestável valor supralegal na jurisprudência nacional.....	35
V.II.I.I.	Irrelevância da hierarquia legal da CH80.....	36
V.II.II.	O valor supraconstitucional dos tratados internacionais.....	38
V.II.II.I.	A simples coerência do valor supraconstitucional.....	38
V.II.II.II.	O direito internacional impõe a supremacia absoluta dos tratados.....	39
V.II.II.III.	A jurisprudência internacional confirma a supremacia dos tratados.....	41
V.II.III.	A própria CF estabelece valor supraconstitucional aos direitos humanos.....	43
V.II.IV.	As consequências do desrespeito do correto valor hierárquico.....	47
V.III.	A CORRETA APLICAÇÃO DA CH80.....	49
V.III.I.	A fonte de informações técnicas gerais deve ser internacional.....	49
V.III.II.	A falta de especialização da Justiça Federal é um grave obstáculo.....	52
V.III.II.I.	O direito internacional privado não é um ramo do direito público internacional.....	54
V.III.II.II.	No DIP não prevalece o interesse público.....	56
V.III.II.III.	A CH80 não é um direito público.....	57
V.III.II.III.I.	A ação pública da AGU é facultativa e incompleta no âmbito da CH80.....	59
V.III.II.III.II.	O STJ deve julgar a CH80 na Seção de Direito Privado.....	62
V.III.II.IV.	A cooperação jurídica entre os Estados é facultativa na CH80.....	63
V.III.II.V.	O melhor interesse da criança é ter o retorno decidido por especialistas.....	66
V.III.II.VI.	A competência da Justiça Estadual nas convenções de DIP deveria ser imperativa.....	69
V.III.III.	O contexto multilateral de confiança.....	72
V.III.IV.	A imprestabilidade da jurisprudência brasileira.....	73
V.IV.	O OBJETIVO DA CH80: RESTAURAR O STATUS QUO ANTE.....	76
V.IV.I.	O porquê da restauração do status quo ante: resgatar civilidade.....	79
V.IV.I.I.	Repúdio ao uso arbitrário das próprias razões.....	79
V.IV.I.II.	A natural supremacia do tribunal da residência habitual.....	79
V.IV.I.II.I.	Favoritismo nacionalista: a pacificação da supremacia da residência habitual somente em âmbito doméstico.....	81
V.IV.II.	Como restaurar o status quo ante: assegurando a imediatez do retorno.....	84
V.IV.II.I.	O aspecto da celeridade na CH80 é completamente ignorado no Brasil.....	85
V.V.	O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	89
V.V.I.	As premissas gerais.....	89
V.V.I.I.	A Convenção de Viena de 1969.....	90
V.V.I.II.	A Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança.....	91
V.V.I.III.	O significado da subtração.....	93
V.V.I.III.I.	A subtração no âmbito civil.....	93





V.V.I.III.II.	A subtração no âmbito penal.....	97
V.V.I.IV.	A subtração e a idade da criança.....	105
V.V.II.	O melhor interesse da criança no âmbito da CH80.....	109
V.V.II.I.	Como o Relatório Explicativo expõe a questão.....	109
V.V.II.II.	O melhor e mais importante interesse da criança é a rapidez da decisão judicial.....	111
V.V.II.II.I.	A decisão rápida deve respeitar as condições da CH80.....	113
V.V.II.II.II.	O uso de procedimentos urgentes não reduz a priori os direitos das partes.....	114
V.V.II.II.III.	Temas irrelevantes devem ser rapidamente afastados.....	115
V.V.II.III.	O retorno em qualquer condição e tempo faz parte do melhor interesse da criança.....	116
V.V.III.	Jurisprudência internacional positiva.....	118
V.V.IV.	As falhas nacionais em relação à proteção das crianças.....	119
V.VI.	AS EXCEÇÕES AO RETORNO.....	121
V.VI.I.	O porquê das exceções.....	122
V.VI.II.	A interpretação das exceções deve ser restritiva.....	124
V.VI.III.I.	Interpretação restritiva é o requisito para uma aplicação uniforme.....	125
V.VI.III.II.	As exceções não podem se transformar em regras.....	125
V.VI.III.	A exceção do prazo da denúncia (art. 12).....	127
V.VI.III.I.	A integração ao novo meio não é o ponto focal da CH80.....	128
V.VI.III.I.I.	A integração não é o elemento prejudicial mais relevante da subtração.....	129
V.VI.III.I.II.	A morosidade das autoridades não altera o melhor interesse da criança.....	131
V.VI.III.I.III.	O melhor interesse global da criança não é somente a integração.....	132
V.VI.III.I.IV.	A própria CH80 considera a integração ao meio irrelevante.....	133
V.VI.III.II.	Cientificamente a integração ao novo meio não é primordial.....	134
V.VI.III.II.I.	As crianças possuem grande flexibilidade psicológica à integração.....	135
V.VI.III.II.II.	A legalidade está acima da adaptação ao meio.....	139
V.VI.III.III.	Jurisprudência brasileira é imprestável.....	141
V.VI.III.III.I.	Equívocos técnicos.....	141
V.VI.III.III.II.	Favoritismo nacionalista no desrespeito literal do art. 12.....	144
V.VI.III.IV.	Jurisprudência internacional aplica corretamente o art. 12.....	148
V.VI.IV.	A exceção da situação intolerável (art. 13).....	148
V.VI.IV.I.	A correta interpretação do art. 13.....	149
V.VI.IV.I.I.	Nível de gravidade do risco de perigos.....	149
V.VI.IV.I.II.	O risco deve ser em relação ao futuro.....	157
V.VI.IV.I.III.	O risco é exclusivamente em relação a criança.....	159
V.VI.IV.I.IV.	O ônus da prova é exclusivamente do genitor abdutor.....	161
V.VI.IV.I.V.	As provas estrangeiras são primordiais.....	164
V.VI.IV.I.VI.	O Esquema prático de correta aplicação do art. 13b.....	168
V.VI.IV.II.	A Jurisprudência Internacional aplica com coerência a CH80.....	171
V.VI.IV.III.	O Favoritismo nacionalista.....	174
V.VI.IV.III.I.	A reconhecimento da lei Maria da Penha, mas não da alienação parental.....	174
V.VI.IV.III.II.	Conflito de competência nacional resulta concorde com a CH80.....	178
V.VI.V.	A exceção de caráter público (art. 20) e o favoritismo nacionalista.....	181
V.VI.VI.	A evolução jurídica das exceções e o retorno seguro.....	184
V.VI.VII.	Retorno seguro.....	191
V.VII.	DIREITO DE VISITA/CONTATO/CONVIVÊNCIA.....	193
V.VII.I.	O direito de visita é um direito fundamental.....	194
V.VII.I.I.	O direito de visita em âmbito internacional.....	196
V.VII.I.II.	O direito de visita em âmbito nacional.....	199
V.VII.II.	O direito de visita nos termos da CH80.....	202
V.VII.II.I.	A visitação cautelar também faz parte dos objetivos convencionais.....	203
V.VII.II.I.I.	Negar toda e qualquer medida de proteção é um grave abuso.....	208
V.VII.II.II.	O empasse entre a Justiça Federal e Estadual obstam a visitação.....	212
V.VII.II.II.I.	A competência federal viola o melhor interesse da criança.....	212
V.VII.II.II.II.	A competência jurídica da Justiça Federal em relação à visitação.....	213
V.VII.II.III.	Acusações de violência doméstica não são um empecilho à visitação.....	216





V.VII.II.IV.	O Favoritismo nacionalista impede a visitação no exterior	219
V.VII.II.V.	Visitação no território nacional também deve ser admitida	223
V.VII.II.V.I.	Pedidos isolados não atendem ao melhor interesse da criança	223
V.VII.II.V.II.	A visitação em outros estados brasileiros deve ser admitida	226
V.VII.II.VI.	O Brasil não cumpre o que declara internacionalmente	228
V.VIII.	A IMPORTÂNCIA DAS AUDIÊNCIAS	229
V.VIII.I.	Audiência instrutória é o único instrumento que garante celeridade	231
V.VIII.II.	A oitiva dos genitores é imprescindível para apurar e solucionar o caso	234
V.VIII.III.	As audiências e oitiva contribuem ao alcance de soluções eficazes	237
V.VIII.IV.	A oitiva da criança deve sempre ser avaliada	240
V.VIII.V.	A Autoridade Central brasileira nega pedido de conciliação	245
V.IX.	A FALSA APLICAÇÃO DA LEI NO PROCEDIMENTO EM TELA	247
V.IX.I.	As graves consequências sociais do descumprimento da lei	248
V.IX.I.I.	A repercussão social no âmbito da Justiça Estadual	249
V.IX.I.II.	A repercussão social no âmbito da Justiça Federal	251
V.IX.II.	Embargos de declaração injustamente não acolhidos	254
V.IX.II.I.	Contradição	254
V.IX.II.II.	Erro material	256
V.IX.II.III.	Omissão	256
V.IX.III.	Violação da <i>perpetuatio iurisdictionis</i> e mudança fraudulenta do domicílio	258
V.IX.III.I.	O reconhecimento da autonomia das partes na escolha da lei aplicável	262
V.IX.III.II.	O retorno deve ser decretado se a lei aplicável for aquela estrangeira	266
V.IX.III.II.I.	A ilegítima negação incondicional da litispendência internacional	272
V.IX.III.III.	A litispendência de fato e o Tratado bilateral entre o Brasil e a Itália	273
V.IX.IV.	Processo instruído sem diligência técnica em todas as instâncias	275
V.IX.IV.I.	Da não incidência da Súmula 7	277
V.IX.IV.II.	Prova pericial não admissível (violação do art. 12)	278
V.IX.IV.II.I.	Perícia vetada pela CH80 e sem a participação do genitor abandonado	279
V.IX.IV.II.II.	A insensatez dos objetivos periciais deferidos	282
V.IX.IV.II.III.	A perícia judicial somente indicou elementos favoráveis ao retorno	285
V.IX.IV.II.IV.	As graves inconsistências técnicas da perícia judicial	287
V.IX.IV.II.V.	A imprestabilidade da perícia na negação do retorno	291
V.IX.IV.III.	A prevalência de argumentações alheias à CH80 (falsa aplicação dos arts. 12, 13, e 19)	292
V.IX.IV.III.I.	Não é relevante todo e qualquer conflito conjugal	293
V.IX.IV.III.II.	Os conflitos entre as famílias são irrelevantes	296
V.IX.IV.III.III.	Condições mais favoráveis são irrelevantes	300
V.IX.IV.III.IV.	A transformação da CH80 em um processo de pseudo-guarda	305
V.IX.IV.IV.	Nenhuma exceção ao retorno comprovada (falsa aplicação do art.13)	308
V.IX.IV.IV.I.	A valoração incoerente dos fatos e documentos processuais	311
V.IX.IV.IV.II.	As provas da inexistência de qualquer exceção ao retorno	318
V.IX.IV.IV.III.	O ônus da prova e o indeferimento de novas provas	321
V.IX.IV.IV.V.	A presunção das proteções adequadas vigentes na Itália	323
V.IX.IV.VI.	A violação do direito da criança de ser ouvida	326
V.IX.IV.VII.	A violação do direito do genitor abandonado de ser ouvido	327
V.IX.IV.VII.I.	Audiência de conciliação injustamente negada	327
V.IX.IV.VIII.	Nenhuma audiência instrutória foi promovida e inércia processual injustificável	328
V.IX.IV.IX.	A negação inadmissível do Direito de visitação	329
V.IX.IV.IX.I.	Visitações negadas contrariando a vontade do genitor subtrator	330
V.IX.V.	Resumo das Violações	336
V.IX.V.I.	Convenção da Haia de 1980	336
V.IX.V.II.	Convenção sobre os Direitos da Crianças	337
V.IX.V.III.	Convenção sobre o Direito dos Tratados	338
V.IX.V.IV.	Legislação interna	338
V.IX.V.IV.I.	Código Civil (Lei n. 10.406 de 10/01/2002)	338
V.IX.V.IV.II.	Código do Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)	339





presente na análise do mérito (ponto V.VII);

III. DA RETROSPECTIVA PARA O MELHOR ENTENDIMENTO DA NÍTIDA VIOLAÇÃO/ILEGALIDADE DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980, CONVENÇÃO DA ONU DE 1989, CONVENÇÃO DE VIENA DE 1969 E LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA (ECA, CPC, CC, ALIENAÇÃO PARENTAL, DIREITOS DA CRIANÇA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA)

Sinteticamente, trata-se da demanda de busca, apreensão e restituição⁴, movida pela União em face de THAISA NICOLE JULIAO CARERA, relacionada à criança IAN CARERA JUNIOR, fundada na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças.

O processo judicial proferiu sentença de mérito que julgou improcedente o pedido da União e determinou a permanência da criança no Brasil. Inconformado, o autor apresentou recurso de apelação, devidamente contrarrazoado. Todavia, foi proferido acórdão desprovido o recurso e determinando a manutenção da criança no Brasil.

Segundo o julgador, a criança estaria adaptada ao Brasil, eventual ordem de retorno poderia sujeitá-la a perigos de ordem física e psíquica, embasados tão somente na relação pai x mãe, quando deveria ser analisado, individualmente entre pai x filho.

IV. DO BREVE RELATO DO CASO SOB ÓTICA PATERNAL – COMPREENSÃO DAS OCORRÊNCIAS AO LONGO DOS SETE ANOS DE TRAMITE PROCESSUAL

Apesar dos mais de 7 anos de processo, o caso em discussão segue à risca a casuística mais comum das subtrações internacionais, qual seja: **fim do casamento, viagem com desculpa de doença de parente e contextual, falsa denúncia de violência doméstica para evitar o retorno da criança.**

O genitor abandonado casou-se em 2006 e, após 7 anos de matrimônio na Itália (em 2013), nasceu o primeiro e único filho do casal. A relação conjugal, porém, acabou alcançando um tal nível de conflitualidade que levou irremediavelmente à separação.

Enquanto o casal discutia para alcançar um acordo de separação consensual, ambos já moravam em casas separadas. A esposa residia na casa conjugal com a criança (junto com os seus familiares maternos, vindos do Brasil, tanto para trabalho, quanto para obter a cidadania italiana e quanto para

⁴ Em base a resolução n. 449/2022 do CNJ, "Os processos tendo por pedido a restituição de crianças terão como assunto principal: "10921 Restituição de Criança, Convenção da Haia 1980".





manter a convivência familiar) e o marido morava no prédio ao lado, na portaria, que constituía o seu trabalho principal part-time e que é um apartamento com espaços e serviços existentes em toda e qualquer casa.

Antecipando parte da narração cronológica, se assinala que foi graças a este contexto de separação de fato, onde o marido mantinha economicamente a esposa (desempregada há anos) e filho, que o Tribunal italiano rejeitou todas as acusações do genitor abductor na sua ação de separação com culpa por relação extraconjugal. Assim foi registrado na sentença italiana de primeiro grau⁵:

“Quanto ao pedido de culpa proposto pela demandante, o Colégio considera que tal pedido não tem fundamento e deve, portanto, ser rejeitado. A esposa colocou como fundamento a relação extraconjugal praticada pelo marido e a conseqüente decisão do mesmo de abandonar a casa conjugal. Emerge, todavia, que ambas condutas acima indicadas não foram a causa determinante para a falência da união conjugal, mas a consequência de uma crise preexistente.”

Da apuração feita pelo Tribunal italiano resultou ser incontrovertível que a mãe sequestrou o filho, levando-o para o Brasil, por um puro capricho pessoal. Assim foi registrado na sentença⁶:

“Se releva que a própria demandante nem mesmo juntou pretextos de condutas não adequadas do Carera em relação ao filho menor (se limitou a salientar que a criança de fato passou maior parte da sua vida longe do pai, mesmo antes da transferência ao Brasil) e não colocou em dúvida a capacidade parental paterna (formulando além de tudo, mesmo que a título subordinado, pedido de guarda compartilhada e não fornecendo qualquer justificação idônea e específica para dar fundamento ao pedido principal de guarda exclusiva a mãe).”

De fato, meses antes da subtração, a mãe foi ao Brasil, no período de natal/ano novo de 2013, com a desculpa de que a avó materna da criança não estava bem de saúde. O pai na época tinha concedido autorização para esta viagem via e-mail, mas frisara a sua contrariedade a essa escolha pois não existiam provas de qualquer problema de saúde (a avó materna tinha tido um AVC na Itália e precisava somente continuar a fazer fisioterapia) e era muito mais importante concluir as (intermináveis) discussões sobre um possível acordo de separação.

Sucessivamente, foi comprovado que nesta estadia a mãe do menor requereu a cidadania brasileira para o filho sem comunicar nada ao pai e consciente da sua contrariedade por ele deduzir que isto prejudicaria a criança nas viagens de férias (segundo a lei italiana, não é obrigatório autorização judicial para viajar com os filhos na ausência de um dos genitores) e em relação à obrigação do

⁵ Vide fls. 1445-1446 dos autos de primeiro grau

⁶ Vide fls. 1447 dos autos de primeiro grau





serviço militar (na Itália, o serviço militar não é obrigatório).

Também foi constatado pelas autoridades italianas (sem qualquer contestação por parte da mãe) que a subtração foi dolosa pois a genitora já a estava arquetando naquele período, bem consciente da ilegalidade do seu comportamento. Ela já tinha entrado em contato (em novembro de 2013) com o atual advogado (que hoje a defende neste processo e), que assim a orientou na sua comunicação preliminar à formulação do contrato de serviço jurídico⁷:

A segunda hipótese, que você já disse que é o que pretende, é a do seu retorno ao Brasil.

(...)

Se ele não concordar, é o processo mais difícil que você enfrentará. Não há uma "fórmula" pronta, é tudo permeado pelo subjetivo princípio do "melhor interesse do menor". O que o nosso Supremo Tribunal entende é que "no processo de separação em que marido e mulher são de nacionalidades diferentes, o filho deve permanecer no país em que lhe oferecer menos abalos emocionais e psíquicos". Ou seja, tudo precisa ser demonstrado, provado, e aceito pelo juiz daqui. E aqui, o mais importante é as provas que você precisa produzir. Para cada fato ou acontecimento "contra" o seu marido, sempre pense numa prova que você possa ter para apresentar. Já vá juntando tudo isso. Depois, pensaremos também em declarações das pessoas do convívio de vocês, atestando tudo o que você está passando. Minha orientação seria:

1) Registrar o Ian como brasileiro. Você pode fazer isso no Consulado de Milão.
2) Já com a nacionalidade brasileira, entrar com uma cautelar, no Brasil, abordando com detalhes tudo o que você está passando na Itália (traição, comportamentos, sua falta de emprego e condições para continuar aí, o auxílio de sua família no Brasil etc) para tentar uma liminar te autorizando a trazer o Ian para morar aqui e fixando um regime de visitas ao pai.

Um ponto importante - e que tem que ser abordado o quanto antes enquanto não termina é - você ainda amamenta o Ian? Isso seria um ponto bem forte a seu favor para trazê-lo.

A tese que te autoriza a mover o processo de guarda/visitas no Brasil é muito mais fraca do que a que determina que você mova o processo aí na Itália. O problema é que, por o Ian ser um cidadão italiano, muito provavelmente a justiça italiana esteja pendente a decidir pela manutenção dele aí. Assim, mesmo sendo difícil e sabendo das poucas chances, eu acho válida a alternativa de tentar a cautelar de guarda/visitas primeiro no Brasil.

(...)

Não tome nenhuma decisão na reunião que você tem na semana que vem.

(..)

Após o retorno deste período de férias natalícias no Brasil em 2013/2014, foi constatado que o genitor subtrator, tão logo concluiu a tese do curso de mestrado (realizado plenamente na Itália), ou seja, quando conseguiu liquidar todos os interesses pessoais com a Itália, foi novamente para o Brasil, em 01/06/2014, subtraindo de fato a criança. O menor foi levado consigo sem qualquer pré-

⁷ Vide fls. n. 1454-1456 dos autos do processo de primeiro grau





aviso, como será melhor descrito mais adiante (na evidenciação dos SMS trocados no dia em que o genitor abandonado descobriu a fuga).

Não se pode deixar de frisar que foi inclusive neste período de planejamento da própria fuga para o Brasil que foi vídeo-registrada a violência psicofísica que a mãe perpetrou contra a criança (que na época tinha menos de um ano) e que não foi juntada aos autos na conversão do processo físico em digital. De qualquer forma, os fatos se encontram narrados e alguns fotogramas do vídeo foram corretamente anexados⁸.

Com a descoberta da subtração, os contatos entre os genitores se limitaram a e-mails dos quais se extrai que o genitor abductor declarava a intenção de retornar à Itália e impunha condições que de fato impediam a realização de vídeo-chamadas entre a criança e o genitor abandonado. Com a obrigação imposta pelo tribunal italiano da realização de videoconferência usando Skype (na época a criança tinha cerca de 2 anos), as comunicações conjugais passaram a ocorrer através da função de chat do Skype. Esses chats foram quase totalmente juntados pela genitora abductora no processo, com a contraditória intenção de tentar provar que o genitor abandonado, ao exprimir um mínimo de rancor (através do envio de 3 mensagens irônicas em 8 meses de chat, que serão tratadas mais adiante, como reavaliação de fatos que não se encaixam no art. 13b) pelo mal profundo que ela o estava fazendo sofrer, comprovaria a existência de um fantasioso perfil de agressividade.

Tudo aquilo que subseguiu a subtração foi somente uma ampliação da incompatibilidade conjugal em todos esses anos de processo onde a criança ficou completamente abandonada à própria sorte. A Justiça italiana continuou sem jurisdição efetiva para decidir qualquer tutela e a Justiça brasileira, competente territorialmente, nada pleiteou para verificar continuamente a situação da criança e/ou para assegurar o seu direito de convivência com o genitor abandonado.

Este é um resumo cronológico dos atos judiciais/administrativos ligados ao procedimento em tela:

- Em 16/12/2013 a genitora abductora pleiteou unilateralmente o reconhecimento da cidadania brasileira ao filho (nascido em 16/01/2013, na Itália);
- Em 10/02/2014 a genitora abductora pediu ao Tribunal brasileiro para alterar o sobrenome da

⁸ Vide, nos autos de primeiro grau, os fotogramas às fls. 773-774, a narração dos fatos feita pelo genitor às fls. 747-748 e o CD à fls. 869





criança⁹, mas resulta que não obteve sucesso porque o genitor abandonado, ao descobrir o fato, comunicou ao Tribunal a própria contrariedade nesta ação;

- Em 01/06/2014 a genitora abduutora subtraiu o filho, levando-o para São Paulo sem comunicar nada ao pai e se aproveitando do fato que a lei italiana não impõe nas viagens consenso escrito ou autorização judicial no caso de genitores casados e que possuem o mesmo domicílio no registro nacional dos domicílios;
- Em 02/06/2014 o genitor abandonado descobriu a subtração e denunciou o fato junto à polícia italiana o que gerou, em 2016, a abertura de um processo penal que se concluiu em 21/07/2017¹⁰, que foi apelado inutilmente pela Ré e que foi julgado definitivamente em 17/09/2019 (a Ré não formulou nova apelação);
- Em 11/06/2014 a genitora abduutora ativou o processo de separação judicial na Itália (sentença pronunciada em 15/03/2017 e apelada pela mesma, mas a recente sentença de segundo grau de 14/04/2022 confirmou plenamente a decisão impugnada);
- Em 11/09/2014 a Autoridade Central brasileira acusou o recebimento do pedido de retorno em base à CH80¹¹, que tinha sido enviado por correio pela Autoridade Central italiana em 22/07/2014¹², em consequência do pedido inicial feito pelo genitor abandonado em 07/07/2014¹³ (um mês após a subtração);
- Em 03/10/2014 a genitora abduutora ajuizou no Brasil a “*ação de fixação de guarda materna e regulamentação de visitas paternas com pedido de antecipação de tutela*”¹⁴, obtendo em 09/10/2014 a guarda provisória da criança¹⁵ (se sabe somente que em base ao Diário de Justiça do Estado de São Paulo de 12/02/2020 o processo foi extinto por falta de preenchimento da relação processual – ausência de manifestação e genitor abandonado não notificado);
- Em 14/05/2015 a AGU ajuíza a “*ação ordinária de busca, apreensão e restituição*” do menor subtraído, que foi julgado não procedente em 14/11/2017, apelado pela parte autora, mas novamente julgado não procedente em segundo grau (em 03/12/2021) e aqui essas decisões estão sendo novamente impugnadas.

⁹ Vide fls. 873 dos autos de primeiro grau

¹⁰ Vide fls. 1589 dos autos de primeiro grau

¹¹ Vide, por exemplo, fls. 25 dos autos de primeiro grau

¹² Vide fls. 28 dos autos de primeiro grau

¹³ Vide fls. 39 dos autos de primeiro grau

¹⁴ Vide fls. 85 dos autos de primeiro grau

¹⁵ Vide fls. 118 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Dos autos, se aduz que a mãe abduutora se aproveitou das mazelas da Justiça brasileira para lograr o seu objetivo de se transferir para o Brasil com o filho somente pela sua frustração pessoal de não querer mais viver na Itália devido o fim do casamento e por não admitir ver o marido reconstruir a sua vida (assim foi reportado na sentença de primeiro grau, invertendo a realidade dos fatos: “a requerida tinha que tornar a presença da amante dele”).

V. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

É preciso que reste claro que o apelante não almeja discutir nenhum dos aspectos fáticos dispostos no acórdão, mas apenas levantar o valor jurídico dos mesmos. Urge apenas que o Superior Tribunal de Justiça mais uma vez faça prevalecer a correta interpretação da Convenção de Haia.

Ou seja, incontroversa a ilicitude da subtração e ausente qualquer outro fundamento no acórdão recorrido, o objeto do recurso cinge-se à correta aplicação da Convenção de Haia, jamais sobre a ocorrência ou não da adaptação da criança ao Brasil ou sobre a existência ou não de um conflito que não supera a esfera conjugal (os fatos narrados/constatados não se enquadram juridicamente nas condições de exceção à obrigação do retorno).

O v. Acórdão, a rigor, não refutou os fundamentos da sentença e as alegações da parte apelante sobre a correta aplicação e interpretação do art. 12 e 13 da Convenção de Haia. Simplesmente utiliza ilegitimamente os argumentos do laudo pericial, ignorando os fundamentos jurídicos, os precedentes jurisprudenciais atualizados e a doutrina especializada, inclusa a interpretação autêntica dos idealizadores do Tratado Internacional em questão.

Dessa feita, com a devida vênia, incorreu em erro a colenda 2ª Turma desse egrégio Tribunal, ao proferir o v. Acórdão, ora recorrido, ao fundamentar a decisão de improcedência do pedido do apelante nos artigos 12 e 13 da Convenção de Haia.

Como é notoriamente sabido, em 1999 o Brasil assumiu o compromisso internacional de aplicar a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças¹⁶, doravante “CH80” (ou Convenção da Haia de 1980), com o fim de combater e resolver as questões relativas as subtrações internacionais de menores.

¹⁶ A CH80 foi ratificada em 1999 e promulgada com decreto n. 3.413/2000 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm) e efetivada com decreto n. 3.951/2001 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3951.htm)

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Infelizmente, de 1999 até hoje, a linha de aprendizagem das autoridades brasileiras sobre este instrumento internacional se manteve plana nos seus elementos mais cruciais, prejudicando injustamente e gravemente as vítimas envolvidas.

Graças a essa realidade se esclarece em antemão que a relação do caso concreto em discussão com a norma internacional será tratada depois da evidenciação de premissas técnicas gerais indispensáveis à correta aplicação CH80 como, por exemplo, a sua hierarquia legal, a sua fonte doutrinal, o seu objetivo, o contexto do melhor interesse da criança, as suas exceções, medidas cautelares obrigatórias e procedurais.

Provavelmente o caso em tela poderia ser concluído com argumentações relativamente breves e pontuais, mas o tema das subtrações deve ser compreendido de forma ampla pois as questões cruciais que infelizmente se consolidaram no tempo pela jurisprudência e doutrina brasileira resultam ser extremamente numerosas e gravemente ilógicas, como se fosse colocado em primeiro plano cegueiras culturais e não o rigor técnico. Portanto, não é possível o uso de poucas palavras para comprovar a valoração jurídica do caso em tela e, conseqüentemente, reverter essa teia de verdadeiros tabus socioculturais vinculados a tradições arcaicas que bloqueiam a primazia do método científico (observar o fenômeno, formular perguntas, formular hipóteses, fazer experimentos, registrar e analisar os dados e então tirar conclusões).

Se antecipa também que algumas argumentações poderão parecer repetitivas, mas no final de uma leitura atenta (ou sedenta de justiça) se compreenderá que essa aparência é ditada pela interdependência natural dos temas que foram harmonizados com excelência no texto convencional. Tudo que será elencado foi organizado com a intenção de exprimir as questões de forma exauriente em momentos bem distintos.

V.I. DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Antes de abordar tudo aquilo que se deveria levar em conta para aplicar com coerência a CH80, é relevante observar como a jurisprudência nacional, tanto nos Tribunais regionais quanto no Superior Tribunal de Justiça, se mostra desorientada, sem um faro.

Existe a impressão de que está sendo chancelado ao mesmo tempo tudo e o contrário de tudo com a desculpa de se deparar, constantemente, com casos concretos com particularidades

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

22





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

consideradas excepcionalíssimas, ignorando o fato de que a CH80 foi bem estudada para abranger todos os casos possíveis e inimagináveis (art. 42, “nenhuma outra reserva será admitida”).

Não por acaso, como será ilustrado mais adiante, o Brasil acumula estatísticas negativas, casos controversos e fama de descumpridor da CH80 em nível internacional.

V.I.I. A adaptação e o prazo de 1 ano

O Tribunal Regional da 3ª Região, cultiva na sua 1ª e 2ª Turma a tradição de negar o retorno de todas as crianças subtraídas por considerá-las adaptadas ao Brasil após anos de atraso da decisão judicial:

- TRF3, Processo n. 5015769-44.2018.4.03.6100, 2021:

“Daí se segue que nas hipóteses em que o menor já se encontre integrado ao novo meio ou quando o retorno ao país de origem se apresente prejudicial por outros motivos graves é possível o indeferimento do pedido de imediato retorno da criança, antes ou depois de ultrapassado o prazo de um ano descrito no art. 12 da Convenção.”

- TRF3, Processo n. 0000430-61.2013.4.03.6115, 2017:

“Não obstante, ainda que não tenha decorrido o prazo de 1 (um) ano estabelecido, saliente-se que a Convenção de Haia autoriza a manutenção da criança no país em que estiver abrigada se o retorno comprometer o seu bem-estar físico ou psicológico, priorizando, portanto, o seu interesse em detrimento da vontade dos pais. (...) Portanto, o deslinde da questão posta nos autos passa para além da aplicação literal da letra da lei (...) Assim sendo, tenho que não seria prudente submeter as referidas infantas a uma nova ruptura de vínculos sociais e afetivos (...)”

Em contrapartida, outros Tribunais Regionais respeitam a literalidade do art. 12 da CH80:

- TRF2, Processo n. 2008.51.10.004697-3, 2011:

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

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

23





- TRF5, Processo n. 08152262420164058100, 2021:

“O art. 12, caput, da Convenção prevê a volta imediata do menor, objeto de sequestro, quando respeitado o prazo inferior a um ano na tomada de providências administrativas ou judiciais para tanto, sendo presumido, neste caso, que a criança não se integrou ao novo meio. No caso concreto, o genitor da criança, nascida na Espanha, agiu de forma célere em prazo inferior a um ano, tendo tomado as medidas cabíveis para obter o retorno de sua filha retida ilicitamente no Brasil pela mãe da menor.”

Internamente ao próprio Superior Tribunal de Justiça também se consagram teses opostas. Em prol do desrespeito do art. 12 temos, por exemplo, as seguintes decisões:

- REsp n. 1880584/SP, 2020:

“Consoante se extrai da exegese do art. 12 da Convenção de Haia, mesmo quando não ultrapassado o prazo 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 encontrar, lícita será a recusa de sua restituição, caso ela já se encontre integrada no seu novo meio.”

- REsp n. 1727052/MG, 2018:

“Os recorrentes apontam violação ao art. 12 da Convenção de Haia, segundo o 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 retorno imediato da criança” (grifei). O caso dos autos, no entanto, apresenta peculiaridades que impedem a restituição imediata do menor ao seu país de domicílio (...) Desde a sua vinda para o Brasil, ocorrida nos idos de setembro de 2011, já se passaram 03 (três) anos de convívio, circunstância essa que, ante de qualquer pronunciamento definitivo acerca do seu retorno, impõe-se a observância da norma constante do art. 12 da multicitada Convenção, na determinação de que ‘a autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio’, do que resulta a realização da prova técnica reclamada pelo promovido e pelo douto Ministério Público Federal, para fins de aferição da eventual ocorrência dessa circunstância, imprescindível à decisão a ser tomada” (fl. 788, e-STJ)”

Ao contrário, esses são exemplos de decisões favoráveis ao cumprimento do art. 12:

- REsp n. 1723068/RS, 2020:

“Por trazer exceções à medida do retorno imediato, a interpretação deve ser restritiva, de modo que, quando transcorrer período inferior a um ano entre o ato





ilícito de transferência e o início do processamento do pedido de retorno, feito pelo interessado perante as autoridades responsáveis, o menor deve ser restituído independentemente de qualquer fator externo, como regra. Todavia, após o decurso do referido lapso temporal, as autoridades devem observar as peculiares e noticiadas condições de vida do menor no novo Estado, de modo que, estando ele integrado ao novo meio e ao ambiente familiar, o retorno será obstado, em benefício do melhor interesse do infante. Evidentemente o tempo de tramitação do processo não deve ser considerado para efeito do prazo, sob pena de intencional retardo do processo. Nesse sentido: REsp 1.351.325/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 16/12/2013”

“Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, em hipóteses excepcionalíssimas, já excluiu a incidência da regra do retorno imediato, prescrita no art. 12 da Convenção de Haia, em situações em que não decorrerá período inferior a um ano entre a data da retenção indevida e o início do processo perante a autoridade judicial ou Administrativa do Estado Contratante. A ausência de observância do art. 12 ocorreu estritamente em razão das peculiaridades e especificidades dos casos concretos analisados, como a ocorrência de excessiva demora na tramitação do processo, associada ou não à possibilidade de separação de irmãos pela incidência do art. 4º da Convenção de Haia à condição de um deles, ou, ainda, pela existência de pluralidade de domicílios: situações que não se observam no presente feito.”

- REsp n. 1.351.235, 2013:

“Na hipótese dos autos, a genitora pleiteou a produção de prova pericial atinente às condições psíquicossociais da criança, tendo o magistrado a quo indeferido a perícia por entender que não haveria necessidade de parecer técnico em casos de retenção nova. Assim, viável o indeferimento da perícia com base no art. 12 da Convenção, pois o pai da criança foi célere no sentido de tomar as providências administrativas e diplomáticas pertinentes à repatriação, agindo dentro do tempo-limite de 1 ano recomendado pelo documento internacional, lapso dentro do qual, salvo exceção comprovada, a retenção nova da criança autoriza o seu retorno imediato.”

V.I.II. O melhor interesse da criança e o reexame das provas

Em relação à reavaliação dos fatos, existe decisão no STJ que considerou a valoração da integração como um reexame do acervo fático-probatório como, por exemplo, em:

- REsp n. 1293800/MG, 2013:

“5. Na hipótese dos autos, a ação foi proposta após o prazo de 1 (um) ano a que se refere o art. 12 caput da Convenção. Sendo que o acórdão recorrido, ao reformar a sentença para que a menor permanecesse em solo brasileiro assentou que “diante da constatação no estudo psicológico de que a menor se encontra inteiramente integrada ao meio em que vive e que a mudança de domicílio poderá causar malefícios no seu futuro desenvolvimento -, e do próprio reconhecimento da Autoridade Central Administrativa de que “não seria prudente, portanto, arriscar que





ela vivencie uma nova 'ruptura' de vínculos afetivos, especialmente em virtude de sua tenra idade" (três anos à época da avaliação) -, a "interpretação restritiva" dada pelo ilustre Juiz ao art. 12 da Convenção, determinando o imediato regresso à Argentina, quatro anos depois do seu ingresso em solo nacional (hoje conta com seis anos), vai de encontro à finalidade principal da Convenção, que é a proteção do interesse da criança. Nesse ponto, melhor destino não se revela o recurso, pois a tarefa de apreciar os elementos de convicção e apontar o "melhor interesse da criança" não ultrapassa a instância ordinária, soberana no exame do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 7/STJ. Precedentes: (REsp 900262/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/6/2007, DJ 08/11/2007; REsp 954.877/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/9/2008, DJe 18/9/2008) Recurso especial não conhecido."

Outras decisões, ao invés, consideraram como reavaliação dos fatos superar o art. 12 em base ao melhor interesse da criança como, por exemplo, em:

- AgInt na Pet 14174/SP, 2021:

"Com efeito, embora a subjacente ação de restituição tenha sido ajuizada antes do prazo de um ano desde a alegada retenção indevida pela mãe, o artigo 12 da Convenção de Haia consente com a não devolução das crianças em questão, caso já se encontrem integradas no seu novo meio ou ainda quando, por outros motivos revestidos de gravidade, o retorno ao país de origem se mostre prejudicial a elas - argumento, aliás, que lastreou o acórdão recorrido."

V.I.III. A exceção de risco grave com o retorno

Em relação à aplicação da exceção ao retorno do art.13, algumas decisões estabeleceram como risco grave de situação intolerável para a criança, todos os elementos ordinários de toda e qualquer transferência de residência como, por exemplo, a necessidade de readaptação ao meio:

- AREsp n. 1615228, 2020:

"No entanto, uma separação da mãe poderia ser extremamente nociva para o menor. Deve-se levar em conta o quanto essa criança está marca por essas rupturas cientes de afastá-la da mãe. Uma possível separação da mãe pode acarretar riscos à saúde mental de Alex. No entanto, o contato com o pai deve ser mantido (...). Uma separação abrupta, sem clareza, deixa a criança desorientada na sua compreensão de sua história pessoal (...), o laudo apontou, ainda, que, conforme se depreende do exame realizado, a criança indica sinais de estar integrada em seu meio social, apresentando bom relacionamento com amigos e professores, bem como com os avós. Foi consignado, ainda, que, 'dado a importância da figura materna e o contato próxima da criança com a mesma, evidenciado durante a hora lúdica, uma separação da mesma, bem como da escola e dos avós, pode ser considerada traumática para a criança' (fls. 285), inobstante ponderando que 'Alex é um menino afetivo que possui laços com esse pai e os evidencia com clareza' (fls.





286).

- REsp n. 1603033, 2018:

“A interferência no cotidiano familiar de SAMUEL, como uma nova mudança de País e de referências certamente representará uma situação traumática para ele, que entendo deva ser evitada neste momento em atenção ao princípio do melhor interesse da criança. Não vejo, pois, como um benefício para o menor a sua devolução aos Estados Unidos, inclusive porque consoante se percebe pelo estudo social realizado, o menino não demonstrou ter qualquer laço afetivo com o pai biológico, com o qual teve muito pouco contato enquanto ainda residia em solo americano.”

Em outras decisões, ao invés, se proclamou que o nível de gravidade no art. 13 deve ser elevado:

- REsp n. 1776697, 2019:

“Inicialmente, tenho por temerosas as acusações de que o genitor tenha procedido, de fato, à exposição indevida da menor à conduta sexual por ele adotada no âmbito do relacionamento com a requerida, isto porque tal acusação é feita sem amparo probatório proporcional à gravidade da acusação, partindo tão somente do registro de foto íntima enviada pelo genitor à demandada, não podendo se presumir de tal registro, que pertence exclusivamente ao relacionamento íntimo do casal, que tenha havido de fato contumaz conduta de tal gênero praticada pelo pai na presença de sua filha. De igual forma, a alegação de enfrentar o requerente grave distúrbio psiquiátrico a ponto de justificar alterações de humor que colocassem a requerida e sua filha em grave risco de ameaça física também se encontra desprovida de suporte probatório adequado. Neste sentido, observo que a ré busca comprovar tal argumento juntando aos autos prescrição de remédio descontextualizada, também afirmando que os pais daquele cidadão teriam lhe confidenciado que o mesmo possuía distúrbios de comportamento. Ocorre que tais elementos são insuficientes para se comprovar o grave risco exigido pela Convenção. E isto porque o demandante, em sua defesa, comprova exercer cargo de 'Diretor de Divisão Comercial Corporativo' de forma estável, o que seria evidentemente prejudicado acaso possuísse a enfermidade alegada pela requerida na gravidade relatada”

- TRF5, TP n. 3706/PE, 2021:

“Toda a discussão sobre a guarda da criança, ou sobre os alegados riscos de violência psicológica ou física a que estariam sujeitas, tanto a mãe quanto a menor, não podem ser analisadas pelo juízo brasileiro, mercê de sua manifesta incompetência. Ora, compete à justiça italiana apreciar essas ponderações, e definir as medidas que entender cabíveis. Registre-se, aliás, que os autos demonstram que o casal convivia há oito anos e a criança veio ao mundo em território italiano. As questões relativas à guarda ou mesmo à segurança e à saúde da infante serão oportunamente resolvidas pela justiça italiana”





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

V.I.IV. Visitação e Justiça competente

Em relação ao direito de visitação baseado na CH80, algumas decisões estabeleceram que a competência é da Justiça Estadual:

- CC n. 132.100/BA, 2015:

“É que, no juízo federal, tramita a ação de busca e apreensão, amparada no compromisso de cooperação internacional previsto na Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Nesse feito, o magistrado limita-se ao exame da configuração da transferência ou retenção ilícitas da criança e, uma vez reconhecida a prática do ilícito, à existência ou não dos motivos que justifiquem a recusa da restituição pretendida, conforme exceções previstas na própria convenção. Não há aqui decisão alguma a respeito do fundo de direito de guarda ou de regulamentação de visitas, matérias reservadas à ação que tramita na Justiça estadual.”

- AgREsp n. 1014656/SP, 2016:

“Na realidade, o que a Convenção busca tutelar, conforme esclarecido na alínea b de seu art. 2o., é o direito já existente em um dos Estados contratantes - seja ele a guarda ou a visitação - e que esteja sendo descumprido. O fundo do próprio direito, por outro lado, é matéria a ser definida pela Justiça Estadual.”

Já outras decisões impuseram que cabe a Justiça Federal o julgamento das visitas nos termos da CH80:

- AgIntREsp n. 1904802/SP, 2021:

“Com efeito, pretende a União a efetivação de direitos resguardados pela referida Convenção, qual seja, o de o genitor visitar e o de a criança ser visitada.(...) Assim, conquanto a questão de fundo deva ser resolvida a partir do direito de família (e também da Convenção de Haia, de 1980), a presença da União no polo ativo da relação processual atrai efetivamente a competência da Justiça Federal.”

- CC n. 118.351/PR, 2011:

“Demonstrada a conexão entre a ação de busca e apreensão de menores e a ação de guarda e regulamentação do direito de visitas, impõe-se a reunião dos processos para julgamento conjunto (arts. 115, III; e 103 do CPC), a fim de se evitar decisões conflitantes e incompatíveis entre si. 3. A competência absoluta da justiça federal para julgamento de uma das ações, que visa o cumprimento de obrigação fundada em tratado internacional (art. 109, I e III, da CF/88) atrai a competência para julgamento da ação conexa.”

V.I.V. CH80 como direito público/privado

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

28





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Em relação ao julgamento da CH80 junto ao Superior Tribunal de Justiça, algumas decisões estabeleceram que deve prevalecer o aspecto internacional da norma e, portanto, a redistribuição à primeira Seção, especializada em direito público:

- AgRg no REsp n. 1239777/PE, 2011:

A questão da competência interna para as causas em que a União postula a repatriação de menores, com base na Convenção de Haia, não se encontra pacificada no âmbito desta Corte. Com efeito, do exame da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, verifico a existência de precedentes firmados tanto pela Primeira Seção (REsp 954.877/SC, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 18.09.2008), quanto pela Segunda Seção (CC 100.345/RJ, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, DJe 18.03.2009 e REsp 900.262/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 08.11.2007)”

“se trata de Direito Internacional Privado. É a Convenção de Haia que visa a cooperação jurídica internacional em relação aos países signatários quanto a menores. A questão aqui não é de Direito de Família, a competência, sim, é da Primeira Seção.”

- REsp n. 1214408/RJ, 2011:

“No presente caso, a natureza da relação jurídica em litígio se afigura de direito público, pois prevalente o aspecto de direito internacional privado, envolvendo o cumprimento de acordo, tratado ou convenção internacional do qual o Brasil é signatário, e não exclusivamente a questão de direito de família.”

Já outras decisões estabeleceram que no caso de aplicação da CH80 limitada ao direito de visitação cabe a redistribuição à segunda Seção, especializada em direito de família:

- PET no REsp n. 1905440/SP, 2021:

“Com efeito, além do recurso versar sobre a competência da justiça federal para apreciação da causa, a matéria de fundo em discussão é o direito de visitação, com previsão legal no artigo 1.589 do CC/2002. Assim, a questão é afeta ao Direito de Família. Deste modo, incide a previsão do art. 9º, § 2º, IV do RISTJ, atraindo a competência da 2ª. Seção para julgamento da questão, devendo, portanto, ser redistribuído o presente recurso.”

- AgInt no AgREsp n. 1014656/SP, 2020:

“Analisando novamente a causa, percebe-se que a matéria de fundo é o Direito de Família (ainda que permeada pelo Direito Internacional Privado). Afinal, o que se discute é a possibilidade de a UNIÃO buscar, na Justiça Federal, a regulamentação do direito de visitas, com espeque em texto normativo internacional, quando já existe demanda com o mesmo objeto em trâmite na Justiça Estadual. A questão de fundo

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

29





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

do debate é, portanto, o direito de visitação, instituto cuja previsão legal no ordenamento pátrio consta no art. 1.589 do CC/2002 - dispositivo inserto, não por acaso, no Livro IV da Codificação Civil, que trata do Direito de Família. Deste modo, incide a previsão do art. 9o., § 2o., IV do RISTJ, a atrair a competência da 2a. Seção para julgamento da causa.”

V.I.VI. Solução às dissidências

A subtração internacional de menores é sem sombra de dúvidas uma matéria de grande repercussão social, tanto que a jurisprudência mais recente desta Corte Superior a classifica prevalentemente como um ramo do direito público.

No novo CPC foram criados instrumentos capazes de uniformizar uma norma que resulta ser heterogênea (IAC, IRDR, etc) e no caso específico da CH80 se mostraria necessário confirmar, tanto em base a repetição de uma jurisprudência divergente quanto em base a aspectos únicos do caso concreto, as seguintes teses:

- Preceitos legais:
 - A interpretação dos dispositivos da Convenção da Haia de 1980 não deve se basear em uma aplicação por analogia com a legislação interna brasileira, mas deve se basear no seu conceito autônomo e doutrina de tipo coletiva, ou seja, no respeito de todos os preceitos do seu Relatório Explicativo, dos Guias de Boas Práticas publicados pela Conferência da Haia e jurisprudência internacional;
 - Todos os dispositivos da Convenção da Haia de 1980 e a sua correta interpretação, imposta pelos guias oficiais da Conferência da Haia, não violam de alguma forma e em qualquer tempo o superior e melhor interesse das crianças subtraídas sob qualquer hipótese ou caso concreto excepcionalíssimo;
 - A Convenção da Haia de 1980 visa tutelar os interesses mais importantes do menor subtraído de forma emergencial no respeito do direito de ampla defesa, portanto, em qualquer caso ou hipótese, o melhor interesse global da criança (que é de competência do juízo da guarda) não poderá servir como elemento corregedor das disposições convencionais;
 - Em base ao princípio constitucional do superior interesse da criança, toda e qualquer disposição formal/legal deve ser excepcionada para não colidir com este princípio, portanto, a aplicação da Convenção de 1980 da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, que se baseia na análise de uma situação familiar e que

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

30





incidirá fortemente no direito de guarda e de visitação de um menor, deverá ser julgada exclusivamente pela Justiça Estadual e pela Seção de direito privado do STJ que são as únicas autoridades competentes que possuem máxima especialização e estruturação adequada para avaliar o direito de família;

- Assegurar o retorno seguro *ex officio* (em contraposição ao paradigma de assegurar a negação do retorno) corresponde ao melhor interesse da criança subtraída:
 - Na aplicação da Convenção da Haia de 1980 a obrigação do tribunal é assegurar o retorno imediato e seguro da criança. Não é admitido indagar *ex officio* sobre a existência de prejuízos que não foram corretamente comprovados ou evocados pela parte que se opõe ao retorno, mas é imprescindível indagar *ex officio* sobre a existência de medidas de proteção cabíveis no exterior;
 - Na aplicação da Convenção da Haia de 1980, toda vez que for negado o retorno da criança subtraída, se deverá fundamentar não somente a existência das exceções à obrigação do retorno, mas também as motivações que levaram à decisão final de negar este retorno que apenas deixou de ser obrigatório e que não corresponde silenciosamente ou automaticamente à obrigação ou necessidade de negá-lo;
 - A negação do retorno em base a Convenção da Haia de 1980 não obsta que este retorno seja decretado sucessivamente pelo juízo da guarda brasileiro que observará o melhor interesse global do menor subtraído;
 - Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980 as decisões, em qualquer instância, que promoverão o retorno deverão estabelecer com exatidão a sua execução com o fim de tutelar os interesses de todas as partes e evitar: novas discussões, impugnações meramente artificiais e estratégicas ou ações ilícitas como o ulterior deslocamento não autorizado do menor;
 - Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980 não é cabível a impugnação da execução da ordem de retorno se esta decisão tiver sido emanada pelo último grau recorrível;
 - Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980, o retorno poderá ser negado somente se o genitor que pleiteia o retorno tiver sido ouvido pessoalmente, mesmo no caso em que não for parte no processo;





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

- Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980, o retorno poderá ser negado somente após a oitiva da criança, com a assessoria de profissionais especializados, com o objetivo de avaliar melhor a situação familiar e mesmo quando ainda não tiver idade suficiente para que a própria opinião possa incidir na exceção à obrigação do retorno;
- Celeridade:
 - Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980 deve prevalecer o melhor interesse da criança, portanto, em caso de cassação do acórdão recorrido não é admissível a devolução a instância inferior para o reexame das provas se no processo já existem elementos suficientes para decretar o retorno de forma sumária. A presunção do retorno e a celeridade são princípios primordiais nestas ações e se deve evitar que a lentidão determinada pela devolução gere um ciclo infinito de novos reenvios e devoluções devido à contínua alteração da realidade familiar no tempo e consequente alteração da vontade das partes;
 - Na aplicação da Convenção da Haia de 1980 os procedimentos devem ser céleres e no respeito do direito de ampla defesa, portanto, devem ter o andamento baseado o máximo possível na execução de audiências presenciais em dias consecutivos, com a participação direta das partes envolvidas e do acompanhamento por profissionais especializados (psicólogos, assistentes sociais, tradutores, funcionários do respectivo consulado, etc), com a priorização de atos verbais se os escritos recarem atrasos relevantes;
- O direito de visitação deve sempre ser tutelado:
 - Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980 que não é definido nas 6 semanas prescritas (art. 11), o juízo deverá obrigatoriamente estabelecer imediatamente e *ex officio* um regime de visitação provisório incidental (conforme o art. 7b da CH80), sem a imposição de limites apriorísticos como a vedação as visitas em cidades ou países diferentes (conforme o art. 5b da CH80). Tal regulamentação deverá ser realizada após audiência urgente com a oitiva e participação direta dos

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

32





genitores e a visitação, a ser realizada fora da jurisdição de refúgio, poderá ser indeferida somente após um contato direto com as autoridades que possuem jurisdição territorial no local da visitação (no caso de outras nações, através dos juízes de ligação da Haia) e se as mesmas autoridades não oferecerem garantias suficientes em relação tanto a proteção do menor quanto ao seu retorno ao domicílio de refúgio após o período de visitação estabelecido;

- Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980, as decisões, em qualquer instância, que negarem o retorno, deverão estabelecer também o regime de visitação em base ao art. 21 da CH80 (incluindo a visitação em outro estado brasileiro ou em outro país, quando todos os eventuais obstáculos forem superados através das garantias oferecidas pelas autoridades locais), que deverá ser respeitado até quando outro juízo territorialmente competente não decidir alterá-lo;
- As exceções ao retorno devem ser consideradas exceções e não uma regra:
 - Na aplicação da Convenção da Haia de 1980 o retorno deverá sempre ser imposto imediatamente, independentemente da eventual constatação das exceções à obrigatoriedade do retorno, toda vez que subsistir elementos incontrovertíveis que retiram a certeza da competência do julgamento da guarda pelo judiciário brasileiro (como, por exemplo, no caso em que se verificam os seguintes fatores conjuntamente: acordo internacional de homologação de sentença estrangeira mesmo quando pendente procedimento análogo no Brasil, e; existência de um processo de guarda pleiteado no exterior e anterior aquele eventualmente pendente no Brasil);
 - Na aplicação da Convenção da Haia de 1980, a exceção da obrigação do retorno imediato do art. 13b não poderá resultar comprovada quando o genitor subtrator tiver elegido voluntariamente o judiciário da residência habitual como competente na definição da guarda (como, por exemplo, no caso de ter ajuizado o pedido de guarda no exterior logo após a subtração ou quando o tiver ajuizado antes da subtração, mas sem aguardar um tempo razoável para a obtenção de uma medida provisória de proteção);
 - Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980, o genitor que antes





da subtração, sem justificativa plausível, não procurou a ajuda das autoridades locais para combater qualquer tipo de violência doméstica ou situação intolerável, não poderá invocar a exceção do art. 13b alegando que essas autoridades não garantem efetivamente a proteção que resultar prevista nas suas leis internas;

- o Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980, a exceção do art. 13b é considerada preenchida se todos os seguintes requisitos resultarem constatados: situação de risco vinculada a possível situação familiar futura, relativa a eventos de elevada gravidade, relativa exclusivamente à criança (direta ou indiretamente), comprovada pela parte que se opõe ao regresso, e, em última análise, não mitigável com a assunção das medidas de proteção disponíveis na legislação ordinária do Estado da residência habitual ou através de garantias de proteção obtidas através do contato direto com as autoridades da residência habitual, como referenciado nas Guias da Conferência da Haia (comunicação direta promovida pelos juízes de ligação da Haia);
- o Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980, não se deve levar em conta a integração da criança ao Estado de refúgio se o tempo processual transcorrido além do prazo estabelecido no art. 11 (6 semanas) for imputável unicamente à morosidade do poder judiciário brasileiro;
- o Em todo processo de aplicação da Convenção da Haia de 1980 que respeitou o prazo de um ano do art. 12, não é cabível a produção de perícia sobre a adaptação do menor ao Brasil, mas é cabível perícia para conhecer a sua atual situação psicossocial com o fim de emanar eventuais medidas cautelares de proteção do seu interesse. Tal perícia deverá ser possivelmente exposta verbalmente no respeito da obrigação de celeridade e do limite do prazo de 6 semanas (art. 11).

V.II. HIERARQUIA LEGAL DO DIREITO INTERNACIONAL

Adentrando no entendimento da CH80, o primeiro passo do longo percurso rumo a sua correta aplicação é estabelecer o peso do seu texto na legislação brasileira. Isto significa decidir se existe a obrigação de respeitá-lo plenamente ou se, em caso de conflito com outras normas domésticas (se é que existe este conflito), perderá a sua efetividade.

Mesmo sendo matéria do Supremo Tribunal Federal (STF) o reconhecimento da hierarquia jurídica





de um tratado internacional, é imprescindível invocar aqui este tema pois a avaliação da inteligência do direito internacional, que é de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), passa inevitavelmente pela contextualização da supremacia que se deve atribuir aos textos internacionais. Além disso, com o fim de evitar possíveis confusões, desde já se afasta a competência do STF antecipando que, como será bem indicado mais adiante, não é relevante para a solução da questão obter um pronunciamento específico sobre o valor da CH80.

V.II.I. O atual e contestável valor supralegal na jurisprudência nacional

Desde o Recurso Extraordinário (RE) 80.004/1977, a jurisprudência dominante do STF considerava todo tipo de tratado internacional no mesmo patamar das leis ordinárias. Consequentemente, qualquer pacto internacional poderia ser escalado pela lei doméstica mais recente que o contrariasse.

Após muitas décadas este entendimento foi superado por uma decisão plenária e unânime do Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário (RE) 466.343/2008¹⁷, que estabeleceu uma exótica tríplice hierarquia dos tratados internacionais, que assim se resume:

- tratado com status constitucional: tratado humanitário aprovado após a emenda constitucional n. 45/2004 e segundo maioria estabelecida nesta emenda;
- tratado com status supralegal: tratado humanitário aprovado antes da emenda constitucional de 2004;
- tratado com status ordinário: tratado que não versa sobre os direitos humanos.

A referida emenda constitucional de 2004 adicionou o seguinte parágrafo no artigo 5º da Constituição Federal¹⁸ (doravante “CF”):

Constituição Federal
Artigo 5, Parágrafo 3

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

Portanto, em base a citada lógica do STF, a inegável natureza humanitária da CH80 e a sua

¹⁷ Vide <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>

¹⁸ Vide http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

promulgação anterior a emenda constitucional de 2004 levam à conclusão de que o seu valor é supralegal, ou seja, se encontra logo abaixo da Constituição Federal, mas acima de todas as demais leis ordinárias.

Esta realidade jurídica atualmente dominante no Brasil, é uma melhoria em relação ao passado, mas não é suficiente para restaurar o correto peso da honorabilidade da assunção de um compromisso internacional.

V.II.I.I. Irrelevância da hierarquia legal da CH80

Antes de prosseguir, cabe assinalar que, de qualquer forma, se fosse admitida por pura hipótese dialética o valor supralegal da CH80 (que aqui não se admite como razoável), a sua efetividade somente poderia ser constatada após a verificação da existência de um eventual conflito com a Constituição Federal.

De fato, esta verificação foi formalmente aberta em 2009 com a instauração de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4245¹⁹ contra a CH80 pelo partido político brasileiro DEM, que até hoje não foi julgada e que levanta uma sua possível incompatibilidade com os seguintes artigos da Constituição Federal: 1º, III; 2º, 5º, XXXV, XXXVI, LIV e LV; 37, caput; 105, I, "i"; e 227.

Nesta ação, já se pronunciaram a Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal e a Autoridade Central brasileira, que expuseram as próprias razões em favor da ausência de inconstitucionalidade da CH80.

O que se pretende aqui não é duplicar o procedimento já pendente, mas dar ressaltado a parte da contestação relativa à existência de um conflito entre a CH80 e o art. 227 da CF, que é um tema costumeiramente invocado para negar a aplicação da CH80.

Assim dispõe o art. 227 da CF:

Constituição Federal Artigo 227

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda

¹⁹ Vide “ADI 4245”, link direto: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2679600>

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”

E assim esclarece o Preâmbulo da CH80:

Convenção da Haia de 1980
Preâmbulo

“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”

Imediatamente se nota que a CH80 não pode ser contrária ao citado artigo porque resulta ser a concretização dos mesmos princípios. Uma Convenção que declara dar primordial importância aos interesses da criança só pode ser interpretada como concorde com o princípio de que o Estado deve assegurar os direitos dos menores com absoluta prioridade.

Como será esclarecido mais adiante, as disposições da CH80 correspondem a tradução prática daquilo que foi expresso de forma genérica na CF. Aqueles que são contrários as disposições da CH80 estão na verdade colocando em discussão a inteligência ou a coerência do legislador internacional consigo mesmo, ou seja, uma suposta incoerência em relação a aplicação prática dos mesmos princípios constitucionais. Seria como afirmar que a CH80, ao mesmo tempo em que declara proteger as crianças, as estaria prejudicando com as regras que nela foram estabelecidas para concretizar este objetivo.

Portanto, visto que também nas demais disposições da lei doméstica brasileira não existem conflitos diretos com a CH80, a questão da sua hierarquia legal pode ser vista como um falso problema, como algo irrelevante porque é tudo uma questão de compreensão das lógicas contidas no seu texto.

Nesta seara, somente se pode deduzir que o entendimento da necessidade de respeitar plenamente a CH80 passa puramente pelo correto entendimento do significado do melhor interesse da criança no âmbito das subtrações internacionais, que é um argumento que será detalhadamente explicado mais adiante²⁰.

²⁰ Vide V.II.IV (O objetivo da CH80: restaurar o status quo ante)

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





V.II.II. O valor supraconstitucional dos tratados internacionais

Mesmo tendo aqui admitido que em base aos princípios da jurisprudência brasileira a CH80 seria possuidora de um status supralegal e que, de qualquer forma, é irrelevante a sua hierarquia em relação a sua correta aplicação (pois não entra em conflito com a CF ou outras leis internas, ou seja, não é relevante um eventual parecer específico por parte do STF), é importante compreender que, na verdade, o seu patamar, assim como aquele de qualquer outro tratado internacional, só pode ser considerado como supraconstitucional.

Desta forma se alcança uma paz superior em relação a qualidade das suas medidas e se reverte completamente a óptica da leitura do texto convencional: não são as disposições da CH80 que devem se adaptar aos princípios genéricos da legislação interna, mas é a legislação interna que deve se adaptar à inteligência da CH80.

V.II.III.I. A simples coerência do valor supraconstitucional

Uma lei internacional só pode estar acima daquela nacional, banalmente, por pura questão de coerência.

Segundo o dicionário, a coerência é a harmonia entre dois fatos/ideias e, automaticamente, se deduz que quanto maior for o número de fatos harmônicos de uma tese, maior será a qualidade da sua conformidade com a realidade.

Consequentemente:

- quando o poder judicial de um país impõe, às partes signatárias de um contrato, o respeito daquilo que foi concordado, essa mesma obrigação deve valer, *mutatis mutandis*, no âmbito internacional, nos contratos onde este país é parte, caso contrário, no âmbito doméstico, este princípio elementar deixaria de ter qualquer cabimento;
- quando a lei doméstica estabelece que a nulidade de específicas condições contratuais só pode ser validada por uma autoridade superior e não unilateralmente por uma das partes, isto corresponde, em âmbito internacional, *mutatis mutandis*, ao princípio de que somente um tribunal internacional pode declarar essa nulidade, ou seja, o tribunal de um Estado contratante, que representa a própria nação, não possui a devida competência para renegar unilateralmente uma cláusula de um contrato internacional assumido.





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Portanto, quando o Brasil, voluntariamente, concorda em aderir a um acordo internacional bilateral ou multilateral, ele assume a obrigação de cumpri-lo plenamente e qualquer eventual contrariedade subsequente só pode ter como consequência a abertura de um civilizado procedimento de revogação da ratificação apresentada ou de reconhecimento internacional da necessidade de aportar condições diferentes.

Um Estado contratante que decide unilateralmente não respeitar os compromissos assumidos está cometendo um ilícito internacional, está legitimando a reprovável imposição de um conceito de justiça praticada com as próprias mãos, como em um faroeste.

Assim como respeitar uma lei não significa perder a liberdade (mas garantir a liberdade a todos²¹), manter um compromisso internacional assumido voluntariamente não significa perder a soberania sobre as próprias leis. Em um mundo civilizado, todo objetivo lícito é sempre alcançável, mas é imprescindível o respeito do correto procedimento legal.

Neste sentido, no remoto ano de 1951, o Ministro brasileiro Orozimbo Nonato registrava a seguinte sabedoria²²:

“os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis”

Se diversas décadas atrás já se conseguia avistar nos nacionais brasileiros essa supremacia axiológica dos acordos internacionais, fica mais que claro que o atual conflito ideológico é prevalentemente ligado à vontade (ou à falta de vontade) de harmonizar e reconhecer qual deve ser a realidade de uma sociedade civilizada.

V.II.II.II. O direito internacional impõe a supremacia absoluta dos tratados

Em 1969, os diferentes países que compunham a Organização das Nações Unidas (ONU) concordaram o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²³ que, justamente, regulamenta o maior peso e valor de todo e qualquer tratado internacional.

²¹ Código do Processo Civil, art. 2: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

²² Consultar mais detalhes sobre a citação na página n. 25 do voto do Ministro Gilmar no RE 466.343,

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

²³ Consultar < <http://treaties.un.org> >; “Depositary”; “Status of Treaties”; “Chapter XXIII: Law of Treaties”; “Vienna Convention on the Law of Treaties”

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Nela foi estabelecida a seguinte límpida regra universal:

Convenção de Viena de 1969
PARTE III
Observância, Aplicação e Interpretação de Tratados
SEÇÃO 1
Observância de Tratados

Artigo 26
Pacta sunt servanda

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Artigo 27
Direito Interno e Observância de Tratados

“Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

Se a argumentação anterior, baseada em um puro princípio de coerência (o respeito de um compromisso assumido é a base de uma Estado de Direito e/ou de uma sociedade civilizada), não resultasse suficiente para estabelecer com certeza absoluta a prevalência incondicional do direito internacional, agora estamos de frente a uma imposição legal internacional incontestável.

O princípio aqui bem expressado nada mais é do que aquele que já se pratica no Brasil, onde, por exemplo, a lei federal não pode ser desrespeitada pela lei interna de um dos estados brasileiros.

É inconcebível admitir conjuntamente: (i) que o Brasil decida livremente aderir a uma comunidade internacional; (ii) que participe ativamente na redação de uma convenção internacional²⁴; (iii) que assinie o relativo sólido texto aprovado com unanimidade pelos países participantes; (iv) que o promulgue no direito interno²⁵ e que, no final de todo esse processo conciliatório; (v) decida não cumprir as suas imposições! Não parece admissível pôr tanto empenho na construção e aceitação de uma regra para depois descumpri-la.

Com todo o respeito aos pareceres divergentes, não pode ter cabimento tamanha falta de lógica e boa-fé. Um acordo internacional nasce para superar os limites das leis nacionais e, logicamente,

²⁴ Consultar as intervenções do Brasil no documento final da aprovação da Convenção de Viena de 1969 “A/CONF.39/11/Add.2” disponível no site da ONU

²⁵ A Convenção de Viena de 1969 foi promulgada no Brasil com decreto n. 7.030/2009, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





morre tragicamente quando se impõe a sua inferioridade hierárquica.

Toda e qualquer regra aplicada somente parcialmente ou com uma interpretação fantasiosa corresponde a uma regra plenamente desaplicada. Um objetivo alcançado parcialmente não é o objetivo pleiteado, é um outro objetivo e de cunho puramente pessoal. Em uma sociedade democrática, contrariamente aos regimes totalitários, a aceitação de uma tese se difunde proporcionalmente ao seu grau de rigor científico, portanto, a parcialidade técnica é uma forma de demolição dos fatores essenciais à manutenção da coesão social.

V.II.III. A jurisprudência internacional confirma a supremacia dos tratados

Ao se observar as decisões dos tribunais internacionais regionais, como a Corte Internacional de Justiça da Haia (vinculada à ONU), a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OAS) ou a Corte Europeia dos Direitos Humanos do Conselho Europeu, etc., não se encontra um precedente de uma possível supremacia da força de um direito interno em relação ao direito internacional.

Afinal, se o grau do sentido de justiça de uma norma depende da sua inteligência e se toda sociedade evoluída costuma perseguir o mais alto grau de justiça, uma legislação interna, normalmente resultante dos interesses da classe política que resulta como dominante em um determinado momento histórico nacional, só pode ter um grau de justiça inferior àquele da legislação internacional que foi o resultado da união da inteligência dos maiores experts mundiais do específico assunto tratado e, nos casos de acordo multilaterais, da união das mais diferentes culturas e sistemas jurídicos. É natural atribuir, a priori, maior peso à bondade de uma lei internacional.

Retornando ao reconhecimento legal da superioridade internacional, é relevante observar, por exemplo, a visão exemplarmente metódica do Tribunal de Justiça da União Europeia em recente acórdão de 2021, no processo n. C-83/19²⁶:

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)
de 18 de maio de 2021

“Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o princípio do primado do direito da União [Europeia] consagra a prevalência do direito da União sobre o

²⁶ Consultar o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-83/19 em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0083>





direito dos Estados-Membros. (...)

Assim, por força do princípio do primado do direito da União [Europeia], o facto de um Estado-Membro invocar disposições de direito nacional, ainda que de ordem constitucional, não pode prejudicar a unidade e a eficácia do direito da União [Europeia] (...).

A este respeito, importa designadamente recordar que o princípio da interpretação conforme do direito interno, nos termos do qual o órgão jurisdicional nacional deve dar ao direito interno, tanto quanto possível, uma interpretação em conformidade com as exigências do direito da União [Europeia], é inerente ao sistema dos Tratados, na medida em que permite ao órgão jurisdicional nacional assegurar, no âmbito das suas competências, a plena eficácia do direito da União quando se pronuncia sobre o litígio que lhe foi submetido (...).

É igualmente por força do princípio do primado que, na impossibilidade de proceder a uma interpretação da regulamentação nacional conforme às exigências do direito da União, o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, as disposições do direito da União tem a obrigação de garantir o pleno efeito das mesmas, não aplicando, se necessário e por sua própria iniciativa, qualquer disposição contrária da legislação nacional, mesmo que posterior, sem ter de pedir ou de esperar pela sua revogação prévia por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional (...)."

O raciocínio enunciado é elementar, extremamente coerente e merece ser resumido com outras palavras: um direito internacional existe somente se este for superior ao direito interno e toda vez que no direito interno for individuado um potencial conflito, este conflito deverá ser resolvido usando a interpretação interna mais conciliante com o pacto internacional e/ou resolvida com os instrumentos adequados (como, por exemplo, um procedimento de inconstitucionalidade). Além disso, nada poderá ser decidido em violação das disposições internacionais até quando não for definitiva a resposta oficial do relativo e legítimo procedimento de identificação da específica antinomia constitucional.

A supracitada conclusão deste tribunal internacional, que rege as 27 nações que compõem atualmente a União Europeia, soluciona o conflito da supremacia dos acordos internacionais em base a pura aplicação de princípios universais de coerência, sem a necessidade de argumentar as disposições das leis internas e/ou internacionais que vinculam a situação concreta.

Portanto, a correta hierarquia de um tratado internacional é o resultado de uma avaliação jurídica que deve conjugar questões consideradas superiores à simples lei doméstica.

A prevalência da legislação nacional sobre aquela internacional só pode ser vista como a expressão de um nacionalismo exacerbado, o que afasta inevitavelmente o rigor científico que é o pressuposto





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

do ideal de justiça.

Em qualquer setor, quando a técnica é colocada em segundo plano, os resultados são desastrosos. Por exemplo, nos processos brasileiros de aplicação da CH80 (que serão citados com mais detalhes mais adiante²⁷), quando o órgão julgador, com total desembaraço, altera as imposições convencionais com uma receita personalíssima sobre qual remédio deve ser adotado contra os (supostos) conflitos com a norma interna, está na prática autodeterminando a si poderes superiores àqueles do legislador nacional e/ou internacional. Transformar em regra esta autonomia corresponde à demolição do Estado de Direito.

V.II.III. A própria CF estabelece valor supraconstitucional aos direitos humanos

Mesmo defendendo aqui a tese de que o valor de qualquer tratado internacional deve ser supraconstitucional por razões de respeito a lógicas elementares, é relevante assinalar que, através da simples leitura da Constituição brasileira, com um ânimo neutral e não nacionalista, se conclui que a mesma se submete a qualquer norma do direito internacional que seja vinculada aos direitos humanos (ou seja, o exato contrário do atual entendimento da respeitável jurisprudência do STF).

Assim estabelece claramente o artigo 4º da CF:

Constituição Federal Artigo 4

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.”

Um tratado internacional é logicamente a expressão de uma relação internacional e o termo “prevalência dos direitos humanos” só pode significar a prevalência do texto internacional na determinação de quais são esses direitos humanos.

Uma visão nacionalista pode conceber a ideia de que o direito humano que deve prevalecer é aquele estabelecido no direito interno brasileiro, mas isto seria uma grande contradição porque assim não

²⁷ Ver V.VI (As exceções ao retorno)

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

está escrito (não foi escrito “prevalência dos direitos humanos brasileiros”) e porque um único país não pode, por questões de lógica elementar, atribuir a si uma cultura e inteligência superior àquela de dezenas de outros países que se unem (não com os seus políticos, mas com os maiores especialistas da matéria envolvida) com o objetivo de concordar quais deveriam ser os direitos humanos fundamentais e universais.

Essas questões humanitárias foram consideradas tão importantes pelo legislador nacional que o seu poder aplicativo foi colocado acima de qualquer empecilho de cunho puramente formal ou burocrático.

Neste sentido, assim dispõe o artigo 5º da CF:

Constituição Federal
Artigo 5, Parágrafo 1º

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

No parágrafo sucessivo deste mesmo artigo, o texto constitucional esclarece com todas as letras que nenhuma disposição nacional poderá ser usada para contrariar um tratado internacional.

Assim foi disposto:

Constituição Federal
Artigo 5, Parágrafo 2º

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

Nem mesmo uma visão nacionalista consegue extrair deste texto uma fantasiosa interpretação de superioridade da CF em relação aos tratados humanitários. É simples regra de dedução lógica compreender que, se a CF se limita a declarar a ausência da exclusão do direito de um tratado internacional, conseqüentemente, se deduz (com absoluta certeza) que o direito universal poderá excluir o direito constitucional.

Afinal, é natural que seja assim pois os direitos internacionais fundamentais são imperativos e independentes da ideia de Estado. Eles não entram em conflito com a soberania, mas garantem a sua existência. Basta observar a história antiga para encontrar impérios como aquele romano que

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

44





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

conseguiram durar longamente e se expandir ainda mais demasiadamente graças a sua constante evolução nos direitos humanos. Basta também observar a história mais recente como a 2ª guerra mundial para ter a prova de que o desrespeito dos direitos humanos leva inevitavelmente a guerras que destroem os Estados e as respectivas soberanias.

Além disso, como já evidenciado, existe uma grande diferença de supremacia técnica de uma lei internacional em confronto com uma nacional. O legislador internacional sigla um acordo baseando-se unicamente na busca pela mais alta qualidade técnica capaz de conciliar as mais diversas possibilidades/culturas, o que resultará inevitavelmente em um direito mais justo e universal possível. Ao invés, o legislador nacional é o político de um específico momento histórico que está vinculado à vontade predominante do próprio partido, que não necessariamente possui um elevado conhecimento técnico (e/ou não necessariamente é assessorado por grandes experts), que não necessariamente tem interesse em encontrar um denominador comum com partidos de minoria e que tudo aquilo que converter em lei possuirá uma grande probabilidade de ser completamente invertido pela nova maioria que vir a se formar. De fato, é infinitamente improvável estar diante de uma possível lei internacional injusta, mas é bastante provável encontrar graves injustiças em uma lei nacional.

Neste âmbito constitucional, com a (já citada) Emenda Constitucional n. 45 de 2004, foi instituída a seguinte alteração no texto original da Constituição de 1988:

Constituição Federal
Artigo 5, Parágrafo 3º

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

Artigo 5, Parágrafo 4º

“O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”

A redação desse parágrafo 3º parece instituir uma espécie de crise de identidade constitucional. É gigante a sua incompatibilidade com os citados Art. 4.1 (prevalência incondicional dos direitos humanos), Art. 5.1 (exclusão de formalidades à imediata validade dos direitos humanos) e Art. 5.2 (o direito humano internacional não pode ser excluído por qualquer motivo).

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

45





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Além disso, parece possível colocar em discussão até mesmo o novo código civil de 2015 que em diversas disposições impõe supremacia a todo e qualquer tratado internacional. Por exemplo:

Lei n. 13.105/2015
Código de Processo Civil

Artigo 13

“A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.”

Inicialmente, não se compreende a intenção do novo legislador nacional já que, se era aquela de não sofrer reprimendas (consequentes à também inovadora submissão em relação a um tribunal internacional do parágrafo 4º), usar este parágrafo para justificar a inadimplência de uma norma mundial será como um furo na água: nenhum tribunal internacional nunca admitiu e nem admitirá, em qualquer hipótese, uma fantasiosa e arbitrária supremacia da legislação doméstica.

Ora, parece embaraçante explicar à comunidade internacional que o Brasil quando ratifica uma convenção sobre direitos humanos (ou outros temas) usa como discriminante à sua efetiva aplicação o número de políticos que no momento da sua conversão em lei resultar como concorde ao texto internacional. Estamos de frente a uma quimérica dupla ratificação que decide internamente (excluindo o interlocutor internacional) se o país irá realmente respeitar o compromisso assumido. Novamente, aqui se frisa que a aplicação parcial de uma norma comporta sempre o seu pleno descumprimento.

A sensação de desorientação jurídica fica ainda maior quando se imagina que, caso fosse mantida a jurisprudência brasileira que estabelece valor apenas supralegal as convenções humanitárias antecedentes a essa emenda (que aqui se contesta plenamente), o governo deveria votar novamente um tratado já promulgado se quisesse impor um status hierárquico superior. Isto fere qualquer lógica de seriedade/coerência/eficiência.

Em conclusão, a Constituição Federal brasileira estabelece a supremacia absoluta do direito humano internacional e a emenda constitucional n. 45/2004 não altera de fato essa realidade porque levantou apenas uma isolada e autônoma inovação sobre a existência de um possível status constitucional. Ao se estabelecer novas condições para o reconhecimento de status constitucional do direito humano internacional, sem estabelecer qual deveria ser o valor dos acordos anteriores

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

46





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

ou votados diferentemente, e/ou, sem contrariar explicitamente a validade das outras disposições da CF, que atribuem um evidente valor supraconstitucional a esse direito internacional, nada daquilo que era verdade anteriormente parece ter sofrido uma alteração. Portanto, se mostra inútil declarar como emenda constitucional normas que são já reconhecidas (por outros artigos) como supraconstitucionais (afinal, o que é supraconstitucional é também constitucional).

O rigor lógico da leitura aqui realizada é o princípio que garante a certeza da justiça e a consequente existência de um Estado de Direito. É mais plausível a possibilidade de contestar a constitucionalidade (ou a razão de existir) da referida emenda n. 45/2004 do que a constitucionalidade e/ou valor hierárquico da CH80 ou outros acordos internacionais humanitários.

V.II.IV. As consequências do desrespeito do correto valor hierárquico

O descumprimento de um acordo internacional é algo grave mesmo na ausência da fiscalização de um tribunal internacional regional porque existem diversas possíveis retaliações estrangeiras que podem alcançar o mesmo fim como o estabelecimento, por parte dos demais países, de sanções econômicas e/ou políticas.

Não faz sentido declarar ao mundo a assunção de um compromisso internacional com o fim de se beneficiar do mesmo na relação com os outros países para, sucessivamente, ser vergonhosamente excluído da aplicação da normativa pelo princípio da falta de reciprocidade, que outros Estados poderão invocar ao ver que o Brasil pratica um pleno ilícito internacional ao pretender somente dos outros países o cumprimento da legislação internacional.

Como já expressado, se um direito internacional é inconstitucional, por lógica de civilidade ou procedural, ele não deveria ser ratificado ou a ratificação deveria ser sucessivamente revogada. Um Estado que constrói uma imagem de desrespeitador dos compromissos assumidos, ou seja, que se apresenta como totalitário ou com uma inteligência incapaz de reconhecer e assumir publicamente uma eventual incompatibilidade com o seu sistema jurídico, prejudica até mesmo a própria possibilidade de ser efetivamente ouvido nas mesas que revisam as leis internacionais vigentes e/ou projetam as novas.

Os EUA, por exemplo, que são um dos maiores defensores mundiais dos direitos das crianças, (assinaram, mas) não ratificaram a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos das Crianças

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

47





porque constatarem não conseguir garantir a sua efetividade em relação ao artigo que vetava a pena de morte em relação aos menores de 18 anos. Em alguns dos estados americanos isto é permitido. Se é verdade que muitos países ratificaram essa convenção mesmo sabendo não poder cumpri-la, os EUA, justamente, preferiram apresentar para comunidade internacional a imagem de uma nação seria, que só ratifica os acordos que pode honrar plenamente. Em um contexto de aplicação voluntária de uma norma, onde nenhum Estado pode obrigar o outro a seguir a própria convicção, se apresentar como um Estado diligente é um bom exemplo que estimula, sem o uso da força, a expansão e efetividade deste sistema legal voluntário.

No caso específico do desrespeito da CH80, que por sinal o legislador brasileiro caiu no vexame de ratificá-la violando de imediato os seus artigos (como será exposto mais adiante em relação à obrigação da tradução para o português e juramentada²⁸), já existe internacionalmente uma fama negativa em relação ao Brasil que o está transformando em refúgio seguro para quem visa legalizar atos ilícitos.

Por exemplo, não muito tempo atrás chegou ao alcance da mídia nacional, a história de duas mães, cidadãs da Dinamarca (caso Markussen-Mathiesen) que (por pura coincidência) se conheceram no Brasil ao nele se transferir, porque ambas foram informadas, no exterior, da existência de leis brasileiras de maior tutela em relação as mães que querem se afastar dos maridos levando consigo os filhos. O epílogo de um destes caos chegou a ser trágico, já que uma das mães acabou sendo até mantida na cadeia no Brasil, piorando ainda mais as consequências negativas da subtração praticada.

É fácil deduzir que, provavelmente, esses casos de subtração internacional, promovidos por cidadãos sem cidadania brasileira, nunca teriam ocorrido se não fosse internacionalmente notória a negativa fama brasileira de país que não restitui as crianças subtraídas. Afinal, é uma certeza estatística o fato de que não se costuma praticar um ato ilícito quando existe uma elevada certeza de ser responsabilizado e punido.

A falta de sensibilidade das autoridades brasileiras em relação à correta lógica da aplicação dos direitos humanos fundamentais está incentivando novas injustiças, não somente contra as crianças brasileiras, mas contra as crianças do mundo todo!

²⁸ Vide subtítulo V.VI.IV.I.V





V.III. A CORRETA APLICAÇÃO DA CH80

O passo sucessivo ao reconhecimento dos deveres derivados da supremacia hierárquica do direito internacional (e conseqüente impossibilidade de negar efetividade ao seu texto literal) é compreender como deve ser interpretada a relativa normativa internacional.

V.III.I. A fonte de informações técnicas gerais deve ser internacional

Em âmbito doméstico, quando se busca compreender melhor o texto de uma lei estadual, se estudam os ensinamentos de estudiosos da mesma jurisdição. Quando se quer obter mais informações sobre uma lei federal, o estudo abrange os ensinamentos de autores de cidades ou estados brasileiros diferentes, ou seja, a todos que estão sob a jurisdição desta lei.

Ora, no direito internacional, por elementar coerência e pela vasta variedade cultural, os ensinamentos devem ser procurados também (ou prevalentemente) nos autores internacionais, não podem ser limitados exclusivamente à esfera nacional.

Ao invés, no caso específico dos processos brasileiros baseados na CH80, todas as questões científicas e jurisprudenciais citadas, nas manifestações do Ministério Público Federal (que é parte no processo como fiscal da lei) e nas decisões judiciais, são, sempre, de origem exclusivamente doméstica.

Devido a inexistência de um tribunal internacional no sistema convencional da Conferência da Haia, os países contratantes delegaram o julgamento da CH80 às autoridades do Estado de refúgio, mas essas autoridades devem enfrentar o litígio personificando o mesmo espírito que perseguiria um tribunal internacional.

Outra relevante diferença é que normalmente o trabalho do legislador nacional se limita à redação/aprovação das leis, mas no caso da Conferência da Haia e no âmbito específico das leis de proteção das crianças, o legislador internacional não se mantém inerte, ele continua trabalhando com o fim de favorecer uma sempre melhor aplicação universal do texto convencional e de verificar a eficácia dos princípios nele contidos, em coerência com a constante evolução do conhecimento técnico e das mutáveis necessidades da sociedade.

Imediatamente após a conclusão da CH80 foi estabelecida a (tradicional e) sábia indispensabilidade de publicar um resumo clarificador das intenções do legislador internacional. Isto se mostra





essencial principalmente em textos com um estilo literal extremamente sintético (as convenções mais recentes são mais extensas) e onde é quase impossível formalizar com precisão certos conceitos (como será bem explicado mais adiante²⁹). Este documento de 1981 ficou conhecido como Relatório Explicativo³⁰ e foi disponibilizado gratuitamente à toda comunidade internacional.

Como é notório, o direito de família tem a função de resolver questões de elevada complexidade e, se já é difícil garantir uma correta tradução em línguas diferentes (como será melhor evidenciado mais adiante³¹), ter que enfrentar a interpretação de culturas extremamente diversificadas, é uma missão ainda mais complexa.

Portanto, além desse relatório explicativo, a Conferência da Haia decidiu organizar reuniões periódicas com uma comissão especial, composta por representantes que congregam um número de países ainda maior do que aqueles que inicialmente escreveram a CH80. O objetivo era (e é) aquele de discutir o que deve ser feito para melhorar o alcance dos resultados inicialmente esperados.

Com este fim, a Conferência disponibiliza gratuitamente diversas publicações extremamente indispensáveis³²: recomendações e declarações esclarecedoras concordadas nesses encontros; guias de boas práticas sobre específicos argumentos da CH80 que se consideram relevantes; folhetos informativos e revistas/artigos sobre o direito de família.

Atualmente, existem 7 guias oficiais de boas práticas publicadas no site da Conferência da Haia:

- Parte I: Práticas das Autoridades Centrais;
- Parte II: Medidas de execução;
- Parte III: Medidas de prevenção;
- Parte IV: Execução;
- Parte V: Mediação;
- Parte IV: Artigo 13(1)(b);
- Contato transfronteiriço em relação a criança – Princípios Gerais e Guia de Boas Práticas.

²⁹ Ver subtítulo V.V.I

³⁰ O Relatório Explicativo pode ser consultado em www.hcch.net; "Child Abduction"; "Explanatory Report"

³¹ Ver subtítulo V.VI.IV.I.I

³² Todas as publicações da CH80 pode ser consultadas em www.hcch.net; "Child Abduction"; "HCCH Publications"





Além disso, resulta também profícuo consultar os trabalhos preparatórios desses guias como, por exemplo, o Projeto da Guia sobre o Art. 13b³³, que foi apresentado na última reunião da Haia e que possui um conteúdo mais amplo e esclarecedor do que aquele da resumida versão final do Guia do Art. 13b.

Somente essas cartilhas explicativas oficiais têm cerca de 100 páginas cada uma e isto demonstra como não é possível subestimar o tema tratado. Infelizmente, apenas a minoria delas possui tradução oficial para o português e isto dificulta ainda mais a difusão da matéria no Brasil.

Em base, por exemplo, o Guia sobre as Medidas de Execução³⁴ são necessários 4 elementos para interpretar corretamente a CH80:

- o Relatório Explicativo;
- a jurisprudência internacional³⁵;
- as informações apresentadas pelas Comissões Especiais³⁶; e,
- a doutrina.

Todos esses são elementos interpretativos respaldados também pela Convenção sobre o Direitos dos Tratados:

Convenção de Viena de 1969
Artigo 32
Meios Suplementares de Interpretação

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Resulta claro que quando os maiores especialistas mundiais das mais diferentes nações se reúnem para concordar um texto legal, automaticamente acaba-se construindo uma nova doutrina de tipo

³³ O Projeto do Guia do Art. 13b pode ser consultado em: <www.hcch.net>, "Child Abduction", "Special Commission meetings", "Seventh Special Commission meeting (October 2017)", "Prel. Doc. No 3 of June 2017"

³⁴ Ver www.hcch.net; "Child Abduction"; "HCCH Publications"; "Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part II - Implementing Measures"

³⁵ Vide www.incadat.com

³⁶ Vide www.hcch.net; "Child Abduction"; "Special Commission meetings"; Capítulo 8





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

coletiva que só pode ser bem compreendida analisando os trabalhos dos mesmos.

Portanto, enquanto os tribunais brasileiros procuram teorizar qual seria a correta interpretação que se deve atribuir à CH80, usando os métodos arcaicos do sistema legal doméstico (estudo de obras e jurisprudência exclusivamente nacionais), a Conferência da Haia liquidou a questão oficializando de forma suficientemente detalhada quais são os preceitos que devem ser respeitados. Basta lê-los e invocá-los nas decisões judiciais, não existe solução mais lógica e simples do que esta.

V.III.II. A falta de especialização da Justiça Federal é um grave obstáculo

Provavelmente o único elemento entre aqueles anteriormente citados que hoje não pode ser facilmente resolvido (com poucas horas de leitura), é a falta de especialização doutrinal.

Como é notório, no Brasil, foi constituído um modelo jurídico onde existe uma Justiça Federal e uma Justiça Estadual que possuem competência diversificada em base, prevalentemente, ao interesse do país (a “União”) de se constituir como parte processual.

Normalmente se esperaria de um Tribunal chamado “Federal” o julgamento das leis nacionais/federais e se esperaria daquele chamado “Estadual” o julgamento das leis internas a jurisdição do relativo estado brasileiro, mas no Brasil foi convencionado outro sistema.

Na verdade, a confusão etimológica já nasce antes, na declaração da existência de uma nação definida como “Federal”, que pressupõe a união de estados internos com elevada autonomia legal. Ao invés, como é notório, o federalismo brasileiro pode ser considerado como inexistente já que quase tudo aquilo que rege a vida dos cidadãos brasileiros, de qualquer um dos seus estados, está centralizada nas leis federais.

Portanto, resumidamente, é possível afirmar que o legislador brasileiro atribuiu à Justiça Federal o julgamento de uma minoria de leis federais e à Justiça Estadual o julgamento de tudo aquilo que é residual, ou seja, as demais leis federais e aquelas internas ao território de própria competência.

Assim estabelece a legislação brasileira:

Constituição Federal
Artigo 109

“Aos juízes federais compete processar e julgar:

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

52





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V - A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas."

Como se pode observar, focalizando a questão ao caso específico da CH80, o legislador presumiu que todo e qualquer tratado internacional corresponderia sempre a uma questão de direito público, levando, conseqüentemente, à instauração de um pressuposto apriorístico interesse do país como parte processual e a uma grave redução do interesse na especialização temática do direito a ser tratado.

Isto, porém, é uma escolha extremamente negativa. Assim como existem leis federais onde não

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

53





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

subsiste o interesse do Brasil em ser parte processual, existem também leis internacionais onde este interesse é inexistente ou não predominante.

V.III.II.I. O direito internacional privado não é um ramo do direito público internacional

Para enfrentar melhor essa questão cabe aqui fazer algumas premissas sobre a real diferença entre o direito internacional privado e o direito internacional público.

Este tema resulta ser bastante polêmico e talvez seria necessário abrir um capítulo autônomo, contudo, provavelmente nem esta eventual análise profunda seria suficiente para sanar completamente as divergências que até hoje muitos levantam nesta complexa matéria.

De qualquer forma, a evidente falta de conhecimento geral sobre o tema do direito internacional é um dos principais empecilhos ao domínio desta matéria. Afinal, somente a partir de 1996 esta matéria passou a ser obrigatória nos cursos de graduação em direito³⁷ e ainda hoje muitos menosprezam o assunto por defender a ideia de que a incerteza da efetividade do direito internacional o transforma em um tema privo de interesse jurídico.

Outro aspecto que enfraquece o conhecimento técnico é a peculiaridade histórica do contexto em que se encontra o Brasil. Enquanto outros países como aqueles europeus já há muitos anos se especializaram na busca de acordos entre si, os países da América do Sul sempre encontraram grandes dificuldades em formar acordos relevantes com os próprios vizinhos.

Além disso, como já citado, se é verdade que no mundo existem países realmente federativos que convivem diariamente com a resolução de problemas típicos do direito internacional (por exemplo, nos EUA, muitas situações da vida resultam regulamentadas de forma completamente diferente pois alguns estados podem impor leis opostas enquanto outros podem ser desprovidos de qualquer imposição legal), o Brasil, ao contrário, não enfrenta relevantes conflitos internos de competência sobre a lei aplicável porque quase todas as situações da vida não sofrem distinções espaciais (entre os diferentes estados) pois são regidas pelas mesmas leis federais.

Tendo então aqui constatado a pouca experiência da doutrina brasileira em direito internacional, se faz necessário citar a resumida definição de direito internacional publicada no Portal Europeu da

³⁷ Ver a Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994 do Ministério da Educação que entrou em vigor em 1996 por força da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996)

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Justiça³⁸:

“A expressão «direito internacional» pode remeter para dois ramos do direito:

Direito internacional público: regula as relações entre países e organizações internacionais, abrangendo matérias como os direitos humanos, o direito convencional, o direito do mar, o direito internacional penal e o direito internacional humanitário.

Direito internacional privado – ou conflito de leis –, que consiste num conjunto de normas de direito processual que determinam qual a lei aplicável a determinados litígios. Estas normas são aplicáveis a litígios com elementos transfronteiriços, como um contrato celebrado entre partes que residem em países diferentes, ou se estes elementos transfronteiriços existirem num país com ordens jurídicas diferentes.”

Levando em conta essa definição, segundo o Tribunal Internacional de Justiça (da ONU), é possível constatar a existência de 3 tipos de relações jurídicas, que assim deverão ser classificadas:

- disputa entre particulares com relações jurídicas de diferentes nações (ou sob ordens jurídicas diferentes como no caso de países federais): Direito Internacional Privado;
- disputa entre Estados, agindo com imunidade de jurisdição (por exemplo, controle de fronteiras, impostos, etc): Direito Internacional Público;
- disputa entre um particulares e um Estado:
 - Direito Internacional Público, se o Estado está agindo como Estado (*ius imperii*); e,
 - Direito Internacional Privado se o Estado está agindo no mesmo patamar de um particular (*ius gestionis*).

Portanto, esclarecido o fato de que o Direito Internacional Privado (DIP) prevalentemente não faz parte do Direito Internacional Público, é necessário observar também que o termo “internacional”, presente na expressão “Direito Internacional Privado”, não deve ser interpretado como se este direito tivesse que ter a sua origem em um acordo internacional.

O DIP nasce para resolver o conflito sobre qual deverá ser a lei aplicável na relação entre dois cidadãos, consequentemente, se trata de um composto de normas de solução indireta à lide (apenas apontam a regra que estabelecerá a solução direta) e que, preponderantemente, cabem ao legislador interno as definir.

³⁸ Ver <e-justice.europa.eu>; “Legislação e jurisprudência”; “Direito Internacional”. Link direto: https://e-justice.europa.eu/10/PT/international_law

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





Não por acaso, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que estabelece algumas situações nas quais se deverá aplicar o direito nacional ou aquele estrangeiro, é um exemplo de Direito Internacional Privado e a sua origem não deriva de um acordo internacional.

Segundo autores brasileiros renomados como, por exemplo, o professor Jacob Dolinger, dentro do Direito Internacional Privado existe um ramo mais específico que é aquele em que se poderiam enquadrar os tratados de DIP (como, por exemplo, a CH80) e que assim foi por ele definido resumidamente³⁹:

“Direito Internacional Privado Uniformizado – Para evitar conflitos entre as regras do D.I.P. de dois ou mais sistemas – conflitos de 2º grau – criam-se convenções internacionais que estabelecem regras de conexão aceitas pelos países signatários, uniformizando as suas regras de Direito Internacional Privado.”

V.III.II.II. No DIP não prevalece o interesse público

Em extrema oposição aquilo que é consolidado no mundo e que foi anteriormente relatado, se encontra a realidade jurídica e jurisprudencial brasileira.

Afinal, não é possível encontrar lógica em uma legislação que estabelece que uma convenção de DIP, como a CH80, tenha que ser julgada pelo Tribunal Federal somente porque seria um interesse da União aplicar corretamente esta norma sob a base de que o contrário poderia comprometer os interesses nacionais no plano internacional.

Antes de tudo, já foi bem esclarecido que a legislação brasileira e a sua jurisprudência negam o natural peso supraconstitucional dos tratados internacionais, portanto, isto já é suficiente para cancelar definitivamente qualquer possível interesse nacional em dar extrema prevalência ao respeito dos acordos internacionais assumidos. É o próprio Estado brasileiro que declara para o mundo colocar à frente dos direitos assumidos o direito interno, legitimando em teoria o total descumprimento de qualquer compromisso internacional.

Em segundo lugar, no exemplo específico da CH80, não se consegue visualizar porque uma norma interna de conflito sobre a competência do julgamento da guarda, que é de competência Estadual, deveria receber um tratamento jurídico diferente em relação ao mesmo tipo de norma concordada

³⁹ Definição encontrada na sua obra “Direito Internacional Privado (Parte Geral)”, Jacob Dolinger, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 5ª Edição





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

voluntariamente com outros Estados soberanos.

O único interesse público observável em um DIP é aquele de cunho puramente político, mas isto é um interesse presente em toda e qualquer lei nacional, direta ou indiretamente.

Além disso, se um país possui uma lei interna hierarquicamente dominante e inadmissível pela comunidade internacional, isto gerará consequências tão negativas quanto o desrespeito direto de um tratado de direitos humanos fundamentais ratificado.

De fato, delegar o julgamento de uma convenção sobre direito familiar (como a CH80) a um Tribunal Federal não especializado na matéria (o que proporcionará certamente um julgamento de qualidade inferior), significará criar um obstáculo a sua correta aplicação e, conseqüentemente, demolir o interesse público-político de obter as consequências positivas de ser considerado como bom respeitador dos compromissos internacionais assumidos.

V.III.II.III. A CH80 não é um direito publico

Enquanto o legislador brasileiro impõe esses princípios contraditórios, a jurisprudência brasileira dominante, ao invés de combater esses erros, procura justificações para tentar manter (ou restaurar) a coerência da legislação interna.

No caso específico da CH80, quando esses processos alcançam o Superior Tribunal de Justiça, eles poderiam ser tratados pela Seção especializada em direito (privado) de família, pois nada foi legalmente normatizado sobre isto. Tanto é verdade que algumas vezes o julgamento da CH80 foi praticado por essas Seções e não por aquela especializada em direito público.

Contrariamente ao esperado, a solução dada à essa divergência interna do STJ foi estabelecida pela sua ilustre Corte Especial em um agravamento de 2011, que apresentou as seguintes argumentações vitoriosas em prol do enquadramento público⁴⁰:

“Assevera que ‘trata-se de ação de Estado, de Direito Internacional Privado, na qual se discute a aplicação de Convenção internacional a caso concreto, apurando-se a ocorrência de ilicitude da transferência e/ou retenção de menor no país’, de forma que ‘não se está a tratar no presente Recurso Especial de matéria atinente ao direito de família ou ao direito privado em geral, mas sim de questões de interesse do

⁴⁰ Ver Agravamento Regimental no Recurso Especial n. 1.239.777-PE (2010/0180753-9), link direto:

<https://www.stj.jus.br/websecstf/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1094616&tipo=0&nreq=201001807539&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20111021&formato=PDF&salvar=false>

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Estado e, portanto, de direito público' (e-STJ fls. 876/877). Nos termos do art. 9º, caput, do RISTJ, a competência das Seções e das respectivas Turmas do Superior Tribunal de Justiça é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa. No presente caso, a natureza da relação jurídica em litígio se afigura de direito público, pois prevalente o aspecto de direito internacional privado, envolvendo o cumprimento de acordo, tratado ou convenção internacional do qual o Brasil é signatário, e não exclusivamente a questão de direito de família."

"Penso que a competência para a ação de guarda, de direito de família, é da Segunda Seção, mas a competência para a ação de repatriação, proposta pela União, em cumprimento a tratado internacional, é da Primeira Seção (Regimento Interno, art. 9º, § 1º, XIII). Ressalto que a União age investida do regime de direito público, não defendendo interesse próprio em igualdade de condições com particulares, como ocorreria, por exemplo, em lide acerca de obrigações em geral de direito privado na qual o Estado figurasse como parte (Regimento Interno, art. 9º, § 2º, II)."

Esta ao invés, foi a argumentação do único voto contrário:

"Desse modo, eminente Presidente, apesar de o ponto de vista técnico recomendar o acerto da decisão da Relatora, eu ainda fico com uma interpretação um pouco mais elástica do dispositivo regimental, no sentido de que a matéria tem mais afinidade com o direito de família."

Observando as argumentações vitoriosas neste processo, resulta claro o equívoco de considerar o Direito Internacional Privado como de interesse prevalentemente público somente porque foi uniformizado por um acordo internacional.

Não por acaso a jurisprudência recentemente está estabelecendo que no caso do regime de visitação em base à CH80 o julgamento deve ser realização pela Segunda Seção, especializada em direito privado.

Assim foi cancelado, por exemplo, no Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial em 2020⁴¹:

"Analisando novamente a causa, percebe-se que a matéria de fundo é o Direito de Família (ainda que permeada pelo Direito Internacional Privado). Afinal, o que se discute é a possibilidade de a UNIÃO buscar, na Justiça Federal, a regulamentação do direito de visitas, com espeque em texto normativo internacional, quando já existe demanda com o mesmo objeto em trâmite na Justiça Estadual. A questão de fundo do debate é, portanto, o direito de visitação, instituto cuja previsão legal no ordenamento pátrio consta no art. 1.589 do CC/2002 - dispositivo inserto, não por acaso, no Livro IV da Codificação Civil, que trata do Direito de Família. Deste modo, incide a previsão do art. 9º, § 2º, IV do RISTJ, a atrair a competência da 2ª. Seção

⁴¹ Ver Agravamento Interno no Agravo do Recurso Especial n. 1014656/SP (2016/0296467-0), link direto: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=112946853&num_registro=201602964670&data=20200813

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

58





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

para julgamento da causa.”

Não parece compartilhável considerar a decisão do retorno, que avalia exclusivamente uma situação familiar, como um tema possuidor de menor relevância na matéria familiar do que a o tema da visitação. As premissas e conhecimentos científicos que devem ser aplicados na identificação das eventuais exceções ao retorno ou para garantir um retorno seguro são as mesmas que devem ser aplicadas no estabelecimento do regime de visitação.

Além disso, não é possível estabelecer que um pedido de retorno possa ser desvinculado da necessidade de estabelecer um regime de visitação cautelar, principalmente diante de processos extremamente morosos.

A jurisprudência que impõe o julgamento do direito de visitação em base à CH80 na Seção especializada do STJ em direito privado, está na verdade militando em favor da tese de que a CH80 deve ser inteiramente julgada pela Justiça Estadual, especializada em direito de família, excepcionando e atualizando os preceitos da CF que no passado foram alterados pelo poder judiciário (como, por exemplo, no caso do reconhecimento da união homoafetiva).

V.III.II.III.I. A ação pública da AGU é facultativa e incompleta no âmbito da CH80

Como o grau do equívoco aqui assinalado já foi bem explorado, resta demolir a argumentação de que o fato da ação ser promovida pela União (representada pela AGU) justificaria o enquadramento da ação dentro do interesse público.

Assim foi explicada a ação da AGU no Manual de Aplicação da CH80 do Conselho da Justiça Federal (CJF)⁴²:

“A atuação da União Federal em âmbito judicial nos casos que envolvem a aplicação da Convenção da Haia de 1980 decorre da obrigação que a República Federativa do Brasil assumiu de cumprir os compromissos internacionais relativos ao enfrentamento da subtração internacional de crianças nos seus efeitos civis.

Advocacia-Geral da União é o órgão de representação processual da União Federal em juízo e, por isso, defende os interesses do ente federativo, que, no caso da incidência das normas convencionais de 1980, consistem basicamente em dar efetividade à cooperação jurídica internacional entre os Estados Partes da Convenção.

⁴² Vide versão del 2021 em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf/>

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Por sua vez, a Autoridade Central brasileira – DRCI – é órgão integrante da Administração Pública Federal direta e, portanto, não é dotada de personalidade jurídica, razão pela qual o caso é encaminhado à Advocacia-Geral da União.

A Advocacia-Geral da União representa em juízo os interesses da União Federal e, durante a tramitação do processo, deverá permanecer em constante contato com a Autoridade Central brasileira.”

Como será bem explicado no subtítulo sucessivo, a ação judicial da Autoridade Central é apenas facilitadora e facultativa, tanto que, por exemplo, um genitor abandonado pode ajuizar um pedido de retorno sem a sua intervenção e, conseqüentemente, sem a ação da AGU (art. 29).

Assim a Resolução n. 449/2022 do CNJ confirma o art. 29 da CH80⁴³:

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 6

“A União será intimada, na pessoa de seu representante judicial, nos processos judiciais de retorno fundados na Convenção da Haia de 1980, em que não for autora, podendo assumir qualquer dos polos ou atuar como amicus curiae.”

As obrigações da Autoridade Central surgem somente quando o genitor abandonado decide invocar o seu auxílio. Quando a AGU ajuíza um pedido de retorno ela está representando processualmente a vontade da Autoridade Central Brasileira que decidiu encaminhar ao tribunal competente o pedido inicial do genitor abandonado de obter o retorno do filho subtraído. A função pública exercida é aquela de formalizar gratuitamente o pedido de um particular, não de defender diretamente o interesse da criança (a defesa do interesse da criança é indireto, subjacente à expressão da vontade do genitor) ou qualquer outro interesse público. Caso contrário, toda lei deveria então ser considerada de interesse público pelo simples de se esperar do Estado a sua correta aplicação.

Não por acaso, a função da AGU contribui à violação dos princípios da CH80 pois ela não representa no juízo o genitor abandonado com a mesma amplitude que faria um advogado particular. Por exemplo, se a vítima tiver o simples interesse de juntar um documento aos autos, este pedido será avaliado pela autoridade central brasileira que decidirá se repassá-lo ou não a AGU que por sua vez decidirá o que fazer. Todo e qualquer pedido passa por um duplo filtro de legitimidade.

Esta ação da AGU imposta pelo Brasil como defensora exclusiva dos interesses processuais da

⁴³ Vide <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4458>

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

União é de fato contrária aos princípios da CH80 já que enfraquece a posição jurídica do genitor abandonado que verá o seu pedido de retorno contraposto pelo genitor sequestrador que por sua vez terá a vantagem de ser parte no processo com um advogado que defenderá plenamente os seus interesses, de estar na jurisdição que escolheu como a melhor para si, etc.

A recente Resolução n. 449/2022 do CNJ parece ter buscado oficializar uma maior participação direta do genitor abandonado, mas a realidade se mantém distante do desejável. Assim foi estabelecido:

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 8

“A pessoa natural ou a instituição que alega titularizar direito de guarda da criança de acordo com a legislação do Estado onde mantinha residência habitual antes da transferência ou retenção é considerada interessada nos processos judiciais em que a União for parte autora, podendo intervir como assistente.

§ 1o A União manterá contato com a pessoa interessada, cientificando-a dos atos cuja participação é conveniente ou necessária.

§ 2o Caso necessário, a União fornecerá ao juízo os meios de contato da pessoa interessada e solicitará sua notificação dos atos processuais.”

Não por acaso, em outros países a gratuidade do pedido judicial é garantida por um sistema onde a parte é livre de escolher o próprio defensor (entre os profissionais regularmente inscritos em uma específica lista) que por sua vez terá o próprio serviço patrocinado pelo Estado. O interesse do Estado na aplicação da CH80 é apenas indireto, de puro auxílio.

Os casos da CH80 estão intimamente ligados ao fato concreto e necessidades pessoais, a falta de representação direta do genitor abandonado nos processos, como será melhor explicado mais adiante⁴⁴, fere até mesmo os princípios da Convenção dos Direitos das Crianças que obriga, por exemplo, a oitiva dos genitores.

Na prática, se ativa um procedimento de disputa familiar (privada) onde as partes-vítimas, o genitor abandonado e a criança subtraída, podem somente observar o que será decidido sem que ninguém tenha se informado cabalmente sobre quais poderiam ser as respectivas necessidades existenciais.

⁴⁴ Ver o subtítulo V.VIII sobre a importância das audiências

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Não por acaso, assim ensina o Projeto da Guia do Art. 13b⁴⁵:

“Nos casos do artigo 13(1)(b), pode ser particularmente aconselhável para as partes serem legalmente representadas, por exemplo, para assistir o genitor subtrator a fornecer informações relevantes e/ou provas para estabelecer o risco grave e para assistir o genitor abandonado nas respostas para estas alegações, sem causar um atraso indevido na consideração do caso. 206. Por outro lado, os tribunais devem garantir que a cada parte seja dada a justa oportunidade de produzir e contestar as provas e de ter as suas observações consideradas pelo tribunal, independentemente da parte estar legalmente representada ou não.”

Em outras palavras, a limitada ação da AGU, como representante do interesse da União, poderia e/ou deveria ser corrigida, no interesse público de aplicar corretamente a CH80. No caso de não se optar por uma alteração excepcional das suas funções, deveria então ser o juízo a dispor a participação direta do genitor que requer o retorno, com as modalidades que reputar cabíveis.

Além disso, com esse sistema federal exclusivo, se abre um processo onde participam duas entidades com interesse público, ou seja, a AGU e o Ministério Público Federal (MPF). Não se compreende qual seria a necessidade desta dupla autonomia pública na aplicação de uma normativa que tutela interesses puramente privados.

A contradição é ainda maior quando se observa que, na prática, somente a atuação do Ministério Público Federal (que normalmente resulta ser contrária a todos os pedidos de retorno) é reconhecida como aquela de um fiscal da lei. Tudo aquilo que defende a AGU é comumente reconhecida com o mesmo patamar da participação do genitor que se opõe ao retorno. Estamos diante de um Poder Judiciário que considera o próprio Estado (representado pela AGU) como um particular! Estamos diante de um Estado (representado pelo MPF) que se opõe ao próprio Estado (representado pela AGU)!

V.III.II.III.II. O STJ deve julgar a CH80 na Seção de Direito Privado

Retomando o foco à questão inicial, tendo aqui contestado as motivações da passada decisão do STJ (que se mantém em vigor até hoje⁴⁶), é também importante analisar diretamente o Regimento Interno do STJ que assim dispõe:

Regimento Interno do STJ

⁴⁵ Ver os parágrafos n. 205 e 206 do Projeto da Guia do Art. 13b

⁴⁶ Ver a jurisprudência do STJ sobre os processos baseados na Convenção da Haia 1980, todas as recentes decisões foram julgadas pela primeira e segunda turma que pertencem a primeira Seção, especializada em Direito Público

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Artigo 9

“A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.”

§ 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: (...) XIV - direito público em geral⁴⁷. (...)

§ 2º À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: (...) IV - direito de família e sucessões; XIV- direito privado em geral.

Ora, se a competência das Turmas do STJ é “*fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa*”, não parece ter cabimento vislumbrar uma relação pública na CH80 apenas pelo fato de mesma ter sido firmada em um âmbito público-internacional.

É claro e evidente que a CH80 é um litígio entre particulares, se trata de um genitor que está contestando a subtração do filho praticada pelo outro genitor.

A CH80 é uma convenção:

- criada pela “Conferência da Haia de Direito Internacional Privado” que, justamente, tutela o direito privado⁴⁸ e que formulou na CH80 uma solução comum ao conflito de competência sobre qual tribunal terá jurisdição efetiva no julgamento da guarda de uma criança subtraída;
- onde o Estado encaminha ao juízo a vontade de um particular somente com o fim de garantir a sua gratuidade e/ou celeridade, e;
- que trata direta e indiretamente do direito de família.

Não é possível encontrar outro enquadramento dentro das disposições do Regimento Interno do STJ, a aplicação da CH80 deve ser atribuída ao ramo do direito privado.

Isto demonstra claramente que a competência da Justiça Federal é outra grave incoerência, pois, se o STJ deveria julgar a CH80 na mesma seção especializada em direito familiar, a norma internacional deveria então ser julgada nos graus inferiores pelo Tribunal Estadual, que é aquele especializado nesta matéria.

V.III.II.IV. A cooperação jurídica entre os Estados é facultativa na CH80

⁴⁷ Antes da emenda regimental de 2011 correspondia ao inciso “XIII”

⁴⁸ Vide o seu estatuto em <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text>

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





Outro possível aspecto público que se poderia tentar fantasiar na CH80 é o estabelecimento obrigatório de uma cooperação jurídica entre os Estados contratantes na sua aplicação, mas também isto é algo inexistente.

Como já referido, a invocação da CH80 é o resultado da expressão de uma vontade privada de exercer o próprio direito, ela não responde diretamente a uma pretensão dos Estados contratantes. Assim estabelece a CH80:

Convenção da Haia de 1980

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.”

Artigo 13

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

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

(...)

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

Também prova o afastamento da relação direta entre os Estados o modo como foram instituídas as autoridades centrais na CH80. Elas não representam juridicamente as suas nações, servem apenas como intermediários que podem, eventualmente, agilizar os aspectos legais e burocráticos locais.

Tanto é verdade que, em base ao seu texto legal, um genitor abandonado pode contatar qualquer uma das autoridades centrais, não obrigatoriamente deve contatar aquela da residência habitual e/ou pode até mesmo contatar diretamente a autoridade central do Estado de refúgio, sem qualquer intermediação.





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Assim foi estabelecido na CH80:

Convenção da Haia de 1980
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. (...)”

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.”

Não por acaso, também é permitido ao genitor abandonado ingressar diretamente com o pedido judicial no Estado de refúgio, sem a necessidade de passar pela autoridade central:

Convenção da Haia de 1980
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.”

A CH80 estabelece uma cooperação internacional direta, mas em relação aos cidadãos envolvidos, não aos Estados (não é um Estado que está requerendo ao outro o retorno do menor subtraído). A relação entre os Estados se apresenta somente como um elemento acessório e/ou eventual de suporte à sua aplicação.

A inexistência de um aspecto de ordem pública é também evidente pelo fato de que o Estado requerido arquivará o pedido de retorno caso o genitor requerente renuncie ao pedido pleiteado, pois a CH80 oferece apenas “assistência para assegurar o retorno” invocado, não estabelece que o retorno deve ser decretado após o Estado receber a simples notícia (por parte de qualquer pessoa) da prática de uma subtração contra um menor. Em outras palavras, mesmo o Estado considerando a subtração um abuso contra o melhor interesse da criança, a violência será mantida sem qualquer consequência jurídica se assim preferirem as partes envolvidas.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

65





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Na falta de regulamentação especial sobre esta relação jurídica com conexão internacional prevalentemente privada⁴⁹, as autoridades brasileiras acabam por utilizar os instrumentos nacionais que mais se aproximam a este conceito, mas que atualmente não podem ser considerados como idôneos ao alcance de uma correta e/ou plena aplicação do direito internacional.

Por exemplo, no novo Código do Processo Civil de 2015, existe a Seção “Auxílio Direto” (arts. 28-34) dentro do Capítulo “da Cooperação Internacional” que, em base ao título, poderia parecer uma regulamentação adequada à CH80, mas, por exemplo, a evidente obrigatoriedade da intermediação da autoridade estrangeira exclui completamente a sua adequação.

Assim é estabelecido no CPC:

Lei n. 13.105/2015
Código de Processo Civil

Artigo 28

“Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.”

Artigo 29

“A solicitação de auxílio direto será encaminhada pelo órgão estrangeiro interessado à autoridade central, cabendo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido.”

Artigo 31

“A autoridade central brasileira comunicar-se-á diretamente com suas congêneres e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas disposições específicas constantes de tratado.”

Resulta ser claro e evidente que a atual legislação brasileira ainda não conseguiu encontrar a correta adequação das próprias normas ao direito internacional privado uniformizado.

V.III.II.V. O melhor interesse da criança é ter o retorno decidido por especialistas

Em toda a jurisprudência brasileira a competência da Justiça Federal no julgamento da CH80 é apresentada como uma condição granítica da Constituição Federal, mas isto é extremamente

⁴⁹ Vide, por exemplo, a publicação do professor Dolinger de 26/01/2011 no jornal o Globo, “Uma lei ridícula”, link direto: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/424911>

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





discutível.

Resulta evidente que a Constituição Federal, no seu artigo 105 (que impõe o julgamento dos tratados internacionais pelo Tribunal Federal), entra em grave contradição com o seu Artigo 227 (relativo à supremacia absoluta do melhor interesse da criança). Pelo menos assim ocorre se o art. 105 deve ser interpretado como válido para todo e qualquer tipo de direito de patamar internacional, sem exceções.

Afinal, um direito internacional que impõe a avaliação exclusiva do direito familiar estrangeiro, da realidade familiar, da existência de situações familiares intoleráveis, etc, só pode receber um justo julgamento por uma autoridade especializada em direito familiar.

Consequentemente, submeter uma criança a um julgamento não especializado significa reduzir a qualidade dos seus direitos, ou seja, colocar em segundo plano os seus interesses em prol de um fantasioso interesse público.

Não por acaso, os conflitos de competência internos em relação ao julgamento da guarda são resolvidos pelos Tribunais Estaduais. A CH80, *mutatis mutandis*, é simplesmente a resolução do conflito internacional de competência efetiva em relação ao julgamento da guarda.

Este não é simplesmente o parecer do escrevente, mas da comunidade internacional. Inclusive, é o próprio legislador internacional que expõe a questão exemplarmente no Relatório Explicativo da CH80⁵⁰:

*"(...) são as autoridades encarregadas dentro de cada Estado de resolver sobre a guarda e a proteção dos menores aquelas que a Convenção confia a responsabilidade de resolver os problemas levantados, seja que se trate do retorno de um menor transferido ou retido de forma ilícita ou da organização do exercício do direito de visita(...). De fato, mesmo que as resoluções sobre o retorno dos menores não prejudiquem o fundo do direito de guarda (ver artigo 19), vão ter uma influência notável na vida dos menores interessados; daí que a adoção de tais decisões, **a assunção de semelhante responsabilidade, devem corresponder necessariamente às autoridades habitualmente competentes segundo o direito interno**";*

Acompanhando esta lógica elementar, outros países alteraram as leis internas. Por exemplo, nos EUA, que também possuem uma subdivisão interna em estados, foi estabelecido que o genitor

⁵⁰ Vide parágrafo n. 44 do Relatório Explicativo





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

abandonado pode escolher se o pedido deverá ser ajuizado no Tribunal Federal ou no Estadual⁵¹.

No âmbito geral das convenções ligadas aos interesses das crianças, o próprio legislador brasileiro já percebeu que existe uma grande incoerência na aplicação destes direitos internacionais no contexto da Justiça Federal.

Por exemplo, a Convenção da Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993, ratificada pelo Brasil⁵², teve a sua regência enquadrada no âmbito da Justiça Estadual graças à disposição do legislador de incorporar esse texto convencional diretamente no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵³. Esta foi uma solução criativa (assim como o ECA, criado em 1990, era uma cópia da Convenção sobre os Direitos da Criança), mas trouxe consigo outros conflitos de coerência, já que, de fato, invoca, por exemplo, o uso obrigatório de instrumentos internacionais como a atuação da autoridade central que formalmente o Brasil não possui jurisdição para impor a um Estado estrangeiro (na prática, as adoções internacionais só podem se concretizar implicitamente entre Estados signatários da Convenção de 1993).

Outra grande prova da necessidade de especialização em direito familiar nos pedidos de retorno se observa na Resolução n. 449/2022 do CNJ, que assim especifica:

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 10

“Recebida a petição inicial, o juiz federal tomará as seguintes providências: I – analisará o pedido de tutela provisória, se for o caso;(...)”

Artigo 13

“A audiência de mediação será realizada na forma da lei processual civil. (...) § 2o A mediação incentivará a participação de ambos os genitores nos direitos e deveres decorrentes do poder familiar.”

Artigo 16

“Oferecida a defesa prevista na alínea “c” do art. 13 da Convenção da Haia de 1980, o juiz ouvirá a criança e averiguará se a manifestação é livre da influência indevida da pessoa responsável pelo sequestro ou retenção ou terceiros.”

⁵¹ Vide “The International Child Abduction Remedies Act (ICARA) federal law. H.R. 3971 29 April 1988”.

⁵² Vide Decreto n. 3.087 de 21/06/1999, link direto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm

⁵³ Vide lei n. 12.010 de 03/08/2009, link direto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Ora, como pode a Justiça Federal tomar pedidas de proteção ou auxiliar na mediação, informando, por exemplo, os direitos e deveres decorrentes do poder familiar se ela é uma autoridade não especializada nestes temas? Como pode a Justiça Federal avaliar uma situação familiar se nunca se ocupa destes temas, se não tem ideia dos diferentes casos possíveis (famílias separadas, conflitos conjugais e parentais, necessidades das crianças nas diferentes idades e realidades, famílias com muitos ou poucos filhos, com crianças com invalidez, etc), se não possui incorporado à próprio estrutura psicólogos, assistentes sociais, etc. Um processo tão relevante à sorte da vida das pessoas envolvidas não pode ser atribuído a um juízo potencialmente imperito e, conseqüentemente, potencialmente negligente e imprudente.

V.III.II.VI. A competência da Justiça Estadual nas convenções de DIP deveria ser imperativa

Se os conflitos sociais podem ser classificados como uma das questões mais complexas que se pode enfrentar na vida, o subgrupo dos conflitos familiares é aquele mais difícil de ser solucionado.

As disposições da CH80, principalmente aquelas relativas as exceções à obrigação do retorno, podem abranger situações de vida inimagináveis e que nem o mais experiente dos especialistas pode ter a certeza de sempre conseguir obter todos os elementos que servem para avaliar com coerência os fatos levantados.

Segundo as estatísticas da Autoridade Central brasileira (ACAF)⁵⁴, no ano de 2020, foram feitos 23 novos pedidos de retorno de crianças subtraídas para o Brasil. Em seminário público, esses eram os dados fornecidos pela ACAF⁵⁵:

⁵⁴ Vide Slide n. 37 <https://legado.justica.gov.br/sua-protexao/cooperacao-internacional/estatisticas/indicadores/indicadores-cooperacao-juridica-internacional-drci-junho-2020-1.pptx/@@download/file>

⁵⁵ Vide Seminário Subtração Internacional de Menores do Conselho da Justiça Federal de 2017, Painel III, link direto: https://www.youtube.com/watch?v=Rzuar_iqdTQ&t=2141s

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





Pedidos Recebidos e Enviados/Ano

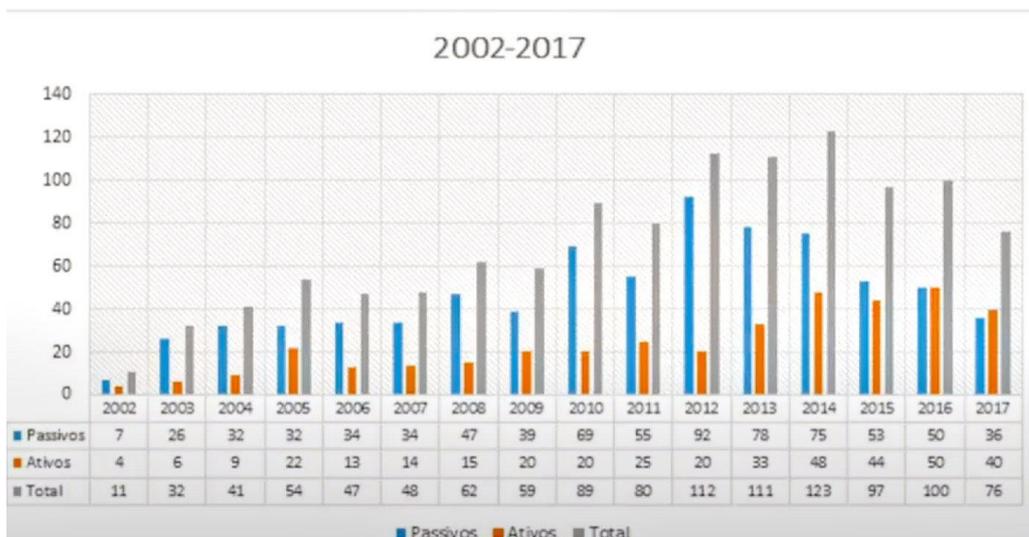


Gráfico 1: Pedidos de aplicação da CH80 de 2002 à 2017

Em 2019, os Juízes Federais eram mais de 2000 em todo o país⁵⁶ e em base as matérias de competência da Justiça Federal, que já foram elencadas (prevalentemente ações onde a União é parte processual), resulta ser evidente que esses juízes raramente se encontrarão em um caso de conflito entre dois particulares (pior ainda um caso de subtração internacional).

Em contrapartida, segundo o IBGE⁵⁷, só em 2020 foram celebrados cerca de 250 mil divórcios judiciais e, para atender essas e tantas outras demandas típicas do direito familiar, os tribunais estaduais possuem psicólogos e outros profissionais que auxiliam os juízes, atuam técnicas e normativas especiais para a oitiva das crianças, possuem especialistas em mediação, monitoram as consequências das próprias decisões, etc.

Em base a estes poucos fatos e dados estatísticos já se compreende como é impensável esperar que a Justiça Federal possa um dia triscar o grau de especialização da Justiça Estadual no âmbito

⁵⁶ Vide <https://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/QUADRODEJUIZESJ.htm>

⁵⁷ Vide <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/32996-em-meio-a-pandemia-numero-de-divorcios-cai-13-6-em-2020>





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

familiar. Não por acaso, como será citado mais adiante⁵⁸, o resultado da aplicação da CH80 é desastroso.

Além disso, não é razoável desperdiçar o elevado grau de competência acumulado pelos julgadores e demais profissionais auxiliares das varas de família. Qualquer tentativa da Justiça Federal de alcançar tal especialização seria um investimento desproporcional a realidade dos raros casos em que tal preparação poderia ser aproveitada.

Portanto, todos aqueles juízes federais que nos primeiros processos de aplicação da CH80, quando ainda não tinham se multiplicado as atuais cartilhas nacionais de supostas “boas práticas” de adaptação ao direito brasileiro, bem fizeram ao rejeitar a própria competência depois de constatar que o julgamento retorno não deveria ser subestimado, mas requeria um elevado conhecimento no tema familiar⁵⁹.

Não parece possível encontrar consenso neste sistema brasileiro que separa a competência da aplicação dos direitos humanos internacionais fundamentais da aplicação da legislação ordinária. Todo juízo chamado a aplicar uma específica lei deveria ser obrigado a conhecer e buscar uma decisão que não entre em contraste com outras normas de grau superior.

Por exemplo, se existe uma lei de grau superior, como a CH80, que impede a tomada de decisões sobre a guarda de uma criança subtraída até quando não se definir o pedido de retorno, isto deveria ser aplicável e conciliável diretamente no juízo da guarda, caso contrário, o sistema judicial acabaria por duplicar todos os seus processos (ou por ter que refazer todas as leis após a adesão de novos tratados) devido a constante necessidade de resolver o conflito interpretativo das leis e/ou decisões.

Se a competência do respeito de um direito humano, que deveria reger ou ser aplicável em todo e qualquer processo nacional, for uma exclusividade da Justiça Federal, não se compreende como um genitor poderia pretender uma decisão da guarda do próprio filho coerente com os direitos humanos internacionais. Uma opção possível poderia ser a necessidade de aguardar uma decisão de segundo grau da Justiça Estadual, para obter então do STF/STJ o reenvio do processo para uma reapuração dos fatos que leve em conta princípios que já estavam bem determinados no direito internacional. Na prática, nesta hipótese, a guarda do menor arriscará de alcançar uma definição

⁵⁸ Vide subtítulo V.IV.II.II

⁵⁹ Vide o testemunho do Desembargador Federal Jorge Antonio Maurique, que era o responsável pelo grupo de pesquisa da Haia nomeado pelo STF e juiz de ligação da Haia, no Brasil, até o ano de 2021. Link direto: <https://www.youtube.com/watch?v=wCpx24I6iM4>

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





quando este se tornar adulto. Um sistema legal deste tipo é inconcebível.

Estamos em um duplo mar de incoerência, onde o sistema interno entra em um conflito fisiológico consigo mesmo e com o compromisso internacional assumido. Como já indicado, a prova final da qualidade do raciocínio lógico aqui evidenciado está nos dados estatísticos desastrosos e nas denúncias internacionais contra o Brasil.

Desta forma, se levanta aqui mais um elemento contrário à atual praxe processual vigente no Brasil de basear as decisões sobre a CH80 em documentos e jurisprudência exclusivamente nacionais, ou seja, em decisões propostas por tribunais e/ou especialistas sem conhecimentos profundos do direito de família.

V.III.III. O contexto multilateral de confiança

A base do entendimento da CH80 passa inexoravelmente pela compreensão do contexto de mútua confiança que funda o sistema de cooperação internacional.

Uma comunidade internacional pode existir somente se cada país estiver convencido de que as outras nações julgarão tão bem quanto si mesmo o pacto internacional assumido ou se empenharão tanto quanto si mesmo para superar os próprios limites técnicos em prol do objetivo convencional.

Quando não existe um tribunal internacional fiscalizador, cada jurisdição deve se empenhar, voluntariamente, o dobro para não se equivocar na tentativa de garantir aos demais o mesmo direito do qual pretende se beneficiar.

Na própria realidade brasileira, onde existe uma cultura relativamente bem unificada, o mesmo texto legal acaba se concretizando em uma norma diferente em base as diferenças interpretativas dos diferentes tribunais de cada estado brasileiro. Em âmbito internacional, as diversas culturas aumentam ainda mais essa disparidade.

Conseqüentemente, com o fim de criar uma norma universal na ausência de um tribunal superior internacional, é necessário identificar e combater as “inevitáveis” decisões discriminatórias, em outras palavras, os protecionismos nacionalistas ou preconceitos sobre a ordem social ou qualidade decisória dos outros Estados que fazem parte desta comunidade.

Essa é a mesma lógica contida na Constituição brasileira:

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Constituição Federal
Artigo 4

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)

V - igualdade entre os Estados;”

Assim como também é referenciado no Código do Processo Civil:

Lei n. 13.105/2015
Código de Processo Civil

Artigo 26

“A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: (...)

II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;”

Como será melhor explicado mais adiante⁶⁰, a lógica da CH80 privilegia a regra do retorno imediato do menor subtraído porque deduz que o Estado estrangeiro julgará a guarda da criança com o mesmo nível de justiça que faria o Estado de refúgio. Este é o princípio raiz da CH80 que sempre passa despercebido.

A precedência dada na CH80 ao julgamento do Estado da residência habitual é de cunho puramente técnico/objetivo e não preconceituoso, ou seja, é indiscutível o fato de que as autoridades da residência habitual terão maior probabilidade de investigar corretamente os fatos ocorridos no próprio território. Além disso, é necessário censurar/reparar toda e qualquer ação ilícita, impedindo, portanto, que um genitor possa obter vantagens jurídicas com o uso de práticas ilícitas para excluir a jurisdição do tribunal natural.

Portanto, mesmo com todo o estudo e informações internacionais que se pode obter, das fontes mais renomadas e coerentes à matéria examinada, tudo será em vão se faltar a conscientização do valor da mútua confiança internacional.

V.III.IV. A imprestabilidade da jurisprudência brasileira

⁶⁰ Vide o subtítulo V.IV sobre os objetivos da CH80

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Diante de um Tribunal Federal não especializado em família e da ausência de um estudo baseado em fontes doutrinárias internacionais, a jurisprudência brasileira dominante só poderá resultar falimentar em relação ao compromisso de aplicar corretamente a CH80.

São anos de acúmulo de denúncias de vítimas desesperadas perante a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Assim como são muitas as declarações oficiais de outros países como, por exemplo, o “protesto por providências” da embaixada italiana juntada no processo em tela ou as declarações públicas dos EUA, que, metodicamente, todo ano publicam um relatório com o próprio parecer sobre o grau de respeito de cada nação contratante da CH80⁶¹ (em base às relações insaturadas concretamente com os EUA) e onde o Brasil aparece classificado como desrespeitador da CH80 (diferentemente de outros países como, por exemplo, a Itália) desde o primeiro caso de cooperação jurídica de 2006.

Vale a pena ler como as autoridades americanas resumiram, em 2021, as dificuldades que observam na relação com o Brasil na gestão dos casos de subtração:

“A Convenção está em vigor entre os EUA e o Brasil desde 2003. Em 2020, o Brasil continuou demonstrando um padrão de não conformidade. Especificadamente, as autoridades judiciais brasileiras faliram regularmente no cumprimento e implementação das disposições da Convenção. Além disso, as autoridades competentes faliram na tomada de medidas apropriadas para localizar uma criança em um caso de subtração, contribuindo para o persistente falimento na implementação e cumprimento das disposições da Convenção. Como resultado destas falhas persistentes, constatamos que 75% dos pedidos de retorno relativos a crianças subtraídas em base a Convenção continuam sem solução por mais de 12 meses. Em média, os casos ficaram sem solução por três anos e outro meses. O Brasil foi citado anteriormente por demonstrar um padrão de não conformidade dos Relatórios Anuais de 2006-2020.”

Até o momento, todas as tentativas nacionais de melhorar esse quadro, como a criação de um grupo de estudo por parte do Supremo Tribunal Federal⁶² ou a publicação de cartilhas institucionais, se mostraram pouco eficazes.

Na verdade, muitas vezes se observa falta de consenso entre os pareceres das diversas

⁶¹ Vide <travel.state.gov>, “International Parental Child Abduction”, “Legal Information”, “Reports and Data”

⁶² Vide www.stf.jus.br/convencaoohaia (atualmente em fase de atualização consequente a nomeação de um novo grupo de juízes de enlace/ligação feita em 2021)

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





autoridades brasileiras chamadas à aprimorar a interpretação da CH80⁶³ e muitos equívocos relevantes acabam sendo vinculados em publicações de peso como o Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do Conselho da Justiça Federal (que sofreu uma apreciável evolução na versão de 2021⁶⁴, mas que ainda resulta insuficiente e equivocado, como será exemplificado mais adiante⁶⁵).

Neste contexto nacional de grandes empecilhos estruturais ao bom acolhimento das disposições da CH80, como já citado⁶⁶, chegou até a ser aberta uma inusitada ação de inconstitucionalidade do texto convencional (ADI 4245) que, passados mais de 10 anos da sua protocolização, ainda não encontrou uma definição. Resulta claro que existe uma preocupante incompatibilidade geral da cultura nacional a ser resolvida para que a CH80 possa ser compreendida e interiorizada.

Enquanto esse amadurecimento cultural não chega, a CH80 continua sendo desrespeitada e alterada arbitrariamente pelo poder judiciário brasileiro (como será mais detalhado adiante⁶⁷), em evidente afronta ao art. 27 da Convenção de Viena de 1969 e a princípios de elementar coerência, bem esclarecidos anteriormente⁶⁸.

Não pode ser considerado racional a tese da existência de uma possível incoerência na redação da CH80, pois a mesma possui uma invejável qualidade histórica e estrutural que nenhuma lei nacional pode sonhar de triscar:

- hoje é uma das convenções de maior adesão mundial, são mais de 100 países contratantes incluindo nações com pouca tradição na defesa dos direitos humanos (por exemplo, Turquia, Iraque, Marrocos, etc);
- foi escrita por representantes e especialistas de máxima competência originários de quase 30 jurisdições diversas;
- desde 1980 continua a ter a sua eficácia avaliada por um grupo de países ainda mais amplo

⁶³ Vide, por exemplo, os vídeos publicados no youtube do seminário Subtração Internacional de Menores realizado no dia 4 de dezembro de 2017, pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ/CJF) em parceria com o STJ, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), o Instituto Justiça e Cidadania, a Associação do Juizes Federais do Brasil (Ajufe), e os Ministérios da Justiça (MJ) e das Relações Exteriores (MRE), disponibilizado no link <https://www.youtube.com/playlist?list=PLmk0KzQeC2a17CcBDQyvj5g-qxaHx-U1>).

⁶⁴ A primeira versão do Manual foi publicada em 2015 e a última versão de 2021 está disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf/>

⁶⁵ Vide, por exemplo, subtítulo V.V.IV, V.VI.V, V.VII.II.I, V.VII.II.V

⁶⁶ Vide subtítulo V.II.

⁶⁷ Vide, por exemplo, o subtítulo V.VI sobre as exceções ao retorno

⁶⁸ Vide o subtítulo V.II sobre a hierarquia legal da CH80





do que aquele inicial e, passados mais de 40 anos, nunca foi concordada qualquer alteração ao seu texto inicial;

- obteve, nas normativas internacionais sucessivas (que serão abordadas mais adiantes⁶⁹), plena concordância com os seus princípios, resultando, ao máximo, a criação de novos instrumentos ainda mais fortes em favor do retorno das crianças subtraídas.

Em conclusão, só pode ser imprestável a jurisprudência brasileira na aplicação da CH80 e assim, coerentemente, o demonstra a prova mais objetiva que se pode levantar, ou seja, os dados estatísticos apresentados pela Autoridade Central brasileira (que serão abordados mais adiante⁷⁰).

Pior, como será demonstrado mais adiante⁷¹, a jurisprudência brasileira (da Justiça Estadual, especializada em direito de família) costumeiramente aplica no âmbito nacional os mesmos princípios da CH80, mas acaba rejeitando a sua aplicação na esfera internacional, impondo de fato um favoritismo nacionalista e inconstitucional.

Não por acaso, esse chauvinismo também foi identificado como motivação principal para as decisões infelizes sobre a CH80 pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia de 1980. Assim foi registrado em 2007 nos comentários disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal⁷²:

“Deve-se alertar, no entanto, as autoridades competentes de que a tendência em se tentar manter a criança, especialmente quando brasileira, em nossa jurisdição, por entender que aqui ela teria melhor ambiente para a sua educação deve ser repelida ou, pelo menos, evitada. Antes de qualquer manifestação exacerbada de nacionalismo, o que se deve analisar é o interesse maior da criança, que é o fim perseguido pela Convenção.”

V.IV. O OBJETIVO DA CH80: RESTAURAR O STATUS QUO ANTE

Após compreender a supremacia hierárquica da CH80 e qual deveria ser a sua fonte doutrinal (as publicações e jurisprudência internacionais) para alcançar a sua correta interpretação, é o momento de analisar o que efetivamente está sendo imposto no seu texto.

⁶⁹ Vide o subtítulo V.VI.VI

⁷⁰ Vide o subtítulo V.IV.II.I

⁷¹ Vide, por exemplo, subtítulo V.IV.I.II.I, V.VI.III.III.II, V.VI.IV.III

⁷² Atualmente estes comentários são considerados desatualizados e não mais de livre acesso através da página principal: <https://www.stf.jus.br/convencaoohaia>. De qualquer forma, é ainda possível consulta-los através do seguinte link direto: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

É importante antes de tudo frisar bem (para não esquecer) quais são os objetivos da CH80, que foram assim formalmente definidos:

Convenção da Haia de 1980
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.”

Essa redação pode parecer simples e clara, mas, segundo o basilar princípio da hermenêutica jurídica que estabelece que a lei não contém palavras inúteis, uma inteligência aguçada consegue notar, por exemplo, no primeiro objetivo, que, por trás do termo “assegurar”, se escondem significados não tão óbvios, que muitos costumam interpretar como se estivesse sido escrito, simplesmente, “ordenar” o retorno imediato.

Ora, “assegurar”, neste caso específico, significa procurar estabelecer as condições favoráveis ao retorno imediato das crianças subtraídas ilegalmente. Este conceito é extremamente relevante (e será aprofundado mais adiante na análise das exceções da CH80), pois não concede às autoridades competentes a obrigação de buscar exceções à obrigação do retorno imediato, como costumeiramente acontece no Brasil.

Contrariamente a essa praxe, o termo “assegurar” atribui à CH80 o paradigma de buscar elementos capazes de superar qualquer possível exceção ao retorno imediato, ou seja, o retorno imediato só pode ser negado quando for impossível deferir medidas de proteção capazes de superar as exceções à obrigação do retorno.

Enfim, o segundo objetivo da CH80, de tipo preventivo, é aquele de respeitar com extrema seriedade o direito de guarda e de visita decidido pela nação estrangeira, o que significa impor uma dupla obrigação: uma passiva, onde nada pode ser decidido para alterar a guarda ou visitação já regulamentada no exterior (até quando o âmbito da CH80 não for exaurido); e, outra ativa, onde devem ser estabelecidas medidas tutelares que possam garantir, no melhor modo possível, a efetividade das condições determinadas no exterior que o genitor sequestrador alterou ilicitamente.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

77





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Como será explicado mais adiante⁷³, também neste segundo ponto, no Brasil, costumeiramente acontece o exato contrário! O Tribunal Estadual recebe e aceita proceder ativamente com o pedido de guarda feito pelo genitor abductor e o Tribunal Federal, mesmo em processos que se arrastam por anos, nada dispõe sobre o direito de visitação (chegando ao ponto de negar qualquer pedido explícito neste sentido) e acolhe passivamente (sem buscar uma solução) toda e qualquer argumentação contrária ao retorno.

Surge inevitavelmente um conflito de competência interno no qual o Tribunal Estadual não admite restar imóvel⁷⁴ aguardando indefinidamente a lenta reflexão filosófica do Tribunal Federal, pois isso, naturalmente, violaria a supremacia do melhor interesse da criança. Consequentemente, esses tribunais podem potencialmente tomar medidas incompatíveis entre si, tanto em decisões interlocutórias quanto naquelas definitivas. Por exemplo, uma possível medida cautelar do Tribunal Federal de impedimento à mudança de domicílio para fora da sua jurisdição entrará em conflito com uma possível decisão do Tribunal Estadual de conceder a guarda exclusiva ao genitor sequestrador com amplos poderes (incluindo o poder de alterar o domicílio da criança).

Neste sentido, são muitas as sentenças do Superior Tribunal de Justiça, em que, ao ser chamado para resolver este conflito de competência externa, optou até mesmo pela unificação dos dois juízos (da guarda e do retorno) na esfera federal⁷⁵.

Aqui não se pode deixar de abrir um parêntesis para registrar uma crítica à essência desta solução porque, com este mesmo estilo lógico, se derrubam os objetivos da CH80 (como será explicado adiante, sobre, por exemplo, a violação do art. 12). Os problemas devem sempre ser resolvidos na sua raiz. O verdadeiro problema neste conflito é a lentidão da Justiça Federal (que com grande inteligência foi previsto e resolvido no art. 16 e 17 da CH80) e é resolvendo esta lentidão que se resolverá o potencial risco de decisões controversas entre esses tribunais. Elevar o processo de guarda ao plano federal, não competente/especializado em matéria familiar, significa gerar um novo e grave prejuízo para as famílias envolvidas. É difícil estabelecer o que é pior, se a unificação dos procedimentos ou a manutenção do paralelismo conflitual.

Portanto, retornando à CH80, o seu objetivo, em outras palavras, é aquele de procurar, ativamente,

⁷³ Vide subtítulos V.VII e V.VIII

⁷⁴ Vide art. 16 da CH80

⁷⁵ Vide, por exemplo, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no processo de Conflito de Competência n. CC 123094 MG 2012/0123076-0

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





condições aceitáveis em prol da restauração do *status quo* antecedente à ação ilícita e, ao mesmo tempo, impedir ou mitigar os prejuízos derivados da separação parental consequente à subtração internacional.

V.IV.I. O porquê da restauração do *status quo* ante: resgatar civilidade

V.IV.I.I. Repúdio ao uso arbitrário das próprias razões

Um dos fatores que motivam esses objetivos é o mesmo em que se baseia todo o sistema jurídico de uma sociedade: o repúdio ao uso arbitrário das próprias razões.

Afinal, se fosse justo permitir que cada pessoa tivesse um direito incondicional de buscar (uma própria) justiça por via de fato, hoje reinaria um caos e sofrimentos infinitamente maiores do que aqueles conhecidos.

A função do poder judiciário é garantir a ordem e exatamente por isso, como será explicado mais adiante⁷⁶, o artigo 20 da CH80 foi o único que gerou grande polêmica no momento da sua aprovação porque muitos viram o risco de se transformar em um instrumento de fácil legalização da via de fato.

Assim o Relatório Explicativo descreveu esse repúdio⁷⁷:

*“Os objetivos da Convenção, que constam no artigo primeiro, podem ser resumidos da seguinte forma: dado que um fator característico das situações consideradas, reside no fato que o abductor pretende que a sua ação seja legalizada perante as autoridades competentes do Estado de refúgio, um modo eficaz de o dissuadir, consiste em que suas ações sejam privadas de todas as consequências práticas e jurídicas. Para alcançar este objetivo, a Convenção consagra em primeiro lugar entre os seus objetivos o restabelecimento do *status quo* mediante a “restituição imediata dos menores transferidos ou retidos de forma ilícita em qualquer Estado contratante”.*”

V.IV.I.II. A natural supremacia do tribunal da residência habitual

O outro fator que justifica os dois objetivos principais da CH80 (restaurar o *status quo ante* e aplicar medidas cautelares para tutelar os direitos da criança até quando não for alcançada uma decisão definitiva) é o princípio de proximidade que concede supremacia absoluta ao tribunal da residência habitual em relação ao julgamento do direito de guarda das crianças subtraídas.

⁷⁶ Vide subtítulo V.VI.V

⁷⁷ Vide o parágrafo n. 16 do Relatório Explicativo





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Como já explanado anteriormente, a questão do tribunal natural (ser aquele da residência habitual) está também intimamente interligada à mútua confiança internacional e foi bem resumida desta forma no Relatório Explicativo da CH80⁷⁸:

“Colocar em prática este método exige que os Estados signatários da Convenção estejam convencidos de que pertencem, apesar das suas diferenças, a uma única comunidade jurídica no sentido que as autoridades de cada Estado reconhecem que as autoridades dos demais - da residência habitual da criança - são por princípio aquelas que estão melhor situadas para decidir, com justiça, sobre os direitos de guarda e de visita. Portanto, uma invocação sistemática das exceções mencionadas, ao substituir a jurisdição da residência do menor pela jurídica eleita pelo sequestrador, derrubará todo o edifício convencional ao esvaziar o espírito de confiança mútua que o inspirou.”

Por consequência, o julgamento da CH80 não se conclui na análise das exceções ao retorno. As exceções excluem a obrigatoriedade do retorno, mas não impõem automaticamente a negação do retorno. Após a identificação das exceções o juiz deve identificar em base a quais motivos a criança não deveria retornar, em outras palavras, porque deveria ser imposto à criança a negação do seu melhor interesse de ter a sua guarda julgada pelo tribunal da residência habitual, que é aquele que possui a presunção de tutelar com maior qualidade o seu melhor interesse.

Em uma hipótese em que um genitor sequestrador tivesse provado a existência de um risco de situação intolerável no retorno da criança (por exemplo, risco de violência e prova de que as autoridades locais foram negligentes na tomada das iniciativas cabíveis previstas na própria lei) o juízo poderia decretar o retorno por considerar não válidas as provas que não pôde verificar a autenticidade ou por considerar improvável a repetição da negligência ocorrida no passado em um país com fama internacional de respeitador dos direitos das crianças e/ou, ainda, por considerar que quase a totalidade dos familiares paternos e maternos se encontram na residência habitual (como no caso de cidadãos de países desenvolvidos, casados com estrangeiros, sem qualquer vínculo com o Brasil, que se refugiaram pedindo asilo político).

Não é impossível ou improvável a existência e constatação de situações (dentro da análise rápida e limitada da CH80) que possam ser mais relevantes do que os impedimentos levantados pelas exceções e, portanto, levar ao convencimento de que o tribunal da residência habitual deva manter a sua jurisdição efetiva no julgamento da guarda, no melhor interesse da criança. Exatamente por

⁷⁸ Vide parágrafo n. 34 do Relatório Explicativo

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





isso a CH80 prevê a autorização do retorno mesmo quando as exceções resultam comprovadas.

Os receios vinculados a qualidade do juízo da residência habitual não têm fundamento científico. Afinal, se realmente o superior interesse da criança for aquele de se transferir para o Estado de refúgio com um dos genitores, deixando o outro para trás, esta decisão com certeza seria proferida pelo tribunal da residência habitual, que avaliará de forma completa o seu interesse. Conseqüentemente, não existem regras apriorísticas que excluam a sua jurisdição em prol da jurisdição de refúgio.

A devolução efetiva de uma criança não significa uma condenação que prejudica uma boa decisão sobre a sua guarda e nem significa insatisfazer a vontade do genitor abductor de alterar a própria residência (justificadamente). O retorno simplesmente soluciona o conflito de competência internacional, apenas restaura a efetividade do poder decisório da residência habitual que uma das partes tentou usurpar para obter vantagens jurídicas.

Neste sentido, assim foi bem exposto no Projeto do Guia do Art. 13b⁷⁹:

“Os termos da Convenção refletem a presunção fundamental de que a transferência ou retenção ilícita de uma criança é geralmente prejudicial ao seu bem-estar e que, na maioria dos casos, será no melhor interesse da criança retornar ao Estado da residência habitual onde quaisquer questões relativas a guarda ou as visitas, incluindo o direito de um genitor de se mudar com a criança para outro Estado, devem ser resolvidas. O retorno imediato da criança também responde ao desejo de restabelecer uma situação unilateralmente alterada pelo genitor subtrator (ou seja, para restaurar o status quo ante).”

V.IV.I.II.I. Favoritismo nacionalista: a pacificação da supremacia da residência habitual somente em âmbito doméstico

O citado princípio de proximidade do tribunal natural é tão razoável e elementar que já se encontra bem incorporado na jurisprudência nacional, especializada em direito de família.

São muitos os casos de conflitos familiares brasileiros onde um dos genitores que reside em cidades ou estados brasileiros diferentes que, na ocasião de períodos de visitação dos filhos ou outras situações, decidem reter ilicitamente consigo o menor e procuram a Justiça Estadual local para obter uma decisão favorável ao próprio pedido de guarda exclusiva.

⁷⁹ Vide parágrafo n. 31 do Projeto da Guia do Art. 13b





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Conseqüentemente, ao Superior Tribunal de Justiça (Seção de direito privado) chegam pedidos de resolução de conflito de competência nos quais deve decidir se o mérito da guarda deve seguir a jurisdição do tribunal onde a criança atualmente se encontra refugiada ou aquele da residência habitual, na qual o genitor abandonado (o guardião principal) invoca a restituição do filho subtraído.

O que se extrai da louvável jurisprudência do STJ é a constante designação da competência, em relação ao julgamento da guarda, ao tribunal da residência habitual onde a criança convivia legalmente com o outro genitor, sempre nos casos onde a retenção ilícita ocorreu, não de forma voluntária/natural, mas como consequência de um conflito familiar ou que, de qualquer forma, ocorreu com uma modalidade onde é clara a má fé do genitor abductor. Em outras palavras, a jurisdição da residência habitual é confirmada nos casos em que existe a possível intenção do genitor sequestrador de obter vantagens jurídicas na apuração dos fatos que está tentando usar como legitimadores da ilegalidade cometida.

Exemplos:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. GUARDA. MENOR. DOMICÍLIO DA GENITORA. 1. A competência para dirimir as questões referentes ao menor é a do foro do domicílio de quem já exerce a guarda, na linha do que dispõe o art. 147, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal. (CC 53.517/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 22/3/2006)

COMPETÊNCIA. GUARDA DE MENOR. PREVALÊNCIA DO FORO DO DOMICÍLIO DE QUEM JÁ EXERCE A GUARDA. ART. 147, I, DA LEI N. 8.069, DE 13.7.90. INTERESSE DO MENOR A PRESERVAR.– Segundo a jurisprudência do STJ, a competência para dirimir as questões referentes ao menor é a do foro do domicílio de quem já exerce a guarda, na linha do que dispõe o art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.– Hipótese em que, ademais, a fixação da competência atende aos interesses da criança. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo da 3ª Vara de Família de Niterói. (CC 43.322/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 9/5/2005)

AGRAVO INTERNO EM CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA AOS AVÓS MATERNO E À GENITORA EM DUAS DEMANDAS DISTINTAS. ART. 147, ECA. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. (...) No caso concreto, consignou-se a prolação de liminares por juízos distintos deferindo a guarda provisória do menor aos avós maternos e à genitora, respectivamente, devendo-se aplicar a regra do art. 147, II, do ECA, qual seja a do local onde a criança se encontra atualmente, em atenção ao princípio do juízo imediato, máxime porque não há provas contundentes, no atual estágio, de que a genitora tenha se valido de subterfúgio a fim de afastar o Juízo natural. Ao revés, há indicativos da prática de violência doméstica, ainda que sem

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

82





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

provimento judicial definitivo (AgInt no CC 156392 / BA, Rel. Min. Salomão, DJe de 30/09/2019).

Nestes contextos, assim dispõe o invocado art. 147 da jurisprudência acima citada:

Lei 8.069 de 13/07/1990
Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Artigo 147

“A competência será determinada:

I - pelo domicílio dos pais ou responsável;

II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.”

Consequentemente, assim dispõe a Súmula n. 383 do STJ:

“A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.”

Mais detalhadamente, assim foi especificado no voto de uma recente decisão de 2021 no CC n. 172.725⁸⁰:

Registra-se e importa deixar consignado, desde logo, não se olvidar da orientação pacífica da Segunda Seção no sentido de que, em se tratando de questionamentos acerca da guarda, prevalecerá a competência do foro da comarca daquele que detém a guarda legal da criança e/ou do adolescente. A propósito, confirmam-se julgados proferidos por membros deste órgão colegiado, a saber: CC 134.471/PB, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Segunda Seção, julgado em 27/5/2015, DJe 3/8/2015; CC 111.130/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 1º/2/2011; AgRg no CC 126.033/RJ, 2ª Seção, Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe de 30/04/2013; CC 107.400/BA, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJe de 09/06/2010; CC 170720/SP, DESTA RELATORIA, DJe de 11/05/2020; AgInt no CC 156.392/BA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 30/09/2019, dentre outros. Referida interpretação, a propósito, culminou na edição do enunciado da Súmula 383/STJ, verbis: “(...) A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.”

Neste contexto, cabe também citar a seguinte disposição da lei da Alienação Parental:

Lei n. 12.318, de 26/08/2010
Alienação Parental

⁸⁰ Vide Conflito de Competência CC Nº 172.725 - RS (2020/0132888-4), link direto:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001328884&dt_publicacao=01/07/2021

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Artigo 8

“A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.”

Ora, é extremamente discriminatório e injusto decidir no plano nacional que os princípios da CH80 são razoáveis (que se deve dar prioridade a restauração da jurisdição do tribunal da residência habitual no caso de transferência ilícitas) e no plano internacional negar estes mesmos princípios.

Isto representa um injusto favoritismo nacionalista que desintegra o espírito da comunidade internacional que o Brasil tanto quer fazer parte. Mais uma vez se prova que o porquê dos objetivos convencionais não pode ser esquecido e deve ser avaliado com coerência.

V.IV.II. Como restaurar o *status quo ante*: assegurando a imediatez do retorno

Após enfrentar a correta compreensão dos objetivos da CH80 (restaurar o *status quo ante* e proteger o interesse da criança no decorrer deste procedimento) e dos princípios fundantes desses objetivos (supremacia do tribunal natural e melhor interesse da criança), é necessário descobrir como é possível criar as condições para garantir o famigerado retorno imediato da criança subtraída.

Através da leitura do texto da CH80 se observa que o mesmo foi metodicamente e brilhantemente estruturado para listar, quase em todos os seus artigos, os instrumentos extremamente objetivos que devem ser obrigatoriamente respeitados em conjunto para que seja possível garantir o retorno imediato.

Os dispositivos concretos para obter a imediatez do retorno podem ser resumidos desta forma:

- Aplicação de procedimentos urgentes (art. 2);
- Intervenção facilitadora das autoridades centrais (art. 6);
- Buscar todas as medidas possíveis para a devolução voluntária (art. 10);
- Respeitar o prazo de 6 semanas para a decisão final (art. 11);
- Ignorar a apuração da adaptação ao novo meio se o pedido tiver sido feito antes de um ano (art. 12);
- O ônus da prova é de quem é contrário ao retorno e a exceção ao retorno deve ser grave (art. 13);

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





- Acesso facilitado à prova estrangeira:
 - a prova estrangeira é importante (art. 13, 14, 15 e 30)
 - não são necessárias traduções em línguas diferentes do francês e inglês (art. 24)
 - não são necessárias legalizações (art. 23)
- Não deve surtir qualquer efeito, uma eventual decisão do Estado de refúgio sobre o direito de guarda, até quando não for definido o retorno (art. 16, 17)
- Não devem ser discutidas as questões da guarda (art. 19)
- O retorno pode ser decretado ignorando as exceções (art. 18, 36) ou usando outras normas mais favoráveis (art. 34)
- O procedimento deve ser gratuito (art. 22, 25 e 26)
- Nenhuma outra reserva será admitida (art. 42)

Resulta claro e evidente que a CH80 tem a sua órbita na tomada de decisões rápidas, não no puro retorno da criança, como superficialmente se costuma imaginar.

Todas essas condições parecem uma receita infalível de sucesso, mas, quando um elo da cadeia se desfaz, devido ao seu descumprimento, é necessária uma elevada experiência e admiração pelo rigor científico para conseguir remediar esse falimento sem sacrificar ilegitimamente os objetivos convencionais.

A necessidade de combater os atrasos indevidos é bem evidenciada no Relatório Explicativo:

“É frequente que a pessoa que retém o menor tente conseguir que uma resolução judicial ou administrativa do Estado de refúgio, legalize a situação de fato que acaba de criar; não obstante, se não tem certeza do sentido da resolução, é assim mesmo possível que opte pela inatividade, deixando assim a iniciativa a pessoa excluída do seu direito. Entretanto, mesmo que esta aja rapidamente, ou seja, mesmo que se evite a consolidação no tempo da situação criada pela transferência do menor, o sequestrador estará em uma posição vantajosa, já que foi ele quem escolheu a jurisdição que julgará o caso, uma jurisdição que, por princípio, considera ser a mais favorável para as suas pretensões”

V.IV.II.I. O aspecto da celeridade na CH80 é completamente ignorado no Brasil

Como se pode imaginar, em base ao que foi exposto até o momento e como será melhor justificado mais adiante⁸¹, a celeridade é um ponto nevrálgico da CH80, mas o Brasil, mais em particular, a

⁸¹ Vide subtítulo V.V.II.II





Justiça Federal, não mostra qualquer sinal de melhora em relação a realidade desastrosa de processos que chegam a durar mediamente mais de 6 anos ao invés de 6 semanas (art. 11).

Como aqui já deduzido, essa dificuldade pode ser consequente à falta de especialização no direito familiar, já que, o Tribunal Estadual, possui uma média temporal infinitamente inferior em relação ao tempo necessário para a emissão de medidas provisórias e sentenças definitivas.

Esse evidente e discriminatório descaso em relação a tutela do mais importante interesse da criança no âmbito internacional (a rapidez das decisões) é o maior malefício que o Estado brasileiro pode fazer contra as vítimas de uma subtração. Elas, ao terem que aguardar anos, onde nem sequer são acolhidas medidas provisórias de proteção (como será detalhado mais adiante⁸²), acabam se sentindo reféns de um segundo sequestro perpetrado pelos representantes de uma inteira nação. É como ser mantidos em uma prisão, privados das liberdades essenciais e direitos fundamentais, enquanto o poder judiciário fica imaginando o que poderia decidir.

Neste contexto, em 2015, a Autoridade Central brasileira (ACAF) assinalava que, em base aos dados recolhidos entre os anos 2013-2015 (após mais de 10 anos de aprendizagem do texto convencional), as decisões judiciais favoráveis ao retorno correspondiam a somente 5% dos casos de subtração⁸³. A regra geral do retorno possui, no Brasil, um dado estatístico de sucesso extremamente baixo, que paradoxalmente deveria corresponder aquele das exceções ao retorno.

Já em 2020, na nota técnica apresentada pela ACAF na ADI 4245, foram apresentados os seguintes dados mais detalhados:

- em fevereiro de 2020 foram totalizados 109 processos judiciais em tramitação no Brasil, dos quais 20% continua sem solução há mais de 5 anos e “quase metade (47.6%) dos pedidos de cooperação jurídica internacional passiva, fundamentados na Convenção da Haia de 1980, já se encontra em tramitação judicial há mais de 3 anos, sem solução final”;
- “em quase 93% das ações judiciais movidas a partir de 21/02/2017 [há 3 anos atrás], ainda permanecem sob análise de Juízos de 1ª instância”;
- “a comparação dos dados apurados em abril de 2019, aos dados atuais (fevereiro de 2020), indica piora, na maior partes dos indicadores”:

⁸² Vide subtítulo V.VII

⁸³ Vide <https://oglobo.globo.com/brasil/disputa-de-guarda-internacional-tem-376-casos-ainda-sem-solucao-18504397>





- “aumento de 40% do número de ações judiciais em tramitação há mais de 5 anos”;
- “aumento de 19,2% do número de ações judiciais em tramitação há mais de 3 anos (e menos de 5)”.

Ao comparar os dados estatísticos brasileiros com aqueles internacionais a ACAF constatou o seguinte:

“O período de tramitação judicial brasileira (de pedidos de cooperação jurídica internacional fundados na ch80) parece afastar-se, de forma extrema, das médias globais”;

“Comparando-se os dados coletados pela HCCH com aqueles encontrados nos processos em curso no Brasil (fevereiro de 2020), tem-se que quase a totalidade dos pedidos de cooperação jurídica internacional, em princípio, não são resolvidos pelo Estado brasileiro antes de 1.000 dias, o que colocaria o país em posição pior do que o mais lento dos Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980 - que levou 867 dias para alcançar o indeferimento judicial do pedido de retorno de criança ou adolescente”;

“A média global indica que apenas 0,06% do total de pedidos de cooperação jurídica internacional tramitados no ano de 2015, em instâncias administrativas e judiciais (de 1ª, 2ª e graus superiores) dos demais Estados-Partes da Convenção da Haia de 1980, levaram mais de 300 dias para serem definitivamente solucionados.”

Aqui se repete novamente a diferença constatada entre a realidade brasileira e aquela dos demais países contratantes: *“A média global indica que apenas 0,06% do total (...) levaram mais de 300 dias para serem definitivamente solucionados”. “Quase a totalidade dos pedidos de cooperação jurídica internacional, em princípio, não são resolvidos pelo Estado brasileiro antes de 1.000 dias”.*

Com estes resultados não se compreende porque tudo se mantém como está e porque as autoridades brasileiras têm a pretensão de violar o texto da CH80 por considera-lo não respeitador do melhor interesse da criança. Estamos de frente do provável maior violador mundial dos direitos das crianças subtraídas que acusa a comunidade internacional de impor uma convenção não respeitadora do melhor interesse dos menores!

Para deixar mais claro o abisso existente em relação aos dados internacionais, se reporta o que a Conferência da Haia constatou nos 2.270 pedidos tramitados em 2015 no mundo todo e que mostram o mérito da comunidade internacional de se aproximar do objetivo convencional:





	Retorno Voluntário (em dias)	Retorno Judicial (em dias)	Indeferimento judicial ao retorno (em dias)
Média	108	158	245
Mínimo	3	4	12
Máximo	693	808	867

Além disso, a ACAF evidenciou na sua nota dois casos brasileiros que são emblemáticos do desrespeito da celeridade convencional e que aqui também merecem ressaltos (com o fim de proclamar a necessidade emergencial de maior atenção ao tema):

“Por primeiro, menciona-se que o pedido de cooperação jurídica internacional passivo mais antigo em trâmite (apresentado em 2009) perante o Poder Judiciário brasileiro e fundado na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, envolve a Argentina e teve seu Recurso Especial autuado em 2014, tendo recebido análise do Superior Tribunal de Justiça apenas 5 anos depois, no ano de 2019, ocasião na qual a Relatora, após extinguir o feito em relação à adolescente que completou 16 anos, determinou o retorno dos autos, em fevereiro de 2019, para a 1ª instância, para realização de nova oitiva do outro irmão, também adolescente. Transcorrido um ano da decisão encartada no Recurso Especial, ainda não foi realizada a oitiva do adolescente em 1ª instância e, quando realizada, será remetida de volta ao aquele tribunal superior para que possa ser dado seguimento ao julgamento do Recurso Especial. Trata-se da ação nº 2009.51.08.002359-0, atualmente em curso perante a Vara Federal de São Pedro da Aldeia/Rio de Janeiro.

O segundo caso mais antigo ainda em tramitação junto às autoridades judiciais brasileiras diz respeito à criança que foi subtraída com 9 meses de idade, dos Estados Unidos da América, para o Brasil, também no ano de 2009. A ação judicial para aplicação da Convenção da Haia de 1980 foi julgada procedente, para determinar o regresso da criança aos EUA, em todas as instâncias (1º grau, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Superior Tribunal de Justiça) e, inclusive, por esse egrégio Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 828.003, de relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, autuado em 2014). O julgamento final deste recurso, no âmbito desta Suprema Corte ocorreu no ano de 2018. Com o trânsito em julgado, foram retomadas as providências para execução do julgado junto à 1ª instância da Justiça Federal. No entanto, durante o processamento da execução definitiva da ordem de regresso da criança ao seu país de residência habitual, a genitora obteve liminar em ação rescisória (nº 5047368-38.2018.4.04.0000), junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em regime de plantão judicial – em dezembro de 2018 – para obstaculizar qualquer medida que implique na saída da criança do território nacional. Aguarda-se, até o momento, julgamento da ação rescisória por aquele Tribunal Regional Federal.”

Ora, neste quadro dramático de atrasos injustificáveis e inadmissíveis, não se pode negar que os julgadores brasileiros, que decidem sobre o retorno quando são passados anos e anos da subtração, terão automaticamente uma maior propensão em querer negar a priori o retorno das crianças subtraídas por considerá-las enraizadas no Brasil e sem vínculo com o genitor abandonado





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

por não se ter decretado qualquer medida de prevenção em favor do direito de contato em relação a este genitor.

Estamos de frente a uma injustiça jurídica inicial que carrega consigo novas injustiças (se inventam remédios fantasiosos para tentar mitigar os erros cometidos na raiz) e que, como será melhor detalhado a seguir, não refletem os objetivos da CH80 que estão intimamente vinculados há uma aplicação coerente do conjunto de elementos que compõem o melhor interesse da criança.

Recentemente, a Resolução n. 449/2022 do CNJ procurou impor prazos bem específicos, mas estes prazos ainda estão distantes do almejado pela CH80 e, como será demonstrado mais adiante, por não impor procedimentos baseados na oitiva das partes e múltiplas audiência com a participação direta das partes em um curto espaço de tempo, não se está acelerando o procedimento, mas reduzindo o direito de defesa das partes.

V.V. O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Superada a questão do valor hierárquico da CH80 (subtítulo V.II), da forma de obtenção da correta interpretação do seu texto (subtítulo V.III) e do conhecimento do mérito dos seus objetivos (subtítulo V.IV), é necessário definir o princípio do melhor interesse da criança que é aquele que irá permitir o correto balanceamento das questões em jogo.

Este é o aspecto cardinal da interpretação positiva da CH80, principalmente no caso do descumprimento de uma qualquer das suas disposições que, como já mencionado, são interdependentes entre si e arriscam de levar o julgador à deriva, em relação ao objetivo convencional.

V.V.I. As premissas gerais

O conceito do melhor interesse da criança é repleto de variáveis ligadas ao específico caso concreto que inviabilizaram as tentativas do legislador internacional de formular uma sua definição legal mais exata. Assim foi bem descrito o problema no Relatório Explicativo⁸⁴:

“A diversidade das circunstâncias que podem se apresentar em cada caso concreto faz com que qualquer intenção de estabelecer uma definição mais precisa deste

⁸⁴ Vide parágrafo n. 11 do Relatório Explicativo

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ponto de vista jurídico seja condenada ao fracasso”

Isto se reflete em mais uma motivação em prol da necessidade de uma elevada especialização técnica no direito de família da parte do julgador que deverá decidir sobre o retorno.

Isto também reflete a ideia de que não é possível negar vigência ao significado literal contido na CH80 através da invocação de casos com particularidades excepcionalíssimas (princípio costumeiramente aplicado pelo poder judiciário brasileiro para “corrigir” a lei), pois o legislador internacional foi extremamente preciso, deixou de fornecer indicações exatas somente nas situações em que é admissível e não determinável as particularidades possíveis do caso concreto.

Neste plano de extrema complexidade, antes de abordar o melhor interesse da criança no caso específico da CH80, é necessário enquadrar os aspectos mais gerais deste conceito.

V.V.I.I. A Convenção de Viena de 1969

Uma boa orientação inicial nesta busca do sentido do melhor interesse da criança se encontra na seguinte disposição internacional criada pela ONU que regulamenta a correta interpretação dos tratados:

Convenção de Viena de 1969
SEÇÃO 3
Interpretação de Tratados
Artigo 31
Regra Geral de Interpretação

“1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

- a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
- b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

- a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

- b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
- c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.”

Resulta claro e coincidente com quanto já exposto (sem um vínculo legal, por pura questão de rigor lógico) que a correta interpretação de qualquer texto convencional passa pela identificação da coerência do mesmo com demais tratados que regulamentam princípios similares.

Cabe também assinalar a existência da Convenção de Viena (mais recente) de 1986 sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações internacionais ou entre Organizações Internacionais⁸⁵, que ainda não entrou em vigor, mas que o Brasil assinou em 1986 (sem ainda a ter ratificado) e que, na prática, repete aquilo que foi decidido em 1969 com o acréscimo do reconhecimento das organizações internacionais como possíveis membros.

V.V.I.II. A Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança⁸⁶ é, sem sombra de dúvidas, a fonte de direito internacional de maior respaldo para descobrir quais são os tijolos que fundamentam o superior e/ou melhor interesse das crianças.

Ela foi ratificada por todos os países do mundo (194) com a exceção dos EUA que somente a assinaram (sem ratificar) devido ao conflito com a lei interna de alguns dos seus estados que permitia a pena de morte para menores de 18 anos que foi proibido no texto internacional⁸⁷.

Assim estabelecem alguns dos seus artigos:

Convenção da ONU de 1989
Direitos das Crianças

Artigo 3

“1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (...)”

⁸⁵ Vide https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XXIII-3&chapter=23&clang=en#1

⁸⁶ A Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança foi promulgada no Brasil com o decreto n. 99.710/1990, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm

⁸⁷ Vide subtítulo V.II.IV

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Artigo 7

“1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. (...)”

Artigo 8

“1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.”

Artigo 9

“1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, (...)”

2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.”

Artigo 10

“(...)”

2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. (...)”

Artigo 11

“1. Os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país. (...)”

Artigo 16

“1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.

2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.”

Artigo 18

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

92





“1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.”

Artigo 35

“Os Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.”

Destes poucos princípios se extrai a tese do repúdio à subtração internacional e o seu motivo de existir: é um direito fundamental da criança ter garantida a sua convivência com ambos genitores e, conseqüentemente, é uma obrigação legal rejeitar e restaurar qualquer alteração ilícita da sua relação com os seus genitores.

Como será melhor explicado mais adiante⁸⁸, vale também destacar que, diferentemente da tese de muitas decisões brasileiras (onde o retorno é negado pela consolidação da adaptação ao meio ou simples demora do judiciário), a Convenção dos Direitos da Criança em nenhum momento estabelece a tutela da adaptação da criança ao meio em que vive ou que a mudança lícita do domicílio de uma criança (quando ambos genitores a concordam) é prejudicial ao seu interesse.

V.V.I.III. O significado da subtração

Vista a quantidade quase total de procedimentos que negam o retorno das crianças subtraídas e a constantes busca processual por justificações para negar o retorno (ao invés de buscar soluções para garantir o retorno seguro), é evidente que o significado de uma subtração de menor está sendo subestimado. Pode parecer simples demais compreender o que representa uma subtração e quais podem ser as suas conseqüências, mas, ao invés, é essencial identificar cientificamente (não empiricamente) o seu peso real dentro dos elementos que constituem o melhor interesse da criança.

V.V.I.III.I. A subtração no âmbito civil

Para demonstrar o peso que se dá (e que deve sempre ser dado) a uma subtração, no âmbito internacional, parece suficiente apresentar os dizeres de uma sentença estrangeira de primeiro grau (emitida na Itália, país vinculado legalmente aos princípios da União Europeia e do Conselho da

⁸⁸ Vide subtítulo V.VI.III





Europa, este último constituído por 47 nações⁸⁹) que julgou a guarda da criança envolvida no presente processo:

“O Colégio considera que a predita conduta subtrativa constitui uma das formas mais graves de ilícito parental porque, por um lado, provoca a rescisão do vínculo entre o menor e o genitor não complacente e, por outro lado, obriga o interessado na reunificação com o filho subtraído a iniciar um procedimento que inevitavelmente deve relacionar mais Estados, com todas as dificuldades da dimensão transfronteiriça do dano sofrido. A conduta praticada pela demandante, constituindo um citado ilícito permanente, é, portanto, em evidente contraste com os deveres que derivam do correto exercício da responsabilidade parental e deve ser estimada como gravemente lesiva dos direitos do menor, o qual viu precocemente comprometida a sua relação com a figura paterna e arrisca de perder, dada a sua terna idade (cerca 15 meses na época da subtração; 4 anos hoje), qualquer familiaridade com o pai. A senhora Nicole Juliao Carera reiterou a conduta prejudicial para o filho, agindo em evidente contraste com a ordem, dada pelo Tribunal, de restituir o menor ao contestante; além de tudo criou obstáculos aos regulares contatos telefônicos entre o pai e o filho ou de qualquer forma não demonstrou a necessária colaboração para favorecer tais contatos (ver troca de e-mails entre as partes sobre a regulamentação dos contatos via Skype e troca de mensagens de fevereiro 2017 – doc. 77 – sobre a regulamentação dos horários das chamadas), com a intenção de provocar a rescisão de qualquer vínculo entre lan e o pai e de anular a figura paterna (a criança não conhece nem os seus dois irmãos, nascidos da relação de Carera com a nova companheira). O Juiz de Instrução teve que intervir para poder estabelecer uma precisa regulamentação de contatos telefônicos (dias e faixa horária).”

As condutas acima descritas da demandante – em base a gravidade intrínseca, pela relevância dos direitos lesionados e para os efeitos que poderão ter sobre o desenvolvimento saudável do menor (privado totalmente de uma figura parental) – justificam sem dúvidas o pronunciamento da decadência da responsabilidade parental.”

Se conclui com extrema tranquilidade que uma subtração é tecnicamente algo que fere gravemente o melhor interesse do menor e, o genitor que insiste nesta decisão, ignorando inclusive as avaliações da autoridade competente, prova, incontestavelmente, um grau tão elevado de inadequação em relação as suas obrigações parentais, que o poder judiciário italiano declara *ex officio* a decadência do seu poder familiar.

Enquanto o Tribunal Federal brasileiro costuma ignorar os malefícios da subtração, negando predominantemente o retorno das crianças e mantendo-as sem qualquer medida de proteção (como mostram os já citados dados estatísticos e/ou a jurisprudência que descumpre a CH80), o Tribunal Estadual, especializado no direito de família, bem os conhece.

⁸⁹ Consultar <https://www.coe.int/pt/web/about-us/our-member-states>





De fato, no Brasil, a legislação evoluiu (timidamente) somente recentemente e no sentido de limitar o favoritismo concedido pelos tribunais brasileiros em relação às mães, que acabavam sempre nomeadas como guardião exclusivo dos filhos em caso de separação.

O primeiro marco importante dessa evolução foi a sanção, em 2008, da lei que instituiu pela primeira vez a “guarda compartilhada”⁹⁰ e que, em 2014⁹¹, foi novamente modificada para dar prevalência a esta modalidade e assim combater a vigente e tradicional prevalência da guarda exclusiva unilateral e maternal.

De fato, essa foi a mudança estatística obtida⁹²:

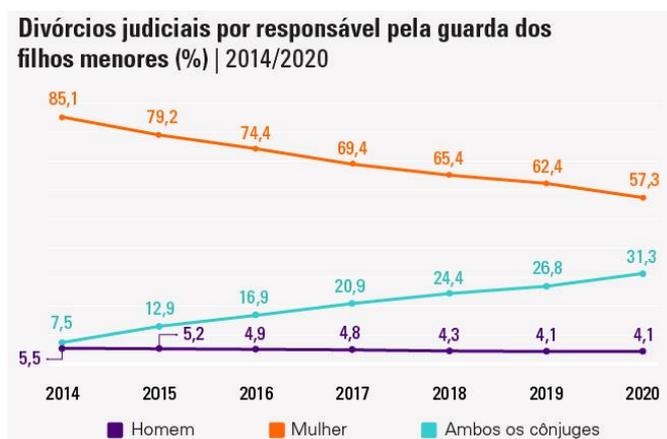


Gráfico 2: Responsáveis pela guarda entre 2014 e 2020

O segundo grande marco foi em 2010, com a instituição da lei sobre a alienação parental⁹³, que visava tutelar a relação dos filhos com o genitor que não tinha a custódia principal, já que, em muitos casos, não conseguia se defender das tentativas do outro genitor de estender o conflito conjugal à relação parental.

Essa lei merece ser citada porque as suas fortes disposições refletem o reconhecimento em âmbito nacional da gravidade das consequências de uma subtração na criança, que é a forma mais evidente da chamada alienação parental que o legislador procurou remediar.

⁹⁰ Vide lei n. 11.698 de 13/06/2008, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm

⁹¹ Vide lei n. 13.058 de 22/12/2014, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm

⁹² Vide os dados publicados pelo IBGE em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/32996-em-meio-a-pandemia-numero-de-divorcios-cai-13-6-em-2020>

⁹³ Vide lei n. 12.318 de 26/08/2010, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Essas são algumas das suas disposições:

Lei n. 12.318, de 26/08/2010
Alienação Parental

Artigo 2

“(…)

São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.”

Artigo 3

“A prática de ato de alienação parental ferre direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.”

Artigo 6

“Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.”

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

96





Como se pode imaginar, em base aos mesmos motivos que levam ao falimento da correta aplicação da CH80, essa lei não foi bem recebida. Já na sua oficialização dois artigos foram vetados por vontade do Presidente (um artigo relativo a possibilidade de resolver a questão através da mediação e outro sobre a responsabilidade penal⁹⁴).

Atualmente, devido um mal-uso interpretativo dos tribunais (que em muitos casos continuam justificando situações ilícitas ou menosprezando a alienação parental em nome do fantasioso critério da adaptação ao meio social), a lei está sendo muito contestada e uma associação brasileira chegou até a abrir uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6273⁹⁵), em 2019, objetivando o total cancelamento da norma, mas, recentemente, o feito foi julgado desconhecido.

Neste quadro, se deduz que mesmo existindo uma maioria da população brasileira que não compreende a gravidade das consequências de uma subtração, ela resulta bem reconhecida tanto na CH80, quanto na legislação de outros países e, também, na legislação brasileira.

V.V.I.III.II. A subtração no âmbito penal

Por questão de logicidade, se é verdade que a subtração, normalmente praticada por um dos genitores, é um ilícito extremamente lesivo ao interesse de uma criança, este ato também deveria receber reprimenda no âmbito penal. Assim o é.

Uma nação que não persegue penalmente quem gera graves e irreparáveis prejuízos à inteira sociedade, está falhando na sua missão mais elementar de combater com firmeza todo grave desrespeito dos direitos humanos fundamentais.

Afinal, qual é a diferença entre o crime de sequestro e uma subtração de menor? Exemplos:

- Um sequestrador normalmente usa o refém para obrigar outra pessoa a fazer o que bem quiser, como extorquir dinheiro ou realizar algo contra a sua vontade. Um genitor subtrai o filho para assim impor a própria vontade sobre o outro genitor, normalmente, para se vingar do conflito conjugal que gerou a separação (afinal, se aceitou viver distante das próprias raízes em prol do casamento, deveria aceitar pacificamente a mesma situação em prol do interesse superior do filho, portanto, uma subtração não possui a premissa de ser a

⁹⁴ Vide mensagem n. 513 de 26/08/2010, link direto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msq/VEP-513-10.htm

⁹⁵ Vide sentença publicada em 28/01/2022 na ADI n. 6273, link direto: <https://jurisprudencia.sff.jus.br/pages/search/sjur458326/false>





consequência de uma forte necessidade de retorno a própria origem);

- Um sequestrador nega ao refém as suas liberdades elementares e normalmente impõe péssimas condições de vida. Um genitor abductor obriga a criança a enfrentar o sofrimento de crescer sem o contato com o outro genitor que muitas vezes (e em muitos casos concretos) pode ser aquele que compreende melhor do que qualquer outro as necessidades do filho devido a uma eventual aptidão natural ou semelhança caraterial determinada pela genética;
- No caso de sequestro com resgate, as vítimas indiretas (os familiares) terão uma grande perda econômica. No caso de subtração, principalmente aquela internacional, o genitor abandonado e a sua família terão uma grande perda econômica devido as viagens que deverão fazer e as despesas legais que terão que enfrentar;
- No sequestro as vítimas perderão o contato com os familiares e todos sofrerão cada dia que passa por não saber o que exatamente está acontecendo e como será o futuro, exatamente o que acontece em qualquer subtração parental, mas com a grande diferença de que normalmente o sequestro dura um tempo infinitamente menor.

Não parece perceptível uma diferença na gravidade dos danos entre um sequestro e uma subtração. Existe somente uma diferença de tipo “didático” do tema jurídico. Se nota que muitas autoridades que procuram pontuar erro na tradução e no uso do termo “sequestro”, acabam sendo as mesmas que levantam argumentações finalizadas à minimização da gravidade do ato cometido.

Em consonância com essa realidade de elevada gravidade e a título de exemplo, a própria Conferencia da Haia⁹⁶ assinala que nos seguintes países signatários a subtração de menor é considerada crime: Austrália, Canadá, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Irlanda, Islândia, Itália, Holanda, Noruega, Portugal, Espanha, Inglaterra, EUA, Suíça, Suécia, Japão. Dá para deduzir que a subtração é crime na quase totalidade dos países considerados mais ricos e/ou desenvolvidos.

Diferentemente do que muitos pensam, por trás da persecução penal não se busca manter na cadeia o genitor abductor, até porque, normalmente, as penas nesses países são extremamente baixas e com as normais atenuações legais em relação as pessoas que nunca cometeram um crime, nenhum genitor cumpre realmente a penalidade. Um exemplo disso é próprio o caso concreto deste

⁹⁶ Vide www.hcch.net; “Child Abduction”; “Country Profiles”; “State responses”





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

processo, onde a pena de reclusão de dois anos foi reduzida e julgada como medida punitiva suspensa.

Na verdade, o caráter penal funciona como um grande dissuasor contra a subtração, afinal, todos sabem que possuir antecedentes criminais cria dificuldades irremovíveis até mesmo na carreira profissional. Além disso, é graças ao âmbito penal que um genitor abandonado pode invocar uma rápida ação policial para localizar e obter a imediata restituição da criança.

No Brasil, desde 1940, existe o crime de subtração de incapazes que estabelece as seguintes condições⁹⁷:

Decreto-Lei n. 2.848 de 7/12/1940

CAPÍTULO IV
DOS CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER, TUTELA CURATELA
Subtração de incapazes

Artigo 249

“Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.”

Como se pode observar, esta lei mostra duas grandes incoerências ao considerar a inexistência do crime (ou de um mal contra a vítima) no caso em que: (i) o sequestrador de uma criança for um dos genitores com direito de guarda (guarda compartilhada ou sem guarda exclusiva, mas com poder de decidir sobre a transferência da residência); e, (ii) no caso em que o menor for restituído sem que o mesmo tenha sofrido maus-tratos.

Sobre a primeira incoerência, o STF se pronunciou, recentemente, no caso de extradição (EXT) n. 1354 (caso Qvarfordt)⁹⁸, confirmando a validade hodierna desta antiga lei e, conseqüentemente,

⁹⁷ Vide Decreto-Lei n. 2.848/1940, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

⁹⁸ Ver o Acórdão de 30/06/2015 do Supremo Tribunal Federal no processo de extradição n. 1354, link direto: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307994501&ext=.pdf>

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





estabelecendo a falta de necessidade de “atualizar” as suas disposições⁹⁹, que foram pensadas em um contexto jurídico-social no qual não existia a guarda compartilhada e/ou não existiam as atuais convenções internacionais de defesa do direito das crianças.

Até mesmo no Relatório Explicativo da CH80 de 1981 (40 anos atrás) encontramos um parecer contrário a este princípio negligente em relação ao melhor interesse dos menores¹⁰⁰:

“Não podia ser de outra forma em uma época em que as legislações internas introduzem compartilhada, considerada como a mais adapta ao princípio geral da não discriminação em razão do sexo. Além disso, a guarda compartilhada não sempre é uma guarda ex lege na medida em que os tribunais são cada vez mais favoráveis, se as circunstâncias o permitem, a dividir entre os pais as responsabilidades inerentes ao direito de guarda. Assim, na óptica adotada pela Convenção, a transferência de um menor por um dos seus titulares da guarda compartilhada, sem o consentimento do outro titular, é assim mesmo ilícito: neste caso concreto, a ilicitude não procederia de uma ação contrária a lei, mas do fato de que semelhante ação teria ignorado os direitos do outro progenitor, também protegido pela lei, e interrompido do seu exercício normal.”

Portanto, em 2015, o STF estabeleceu que, em base ao citado art. 249 do CP, não se configura como crime um genitor, com guarda compartilhada, que subtrai o filho. Não parece ser compartilhável estabelecer que o possessor da guarda tem sempre o direito de subtrair uma criança, mesmo se isto criar um dano (à criança e) ao outro genitor que também possui a guarda.

Além disso, esclareceu que a prescrição da pena punitiva é de 4 anos¹⁰¹, mesmo sendo esta ação um ilícito que muitos países, logicamente, consideram de natureza permanente, ou seja, consumada por todo o período de retenção ilícita. Deveria ser facilmente compreensível que, todo dia que uma criança passa subtraída, se altera (ou aumenta) irremediavelmente o dano sofrido, é como uma repetição continuada da subtração.

A segunda grande incoerência é aquela de não considerar a subtração por si só como representativa do conceito de “maus-tratos ou privações”, como se uma subtração fosse uma injustiça somente no caso em que a mesma sofresse, no seu novo ambiente de vida, violência doméstica.

Quando se compara este fato com outras leis do código penal brasileiro, como aquela do furto¹⁰²

⁹⁹ Diferentemente, o STF julgou em 2011, na ADI n. 4277, que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, exprimia um conceito arcaico ao estabelecer possível somente o casamento entre homem e mulher

¹⁰⁰ Vide o parágrafo n. 71 do Relatório Explicativo

¹⁰¹ Vide art. 109, V, do Código Penal brasileiro

¹⁰² Vide art. 155 do CP, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

(de 1940), onde devolver o que foi roubado não exclui o crime ou onde roubar um simples veículo (levando-o para o exterior) pode comportar até 8 anos de cadeia (contra os 2 anos máximos da subtração de incapaz), se levanta uma grave questão: no Brasil, o interesse de uma criança vale menos do que aquele de um banal bem móvel!

Nesta terrível situação de falta de tutela legal em relação às crianças, algo começou a melhorar em 1990 (um ano após a Convenção dos Direitos das Crianças), quando o estado brasileiro, inspirado totalmente na Convenção da ONU de 1989 sobre os direitos das criança, criou um conjunto de normas de proteção integral dos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁰³.

O ECA, justamente, supera a lei sobre a subtração de incapazes, considerando como crime a subtração praticada por um dos seus genitores:

Lei n. 8.069 de 13/07/1982
Estatuto da Criança e do Adolescente

Artigo 5

“Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

Artigo 237

“Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto:

Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa.”

Infelizmente, a redação do ECA não foi suficiente para instaurar uma cultura de criminalização da subtração de menores e essa situação só foi alterada relevantemente em 2017, com uma nova lei que estabeleceu consequências penais à chamada alienação parental.

Se nota que esta lei representa, em geral, o andamento da evolução nacional em relação aos princípios que devem governar as questões familiares (como já citado, a instituição da guarda compartilhada em 2008, da alienação parental em 2010 e a prevalência da guarda compartilhada em 2014) e a tentativa de reverter a ineficiência das normas vigentes no combate das práticas ilegítimas que criam obstáculos à convivência da criança com ambos genitores, que encontra, na

¹⁰³ Vide lei n. 8069 de 13/07/1990, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

subtração de um menor da sua residência habitual, a sua maior expressão.

Essas são algumas das suas relevantes disposições¹⁰⁴:

Lei n. 13.431, de 04/04/2017
Garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de
violência

Artigo 1

“Esta Lei normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência.”

Artigo 4

“Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;

II - violência psicológica:

a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (bullying) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional;

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;

(...)

§ 1º Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a

¹⁰⁴ Vide http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/13431.htm

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial.

(...)

§ 4º O não cumprimento do disposto nesta Lei implicará a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).”

Artigo 5

“A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a:

(...)

VIII - ser resguardado e protegido de sofrimento, com direito a apoio, planejamento de sua participação, prioridade na tramitação do processo, celeridade processual, idoneidade do atendimento e limitação das intervenções;

(...)

XII - ser reparado quando seus direitos forem violados;

(...)”

Artigo 6

“A criança e o adolescente vítima ou testemunha de violência têm direito a pleitear, por meio de seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência. (...)”

Artigo 21

“Constatado que a criança ou o adolescente está em risco, a autoridade policial requisitará à autoridade judicial responsável, em qualquer momento dos procedimentos de investigação e responsabilização dos suspeitos, as medidas de proteção pertinentes, entre as quais:

I - evitar o contato direto da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência com o suposto autor da violência;

II - solicitar o afastamento cautelar do investigado da residência ou local de convivência, em se tratando de pessoa que tenha contato com a criança ou o adolescente;

III - requerer a prisão preventiva do investigado, quando houver suficientes indícios de ameaça à criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência;

(...)”

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

103





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Da leitura desta lei resulta claro e evidente que uma subtração internacional é reconhecida como grave violência contra a criança também no Brasil, superando todos os limites das leis domésticas anteriores e que foram citadas precedentemente.

A grande maioria das pessoas concorda não ser justo afastar os filhos ilegitimamente do outro genitor, apesar de muitos defenderem a contraditória tese de que uma subtração não é algo que gera graves consequências na criança (os mesmos que consideram, ao contrário, a decisão do retorno de uma criança subtraída como um malefício contra a mesma somente pela alteração do seu dia-a-dia, que é uma tutela ausente em toda e qualquer lei, já que é um direito natural poder se transferir, não um malefício) sob a base de que a síndrome de alienação parental não resulta comprovada cientificamente e/ou foi teorizada somente por um único cientista.

Se confunde com grande facilidade o conceito genérico e amplo de alienação parental (que compreende situações “brandas” como o ato de falar mal do outro genitor) com a subtração que é a forma mais grave e indiscutível de alienação parental, que encontra reprimenda em toda e qualquer legislação. Não por acaso, nessa inútil discussão baseada superficialmente no emprego do termo “alienação parental”, existem pesquisas que confirmam os sérios danos que podem acarretar a forma mais grave de subtração, a subtração internacional.

Por exemplo, em pesquisa de 2020 comissionada pelo parlamento europeu, “*A Perspectiva da Criança no contexto da Convenção da Haia de 1980*”¹⁰⁵, na quase totalidade dos adultos entrevistados, vítimas de subtração na infância, foram identificados relevantes problemas psicológicos de longo prazo e consequentes ao sequestro.

Essas vítimas analisadas, confirmando o que estabelecem as normas, afirmaram que a subtração não é um crime sem vítimas ou somente uma disputa familiar e que o suporte à criança termina quando ela é encontrada, mas, na verdade, para a criança, ele nunca acaba.

Em cerca 75% dos casos as vítimas declararam sofrer efeitos significativos em relação a própria saúde mental e somente 8% declararam não ter sofrido qualquer efeito (grave ou menos significativa), mas, coincidentemente, eram casos de subtrações que duraram pouco ou em que foi apoiada a ação do genitor subtrator.

¹⁰⁵ Vide [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_IDA\(2020\)659819](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_IDA(2020)659819)

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Portanto, aqueles que procuram minimizar a gravidade do ilícito da subtração estão somente exprimindo uma resistência pessoal, de cunho puramente cultural, diametralmente distante do conhecimento técnico-científico. Em uma subtração não se está violando somente os direitos universais das crianças, mas também as próprias leis internas brasileiras, que podem ser consideradas menos rigorosas daquelas de outros países, mas que, recentemente, oferecem bons instrumentos técnicos em prol da real defesa dos direitos fundamentais dos menores.

V.V.I.IV. A subtração e a idade da criança

A idade da criança é outro fator que acaba sendo muito subestimado em todas as subtrações. Principalmente no Brasil, todos os casos parecem ser tratados da mesma forma, como se todas as crianças tuteladas pela CH80 (somente até os 16 anos) tivessem necessidades básicas similares.

Qualquer pessoa que já teve um mínimo de contato com uma criança sabe que, por exemplo, principalmente nos primeiros anos de vida, elas mudam radicalmente, assim como mudam radicalmente as suas necessidades.

É comum, por exemplo, observar que toda criança acaba sendo classificada como integrada à realidade brasileira somente em base ao tempo transcorrido. Se deduz que os adultos (e peritos que regularmente apontam danos psicológicos prováveis no retorno ao domicílio habitual) julgam a integração observando as próprias lógicas mentais, não aquelas de uma criança que, nos fatos, pode inclusive não ter ainda desenvolvido o bastante a própria consciência intelectual (ou ainda não possui um conhecimento satisfatório sobre a vida social).

Portanto, é impensável estabelecer que uma criança de até, por exemplo, 3 anos possa ter criado vínculos fortes com o ambiente onde se encontra. A interação nessa idade é predominantemente física, não intelectual. Quase nenhum jovem ou adulto possui recordações de quando tinha 3 ou menos anos, não parece possível demonstrar com suficiente certeza o sofrimento de consequências relevantes em breve ou longo prazo.

Assim sendo, uma criança muito pequena pode mudar de um país para outro sem nem noticiar minimamente qualquer diferença, respeitando, logicamente, a manutenção de alguns eventos e situações que, devido à ausência de um seu complexo fundo intelectual, são facilmente replicáveis em qualquer lugar.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

105



Toda criança tem as suas particularidades, nenhuma é igual a outra, mas é inegável a generalização que se pode fazer sobre certas questões vinculadas ao desenvolvimento imposto pela genética ou constituição natural do organismo do ser humano.

Este, por exemplo, é o crescimento das conexões neurais de uma criança¹⁰⁶:

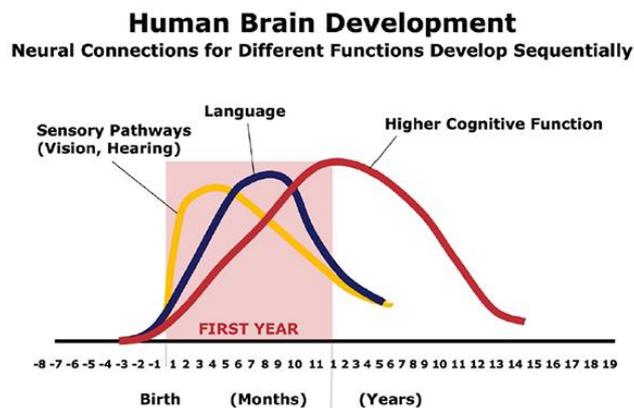


Gráfico 3: crescimento físico do cérebro

Não por acaso, o cérebro humano tem um rápido crescimento até cerca 5 anos de idade, quando alcança 90% do seu tamanho final. Assim como, não por acaso, os dados estatísticos provam que é mais relevante investir na educação da criança até essa idade¹⁰⁷:

¹⁰⁶ Vide <https://developingchild.harvard.edu/resources/inbrief-science-of-ecd/>

¹⁰⁷ Vide, por exemplo, a Proposta de Recomendação do Conselho Europeu sobre Sistemas de Educação e Cuidados na Primeira Infância de Alta Qualidade (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018SC0173>) e/ou a cartilha da UNICEF, Os primeiros momentos importam para cada criança ("Early Moments Matter for every child", https://www.unicef.dk/wp-content/uploads/2018/08/UNICEF_Early_Moments_Matter_for_Every_Child_report.pdf



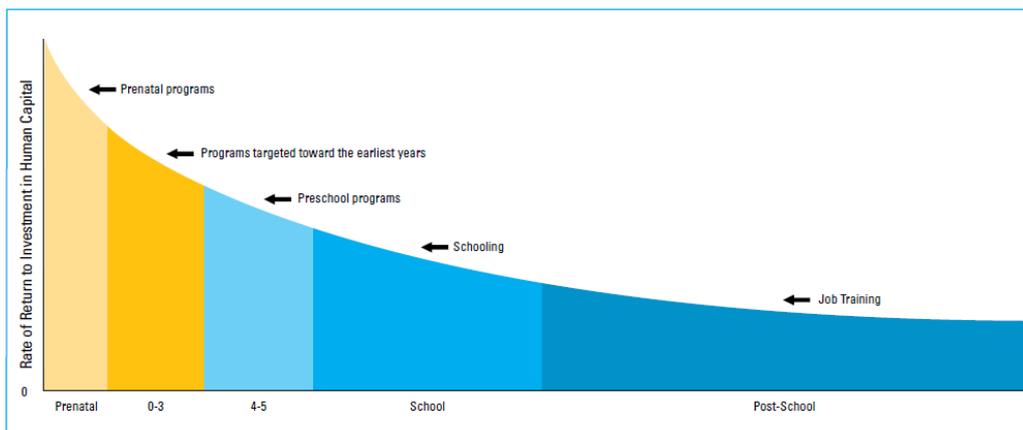


Gráfico 4: Curva de Heckman: Retorno econômico do investimento no capital humano

Portanto, é cientificamente fácil provar que não são admissíveis ingerências arbitrárias na vida de uma criança principalmente nos primeiros anos de vida que são fundamentais para o seu futuro. Isto cancela qualquer possível teoria sobre a inexistência de malefícios na subtração de uma criança muito pequena (no caso de devolução após atingir certa idade), por considerar que ela não acusaria danos psicológicos por não recordar tal evento.

Como bem sabido, o direito da criança à educação é ao mesmo tempo um direito e dever dos seus genitores. Todo bom genitor tem a consciência de que oferecer uma boa educação social para o próprio filho significará, no futuro, um bem também para a coletividade e para si mesmo, pois todo genitor se sente realizado por ver o filho crescer feliz e seguindo uma estrada que reduz as naturais preocupações do dia-a-dia e/ou graves decepções pessoais.

Não por acaso, assim estabelece a Convenção sobre o Direito das Crianças:

Convenção da ONU de 1989
Direitos das Crianças

Artigo 18

“1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças. (...)"

Assim estabelece, no mesmo sentido e mais detalhadamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Lei 8.069 de 13/07/1990
Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Artigo 22

"Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei."

Enquanto a escola é responsável prevalentemente pela instrução, a educação dos filhos é uma função prevalentemente de quem exerce o papel de genitor e, como também ensina a psicologia, é nos primeiros anos de vida que se consegue moldar mais facilmente a personalidade que a criança terá na idade adulta.

Como uma criança pequena não possui a capacidade de comunicar as suas necessidades, os seus genitores costumam ser aqueles que possuem potencialmente maior propensão para compreender as suas reações e, conseqüentemente, maior facilidade de encontrar boas soluções para encaminhá-la a um percurso saudável de desenvolvimento. Afinal, toda criança é o resultado da genética dos pais naturais (de forma equilibrada ou com maior dominância de um deles) e não é possível estabelecer manuais sobre como cuidar de toda criança, pois não existe uma igual a outra. Na convivência familiar o crescimento é sempre mútuo, tanto do genitor quanto da criança.

Por essas razões, a gravidade de uma subtração não deveria ser avaliada somente em base (i) à má intenção potencial do genitor abandonado, (ii) à transferência em outro país ou (iii) ao tempo de separação transcorrido. Deve existir também a consciência de que quanto menor a idade da criança, maior será o dano tanto para a mesma quanto para o genitor abandonado.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

108





O que faz um genitor se sentir plenamente como tal é principalmente o fato de ter tido a possibilidade de acompanhar todas as fases do crescimento do filho e de ter podido dar a própria contribuição para incentivá-lo a perseguir uma certa direção, entre as mais diferentes possíveis.

Não por acaso a subtração pode gerar danos irreparáveis pois todo e qualquer retorno, se determinado após anos, poderá permitir a reativação dos laços perdidos, mas essa recomposição será sempre de um nível inferior àquela que poderia ter sido construída sem qualquer interrupção arbitrária.

V.V.II. O melhor interesse da criança no âmbito da CH80

Tendo aqui esclarecido qual norma internacional oferece elementos úteis à formulação do conceito do melhor interesse das crianças e tendo reconhecido a gravidade de uma subtração, o esclarecimento subsequente a ser alcançado é qual interesse superior da criança deve ser observado no combate às subtrações internacionais.

V.V.II.I. Como o Relatório Explicativo expõe a questão

No específico contexto da CH80, o Relatório Explicativo bem expõe quais são as dificuldades do estabelecimento do melhor interesse da criança e como os países da Conferência da Haia concordaram uma solução universal que garantisse equilíbrio entre a efetividade dos objetivos convencionais e os interesses mais importantes que deveriam ser tutelados.

Assim foi explicado pelo Relator da CH80:

Parágrafo n. 21: "Sobre este aspecto, se manifestou com razão que "a norma jurídica que repousa sobre "o interesse superior do menor" é, a primeira vista, de tamanha imprecisão que parece mais um paradigma social do que uma norma jurídica correta. Como dar consistência a esta noção para decidir qual é o interesse último do menor sem cair em suposições, que só têm a sua origem no contexto moral de uma determinada cultura? Ao introduzir o termo "último" na equação, se nota de imediato sérios problemas dado que o enunciado geral da norma não permite saber claramente se "o interesse" do menor que se quer proteger é o que segue imediatamente a resolução ou da sua adolescência, da sua existência como jovem adulto, da sua idade madura ou da sua velhice";

Parágrafo n. 22: "(...) não podemos ignorar o fato que o recurso, por parte das autoridades internas, a semelhante noção implica o risco de traduzir manifestações de particularidades culturais, sociais, etc. de uma dada comunidade nacional e, portanto, no fundo, formular julgamentos de valores subjetivos sobre a outra comunidade nacional da qual o menor acabou de ser arrancado";





Parágrafo 23: "Pelos motivos invocados, entre outros, **a parte dispositiva da Convenção não contém alguma referência explícita ao interesse do menor como critério correcedor do objetivo convencional**, que consiste em garantir o retorno imediato dos filhos transferidos ou retidos de forma ilícita. Não obstante, não cabe deduzir deste silêncio que a Convenção ignore o paradigma social que proclama a necessidade de levar em conta o melhor interesse dos menores para resolver todos os problemas que os afetam. Muito pelo contrário, já no preâmbulo, os Estados signatários declaram estar "firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda": justamente, esta convicção, os levaram a elaborar a Convenção, "desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas";

Parágrafo n. 24: "(...) entre as manifestações mais objetivas que constituem os interesses do menor está o direito de não ser transferido ou retido em nome do direito mais ou menos discutível sobre a sua pessoa. Neste sentido, convém lembrar a Recomendação 874 (1979) da assembleia parlamentar do Conselho Europeu cujo primeiro princípio geral evidencia que "os menores não devem ser considerados propriedade dos seus pais, mas devem ser reconhecidos como indivíduos com direitos e necessidades próprias (...)";

Parágrafo n. 39: "Tal autonomia não significa que as disposições pretendam resolver todos os [tipos de] problemas que abrangem as subtrações internacionais de menores. Muito pelo contrário, na medida em que os objetivos da Convenção, mesmo sendo ambiciosos, tem um alcance muito concreto, o problema do fundo do direito de guarda se situa fora do seu âmbito de aplicação (...)".

Está claro que o melhor interesse da criança, no sentido pleno desta expressão, é algo extremamente amplo, que deve observar e conciliar o maior número possível de elementos relativos ao caso concreto para alcançar a sua melhor definição.

Ao invés, em um processo de aplicação da CH80 não se pode discutir qual é o melhor interesse da criança no seu sentido mais amplo porque isso significaria entrar no mérito da guarda e cancelar toda a sua objetividade e celeridade.

Como será melhor explicado mais adiante¹⁰⁸, é automático deduzir que não é possível invocar conceitos do completo melhor interesse da criança para corrigir a CH80 porque ela se limita à análise de uma parte bem especificada do melhor interesse global da criança.

Quando a CH80 leva em conta somente os aspectos mais importantes do melhor interesse da criança isto não fere os seus direitos porque são medidas emergenciais, úteis para permitir um futuro justo julgamento do processo da guarda, que será aquele que avaliará corretamente o

¹⁰⁸ Vide subtítulo V.VI.III





conceito completo do seu melhor interesse.

Afinal, como já foi bem enunciado¹⁰⁹, a CH80 é um direito internacional privado, dá uma solução prevalentemente indireta ao conflito de competência com as autoridades da residência habitual, não deve resolver diretamente ou plenamente a violação do direito da criança consequente a subtração.

V.V.II.II. O melhor e mais importante interesse da criança é a rapidez da decisão judicial

Em todas as questões familiares as decisões devem ser tomadas com maior celeridade em relação a qualquer outro tema porque as exigências pessoais se alteram com grande velocidade e não é possível ficar aguardando as decisões sem sofrer danos irreparáveis.

Assim ensinam os juristas brasileiros especializados em direito de família¹¹⁰:

“Tão premente se apresenta em tema de Direito de Família a solução rápida do litígio, por envolver esse ramo do Direito, em regra, valores sensíveis e de grande significado emocional, às vezes materiais, vinculados à realização de necessidades íntimas do ser humano, que exige no plano processual uma pronta resposta da jurisdição. O acesso de febre, sintoma de doenças mais graves, deve ser combatido prontamente para que a saúde jurídica dos integrantes da família volte às boas”

No caso mais específico das crianças este fator é ainda mais intenso porque, enquanto as necessidades dos adultos costumam ser pouco mutáveis, aquelas das crianças, em base a idade e no caso concreto, podem mudar radicalmente e em poucos meses ou semanas.

Um processo que fica parado por anos acabará decidindo sobre uma realidade que não é mais aquela apurada inicialmente, ou seja, além de gerar danos irreparáveis arrisca o estabelecimento de uma solução ainda mais prejudicial para as partes envolvidas.

Como citado anteriormente nos dados estatísticos da Autoridade Central brasileira¹¹¹, é inadmissível deixar que se passem anos, para no último grau de juízo se estabelecer que um dos irmãos já superou os 16 anos de idade e que o outro deverá aguardar mais anos para que a sua oitiva (não inicialmente relevante para a CH80) seja realizada na instância inferior, com o risco que ambos sejam obrigados a se separar graças a morosidade extrema. Estamos diante da triplicação dos

¹⁰⁹ Vide subtítulo V.III.II

¹¹⁰ Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Urgência e o Direito de Família (as chamadas medidas provisionais do art. 888 do CPC). 2017.

¹¹¹ Vide subtítulo V.IV.II.I





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

danos da subtração que deveriam ser resolvidos e não piorados.

Neste sentido, assim determinou a Resolução n. 257 de 11/09/2018 do Conselho Nacional de Justiça sobre a aplicação da CH80¹¹²:

Resolução n. 257/2018 do CNJ
Aplicação da CH80

Artigo 7

“Os processos de que trata esta Resolução terão tramitação prioritária, devendo o juiz federal atentar para o prazo referido no artigo 11 da Convenção”

Aqui se lembra o Artigo 11 da CH80 citado na Resolução:

Convenção da Haia de 1980
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.”

Essas são as novas disposições da Resolução n. 449/2022 do CNJ:

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Preâmbulo

(...) “CONSIDERANDO o dever de o Brasil responder com brevidade os pedidos de retorno da criança, assinalando a Convenção o prazo de seis semanas para tanto (artigo 11) e a necessidade de observar procedimento judicial compatível com essa determinação;”(...)

Artigo 10

“Recebida a petição inicial, o juiz federal tomará as seguintes providências: (...) III – designará audiência de mediação, a se realizar no prazo de 30 (trinta) dias, sempre que entender viável;(...)

¹¹² Ver www.hcch.net, “Child Abduction”, “The Latin America and Caribbean Section”, “Brazil: Resolution No. 257 of 11 September 2018 of the National Council of Justice”

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Artigo 11

“O prazo para resposta será de 15 (quinze) dias, contados a partir da juntada do comprovante de citação.”

Artigo 14

“Não obtida a mediação, o juiz realizará, ato contínuo, a organização e o saneamento do processo, decidindo todas as questões previstas no art. 357 do Código de Processo Civil, e designará audiência de instrução e julgamento em prazo não superior a 30 (trinta) dias.”

Artigo 17

Poderão ser utilizados quaisquer recursos para a compreensão de documentos em língua estrangeira, inclusive tradutores automáticos, se o documento for produzido por pessoa que goza do benefício da assistência judiciária gratuita ou a versão juramentada puder atrasar a tramitação processual.

Artigo 19

“Os recursos em processos previstos nesta Resolução serão julgados em até duas sessões ordinárias, contadas da data da conclusão ao relator.”

V.V.II.II.I. A decisão rápida deve respeitar as condições da CH80

Como já citado anteriormente¹¹³, todos os artigos da CH80 foram criados com o fim de garantir (em modo exaustivo) uma decisão rápida, já que isto corresponde ao melhor interesse absoluto das crianças.

Existem várias formas de se alcançar uma decisão célere e os representantes das mais variadas nações convieram (e continuam convindo sem alterações/atualizações) específicos vínculos e instrumentos para alcançar tal objetivo, resolvendo assim definitivamente todas as possíveis divergências sobre este tema.

Portanto, qualquer tentativa de inovação pessoal do órgão julgador neste sentido, que corresponda a um contraste evidente com as normas concordadas (por exemplo, se manter moroso e considerar a integração violando o art. 12), representará sem sombra de dúvidas em uma pura e plena falta de conhecimento técnico em relação ao melhor interesse da criança.

Consciente desde risco em um tema tão polêmico, assim reforçou a CH80:

¹¹³ Vide subtítulo V.IV.II

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Convenção da Haia de 1980
Artigo 42, parágrafo 1º

“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.”

V.V.II.II.II. O uso de procedimentos urgentes não reduz a priori os direitos das partes

Os documentos explicativos da CH80 citam em todos os modos possíveis a necessidade de aplicar procedimentos urgentes para solucionar os casos de subtração em pauta.

Assim destaca o Relatório Explicativo:

Parágrafo n. 40: "A Convenção se apresenta como um instrumento destinado a aportar uma solução urgente, com vistas a evitar a consolidação jurídica das situações, inicialmente ilícitas, causadas pela transferência ou o negado retorno de um menor (...);

Parágrafo n. 63: "(...) a disposição que comentamos [(art. 2: "(...) para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência")] se limita a pedir aos Estados contratantes que, nas questões referidas a matéria objeto da Convenção, utilizem os procedimentos mais rápidos que existem no seu próprio sistema jurídico".

Assim evidencia o Projeto da Guia do art. 13b:

Parágrafo n. 95: "É importante enfatizar que procedimentos rápidos são essenciais em todas as etapas dos procedimentos da Convenção, incluindo quaisquer tipos de apelo, se permitido. O atraso indevido também deve ser evitado entre instâncias, por exemplo, entre a decisão do tribunal de primeira instância e o início de qualquer procedimento de apelação";

Parágrafo n. 98: "A necessidade de rapidez está vinculada ao limitado âmbito dos procedimentos de retorno, uma vez que esses procedimentos no Estado requerido não devem ser transformados em um exame do fundo da guarda e/ou determinação das visitas, pois o Estado da residência habitual da criança é o foro correto para determinar essas questões".

Muitos criticam a coerência da CH80 por considerarem a tomada de decisões rápidas como uma violação do amplo direito de defesa, mas assim bem ensina a Guia do art. 13b¹¹⁴:

"O dever de adotar procedimentos de urgência não significa que o tribunal deva negligenciar a avaliação adequada das questões, inclusive nos casos em que a exceção de um risco grave de perigo é invocada. É, no entanto, necessário que o tribunal recolha informações e/ou obtenha provas que sejam suficientemente

¹¹⁴ Vide parágrafo n. 22 da Guia do art. 13b

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

relevantes para essas questões e que as examine, inclusive as opiniões de peritos ou provas, de forma muito focada e expedita"

O uso de um procedimento rápido em uma sociedade civilizada só pode significar a obtenção, em menos tempo, do mesmo resultado que se alcançaria em um procedimento ordinário.

Isto é bem possível com o uso de diversas técnicas bem conhecidas pelos Tribunais Estaduais brasileiros (especializados em direito de família) como, por exemplo, a convocação de audiências (ao invés do predominante uso exclusivo de manifestações escritas), a oitiva das vítimas, a exposição verbal de eventuais periciais ao invés da sua produção escrita, agendamento antecipado e prioritário, o não reenvio às instâncias inferiores para o reexame das provas, etc.

Por esses motivos que, infelizmente, a Resolução n. 449/2022 não se mostra adequada a CH80, pois não institui procedimentos para garantir celeridade ao direito de plena defesa, mas se limita prevalentemente a reduzir os procedimentos cabíveis (número limitado de audiências, oitiva das partes não obrigatória, reduzido tempo para produção de atos escritos, nenhum incentivo à superação de atos escritos com alegações verbais, nenhum acompanhamento obrigatório de profissionais especializados, etc).

Um bom modelo de correta aplicação da celeridade requerida pela CH80, talvez o único no Brasil, é aquele detalhado mais adiante em relação a importância das audiências¹¹⁵, onde se cita as medidas tomadas pelo Juiz Federal Henrique Jorge Dantas da Cruz, da Seção Judiciária do Pará, no caso da subtração praticada por uma mãe dinamarquesa.

V.V.II.III. Temas irrelevantes devem ser rapidamente afastados

Um dos maiores obstáculos à celeridade do procedimento da CH80 é também saber distinguir a sua separação com os temas ligados às questões da guarda (a identificação do conceito-quadro é um problema típico do conflito de competência).

Assim evidencia o Projeto da Guia do art. 13b¹¹⁶:

"Ver, por exemplo, as contribuições dos EUA durante o processo de redação declarando, por exemplo, que "as grandes exceções tenderão a se transformar virtualmente todo o processo de retorno em uma disputa do adversário sobre os méritos da questão da guarda. Nenhum advogado do sequestrador deixaria de

¹¹⁵ Vide subtítulo V.VIII

¹¹⁶ Vide nota n. 53 do Projeto da Guia do art. 13b

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

levantar uma ou mais exceções"(...)".

Assim concluiu a Comissão Especial na Terceira Reunião da Conferência da Haia, em 1997¹¹⁷:

"os tribunais não devem iniciar um inquérito social detalhado apenas devido as alegações de que a criança sofreria danos se retornasse, já que tal processo leva ao perigo de levar a uma decisão sobre o mérito do caso"

É necessária uma elevada experiência em âmbito familiar para poder identificar a sutil diferença entre as questões que envolvem realmente a subtração e outras que são mais ligadas aos aspectos da guarda.

Nesses casos onde a componente emotiva é muito forte pode não ser fácil manter o necessário rigor científico capaz de bloquear a tentativa do genitor abductor de misturar os conflitos conjugais com aqueles parentais e, conseqüentemente, atrasar inutilmente o processo de retorno.

V.V.II.III. O retorno em qualquer condição e tempo faz parte do melhor interesse da criança

Mesmo o texto convencional tendo como base do melhor interesse da criança a imediatez da decisão sobre o retorno, é importante evidenciar aquilo que a quase totalidade das autoridades brasileiras ignoram: a CH80 estabelece que o retorno, mesmo se incondicional, possui a presunção de ser a melhor solução para as subtrações.

Assim dispõe a CH80:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 18

"As disposições deste capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o regresso da criança em qualquer momento."

O capítulo do artigo referido é aquele em que se encontram as possíveis exceções ao retorno (artigos 12, 13 e 20) e resulta claro que a comunidade internacional considerou como melhor interesse da criança qualquer decisão que impusesse o seu retorno, mesmo se isto resultasse em contradição com as possíveis exceções ao retorno.

Não por caso as relativas exceções ao retorno não estabelecem a negação do retorno, mas somente a não obrigação do retorno (art. 12: "...deve ordenar também o regresso... salvo se"; art.

¹¹⁷ Vide parágrafo 58 das conclusões da 3a reunião da Comissão Especial: <www.hcch.net>; "Child Abduction Section"; "Special Commission meetings"; Third Special Commission meeting (March 1997)"

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





13: "...não é obrigada a ordenar o regresso..."; art. 20: "o regresso ... poderá ser recusado...").

Este artigo 18 não é uma condição nova, mas é somente uma maior evidenciação de um conceito que já foi declarado dentro das relativas exceções ao retorno. Mais uma vez se prova que na CH80 não existem palavras inúteis. Se a intenção do legislador fosse aquela de impor condições para vetar o retorno, o texto convencional teria sido formulado com outras palavras.

Assim foi bem especificado no Projeto da Guia do Art. 13b¹¹⁸:

"(...) em termos gerais, é necessário insistir que as exceções previstas nos artigos em questão não são aplicáveis automaticamente no sentido que não determinam forçosamente a retenção do menor; pelo contrário, a própria natureza destas exceções é de dar aos juízes a possibilidade - não a obrigação - de negar o direito de retorno em certas circunstâncias";

Portanto, se um órgão julgador possuir alguma dúvida sobre o melhor interesse da criança em relação as exceções, por não encontrar métodos alternativos para obter rapidamente uma melhor verificação do mérito das exceções, ao deferir o retorno da criança, ignorando a eventual possibilidade de se comprovar as exceções retardando o juízo (ou ignorando completamente as exceções corretamente comprovadas), terá a certeza absoluta de estar respeitando o melhor interesse da mesma.

Ao contrário, aquele que na dúvida sobre o melhor interesse da criança (no âmbito limitado das subtrações), decidir negar o seu retorno (ou atrasar o seu julgamento), estará assumindo o elevado risco de ter tomado uma decisão contrária ao melhor interesse do menor.

O porquê da retidão deste princípio, que pode parecer aparentemente injusto (para os defensores do indeferimento do retorno a priori), já foi esclarecido anteriormente: (i) na citação do objetivo da CH80 de restituir o menor à jurisdição do seu tribunal natural (ou de negar a jurisdição imposta unilateralmente e ilícitamente pelo genitor abductor); (ii) na presunção de mútua confiança em relação ao grau de justiça das autoridades dos estados contratantes da CH80 que julgarão a guarda (o melhor interesse global da criança), e; (iii) no fato que não faz parte dos direitos fundamentais da criança a sua manutenção em uma específica realidade social somente por resultar habituada a ela.

Para muitas autoridades brasileiras este conceito de chegar a deferir o retorno sem observar as

¹¹⁸ Vide parágrafo n. 113 do Projeto da Guia do Art. 13b





exceções é impossível de se digerir porque se cultiva a impressão de estar ignorando um possível chamado de socorro. Além disso, alguns buscam alimentar essas e outras teorias contrárias ao retorno por se sentirem prestigiados no próprio orgulho nacionalista de ver um genitor que prefere se transferir ao Brasil.

Porém, como todo bom genitor sabe, o melhor para o próprio filho muitas vezes (ou em quase todas as vezes) não está no aspecto emotivo de curto prazo, mas na racionalidade que garante uma melhor qualidade emotiva de longa duração. É muito mais importante a convivência com ambos genitores do que evitar as dificuldades de readaptação (puramente eventuais e de grau corriqueiro) consequentes ao deferimento do retorno.

Em outras palavras, entre o extremo de negar o retorno por qualquer motivo banal e o extremo de impor o retorno ignorando qualquer exceção contrária a obrigação do retorno, a segunda hipótese é a única legítima (legalmente e socialmente).

V.V.III. Jurisprudência internacional positiva

A necessidade de compreender a existência de uma relevante diferença nos elementos que compõem o melhor interesse da criança no âmbito das subtrações e naquele global do âmbito da guarda, foi muito bem expressa na seguinte sentença evidenciada no Projeto da Guia do Art. 13b¹¹⁹:

"Ver, por exemplo, o Supremo Tribunal de Israel em T.v.M., de 15 de abril de 1992 [Referência INCADAT: HC/R/IL 214, transcrição, tradução não oficial], par. 9: "[o] tribunal não está considerando a questão da guarda permanente da criança, nem mesmo o seu bem-estar no sentido pleno da palavra. O contexto da audiência não se destina, não permite, uma discussão tão abrangente. O papel do tribunal [...] é simplesmente "apagar um incêndio" ou "primeiros socorros" para restaurar a situação anterior - devolver a criança tirada ilegalmente da custódia do outro genitor ou da custódia conjunta determinada por uma autoridade competente ou em um acordo entre os pais [...]. A questão da guarda, quando é disputada, é normalmente resolvida diante a autoridade competente e o bem-estar da criança é completo e completamente examinado neste contexto".

Em poucas linhas o tribunal proclamou magnificamente pontos essenciais ligados ao melhor interesse da criança, ao objetivo da CH80 e ao seu contexto de mútua confiança internacional. Além disso, como será melhor explorado mais adiante¹²⁰, cabe enfatizar que a citada decisão

¹¹⁹ Vide nota n. 101 do Projeto da Guia do Art. 13b

¹²⁰ Vide subtítulo V.VIII





corretamente abordou as questões levantadas através do instrumento da audiência e não do lento processamento baseado puramente em memoriais.

V.V.IV. As falhas nacionais em relação à proteção das crianças

No Brasil ainda existem graves falhas estruturais em relação à proteção dos direitos fundamentais das crianças além daquelas já citadas, como a lentidão extrema no processamento dos pedidos baseados na CH80 ou a falta de reconhecimento jurisprudencial da correta supremacia dos tratados internacionais.

Por exemplo, algumas importantes convenções não foram firmadas pelo Brasil, como a Convenção da Haia de 1996¹²¹ relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças, que tem a sua relação com a CH80 assim definida pela Conferencia da Haia¹²²:

“A Convenção de 1996 vem reforçar a Convenção de 1980 ao sublinhar o papel fundamental das autoridades do Estado onde a criança habitualmente reside na aplicação de medidas de proteção a longo prazo. Também contribui para a eficácia de medidas temporárias de proteção decididas pelo juiz quando devolve a criança ao Estado de onde foi removida, fazendo com que essas decisões tenham força executória nesse Estado até as autoridades poderem, elas próprias, pôr em prática as medidas de proteção necessárias”

Não se pode negar também a existência de um elevado favoritismo nacionalista, que é a única explicação visível para algumas decisões e situações que violam desembaraçadamente até mesmo os mais elementares e indiscutíveis princípios nacionais relativos ao melhor interesse da criança. Alguns desses favoritismos já foram citados anteriormente¹²³, mas cabe evidenciar outros que ocorreram inclusive no atual pedido retorno, como, por exemplo:

- A seguinte declaração do Ministério Público Federal, na posição de fiscal da lei¹²⁴:

“a permanência da criança [atualmente com 3 anos] no Brasil, não implica na separação do seu genitor, já que é plenamente possível manter o contato por meio eletrônico”;

- A seguinte decisão interlocutória¹²⁵, em relação ao pedido de retorno ajuizado há menos de

¹²¹ Vide <www.hcch.net>; “Protection of Children”

¹²² Vide <www.hcch.net>; “Protection of Children”; “Outline of the Convention”

¹²³ Vide, por exemplo, subtítulos V.II.II.III, V.III.IV, V.IV.I.II.I

¹²⁴ Vide folha n. 653 do processo n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3

¹²⁵ Vide folha n. 200 do processo n. 0009297-20.2015.403.6100 junto ao TRF3





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

um ano da subtração:

“No presente caso, não constato a presença do periculum in mora, requisito necessário a concessão da medida pleiteada, uma vez que a criança já está no Brasil, juntamente com a genitora, desde julho de 2014”.

No contexto nacional, a gravidade das subtrações em relação ao melhor interesse das crianças continua sendo menosprezada, como se constata na leitura do Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do Conselho da Justiça Federal, que minimiza o título do genitor sequestrador usando constantemente o termo “genitor requerido” e/ou que levanta a hipótese de que a criminalização da subtração no exterior pode servir como exceção para o retorno (fato que será melhor explorado mais adiante¹²⁶).

Ainda existem muitos que, por exemplo, consideram a lei sobre a alienação parental como algo desvinculado das subtrações, pois a lei parece classificar ser uma alienação somente as transferências ilícitas que possuem uma provada intenção principal ou direta de estimular o afastamento da criança do outro genitor.

Isto é uma grande incoerência, seria como estabelecer o absurdo de que só existe um crime se for comprovado o dolo. Disto se extrairia que, se um genitor subtraísse o filho por preferir viver em um clima tropical ou junto da própria família de origem, isto não seria crime, mas, se subtraísse o filho por querer assim prejudicar o outro genitor, então se configuraria o crime. Isto não pode ter cabimento, o que deve prevalecer é a constatação dos danos que a criança é submetida por uma mera imposição unilateral e abusiva do genitor subtrator.

Em um Estado de Direito não existe responsabilidade civil ou penal sem danos, mas existe sim responsabilidade sem culpa. O dolo, ou seja, a intenção de propiciar um dano, é um agravante de uma ação ilícita, não contribui à definição da sua legalidade. Caso contrário, os tribunais fariam processos às intenções, retornando ao período medieval onde bastava ser suspeito para se transformar em culpado.

O texto da lei sobre a alienação parental realmente é extremamente infeliz em alguns pontos e contraria as boas intenções iniciais da referida lei. Exemplo:

Lei n. 12.318, de 26/08/2010

¹²⁶ Vide subtítulo V.VI.V, V.VI.VII

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

120





Alienação Parental

Artigo 2

“(…) São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: (...) VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.”

Afinal, existe alguém que, gozando de plena faculdade mental, conceberia a ideia de que a mudança unilateral do domicílio de uma criança para um local distante não representa um inaceitável prejuízo à convivência do menor com o genitor abandonado? Se é cabível admitir tal prejuízo somente em base a pura intenção do genitor subtrator (conceito subjetivo e indeterminável), não se compreende então porque o Brasil ratificou a CH80 que veta a alteração ilícita do domicílio da criança em todo e qualquer caso onde, objetivamente, possa estar protegida de toda e qualquer situação de graves e relevantes perigos.

Como já citado¹²⁷ e denunciado pelas autoridades estrangeiras, existe até mesmo grande dificuldade em localizar as crianças subtraídas no Brasil, pois, diferentemente da realidade de outros países, não existe a obrigação de declarar um único endereço de domicílio que será então inserido em um registro unificado e público (na verdade, a lei brasileira prevê a atípica possibilidade de múltiplos endereços de domicílio e de residência). Banalmente, as autoridades locais brasileiras não têm nem conhecimento se uma criança não resulta inscrita em uma escola.

Com essa realidade de falta de tutelas em relação ao melhor interesse dos menores, acaba sendo inevitável o convívio com situações dramáticas de subtração internacional, como o caso do cidadão austríaco Sascha Zanger¹²⁸ que, na espera de mais de um ano por uma decisão sobre o retorno (entre gastos imensos com investigadores e despesas legais), foi obrigado a conviver com o fato de que a tia materna (que obteve no Brasil a guarda dos seus dois filhos) teria matado por espancamento a filha de 4 anos e só conseguiu voltar com o filho mais velho depois de quase um mês no qual o mesmo continuou sobre a custódia da tia acusada também de impor tortura.

V.VI. AS EXCEÇÕES AO RETORNO

¹²⁷ Vide subtítulo V.III.IV

¹²⁸ Vide, por exemplo, relato do caso na mídia brasileira: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL1287414-5606-00-IRMAO+DE+MENINA+AUSTRIACA+DEIXA+O+BRASIL+PARA+VIVER+COM+PAI.html>





Após o reconhecimento da supremacia legal da CH80 (subtítulo V.II), da sua correta fonte de estudo (subtítulo V.III), dos objetivos convencionais (subtítulo V.IV) e do melhor interesse da criança (subtítulo V.V), é possível então analisar os dispositivos da CH80 que estabelecem algumas exceções ao retorno imediato das crianças subtraídas.

V.VI.I. O porquê das exceções

Como já antecipado, a CH80 estabelece exceções contrárias à rigorosa regra geral do retorno imediato exatamente porque ela respeita o princípio do melhor interesse da criança, que em específicos e raríssimos casos concretos, pode não ser aquele do retorno.

A exceção ao retorno talvez mais simples é aquela ligada a idade do menor pois a CH80 não é aplicável às crianças acima de 16 anos (art. 4). Este dado é claramente tão objetivo que foi justamente estruturado no texto convencional como parte da regra e não como uma exceção.

Nesta linha do respeito à vontade da criança (princípio garantido no art. 12 da Convenção da ONU sobre o Direito das Crianças, que foi escrita 10 anos depois da CH80), também se posiciona a necessidade de levar em conta a sua opinião quando a mesma tiver menos de 16 anos e maturidade para exprimir a própria vontade (art. 13 da CH80).

Além da questão da avaliação do interesse direto da criança, foram estabelecidos outros 3 casos de exceção (que serão aprofundados a seguir) e que nada mais são do que situações objetivas que se podem considerar como uma antecipação daquilo que poderia decidir qualquer juízo (como aquele da residência habitual).

Por exemplo, é natural imaginar que qualquer tribunal, chamado a decidir sobre a guarda, concordaria, com elevadíssima probabilidade, com um pedido de transferência para o exterior de um genitor que provasse não obter uma adequada defesa, por parte das autoridades locais, contra situações de violência doméstica que incidissem direta ou indiretamente no bem-estar do filho.

Ora, neste caso não teria muito sentido uma convenção que obrigasse a criança a retornar à residência habitual para, sucessivamente, obter uma provável autorização legal para a transferência ao exterior, já que isso criaria uma inútil alteração na vida social da criança e risco de voltar a sofrer uma situação intolerável.





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

De qualquer forma, como já foi explicitado, a CH80 não impede o retorno mesmo no caso da existência dessas raras situações porque se presume que toda nação é sempre capaz de garantir proteção adequadas para as crianças (é mais provável que um genitor consiga provar o contrário pela inevitável falta de instrumentos de apuração do Estado de refúgio em relação ao Estado estrangeiro) e se presume que para elas é mais importante a convivência com ambos genitores do que as meramente potenciais dificuldades de readaptação a uma determinada realidade social.

Portanto, as exceções ao retorno são situações extremamente objetivas que visam tutelar o melhor interesse da criança, não na sua forma global, mas limitado ao contexto das subtrações (julgamento do melhor interesse mais relevante).

Além disso, é importante evidenciar que essas não são regras capazes de abonar a ação ilícita. A definição da ilegalidade de uma subtração está bem definida no seu artigo 3, que assim dispõe:

Convenção da Haia de 1980
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.

As exceções ao retorno são somente elementos que modificam a efetividade da jurisdição do tribunal competente na decisão final sobre a guarda, ou seja, de forma alguma podem ser usadas para estender o seu significado, excluindo assim, automaticamente, a responsabilização pelas citadas graves consequências deste tipo de ação (tanto em âmbito civil quanto em âmbito penal).

Consequentemente, não parece compartilhável o seguinte parecer jurisprudencial apresentado no acórdão do TRF3 que aqui se está impugnando:

"12. A constatação da exceção (art. 13, letra "b", da Convenção de Haia) que afasta a ilegalidade da conduta da genitora, restou caracterizada da valoração do conjunto

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

123





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

probatório trazido aos autos, em especial, das avaliações psicológicas dos menores envolvidos” (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2241038 - 0001525-54.2016.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/04/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2019)”.

Ao negar o retorno de uma criança subtraída, o tribunal deve estar consciente de que a lei brasileira não possui as mesmas exceções da CH80 em relação, por exemplo, à alienação parental cometida em consequência da subtração. É provável esperar que o próprio Tribunal Estadual, que julgará a guarda no caso de negado retorno, ao analisar em modo completo e rigoroso todos os fatos, autorize a transferência da criança para o exterior devido, prevalentemente, à subtração cometida e ao modo como foi mantida (gerando, porém, o dano de manter a criança refém do tempo necessário para julgar um novo processo).

Cabe também repisar que a CH80, ao decidir somente sobre o retorno da criança, nada está impondo em relação à competência do tribunal da residência habitual. Mesmo a ausência física da criança na própria jurisdição ser um fator de evidente impedimento à concretização da própria competência, a residência habitual pode continuar a reivindicar a sua competência exclusiva sobre o julgamento da guarda. Afinal, como será melhor explicado mais adiante¹²⁹, isto não poderia ser diferente em um sistema de mútua confiança jurídica internacional e de priorização da jurisdição do tribunal da residência habitual.

V.VI.II. A interpretação das exceções deve ser restritiva

Como já exposto, uma convenção internacional tem a função de instituir um direito universal e isto só é possível se existir um importante grau de objetividade no seu texto e na sua aplicação.

O grau de certeza do texto da CH80 já foi aqui citado em diversas ocasiões e, exatamente porque é tão elevado, só recebe críticas daqueles que não se informaram profundamente sobre os seus objetivos e/ou premissas e não se conformam com a impossibilidade de alterar as suas claras disposições (que não admitem, principalmente, favoritismos nacionalistas).

Portanto, só é possível alcançar objetividade na aplicação da CH80 através do rigor científico que impõe, incondicionalmente, uma interpretação restritiva das suas regras e exceções. Pode parecer natural aceitar este conceito pois muitos o repetem continuamente, mas, como isto na prática não

¹²⁹ Vide subtítulo V.VI.VI

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





se transforma em ações concretas e coerentes, cabe aqui aprofundar mais o tema.

V.VI.II.I. Interpretação restritiva é o requisito para uma aplicação uniforme

Todo pacto internacional nasce com a função de criar regras capazes de uniformizar uma mesma norma entre Estados com sistemas jurídicos extremamente heterogêneos e muitas vezes aparentemente incompatíveis entre si.

Como já especificado, para alcançar essa universalidade é necessário, antes de tudo, aceitar a supremacia legal absoluta de um texto convencional, como bem especificado da Convenção de Viena de 1969 (art. 27).

Em segundo lugar se deve aplicar uma interpretação restritiva, que é o único modo para impedir que as particularidades ou peculiaridades de uma jurisdição possam desviar os objetivos internacionais, fazendo aflorar uma tentativa de predominância da lei interna contra a externa, o que significaria retornar ao caos ou a incerteza jurídica que as nações visavam corrigir.

Esta elementar coerência interpretativa corresponde ao requisito de boa-fé expresso no já citado art. 26 da Convenção de Viena de 1969.

V.VI.II.II. As exceções não podem se transformar em regras

Se em geral não é permitido o uso de interpretações fantasiosas em uma normativa que visa a universalidade de um direito, isso é ainda mais vetado quando se trata de situações de exceção que, por princípio, devem corresponder a casos de raridade e não ampliadas artificialmente para abranger o maior número possível de casos concretos.

A CH80 tem como regra geral a obrigação de assegurar o retorno dos menores subtraídos com exclusão de casos excepcionais. Se esses casos excepcionais forem interpretados de forma estendida, o resultado será que nenhuma criança poderá retornar à residência habitual. Pior, a CH80 passará a ser um instrumento de legalização de ações ilícitas, o que seria um absurdo inigualável.

Afinal, se o retorno pode ser negado devido a uma situação intolerável e o significado de intolerável pode ser amplo, então bastará alegar argumentações aparentemente fúteis como, por exemplo, que na residência habitual faz frio (afinal, muitos na prática escolhem um país em base ao próprio grau





de tolerância em relação ao seu clima), para então legitimar todo e qualquer sequestro. Isto não pode representar a defesa do melhor interesse da criança, não é isto que está presente nos seus direitos fundamentais que foram bem formulados, por exemplo, na Convenção dos Direitos da Criança.

O Relatório Explicativo expõe com essas palavras este idêntico conceito elementar¹³⁰:

"Para acabar com as considerações sobre os problemas abordados neste parágrafo, parece necessário sublinhar que as exceções, dos três tipos examinados, ao retorno do menor devem ser aplicadas como tais. Isto implica antes de tudo que devem ser interpretadas de forma restritiva se se quer evitar que a Convenção se transforme em letra morta. Na realidade, a Convenção se baseia na sua totalidade no repúdio unânime do fenômeno das transferências ilícitas de menores e na convicção de que o melhor método para os combater, em escala internacional, consiste em não reconhecer consequências jurídicas. Colocar em prática este método exige que os Estados signatários da Convenção estejam convencidos de que pertencem, apesar das suas diferenças, a uma única comunidade jurídica no sentido que as autoridades de cada Estado reconhecem que as autoridades de um deles - da residência habitual da criança - são por princípio aquelas que estão melhor situadas para decidir, com justiça, sobre os direitos de guarda e de visita. Portanto, uma invocação sistemática das exceções mencionadas, ao substituir a jurisdição da residência do menor pela jurídica eleita pelo sequestrador, derrubará todo o edifício convencional ao esvaziar o espírito de confiança mútua que o inspirou".

O Projeto da Guia do Art.13b também reforça com outras palavras a necessidade de uma interpretação restritiva das exceções:

Parágrafo n. 118: "(...) a invocação de tais princípios não deverá em nenhum caso ser mais frequente nem mais facilmente admitida do que seria para resolver situações puramente internas. O contrário seria por si mesmo discriminatório, ou seja, oposto a um dos princípios fundamentais mais geralmente reconhecidos nos direitos internos (...)".

Parágrafo n. 9, Anexo 3: "Como destacado pela Sexta Comissão Especial, os procedimentos do Artigo 13(1)(b) têm um âmbito muito mais restritivo do que os procedimentos domésticos, e o foco deve ser aquele de manter a avaliação do risco grave para a criança"

Este aspecto é tão essencial na CH80 que esta linha interpretativa rigorosa foi claramente reforçada no seu artigo 42, que assim dispõe:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 42

¹³⁰ Vide parágrafo n. 34 do Relatório Explicativo





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

“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. (...)”

O hábito das autoridades brasileiras de remodelar as próprias leis na presunção de que o legislador não levou em conta ou não imaginou a existência de certas situações familiares excepcionalíssimas não é cabível na aplicação da CH80. Os representantes de todas as nações, expoentes máximos em direito de família das mesmas, levaram em conta 40 anos atrás todos os casos possíveis e imagináveis e em todas as reuniões periódicas de revisão nenhuma atualização foi considerada necessária.

Não por acaso o Relatório Explicativo é bem claro quanto a necessidade de vetar qualquer “correção” ao texto convencional, ciente de que algumas autoridades acabariam confundindo o melhor interesse global das crianças (tutelado no procedimento da guarda) com o melhor interesse das crianças de maior prioridade (tutelado na CH80). Cabe repetir mais uma vez o que ensinou o Relatório Explicativo¹³¹:

"Pelos motivos invocados, entre outros, a parte dispositiva da Convenção não contém alguma referência explícita ao interesse do menor como critério corregedor do objetivo convencional, que consiste em garantir o retorno imediato dos filhos transferidos ou retidos de forma ilícita. Não obstante, não cabe deduzir deste silêncio que a Convenção ignore o paradigma social que proclama a necessidade de levar em conta o melhor interesse dos menores para resolver todos os problemas que os afetam. Muito pelo contrário, já no preâmbulo, os Estados signatários declaram estar "firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda": justamente, esta convicção, os levaram a elaborar a Convenção, "desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas";

Constata e demonstrada a função das exceções ao retorno presentes na CH80 e como as mesmas devem ser aplicadas, é finalmente possível entrar no mérito da correta aplicação das 3 exceções convencionais.

V.VI.III. A exceção do prazo da denúncia (art. 12)

A primeira exceção ao retorno se encontra no art. 12, que foi redigido desta forma:

Convenção da Haia de 1980

¹³¹ Vide parágrafo n. 23 do Relatório Explicativo

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





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 retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 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 retorno da criança.”

V.VI.III.I. A integração ao novo meio não é o ponto focal da CH80

Para um leitor não informado este artigo acima citado pode parecer incoerente. Afinal, uma criança de, por exemplo, 6/7 anos, que se encontrasse no Estado de refúgio há 11 meses, ou seja, que se alfabetizou, aprendeu bem a língua, consolidou amizades, etc, como poderia não ser considerada pela CH80 como bem integrada a nova realidade?! Por outro lado, se toda criança tem facilidade de adaptação (como será melhor comprovado a seguir), porque então negar o seu direito de retornar e de ter a sua guarda julgada pelo tribunal da residência habitual?

Quem ao invés estudou o texto convencional através dos seus documentos internacionais (como indicado anteriormente¹³²), compreende facilmente que não existe qualquer contradição no art. 12 pois resulta claro e evidente que ele não focaliza as suas condições no peso ou no valor da integração da criança ao ambiente em que se encontra, mas se concentra no valor que se deve atribuir às ações tomadas pelo genitor abandonado.

No artigo 12, na verdade, foi estabelecido que um genitor abandonado, que demora mais de um ano para ajuizar o pedido de retorno, perde a presunção de agir no interesse do bem-estar do filho. A sua ação pode ser vista, por exemplo, como uma possível e pura tentativa de atacar o genitor abductor. A decisão de um genitor de se transferir de casa é sempre o resultado da existência de um conflito conjugal e as partes não raramente (ou costumeiramente em algumas sociedades) chegam a usar os filhos como arma para procurar agredir o outro.

Para alguns, um ano pode parecer um prazo exagerado, mas não o é, como bem motivado no

¹³² Vide subtítulo V.III





Relatório Explicativo¹³³:

“Em segundo lugar, a consagração do prazo único de um ano, abstração feita pelas dificuldades encontradas em relação a localização do menor, constituem uma melhoria substancial do sistema previsto no artigo 11 do anteprojeto elaborado pela Comissão especial. De fato, desta maneira, se esclareceu a aplicação da Convenção ao eliminar as dificuldades inerentes a prova dos problemas suscitados pela localização do menor.”

Aqueles que desprezam o conhecimento científico também podem acreditar que, de frente a duas condições, uma ligada aparentemente ao interesse de um adulto (decisão de realizar a denúncia de subtração) e outra ligada ao interesse de uma criança (que seria a integração ao meio), deva prevalecer sempre a condição que resguarda o interesse da criança. Isto é o resultado de uma análise equivocada que procura simplificar uma realidade muito mais complexa.

O art. 12 da CH80, ao dar aparentemente prioridade à ação do genitor abandonado, não está colocando em segundo plano o melhor interesse da criança. O melhor interesse da criança, que se encontra subentendido neste caso, é aquele de dar prioridade a restauração de uma convivência provadamente saudável para a criança (a integração tem uma valência infinitamente inferior). Um genitor que consegue encontrar uma solução para agir legalmente em um tempo razoável está provando a existência de uma convivência favorável à criança (na qual o genitor abandonado busca defender o bem-estar do menor), ou seja, a manutenção dessa convivência corresponderá ao melhor interesse da criança de maior relevância entre aqueles imagináveis.

Portanto, respeitando a hierarquia de todos os elementos que compõem o melhor interesse da criança, um genitor que demora mais de um ano para oficializar o pedido de retorno, não possui justificção legítima para tal elevado atraso e isto leva a considerar que a obrigação do retorno só poderá ser mantida se não for gerado qualquer outro prejuízo para a criança, ou seja, se não resultar bem integrada ao Estado de refúgio.

V.VI.III.I.I. A integração não é o elemento prejudicial mais relevante da subtração

Nas sentenças brasileiras, costumeiramente se cita o preâmbulo da CH80 para comprovar que a integração da criança ao novo meio é um fator crucial do seu melhor interesse.

¹³³ Vide parágrafo n. 118 do Relatório Explicativo





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Assim a CH80 introduz as suas disposições:

Convenção da Haia de 1980
Preâmbulo

“(...)

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.

(...)”

Como já citado, o principal efeito prejudicial da mudança de domicílio que a CH80 visa combater não é o fato de se encontrar banalmente em uma nova casa, em uma nova cultura e com novas relações sociais.

O maior prejuízo, no contexto do melhor interesse da criança, é sofrer uma ação ilícita que exclui a natural jurisdição do tribunal da residência habitual em relação ao julgamento da sua guarda. Este tribunal é convencionalmente considerado como aquele capaz de apurar e conhecer melhor os fatos familiares e, conseqüentemente, aquele que tem os melhores instrumentos para julgar com mais justiça a regulamentação do futuro do menor.

Exatamente por isso que a CH80 nunca impõe condições que vetam o retorno da criança (ao máximo estabelece condições que transformam o retorno em uma escolha opcional) e, como já explicado, permite que sejam superadas todas as exceções à obrigação do retorno (art. 18).

Se a questão da adaptação da criança fosse considerada pela CH80 como um dos fatores de maior peso do melhor interesse da criança, as suas disposições teriam sido escritas de forma completamente diferente.

Mesmo arriscando ser repetitivo, mais uma vez se frisa que, entre os direitos universais da criança, não existe o direito de manter inalterado o próprio domicílio, todos genitores podem se transferir com a criança em comum acordo, em qualquer momento e quantas vezes considerarem necessário.

Portanto, a suposta primazia em relação a integração ao novo meio é uma tese fantasiosa, não possui qualquer respaldo técnico ou científico em relação à criança e está distante de todo princípio de justiça social.

Afinal, quem é contrário a (puramente potencial) necessidade de superar dificuldades de

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

130





readaptação, por coerência, deveria ser contrário antes de tudo a vinda da criança do Brasil e consequente adaptação ao país. Indeferir o retorno simplesmente graças a casualidade (ou certeza) da ineficiência do poder judiciário significa incentivar as subtrações, é como negar o direito das crianças em base ao grau de capacidade de um dos genitores de desrespeitar a lei.

V.VI.III.I.II. A morosidade das autoridades não altera o melhor interesse da criança

Se encontra subjacente a esta errônea supremacia da integração da criança ao seu meio, a teoria equivocada de muitas autoridades brasileiras de admitir a lentidão do poder judiciário como um fator justificador da efetiva integração ao meio do menor subtraído.

Além disto infringir o princípio da interpretação restritiva, se está violando uma imposição literal do artigo 12 que não pode ser “interpretada”, mas somente aplicada, haja visto a univocidade do entendimento do seu texto.

A lei não possui palavras inúteis e o seguinte ensinamento do Relatório Explicativo, que põe um fim lapidário nas discussões sobre o artigo 12, reforça ainda mais a clara intenção do legislador internacional¹³⁴:

“Em terceiro lugar, no que se refere ao terminus ad quem, o artigo consagra o momento de apresentação da demanda, ao invés da data da resolução, já que o possível atraso da ação das autoridades competentes não deve prejudicar os interesses das partes amparadas pela Convenção.”

Mais uma vez se repete aqui a exata condição do art. 12:

Convenção da Haia de 1980 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 retorno imediato da criança.(...)”

Como já bem explicado, não é possível invocar o melhor interesse da criança em relação ao tempo transcorrido no novo domicílio para “corrigir” a CH80 porque: (i) a CH80 foi escrita em coerência com o respeito do melhor interesse da criança; (ii) a integração ao ambiente é um elemento de

¹³⁴ Vide parágrafo n. 108 do Relatório Explicativo





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

importância inferior em relação a todas as questões em jogo, e; (iii) não é possível violar as disposições de uma convenção internacional ratificada voluntariamente.

Ora, se é suficiente um processo lento para justificar a possibilidade de negar o retorno de uma criança subtraída, isto significaria criar uma regra geral e certa de não retorno, o exato contrário dos objetivos da CH80. Afinal, qual é o país com forte espírito nacionalista que não manteria os próprios processos morosos para assim legitimar artificialmente a própria jurisdição?

Qualquer legitimidade concedida a ineficiência dos tribunais nacionais (que é um problema extremamente comum no mundo todo) representa uma pura violação do melhor interesse da criança e uma autodeclaração de exclusão à comunidade internacional que tem por objetivo defender os direitos humanos fundamentais. A defesa em geral dos direitos humanos em todo o globo não é somente uma questão moral, mas tem um efeito extremamente prático, por exemplo, no empecilho da explosão de novas guerras que atingem direta ou indiretamente todos os povos.

V.VI.III.I.III. O melhor interesse global da criança não é somente a integração

O Tribunal Federal, por não ser especializado em direito de família, não tem real noção sobre tudo aquilo que deve avaliar um processo de guarda, portanto, é evidente a sua dificuldade em conseguir manter o foco no texto convencional e se distanciar das tentativas do genitor abductor de invocar tudo aquilo que pode para evitar o retorno do filho subtraído.

Essa falta de conhecimento técnico sobre o melhor interesse da criança leva as autoridades federais a acreditarem que a integração a uma realidade deve ser considerada intransponível simplesmente por ser um critério citado no artigo 12.

Porém, isto é um equívoco gigantesco e, por questão de pura coerência, se uma autoridade insiste em estabelecer (o absurdo de) que a CH80 deve ser corrigida em base ao melhor interesse global da criança e, portanto, a avaliação da integração ao meio deve ser realizada incondicionalmente, então, esta autoridade também deveria avaliar todos os demais aspectos do melhor interesse global do menor (condição futura de moradia, condição futura de segurança e saúde pública, futura situação escolar, etc).

Como já foi explicado, para garantir efetividade e coerência, a CH80 não procura resolver todos os problemas do melhor interesse global da criança, na verdade, ela se concentra em tutelar aqueles

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

132





elementos do melhor interesse da criança que são os mais relevantes no contexto das subtrações internacionais.

Ao querer impor o equívoco de aplicar na CH80 o conceito do melhor interesse global da criança, o erro vira duplo se, sucessivamente, o único elemento estendido a ser considerado neste conceito for a integração ao meio em que se encontra.

Como já evidenciado¹³⁵, a CH80 busca uma solução rápida e, portanto, a sua análise se limita a elementos de extrema importância do melhor interesse da criança. Exatamente por isso que ela não deve entrar no mérito da guarda, que é aquele que tutelará o melhor interesse global da criança e que não deveria ser avaliado por uma autoridade estrangeira (do Estado de refúgio), que por sua vez não tem a menor ideia de como é a vida na residência habitual e/ou não possui qualquer instrumento para apurar como era ou poderia ser a realidade familiar.

Considerar parcialmente (e incoerentemente) o conceito do melhor interesse global da criança significa inventar um juízo fantasioso de pseudo-guarda, que distorce totalmente os objetivos da CH80 e o verdadeiro melhor interesse da criança. Na verdade, se observa uma distorção até mesmo na lei interna, pois o tribunal federal, não especializado em direito de família, não deveria rogar a si um juízo que procura se aproximar àquele da guarda.

V.VI.III.I.IV. A própria CH80 considera a integração ao meio irrelevante

Apesar do artigo 12 usar a integração da criança ao novo meio como um diferencial no caso de um genitor abandonado que demorasse excessivamente para reagir à subtração, isto não é suficiente para deduzir um alto grau de importância deste fator.

O texto convencional, na realidade, estabelece o exato contrário. Como já foi mais vezes repetido, a CH80 em nenhum momento estabelece condições de veto temporal para o retorno (ao contrário, a restituição pode ser decretada até mesmo após anos de sequestro - art. 18 da CH80) e permite que o retorno seja decretado mesmo se as suas exceções forem cabalmente provadas ou se for possível aplicar outra norma internacional mais favorável (art. 34 e 36 da CH80), como, por exemplo, a Convenção da Haia de 1996 sobre a Proteção das Crianças.

Essa constatação técnica encontra total confirmação nos textos internacionais. Assim ensina o

¹³⁵ Vide, por exemplo, subtítulo V.IV.II.I





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Relatório Explicativo¹³⁶:

“De fato, não se deve esquecer que o que se pretende proteger mediante a luta contra as subtrações internacionais de menores é o seu direito a não ser separado de certo contexto que, em certas ocasiões, será **fundamentalmente familiar**. Contudo, se o demandante já não vive mais no Estado da residência habitual anterior a transferência, o retorno do menor a este Estado criaria problemas práticos difíceis de serem resolvidos. Portanto, se deve interpretar que o silêncio da Convenção a este respeito permite que as autoridades do Estado de refúgio devolvam o menor diretamente ao demandante, com independência do lugar da sua residência atual.”

E assim esclarece ainda mais este conceito o Projeto da Guia do Art. 13b:

“Embora o Preâmbulo da Convenção se refira ao retorno para o “Estado da residência habitual”, não existe tal referência no artigo 12 ou em outros artigos da Convenção. Esta omissão é intencional e permite à autoridade competente, em algumas circunstâncias, ordenar o retorno da criança para onde achar apropriado, para um local diferente do Estado de sua residência habitual antes da transferência ou retenção ilícitas, por exemplo, no caso de um requerente que já não reside mais neste Estado”

A restituição do convívio familiar com ambos genitores, por exemplo, está muito mais acima das questões relativas ao seu ambiente social, tanto que a CH80, intencionalmente, não especifica nos seus dispositivos para onde a criança deverá retornar porque nunca constituirá um problema para o seu retorno a necessidade de, por exemplo, ter que se adaptar inclusive a uma terceira nação da qual nunca teve qualquer vínculo (no caso em que o genitor abandonado tenha mudado de domicílio).

No conceito do melhor interesse completo da criança existe uma clara ordem de prioridades a serem seguidas. A CH80, para conseguir combater eficazmente as subtrações, identificou corretamente essa ordem e formalizou disposições interdependentes que resultam coerentes com essa constatação.

V.VI.III.II. Cientificamente a integração ao novo meio não é primordial

A interpretação do melhor interesse da criança no âmbito das subtrações (que considera a integração irrelevante na quase totalidade das suas situações) tem total respaldo tanto em outras normas internacionais, quanto naquela doméstica brasileira e, como não poderia ser

¹³⁶ Vide parágrafo n. 110 do Relatório Explicativo

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





diferentemente, quanto na ciência da psicologia humana.

Antes de tudo, não resulta existir ou ter existido na história da humanidade sequer uma única lei que proibisse a qualquer genitor de se transferir para outro país com os próprios filhos, em comum acordo com o outro genitor e quantas vezes considerassem oportuno.

Neste mesmo sentido e como mais vezes já especificado, temos, por exemplo, a Convenção de 1989 sobre o Direito das Crianças (escrita quase 10 anos após a CH80) que agrupou tudo aquilo que poderia ser considerado como melhor interesse das crianças. Nela, nada consta sobre um direito de não alteração do seu domicílio, mas muito se estabelece contra quem busca alterá-lo, ilicitamente.

V.VI.III.II.I. As crianças possuem grande flexibilidade psicológica à integração

Muitas vezes se ouve teorizar que uma criança retirada do seu domicilio sofreria quase certamente danos psicológicos intoleráveis. Isto, porém, não possui correlação científica.

O melhor modo para verificar a existência de um distúrbio psicológico é aquele de examinar o que está constatado na última versão do DSM-5, que é um manual realizado por profissionais do campo médico do mundo todo e que é considerado como a bíblia da psiquiatria. Assim resulta, por exemplo, no wikipedia em português:

“O Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 5.^a edição ou DSM-5 é um manual diagnóstico e estatístico feito pela Associação Americana de Psiquiatria para definir como é feito o diagnóstico de transtornos mentais. Usado por psicólogos, fonoaudiólogos, médicos e terapeutas ocupacionais. A versão atualizada saiu em maio de 2013 e substitui o DSM-IV criado em 1994 e revisado em 2000. Desde o DSM-I, criado em 1952, esse manual tem sido uma das bases de diagnósticos de saúde mental mais usados no mundo”

Neste manual, o transtorno que mais se aproxima às consequências da mudança de domicílio é o chamado transtorno de adaptação/ajustamento (“Adjustment Disorder”).

Assim está escrito no DSM-5, na seção “Outras condições quem podem ser foco de Atenção clinica” e subseção “Problemas de Moradia”:

“Reações psicológicas a uma mudança na situação de vida não são parte desta categoria; essas reações são mais bem entendidas como um transtorno de adaptação.”





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Resumidamente, segundo o DSM-5, o transtorno de adaptação pode ser definido como sintomas emocionais ou comportamentais que se manifestam em resposta a um ou mais eventos estressantes identificáveis (luto, doença grave, transferência da residência, crise econômica, perda do emprego, separação, graves discussões familiares, etc.) e que devem durar no tempo. Esses sintomas, normalmente, tomam a forma de ansia ou de humor reprimido, devem se manifestar em até 3 meses do início do fator estressante ou crônico e devem corresponder a uma reação desproporcional em relação a natureza do stress, com uma significativa deterioração na interação social, profissional ou em outra área importante como as relações familiares ou os cuidados da própria pessoa. Se trata de pessoas que, na ausência de patologias pregressas, desenvolvem um distúrbio mental em relação a incapacidade da mesma, de frente a um ou mais eventos estressantes, de uma certa relevância clínica, que suscitam reações intensas de sofrimento psíquico que na maior parte das outras pessoas não se manifestariam.

Resulta mais que claro que o transtorno da adaptação depende prevalentemente da pessoa em si, não é possível estabelecer que todo evento grave e negativo do dia-a-dia gerará automaticamente na pessoa um distúrbio psicológico.

Somente isto já demonstra que a presunção de sofrimento certo nos casos de alteração da própria residência não tem sentido de existir. Sem nem levar em conta o fato de que uma pura alteração da residência pode até representar o ingresso em uma realidade considerada mais favorável para a específica pessoa, gerando assim somente respostas psicológicas positivas.

No caso específico das subtrações, não se conhece uma perícia nacional que tenha negado que um menor se adaptou perfeitamente à realidade do Estado brasileiro e se conhecem muitas sentenças que estabeleceram que devido a isso a criança não poderia retornar à residência habitual para não sofrer uma nova readaptação. Isto é demasiadamente ilógico.

Ora, se ficou provado que a criança psicologicamente não sofreu transtornos relevantes ao se integrar a uma nova realidade brasileira e se o transtorno de adaptação é vinculado à resposta psicológica e pessoal/particular da vítima, só se pode prever, com elevada probabilidade, que a criança possui um grau de equilíbrio psicológico pessoal suficiente para superar, sem sofrer prejuízos importantes, uma decisão judicial de retorno à sua residência habitual.

Além disso, é relevante também verificar o que dizem os dados estatísticos em relação à idade

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

136





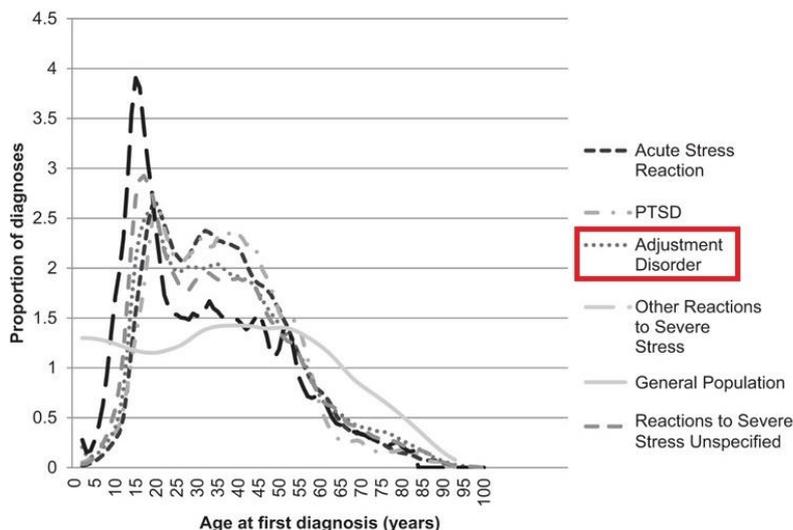
daqueles que recebem o diagnóstico de transtorno de ajustamento.

Como se pode imaginar, este transtorno engloba um grande leque de situações quotidianas e, portanto, se encontra entre os distúrbios de maior difusão na sociedade. Segundo as estatísticas mais recentes, geralmente mais de 50% das pessoas que procuram ajuda psicológica recebem este diagnóstico.

Normalmente, os distúrbios psicológicos não recebem muita atenção das pessoas ou dos médicos em geral e são raros os países onde é possível recolher dados estatísticos consistentes.

Neste limitado quadro observacional, encontramos, por exemplo, uma pesquisa (“*Severe Stress and Adjustment Disorder Diagnoses in the Population of Denmark*”¹³⁷) feita em conjunto por diversas universidades americanas sobre a população da Dinamarca (país extremamente evoluído nas questões sociais e que dá extrema relevância ao bem-estar das crianças¹³⁸), que recolheu os dados relativos aos distúrbios mais comuns que foram diagnosticados neste país, entre os anos de 1995 e 2011.

Estes são os gráficos que resumem os dados estatísticos desta pesquisa:



¹³⁷ Vide <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24948539/>

¹³⁸ Vide, por exemplo, o último “Report Card” da Unicef onde a Dinamarca resulta ser, junto com a Noruega, o país que melhor garante o bem estar da crianças, link direto: <https://www.unicef-irc.org/publications/series/report-card/>





Gráfico 4: idade x proporção do diagnóstico psicológico

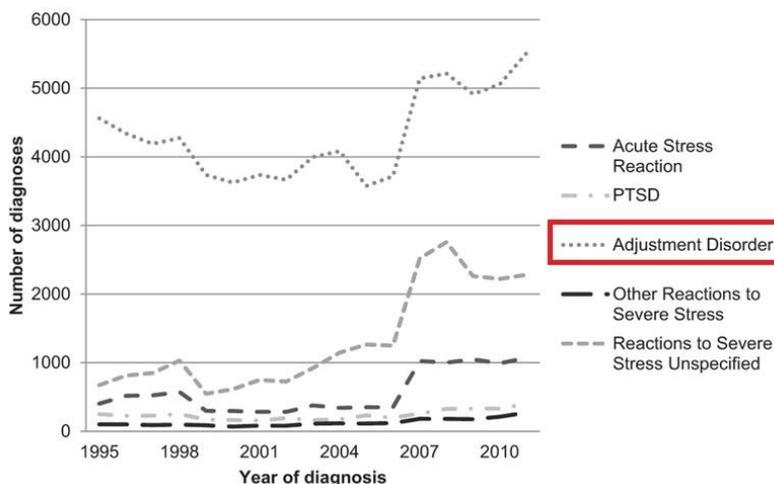


Gráfico 5: ano x número do diagnóstico psicológico

Resulta claramente comprovado que as crianças e os idosos são aqueles que menos sofrem de transtorno de adaptação e, conseqüentemente, são aqueles menos sujeitos a sofrer, eventualmente, problemas psicológicos no caso de transferência do próprio domicílio.

Ao invés, os adultos, são os que sofrem maiormente com as mudanças de vida e, como a idade daqueles que decidem sobre as subtrações está nesta faixa etária, é necessária muita empatia e/ou conhecimento técnico para compreender que as crianças raramente sofrem com uma transferência para o exterior.

Quem tem experiência com crianças sabe que elas são como uma esponja de conhecimento, estão sempre prontas a absorver e fixar novas informações, cultivam um elevado prazer pela descoberta.

Quem acompanha situações familiares de mudança para o exterior, sabe que normalmente as crianças se adaptam facilmente, aprendem a dominar rapidamente o novo idioma e o ambiente escolar favorece o rápido estabelecimento de muitas amizades e de uma maior absorção dos novos costumes e cultura.

Já os adultos normalmente enfrentam essas situações como uma esponja saturada. Eles não têm a elevada capacidade de aprendizagem e/ou de memorização das crianças, acreditam e combatem





fielmente para manter as próprias convicções, se sentem fortes pelo fato de serem habituados a ter o controle de quase todos os aspectos da própria vida, etc. Portanto, quando mudam para o exterior, raramente alcançam um elevado domínio linguístico (como aquele das crianças), sentem a impossibilidade de se integrar plenamente, procuram manter na medida do possível a própria cultura original e acabam se sentindo tratados com discriminação pelos outros, como se fossem verdadeiros forasteiros (mesmo após anos de fixação do próprio domicílio).

Não por acaso, a CH80 teve a sua aplicação limitada aos menores de até 16 anos, pois é a partir dessa “maior” idade que se consolidam grande parte dos elementos que levam a constituição de uma forte convicção pessoal sobre qual é a realidade com a qual se prefere conviver. Assim ensina o Relatório Explicativo¹³⁹:

“uma pessoa de mais de 16 anos tem geralmente uma vontade própria que resultará difícil de se ignorar, seja por um ou outro lado dos seus genitores, seja por uma autoridade judicial ou administrativa”.

Não por acaso, como será explanado mais adiante¹⁴⁰, as novas legislações internacionais ampliaram ainda mais o prazo para levar em conta a integração ao Estado de refúgio e não por acaso chegaram até mesmo a instituir soluções voltadas a total exclusão de qualquer exceção ao retorno.

V.VI.III.II.II. A legalidade está acima da adaptação ao meio

Como já citado, a qualidade de um princípio é verificada ao se observar que em um grande número de situações a sua aplicação se mantém coerente, *mutatis mutandis*.

No caso específico das subtrações, se é verdade que é justo manter uma criança com o genitor que praticou essa grave violência psicológica contra ela, somente para evitar uma alteração nas suas relações sociais, então, por analogia, seria correto estabelecer o absurdo de que nenhum presidiário deveria entrar e/ou sair da cadeia porque isto significaria uma alteração nos seus costumes.

Os exemplos que provam a incoerência desta tese beiram o infinito. No caso mais específico das crianças, se pode também citar as adoções internacionais. Genitores estrangeiros vêm ao Brasil para adotar uma criança (não necessariamente aquelas com menos de 16 anos) e ninguém se

¹³⁹ Vide parágrafo n. 77 do Relatório Explicativo

¹⁴⁰ Vide subtítulo V.VI.VI





escandaliza se após um mês de convívio com os novos genitores a criança é levada ao exterior. Se tivesse sentido a vedação à transferência de domicílio, toda adoção internacional deveria ser considerada como uma violação dos direitos das crianças.

Assim recita a Convenção da Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993:

Convenção da Haia sobre Adoção Internacional

Artigo 2

“1. A Convenção será aplicada quando uma criança com residência habitual em um Estado Contratante ("o Estado de origem") tiver sido, for, ou deva ser deslocada para outro Estado Contratante ("o Estado de acolhida"), quer após sua adoção no Estado de origem por cônjuges ou por uma pessoa residente habitualmente no Estado de acolhida, quer para que essa adoção seja realizada, no Estado de acolhida ou no Estado de origem.”

Como já foi bem explicado anteriormente¹⁴¹, não existe grande diferença entre uma subtração de menor praticada por um genitor e um sequestro praticado por uma pessoa desconhecida. É impensável considerar justo manter um refém com o seu sequestrador até mesmo no caso da síndrome de Estocolmo¹⁴².

Na própria mídia brasileira já foram noticiados diversos casos de crianças recém-nascidas sequestradas em maternidades ou sequestradas por um dos genitores, que reencontraram os pais biológicos depois de diversos anos ou que ainda os estão procurando porque ninguém quer se submeter a um hábito ilegítimo¹⁴³.

Em nenhum desses casos a justiça brasileira estabeleceu que o menor deveria continuar convivendo com o sequestrador (pessoa desconhecida ou genitor biológico) somente porque o tempo transcorrido representava a consolidação de um forte vínculo afetivo com o sequestrador e com o relativo ambiente social.

Diferentemente do que imaginam aqueles que acreditam que valem mais as relações humanas de um longo período do que a simbologia pessoal (aqueles que defendem que genitor é sempre quem

¹⁴¹ Vide subtítulo V.V.I.III.II

¹⁴² A síndrome de Estocolmo pode ser definida como uma reação psicológica em que a vítima de um sequestro ou retenção contra a sua vontade desenvolve uma relação de cumplicidade e um forte vínculo emocional com o seu sequestrador.

¹⁴³ Vide, por exemplo, o caso "Filipe Francisco Lopes Dantas" (3 anos), "Pedro Rosalino Braule Pinto" (16 anos), "Simone Aparecida Pereira" (46 anos), "Sueli Silva" (38 anos), "Adriele Ferreira Leite" (9 anos), etc.





cria e não quem recebe este título pela pura relação biológica), a vítima que descobre ter sido sequestrada, procura se afastar rapidamente daquele que fingiu ser o legítimo genitor por se sentir gravemente lesada. Todo o afeto ou estima que eventualmente pode ter sido construído em muitos anos se desmorona quase que instantaneamente. Ninguém aceita ser tratado como um objeto ou ter os próprios direitos negados para satisfazer o egoísmo dos outros.

O resgate da legalidade é o que todos bramam, crianças e adultos. Todos os aspectos emotivos e psicológicos humanos estão intimamente conectados com o ideal de justiça. Ninguém deixa de combater uma grave injustiça somente porque pode arriscar sofrer uma simples alteração nos hábitos da própria vida, se é que é possível definir a vida com algo estável já que quotidianamente crianças e adultos devem superar questões e sofrimentos inevitáveis.

V.VI.III.III. Jurisprudência brasileira é imprestável

V.VI.III.III.I. Equívocos técnicos

Contrariando a lógica de todas as precedentes considerações feitas até aqui, as autoridades brasileiras continuam impondo uma aplicação distorcida do artigo 12 da CH80 e/ou invalidando-o diretamente.

Em recente decisão (citada no acórdão aqui impugnado), o STJ assim sentenciou no REsp n. 1.880.584-SP (2020/0151289-2)¹⁴⁴:

“É bem de ver, contudo, que esse mesmo artigo 12, antes ou depois de ultrapassado o aludido prazo anual, consente com a não devolução do infante sob disputa, caso ele já se encontre integrado no seu novo meio – argumento que, aliás, lastreou o acórdão ora recorrido, ao afirmar, com base em estudo social elaborado nos autos, que o impúbere em apreço “já se encontrava integrado ao lar materno, onde convivia com harmonia e dedicação exclusiva da genitora e seus parentes próximos, ambientado, igualmente, no meio escolar” (fl. 819), de modo a recomendar sua permanência no Brasil.

Da mesma sorte, ressalte-se, os arts. 13 e 20 da Convenção de Haia, também acima reproduzidos, indicam exceções à obrigatoriedade de restituição da criança, independentemente do tempo em que já se encontre residindo no Estado Parte requerido.

Nesse contexto normativo, portanto, não pode prevalecer a tese recursal brandida pela União no sentido de que, “Nos casos em que transcorrido menos de um ano

¹⁴⁴ Vide decisão integral do STJ no Recurso Especial n. 1880584 (2020/0151289-2), link direto: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001512892&dt_publicacao=18/11/2020





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

entre a retenção ilícita e o início dos procedimentos de retorno, ainda que a criança esteja adaptada ao novo ambiente, é obrigação da autoridade do país requerido ordenar a restituição da criança" (fl. 846)."

Como se pode notar, a lógica do artigo 12 foi completamente distorcida.

A premissa inicial estava correta e aqui já foi confirmada: toda criança (suficientemente mais velha de um recém-nascido) que se encontrar no território do Estado de refúgio por quase um ano, certamente resultará bem integrada a nova realidade.

Porém, o que faltou para alcançar uma interpretação coerente foi usar esta premissa levando em conta:

- qual é (ou deveria ser) o valor hierárquico da CH80;
- o que dizem as explicações oficiais mais detalhadas do texto convencional;
- qual é o melhor interesse global das crianças;
- qual é o parcial melhor interesse da criança que deve vigorar no âmbito das subtrações; e,
- qual é a jurisprudência internacional.

Sem estes elementos, que foram anteriormente analisados em modo extensivo, é natural acabar considerando o artigo 12 equivocado ou mal formalizado.

Como já foi bem demonstrado, o artigo 12 não se baseia na integração do menor subtraído, mas na ação do genitor abandonado, porque a integração a um novo meio é um fator de prioridade extremamente baixa em relação aos outros interesses do menor em jogo. Mais uma vez aqui se repete que a CH80, intencionalmente, considerou como aspecto chave do artigo 12, o fato do genitor ter provado desinteresse real pelo bem da criança, ao ativar uma ação depois de mais de um ano.

Infelizmente, outras decisões brasileiras foram além dessa recente citada jurisprudência, estabelecendo com todas as letras e com grande desembaraço a necessidade de desrespeitar gravemente as condições do artigo 12, para assim tutelar o melhor interesse da criança.

Como exemplo, se pode citar o seguinte parecer presente no acórdão de 2017 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3)¹⁴⁵, que foi inclusive citado na decisão aqui impugnada:

"Portanto, o deslinde da questão posta nos autos passa para além da aplicação

¹⁴⁵ Vide acórdão do processo n. 2001769-0000430-61.2013.4.03.6115 junto ao TRF3

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





literal da letra da lei, exigindo exame mais aprofundado sobre a situação das crianças para que se possa aferir, na redação do próprio artigo 12 da Convenção, se ambas encontram-se integradas no meio social em que atualmente vivem, pois, como bem assentado no julgamento do REsp nº 1.239.777/PE, a Convenção de Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno destes ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa”

Como se pode observar, o princípio aplicado deriva de uma decisão em um REsp de mais de 10 anos atrás do Superior Tribunal de Justiça (10 anos nos quais, como foi relatado¹⁴⁶, o Brasil mudou radicalmente a legislação interna em relação as subtrações de menores), que na época assim se exprimiu sobre o artigo 12¹⁴⁷:

“(…) Nesse contexto, não de ser sopesados, sem dúvida em árdua tarefa, os valores envolvidos nessas delicadas situações trazidas ao crivo do Judiciário. De um lado, o acordo internacional de que o Brasil é signatário que, de forma escoreita, visa coibir as transferências ilícitas para outros países e, de outro, o interesse do menor, cuja integridade deve ser preservada em todos os aspectos.

No caso concreto, após detida análise do feito e atento aos bens jurídicos que as partes buscam tutelar e aos princípios e normas que regem a matéria, concluo que é imprescindível a realização da perícia psicológica requerida pelos ora recorrentes, pois o interesse do menor sobreleva qualquer outro.

Consta dos autos uma única avaliação psicológica do menor, efetuada há mais de três anos, a partir de um único encontro entre a perita do Juízo e a criança. A conclusão dessa avaliação, de outra parte, não conduz à certeza de ausência de grave dano no retorno da criança à Alemanha.. (…)

No meu entender, as constatações da perita não afastam peremptoriamente a possibilidade de graves danos físicos e psicológicos e indicam, nas suas entrelinhas, que a criança já estava integrada ao novo meio.

Nessas circunstâncias, entendo que o indeferimento, em nome da celeridade, da perícia requerida pela genitora do menor, além de se contrapor aos postulados do Código de Processo Civil, pode ensejar uma prestação jurisdicional equivocada, que, na verdade, afronta a própria Convenção da Haia e consolida situação gravíssima e, talvez, irreversível na vida do menor. (…)

Não parece admissível essa grave e pouco motivada afirmação de uma lei internacional de proteção das crianças que se encontraria em conflito com o melhor interesse delas.

É claro que é mais provável um erro de interpretação nacional do que um erro técnico da união das

¹⁴⁶ Vide subtítulo V.V.I.III

¹⁴⁷ Vide inteiro teor do STJ no Recurso Especial (REsp) 1239777/PE 2010/0180753-9:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001807539&dt_publicacao=19/04/2012





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

inteligências dos máximos experts representantes dos mais diferentes países, que compõem a comunidade legisladora mundial, que, por sua vez, cria os tratados e, não contente, verifica periodicamente a eficácia do trabalho realizado para aportar melhorias.

Como já bem detalhado nos capítulos anteriores, a CH80 é perfeitamente coerente com o melhor interesse global das crianças e com o combate das subtrações internacionais. Basta apurar a longa e complexa doutrina internacional para assimilar as provas desta conclusão.

Outro ponto que cabe assinalar e que não parece admissível no referido REsp, é a inversão do ônus da prova das exceções do artigo 13, que será tratado mais adiante¹⁴⁸.

Para tentar reverter definitivamente esse quadro jurisprudencial não uniforme e negativo, a Resolução n. 449/2022 do CNJ tentou explicitar em bem dois dispositivos a impossibilidade de descumprir o art. 12:

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 12

“A contestação deverá se ater aos fundamentos que obstem o retorno da criança, nos termos da Convenção, notadamente: (...)”

V – a integração da criança ao local de residência atual, se, na data do recebimento do pedido de cooperação jurídica pelo Estado brasileiro, decorreu um ano ou mais da data da transferência ou da retenção indevidas; (...)”

Artigo 14, Parágrafo 3º

“§ 3o É inadmissível a prova sobre a adaptação da criança ao Brasil, se transcorrido menos de um ano entre a data da subtração ou retenção ilícita e o recebimento do pedido de cooperação jurídica internacional pela Autoridade Central brasileira, ou o início do processo judicial no caso de a demanda ser ajuizada pela pessoa deixada no Estado da residência habitual da criança, devidamente representada por advogado.”

Após mais de 20 anos de erros grosseiros na aplicação da CH80 e de frente a todos esses elementos, não é mais justificável negar vigência efetiva ao texto literal do art. 12 da CH80.

V.VI.III.III.II. Favoritismo nacionalista no desrespeito literal do art. 12

¹⁴⁸ Vide subtítulo V.VI.IV.I.IV

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Se é verdade que encontrar um conflito entre a CH80 e o melhor interesse da criança pode ser uma questão de desinformação técnica, estabelecer que é dever do tribunal brasileiro procurar provas para fugir da obrigação do retorno imediato, contrariando assim a CH80 e o melhor interesse primordial da criança (de ter o retorno decretado em 6 semanas), é claramente a expressão de uma vontade pré-constituída de querer sempre negar o retorno.

É neste favoritismo nacionalista que também não se consegue ver a incoerência de estabelecer em alguns casos concretos que uma criança subtraída, que se integrou perfeitamente ao Brasil (ou seja, que demonstrou ser capaz de superar com sucesso uma normal e sempre mais comum dificuldade da vida globalizada), não seria capaz de superar com sucesso uma nova integração.

Assim foi argumentada a situação de um caso concreto, em uma apelação do TRF3 (que foi citada no Acórdão aqui impugnado)¹⁴⁹:

“VII. Convém registrar, nesse ponto, que as duas crianças passaram por um infeliz episódio de dissolução familiar que resultou em completa alteração na estrutura social em que se encontravam inseridas. Nesse novo lar, proporcionado pela mãe e pela avó materna, foram acolhidas com carinho por seus familiares e amigos. Ademais, não se ignora os esforços que tiveram de fazer para se adaptar a um ambiente tão distinto daquele a que estavam acostumadas na Suécia. Diversos percalços tiveram de ser superados, desde a questão da comunicação, com o aprendizado de uma nova língua, até a paulatina reorganização do meio social, através da frequência em novas escolas e tantas outras experiências distintas que impossível enumerar com precisão e de forma exauriente. Porém, atestadas nos autos por meio de vasta documentação.

VIII. Assim sendo, tenho que não seria prudente submeter as referidas infantas a uma nova ruptura de vínculos sociais e afetivos, ainda mais na idade em que atualmente se encontram, pois, se à época da retenção, as menores F. B. e B. B. contavam 8 (oito) e 6 (seis) anos de idade, respectivamente, hoje encontram-se com 14 (catorze) e 12 (doze) anos de idade, em plena adolescência e pré-adolescência, sendo inegável as inúmeras raízes parentais e relações sociais aqui estabelecidas nesses últimos 6 (seis) anos e a relevância inarredável da presença materna nesse estágio da vida.”

Aquilo que foi teorizado é a instauração de um verdadeiro dilema kafkiano. Se toda criança não deve sofrer qualquer mínima dificuldade ou não deve aprender a superar qualquer mínima dificuldade da vida, significa que todo o mundo, todo dia, estaria impondo a toda criança uma vida de maus tratos (se deveria então eliminar da sociedade as diferenças sociais, a pobreza, a escola, toda e qualquer competição, a interação/contato com outras crianças, etc). Se toda criança não

¹⁴⁹ Vide acórdão do processo n. 2001769-0000430-61.2013.4.03.6115 junto ao TRF3

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





deve sofrer qualquer mínima dificuldade ligada a eventual mudança de domicílio, então isto deveria ser inserido na Convenção sobre os Direitos das Crianças (ou em outras como a Convenção sobre a adoção internacional) e/ou no Brasil deveria ser proibido que genitores, mesmo em comum acordo, se transferissem com os filhos para outro país.

Se o Brasil não quer admitir, a priori, que seja imposto a uma criança uma nova residência habitual no exterior, então não deveria admitir que um genitor se transferisse para o Brasil com o filho, decretando o seu retorno imediato no mesmo dia da abertura de um pedido de retorno. Somente o favoritismo nacionalista pode justificar a falta de visão das gigantescas contradições deste equivocada princípio de combate à toda e qualquer transferência de domicílio das crianças para países diferentes do Brasil.

O auge dessa certeza chauvinista se observa nas precedentemente citadas sentenças do STJ¹⁵⁰ que, em concordância com os princípios da CH80, resolveu em diversas ocasiões os conflitos de competência jurisdicional, impondo o retorno à residência habitual das crianças subtraídas dentro do território nacional. A única diferença nesses casos é a falta de necessidade de aprender uma língua completamente diferente porque todos os demais aspectos sociais e afetivos acabam sendo alterados, obrigando a criança a superá-los.

Cabe aqui abrir um parêntesis sobre a questão da assimilação de outro idioma porque existe até Recurso Especial recente que foi acolhido sobre a tese de que “a mudança de lar e de língua traria prejuízos incalculáveis ao estado emocional da criança que está completamente integrada ao meio em que vive atualmente”¹⁵¹. Ora, todo genitor espera que o filho aprenda um novo idioma da melhor forma possível para assim aumentar a própria inteligência e poder ter maiores oportunidades profissionais futuras. Portanto, a transferência para outro país é indiscutivelmente a forma mais simples e eficiente para alcançar este conhecimento. Essa tese de inversão da realidade é que deveria ser considerada como um prejuízo incalculável para as crianças.

Colocando de lado a vantagem de aprender uma nova língua, se no plano interno não se deve temer a questão da reintegração à residência habitual, isto também não deveria ser admitido no plano internacional, por simples questão de elementar coerência e/ou de abomínio contra toda e

¹⁵⁰ Vide subtítulo V.IV.I.I.I

¹⁵¹ Vide Agravo em Recurso Especial n. 1703616 - CE (2020/0118138-3), link direto:

https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=134554184&num_registro=202001181383&data=20210910





qualquer forma de discriminação.

Quando se coloca em um lado de uma balança, a perda do contato com um dos genitores (devido uma ação ilícita do outro genitor), e, do outro lado, a puramente eventual necessidade de ter que superar mínimas dificuldades para se reintegrar à residência habitual (como comprovado anteriormente¹⁵², as crianças, por natureza, são aquelas que menos sofrem uma alteração do seu ambiente), é lógico e evidente que o peso maior só pode ser o primeiro e que o segundo aspecto é uma questão que só pode ter peso em um contexto puramente chauvinista.

Entretanto, como não poderia ser diferente, nos últimos anos têm se observado uma tímida evolução na correta aplicação do artigo 12, como foi evidenciado pela própria AGU (há 6 anos atrás, neste processo¹⁵³), ao citar o REsp n. 1.351.235 de 2013¹⁵⁴, que assim estabelecia:

“Na hipótese dos autos, a genitora pleiteou a produção de prova pericial atinente às condições psicossociais da criança, tendo o magistrado a quo indeferido a perícia por entender que não haveria necessidade de parecer técnico em casos de retenção nova. Assim, viável o indeferimento da perícia com base no art. 12 da Convenção, pois o pai da criança foi célere no sentido de tomar as providências administrativas e diplomáticas pertinentes à repatriação, agindo dentro do tempo-limite de 1 ano recomendado pelo documento internacional, lapso dentro do qual, salvo exceção comprovada, a retenção nova da criança autoriza o seu retorno imediato.”

Em decisão ainda mais recente (2020), por exemplo, no REsp n. 1.723.068/RS¹⁵⁵, se proclamou o respeito do art. 12 mesmo no caso de extrema morosidade do poder judiciário (em um caso similar àquele corrente, ou seja, relativo a uma criança que tinha 10 anos de idade e aguardou bem 7 anos para obter uma decisão definitiva sobre o seu retorno), nestes termos:

“20. Por trazer exceções à medida do retorno imediato, a interpretação deve ser restritiva, de modo que, quando transcorrer período inferior a um ano entre o ato ilícito de transferência e o início do processamento do pedido de retorno, feito pelo interessado perante as autoridades responsáveis, o menor deve ser restituído independentemente de qualquer fator externo, como regra. Todavia, após o decurso do referido lapso temporal, as autoridades devem observar as peculiares e noticiadas condições de vida do menor no novo Estado, de modo que, estando ele integrado ao novo meio e ao ambiente familiar, o retorno será obstado, em benefício do melhor interesse do infante. Evidentemente o tempo de tramitação do processo não deve ser considerado para efeito do prazo, sob pena de intencional retardo do

¹⁵² Vide subtítulo V.VI.III.II.I

¹⁵³ Vide fls. 628 dos autos de primeiro grau

¹⁵⁴ Vide decisão integral do STJ no Recurso Especial n. 1.351.325-RJ (2012/0227705-3), link direto:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202277053&dt_publicacao=16/12/2013

¹⁵⁵ Vide decisão integral do STJ no Recurso Especial n. 1.723.068 – RS (2018/0028313-6), link direto:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800283136&dt_publicacao=18/12/2020





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

processo."

Cabe ressaltar que esta última jurisprudência citada, mesmo sendo positiva, continua sendo um modelo a não se seguir pois é apenas uma tímida evolução e não uma completa boa interpretação da CH80 porque, por exemplo, se continua a estabelecer que a CH80 deve observar o melhor interesse global da criança e não aquele limitado que foi a convenção concordada pelos legisladores internacionais.

V.VI.III.IV. Jurisprudência internacional aplica corretamente o art. 12

Enquanto no Brasil se dá uma importância fantasiosa à integração ao próprio meio, desrespeitando o artigo 12 e até mesmo classificando isto como uma situação intolerável para a criança (em base ao artigo 13, como será melhor explorado a seguir), na esfera internacional, a jurisprudência dominante não apresenta dúvidas de que deve ser avaliado o exato contrário.

Assim cita o Projeto da Guia do Art. 13b¹⁵⁶:

"É importante notar que a criança pode enfrentar algum grau de dano se for condenada a retornar ao Estado da residência habitual, no entanto, isso geralmente é insuficiente para atender ao teste de elevado patamar de aplicação do art. 13(1)(b). Ver, por exemplo, "Scottish Outer House of the Court of Session in Cameron v. Cameron (No. 2) 1997 SLT 206 [INCADAT Reference: HC/E/UKs 77]" onde o tribunal notou que alguns danos são inevitáveis com o retorno, assim como alguns danos são inevitáveis em uma transferência ou retenção ilícita. Será a preocupação do Estado para o qual as crianças retornarão minimizar ou eliminar este dano".

Mais uma vez aqui se prova que o paradigma da CH80 é aquele de encontrar soluções para garantir o retorno da criança, porque, em geral, a função da justiça é sempre aquela de encontrar soluções para todo e qualquer problema, portanto, como todo poder judiciário em qualquer parte do mundo deve ser considerado justo, sem preconceitos, prevalece sempre a presunção de que somente situações extremamente graves e bem provadas podem justificar a exclusão da jurisdição do tribunal da residência habitual. Neste sentido, puras suposições/eventualidades ou a necessidade de superar dificuldades corriqueiras, devem ser afastadas com veemência e celeridade.

V.VI.IV. A exceção da situação intolerável (art. 13)

A exceção mais polêmica e que mais permite um mal-uso (em prol da negação do direito de retorno

¹⁵⁶ Vide nota n. 351 do Projeto da Guia do Art. 13b.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





das crianças subtraídas), é aquela contida no artigo 13 da CH80, que assim foi formalizada:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 13

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

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o 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.”

V.VI.IV.I. A correta interpretação do art. 13

Como já evidenciado desde o início, a CH80 possui um texto muito sucinto que acaba determinando grandes incompreensões (em cada palavra, na sua específica posição, estão interiorizados diversos precisos significados), principalmente em relação às autoridades que não são especializadas em direito de família (como a Justiça Federal).

Portanto, é essencial percorrer por partes todos aqueles conceitos que o texto convencional bem expressou (resumidamente) no art. 13, em uma brilhante aplicação da hermenêutica jurídica que impõe a inexistência de palavras inúteis na lei, mas que muitos não conseguem reconhecer cabalmente por diversos motivos (entre eles, o favoritismo nacionalista).

V.VI.IV.I.I. Nível de gravidade do risco de perigos

Seguindo o bom e caro método científico, antes de formar um parecer sobre um texto, é necessário estudar bem o seu significado, principalmente quando se intui inicialmente uma opinião negativa





daquilo que foi realizado pelos máximos experts mundiais.

O problema de tradução que aqui será levantado, não é uma questão de criatividade argumentativa, mas um problema bem notório. O próprio Relatório Explicativo cita a existência de problemas de tradução entre as duas versões da CH80, nas duas línguas oficiais, inglês e francês. Assim foi reconhecido¹⁵⁷:

“Por outro lado, existe uma falta de concordância entre o texto francês e o texto inglês, no que se refere a “identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança”. A este respeito, parece preferível ater-se ao texto inglês, mais completo, sobretudo quanto a menção da nacionalidade do presunto sequestrador, um elemento que as vezes será decisivo para a localização do menor”

“a concordância estabelecida entre o texto francês e o texto inglês pretende precisamente evitar semelhante interpretação, que o texto francês original torna possível.”

Como todos sabem, muitas vezes não é possível encontrar uma palavra que traduza perfeitamente o conceito de outra palavra em um idioma diferente. Além disso, quando se procura regulamentar um específico contexto, por comodidade, se criam expressões nesta nova doutrina coletiva que reúnem um ou mais específicos significados de uma determinada situação e que não são compreensíveis para qualquer outro leitor não bem especializado no relativo tema.

Por exemplo, em geral, a palavra “residência”, internacionalmente, corresponde a uma única morada de valor legal e com ânimo definitivo (resultado da soma dos elementos fáticos e subjetivos), ao contrário, o “domicílio” é apenas um dos possíveis endereços vinculados a necessidades temporâneas. Já no Brasil, tanto o domicílio quanto a residência podem ser múltiplos (Art. 71 do código civil) e “o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo” (Art. 70 do código civil). Portanto, a tradução da expressão “residência habitual”, contida na CH80, poderia ser melhor traduzida à realidade brasileira como “domicílio habitual”. É necessário ter muita atenção nas traduções porque algo aparentemente banal pode na realidade gerar um mar de equívocos.

Neste contexto, um dos problemas mais relevantes da tradução da CH80 é a expressão “grave risk”, que foi traduzida como “risco grave”. Tanto em português quanto em inglês, essa expressão pode ser considerada como anômala na forma como foi escrita.

¹⁵⁷ Vide parágrafos n.51 e n. 61 do Relatório Explicativo





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

O seu significado pode ser interpretado com ambiguidade, principalmente na língua portuguesa, onde a posição de alguns adjetivos em relação ao substantivo ao qual se refere, pode chegar a alterar significativamente o conceito que se deseja exprimir.

Normalmente um risco é acompanhado ou classificado por adjetivos que indicam o seu grau de probabilidade (risco elevado ou risco baixo). Por consequência, parece mais natural imaginar “grave” como o uso de uma palavra mais vistosa e inusual (como normalmente acontece no ambiente jurídico para exaltar o seu aspecto erudito) para representar o significado de elevada probabilidade.

Além disso, mesmo considerando “grave” corretamente, ou seja, como o risco de uma situação grave, alguns podem imaginar que o termo somente exclama como grave o fato da criança correr o risco de sofrer situações puramente negativas (“risco grave...de ficar sujeita a perigos...”). Ora, isto significaria considerar “grave” como uma palavra inútil, um puro comentário pessoal, mas, como já assinalado, a lei não possui palavras inúteis.

Para evitar essas possíveis ambiguidades, a versão oficial da CH80 em espanhol foi oficializada desta forma:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 13, letra b (em espanhol)

existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

Aqui se registra a comparação do texto aprovado no Brasil e a tradução do texto aprovado na Espanha:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 13, letra b (texto oficial em português)

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.

Convenção da Haia de 1980
Artigo 13, letra b (tradução do texto oficial espanhol)

existe um grave riesgo de que a restituição do menor o exponha a um perigo grave físico ou psíquico ou que de qualquer outro modo coloque o menor em uma situação intolerável.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

151





Resulta claro e evidente que o texto em espanhol dá corretamente uma dupla ênfase à gravidade do perigo a ser considerado, zerando assim qualquer dúvida sobre a correta interpretação ou cancelando qualquer possível tentativa de manipulação em má fé do texto convencional.

Afinal, a CH80 trata do risco de perigos psicofísicos, mas este risco só pode ser considerado grave se for relativo a um perigo grave e, logicamente, se a sua probabilidade de ocorrer for coerentemente significativa em proporção ao grau de gravidade do perigo.

Sobre este último ponto cabe abrir um pequeno parêntesis. Na ciência da avaliação dos riscos, por exemplo, em um ambiente de trabalho, se aplica pacificamente a seguinte fórmula (simplificada):

$$Risco = D \times P$$

D: cálculo da gravidade do Dano

P: cálculo da Probabilidade de ocorrência

Desta fórmula é possível extrair a seguinte matriz de risco:

Dano \ Probabilidade	Leve (1)	Médio (2)	Grave (3)	Gravíssimo (4)
Improvável (1)	1	2	3	4
Pouco Provável (2)	2	4	6	8
Provável (3)	3	6	9	12
Altamente Provável (4)	4	8	12	16

Observando essa tabela simplificada se conclui imediatamente, por exemplo, que o risco de viajar de avião é baixo (risco = 4), pois, mesmo sendo verdade que em caso de queda as consequências são gravíssimas (dano = 4), se sabe que o transporte aéreo resulta ser o método mais seguro para se deslocar (probabilidade = 1). Outro exemplo: em um caso de grave violência psicológica, consequente à uma elevada fragilidade psíquica da vítima ou a uma ação realmente grave do autor (dano = 3), se existem instrumentos legais para a obtenção de um suporte resolutivo eficiente e eficaz por parte das autoridades locais e/ou se as condições que propiciavam tal ação não mais existem (probabilidade = 1), é automático deduzir a existência de um baixo risco de ocorrência da violência indagada (risco = 3).





Retornando a análise da tradução espanhola da CH80, se observa que a mesma resulta ser mais exata até mesmo do que a versão oficial em francês (língua latina), provavelmente devido a influência da Dra. Elisa Pérez-Vera, que é/era: Relatora da CH80 (na época da sua redação/discussão); autora do Relatório Explicativo; e, renomeada juíza de direito familiar na Espanha.

A qualidade de toda essa lógica também é confirmada pela seguinte informação histórica, relatada no Guia do Art.13b¹⁵⁸:

“O termo “risco grave” reflete a intenção dos redatores de que essa exceção seja aplicada, de acordo com a abordagem geral das exceções da Convenção, de forma restritiva. Durante o processo de redação, foi acordada uma redação mais restritiva do artigo 13.º, n.º 1, alínea b) do que o inicialmente sugerido. O termo inicial usado na exceção foi “risco substancial”, que foi substituído por “risco grave”, pois a palavra “grave” foi considerada um qualificador mais intensivo”

O Guia do Art.13b também enfatiza a necessidade de considerar um elevado nível de gravidade:

“O termo “grave” qualifica o risco e não o perigo para criança. Indica que o risco deve ser real e atingir um nível de seriedade que o caracterize como “grave”

Como se pode imaginar e como já foi relatado, o legislador internacional procurou (justamente) garantir uma uniformidade na aplicação da CH80, portanto, as situações de elevada gravidade eram as únicas que poderiam ser consideradas da mesma forma pelas diferentes culturas que compõem a comunidade internacional.

Um exemplo prático dessas divergências é o caso concreto do processo em tela (que será detalhado mais adiante). Enquanto no Brasil, o Ministério Público e 4 julgadores (de primeiro e segundo grau), entenderam como violência psicológica contra a genitora (em base a lei nacional Maria da Penha), raras frases irônicas escritas pelo genitor abandonado, após a mesma ter sequestrado o filho; na Itália, tanto no processo de separação/guarda quanto naquele penal de subtração, as mesmas provas não foram vistas minimamente como representativas de qualquer forma de violência.

Como será demonstrado a seguir, também só pode ser lógico deduzir que o conceito de “situação intolerável” deve ser de elevada gravidade. Não tem sentido impor a verificação da possível existência de graves perigos para, ao mesmo tempo, reconhecer como exceção ao retorno questões

¹⁵⁸ Vide nota n. 50 do Guia do Art. 13b





genéricas de baixa gravidade.

Assim ensina o Guia do Art. 13b¹⁵⁹:

“Quanto ao nível de perigo, deve corresponder a uma “situação intolerável”, ou seja, uma situação que não se espera que uma criança tolere.”

Portanto, não é admissível levantar como situação intolerável uma nova integração à realidade da residência habitual somente porque este critério foi levantado no diferente enquadramento do artigo 12 (voltado a impedir que um genitor possa provocar a transferência da criança com o puro objetivo de se vingar ou de prejudicar o genitor subtrator). Não é possível descontextualizar os elementos presentes nas disposições da CH80 atribuindo significados que se distanciam da lógica e/ou intenção do legislador.

Como já foi bem explanado: (i) as crianças raramente sofrem efeitos negativos importantes em uma integração a um novo ambiente; (ii) colocar uma criança em um novo ambiente, licitamente, não é prejudicial (nunca existiu na história da humanidade uma proibição deste tipo e isto é inclusive incentivado como, por exemplo, no caso das adoções internacionais); (iii) o fator da integração só é relevante quando o genitor demorou demasiadamente para fazer o pedido de retorno (não quando o poder judiciário retardar a definição do tema); etc.

Em base a uma pura análise dialética, o tribunal brasileiro que julga a guarda de uma criança, aceitaria um pedido de transferência ao exterior somente pela pura adução de “viver bem” neste novo lugar?

Se a resposta for não, por considerar essa motivação demasiadamente fútil em relação ao direito da criança de ter contato com ambos genitores, então, por coerência, as autoridades brasileiras deveriam aceitar, nos casos de subtrações, somente exceções motivadas por situações de elevada gravidade e concordar com a eventual (é possível que seja autorizada a transferência no país de refúgio após uma análise completa do melhor interesse da criança) decisão das autoridades da residência habitual de negar a transferência do menor para outro país.

Se a resposta for sim, por ter a certeza de que no melhor interesse da criança qualquer motivo pode justificar uma alienação parental, então, por coerência, as autoridades brasileiras não deveriam ter

¹⁵⁹ Vide parágrafo n. 34 do Guia do Art. 13b





receito de restaurar a jurisdição da residência habitual dispondo o retorno a criança, com o convencimento de que nenhum genitor tem a necessidade de subtrair o filho para obter uma autorização legal à sua transferência.

Não é possível ao mesmo tempo estabelecer que qualquer motivo fútil legitime uma subtração assim como qualquer motivo não grave possa ser usado para vetar o retorno ao domicílio original. O foco da CH80 é defender o interesse da criança, não a ideia nacionalista de aceitar as mais variadas justificativas para mantê-la no Brasil.

Portanto, a restituição da criança só deve ser negada de frente a motivos extremamente fortes porque uma subtração (em conformidade, por exemplo, com o direito/princípio de autodefesa) pode ser justificada somente sob elementos graves e somente estes podem ser comprovados e reconhecidos uniformemente como tais em todos os Estados contratantes.

V.VI.IV.I.I.I. O Esquema de identificação do risco de violência doméstica

Já que a identificação do risco de violência deve ser realizada pelo Tribunal Federal, que não é especializado em direito familiar e, estatisticamente, continua negando o retorno das crianças por motivações fúteis e/ou imaginárias, que acabam sendo consideradas como risco real de violência doméstica, é importante assinalar que se deveria, como mínimo, aplicar no reconhecimento do risco técnicas consolidadas no âmbito nacional.

Por exemplo, recentemente, foi oficializado no Brasil um formulário que há anos se usa no plano internacional como instrumento objetivo de identificação do risco de violência familiar.

Assim estabelece a relativa lei que institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher¹⁶⁰:

Lei n. 14.149 de 05/05/2021
Formulário Nacional de Avaliação de Risco

Artigo 1

“Esta Lei institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar, observado o disposto na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).”

¹⁶⁰ Vide lei n. 14.149/2021, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14149.htm





Artigo 2, parágrafo 1

“O Formulário Nacional de Avaliação de Risco tem por objetivo identificar os fatores que indicam o risco de a mulher vir a sofrer qualquer forma de violência no âmbito das relações domésticas, para subsidiar a atuação dos órgãos de segurança pública, do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos órgãos e das entidades da rede de proteção na gestão do risco identificado, devendo ser preservado, em qualquer hipótese, o sigilo das informações.”

Através da leitura deste formulário, que poderia ser preenchido pela parte que levanta o risco de violência doméstica também no âmbito da CH80, uma autoridade que não tem a exata noção sobre como fazer a avaliação do risco de violência, não consegue deduzir minimamente qual é a óptica e/ou os elementos que devem ser levados em conta para constatar cientificamente o risco de violência em relação ao genitor subtrator, para então, sucessivamente, avaliar como isto direta e/ou indiretamente poderia atingir a criança, que é a única parte tutelada na CH80.

Estas são algumas das perguntas presentes neste formulário¹⁶¹:

“O(A) agressor(a) já ameaçou você ou algum familiar com a finalidade de atingi-la?”

“O(A) agressor(a) já praticou alguma(s) dessas agressões físicas contra você? Queimadura, Enforcamento, Sufoamento, Estrangulamento, Tiro, Afogamento, Facada, Paulada, Soco, Chute, Tapa, Empurrão, Puxão de Cabelo”

“Você necessitou de atendimento médico e/ou internação após algumas dessas agressões?”

“O(A) agressor(a) persegue você, demonstra ciúme excessivo, tenta controlar sua vida e as coisas que você faz? (aonde você vai, com quem conversa, o tipo de roupa que usa etc.)”

“O(A) agressor(a) já teve algum destes comportamentos? Disse algo parecido com a frase: “se não for minha, não será de mais ninguém”; Perturbou, perseguiu ou vigiou você nos locais que frequenta; Proibiu você de visitar familiares ou amigos; Proibiu você de trabalhar ou estudar; Fez telefonemas, enviou mensagens pelo celular ou e-mails de forma insistente; Impediu você de ter acesso a dinheiro, conta bancária ou outros bens (como documentos pessoais, carro); Teve outros comportamentos de ciúme excessivo e de controle sobre você;”

“Você já registrou ocorrência policial ou formulou pedido de medida protetiva de urgência envolvendo esse(a) mesmo(a) agressor(a)?”

“O(A) agressor(a) já descumpriu medida protetiva anteriormente?”

“O(A) agressor(a) faz uso abusivo de álcool ou de drogas ou medicamentos?”

¹⁶¹ Vide, por exemplo, <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3218>





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

“O(A) agressor(a) está com dificuldades financeiras, está desempregado ou tem dificuldade de se manter no emprego?”

“O(A) agressor(a) já ameaçou ou agrediu seus filhos, outros familiares, amigos, colegas de trabalho, pessoas desconhecidas ou animais?”

Portanto, com este simples instrumento é possível se aproximar a uma correta avaliação sobre o risco de violência doméstica futuro, excluindo assim os casos de situações sem cabimento (por exemplo, envio de mensagens irônicas que no caso em tela foi considerado como risco de violência) que muitas vezes foram usadas para negar o legítimo retorno das crianças subtraídas ilicitamente.

Uma alegação de risco de violência doméstica que não responde idoneamente nem ao enquadramento deste formulário nacional deve ser afastada instantaneamente. Este é o primeiro passo para verificar o risco do art. 13 pois este formulário se refere a qualquer nível de violência doméstica. Ao contrário, a CH80 está um degrau acima, leva em consideração somente o risco de graves perigos, não tudo aquilo que pode ser enquadrado como violência.

V.VI.IV.I.II. O risco deve ser em relação ao futuro

Se o citado risco grave só pode ser algo conexo à uma previsão futura (o risco de algo acontecer é sempre relativo ao futuro), quando a CH80 estabelece literalmente a avaliação do risco consequente ao retorno, o aspecto prospectivo do Art.13b deveria ser pacífico. Assim foi inegavelmente bem declarado no texto convencional:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 13, letra 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.”

Por uma questão emotivo-cultural, que se afasta radicalmente do método científico, quando um genitor denuncia uma situação intolerável no contexto doméstico, comumente, aqueles que não são bem informados sobre o direito de família, acreditam que isso possa automaticamente ser suficiente para excluir a ilicitude da subtração e, portanto, permitir a grave contradição de legitimar uma ação unilateral que de fato nega o melhor interesse da criança de ter a sua guarda julgada pelo tribunal da residência habitual e/ou de manter o contato com o genitor abandonado.

Cientificamente, em todo e qualquer conflito doméstico podem e devem ser identificadas as suas

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

157





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

causas psicológicas e sempre é possível estabelecer medidas que alterem essas causas e, conseqüentemente, coloquem fim à situação intolerável.

Nenhum dos direitos ou interesses das partes acaba sendo violado quando o paradigma passa a ser a resolução dos conflitos, o contrário da citada abordagem não científica, de cunho puramente punitivo-vingativo.

Para a ciência da psicologia, é somente um mito popular acreditar que existem perfis psicológicos específicos e apriorísticos capazes de classificar alguém como vítima ou culpado natural de uma situação de violência em âmbito familiar.

A metodologia da psicologia se baseia em critérios de ampla coerência que, por exemplo, foram assim enunciados no âmbito do I seminário Amazonense de Psicologia Jurídica (em 2017), financiado pelo Conselho Federal de Psicologia e Escola de Magistratura do Amazonas¹⁶²:

“O primeiro aspecto diz respeito à análise da demanda. Apesar de originariamente destinada ao Judiciário, reconhece-se que as problemáticas referentes às questões de família possuem sérios conteúdos emocionais que precisam ser compreendidos sob a ótica da psicologia (Conselho Federal de Psicologia, 2010; Sousa & Samis, 2008). Isso significa considerar que “questões de ordem psicológica têm determinações históricas, sociais, econômicas e políticas, sendo as mesmas elementos constitutivos no processo de subjetivação” (Conselho Federal de Psicologia, 2003, p.4), conforme recomenda a resolução nº 007/2003.

Nesse sentido, processos de divórcio, guarda de filhos, alienação parental, alegações de abuso sexual e outros da seara do Direito de Família não devem ser considerados simplesmente em seus aspectos legais e jurídicos. Antes, é necessário ampliar a lente para que se perceba os condicionantes históricos e psicossociais correlatos a tais demandas, como as novas configurações familiares, a complexidade dos seus relacionamentos, as características do desenvolvimento infantojuvenil, a crise das autoridades, o exercício da parentalidade, o surgimento de novas violências, dentre outros fenômenos pertinentes ao campo da Psicologia (Oliveira & Brito, 2016a; 2016b; Sousa, 2014).”

Portanto, a CH80, ao estabelecer que não é suficiente uma situação intolerável do passado para negar a obrigação do retorno imediato de uma criança subtraída, está respeitando preceitos científicos que não podem ser atropelados pela falta de conhecimento técnico.

Afinal, se um genitor, por exemplo, comprova ter sofrido um ambiente de violência doméstica, provavelmente essa violência se cessará completamente com uma nova realidade na qual o casal

¹⁶² Vide “Psicologia Jurídica e Direito de Família: para além da perícia psicológica”, UEA Edições, 2017, M. Therense, C.F.B. de Oliveira, A.L.M. das Neves, M.C.H. Levi.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

não compartilhe ou conviva na mesma morada. Não por acaso, os tribunais brasileiros estabelecem sempre medidas para solucionar os conflitos familiares e não impõem a expatriação das vítimas contra a própria vontade.

Se o fator gerador da situação intolerável é eliminado, não existirá qualquer impedimento ao retorno da criança ou impedimento ao seu melhor interesse de ter a própria guarda apurada pelo tribunal que está melhor posicionado para isto.

V.VI.IV.I.III. O risco é exclusivamente em relação a criança

Outro grande mito popular é a automática associação de um conflito conjugal à relação parental, que a CH80 liquidou inexoravelmente há mais de 40 anos atrás ao especificar claramente que o risco de perigo deve ser ligado exclusivamente à criança:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 13, letra 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.”

No mundo imaginário coletivo, um genitor que agride psicologicamente ou fisicamente o outro deve ser afastado também dos filhos, porque ele seria supostamente possuidor de um perfil dominante de desequilíbrio que certamente atingiria também a criança. Este tipo de lógica é tão insensato como aquela de outras discriminações bem reconhecidas como tais pela sociedade em geral.

Por exemplo, na já citada obra oriunda do I seminário Amazonense de Psicologia Jurídica, foram constatadas as seguintes verdades¹⁶³:

“Conforme discutido ao longo do texto, o neoliberalismo e as novas economias provocaram impactos na esfera dos relacionamentos sociais e na produção de novas demandas do homem pós-moderno. No Brasil, houve a expansão das legislações e a conseqüente judicialização de conflitos na esfera da vida pública e privada. A proteção dos direitos da mulher e da criança como alvo de políticas sociais e judiciárias resultou na proximidade dos discursos em sua defesa. No âmbito da convivência familiar de crianças e adolescentes, revelou-se importante estabelecer a clara distinção entre conjugalidade e parentalidade, visando compreender o que é da ordem da relação homem/mulher e se diferencia, portanto, das demandas paterno-filiais.”

¹⁶³ Vide “Psicologia Jurídica e Direito de Família: para além da perícia psicológica”, UEA Edições, 2017, M. Therense, C.F.B. de Oliveira, A.L.M. das Neves, M.C.H. Levi

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





Em tese, é possível que uma criança sofra violência direta por parte do genitor que provavelmente agride o parceiro, assim como é possível que certas situações possam gerar um sofrimento indireto em consequências de um conflito limitado à esfera conjugal. Porém, é igualmente possível que uma criança não sofra qualquer violência direta ou indireta por parte de um genitor que pratique realmente violência doméstica contra o parceiro(a). Portanto, é ilógico estabelecer, em uma situação de conflito conjugal, uma consequência negativa certa e/ou automática na maioria dos casos concretos ou, pior, em todos eles.

Aqui se repete a já citada resolução n. 007/2003 do Conselho Federal de Psicologia (“Manual de Elaboração de Documentos Escritos produzidos pelo psicólogo, decorrentes de avaliação psicológica”):

2.2. Princípios Técnicos

O processo de avaliação psicológica deve considerar que os objetos deste procedimento (as questões de ordem psicológica) têm determinações históricas, sociais, econômicas e políticas, sendo as mesmas elementos constitutivos no processo de subjetivação. O DOCUMENTO, portanto, deve considerar a natureza dinâmica, não definitiva e não cristalizada do seu objeto de estudo.

Os aspectos psicológicos são extremamente complexos e mutáveis, não existem certezas absolutas para toda e qualquer situação. Portanto, no caso de uma comprovada situação de grave perigo psicofísico ou situação intolerável somente em relação ao genitor sequestrador, o possível perigo em relação à criança não é óbvio, deve ser tecnicamente bem comprovado.

A dificuldade das autoridades brasileiras de aplicar a análise do grave risco em relação exclusivamente a criança só pode ser vista como um favoritismo nacionalista porque é uma grande contradição usar o melhor interesse da criança para “corrigir” a CH80 (como no caso da violação do art. 12) e ao mesmo tempo colocar acima deste princípio o interesse do genitor sequestrador (estabelecendo, por exemplo, um risco vinculado exclusivamente a existência do conflito puramente conjugal e não parental), mesmo quando a CH80 impõe literalmente a criança como centro exclusivo das atenções.

Nos processos judiciais de subtração internacional apenas os dois genitores argumentam as próprias razões (nos casos em que o genitor abandonado ingressa no processo com o seu próprio advogado) e isto acaba sendo visto como se fosse uma luta pelos próprios interesses pessoais, o silencioso interesse da criança acaba sendo totalmente aniquilado.





Nesta óptica, o juízo federal, não especializado em direito de família, tem a tendência de: (i) considerar injusto que um genitor sequestrador possa ter o seu direito fundamental de ir e vir (de transferir o próprio domicílio) limitado pela aparente simples vontade do genitor abandonado; (ii) considerar justa a alienação da criança porque aparentemente representa exclusivamente uma violação do direito de visita do genitor abandonado em contraposição ao direito fundamental do genitor sequestrador de viver serenamente graças a exclusão de qualquer forma de contato com ele, etc.

Não deveria ser necessário insistir neste ponto, mas vista a jurisprudência brasileira dominante e os equívocos grosseiros do caso concreto em tela aqui impugnado, no qual em duas instâncias foi estabelecida a exceção do art. 13b em base ao puro conflito conjugal baseado na troca de e-mails e chats (ou seja, sem triscar o bem-estar da criança) sucessivos à subtração, se mostra necessário evidenciar mais uma vez o seguinte ensinamento presente no Relatório Explicativo:

"Neste sentido, convém lembrar a Recomendação 874 (1979) da assembleia parlamentar do Conselho Europeu cujo primeiro princípio geral evidencia que "os menores não devem ser considerados propriedade dos seus pais, mas devem ser reconhecidos como indivíduos com direitos e necessidades próprias. De fato, como assinalou o Sr. Dyer, na literatura científica dedicada ao estudo deste problema, "a opinião que se encontra mais frequentemente expressada, é que a verdadeira vítima de uma subtração de menores" é o próprio menor."

Mais uma vez também se invocam os artigos anteriormente citados da Convenção sobre os Direitos das Crianças¹⁶⁴. A aplicação da CH80 deve ser efetivamente baseada no interesse da criança, não pode continuar vigorando a jurisprudência brasileira que declara nas decisões respeitar o melhor interesse da criança, mas baseia todas as suas motivações de negação ao retorno no conflito familiar que não supera o plano conjugal, como se as partes se encontrassem em um processo de pseudo-divórcio ou como se a realidade do passado não se alterasse radicalmente ao se levar em consideração que na residência habitual vigoraria a efetivação da separação e fim da convivência sob o mesmo teto.

V.VI.IV.IV. O ônus da prova é exclusivamente do genitor abductor

O ônus da prova do art.13 da CH80 é um conceito que também acaba sendo normalmente ignorado pelo poder judiciário brasileiro e isso só pode ser causado por um favoritismo nacionalista que

¹⁶⁴ Vide subtítulo V.V.I.II





prevalece sobre o rigor científico.

Como mais vezes já foi apontado, o tribunal não deve ser aquele que procura provas (que o genitor sequestrador não conseguiu fornecer) para poder negar o retorno, ao máximo, se existe a vontade de agir ativamente *ex officio*, ele deve procurar provas e/ou soluções para garantir o retorno seguro. Este é o verdadeiro significado do já comentado artigo 1 da CH80 (“assegurar o retorno imediato”).

Sobre este tema o texto convencional é extremamente claro em relação a quem deve provar a existência das exceções:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 13, § 1

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

O Relatório Explicativo reafirma esta verdade e narra a lógica aplicada pelos países da Conferencia da Haia ao concordar este entendimento¹⁶⁵:

“Sobre o artigo 13, a parte introdutória do primeiro parágrafo, aponta que o ônus probatório das circunstâncias elencadas nas alíneas a e b é da pessoa que se opõe ao retorno do menor, ou seja, uma pessoa física, instituição ou organismo que as vezes não coincidirá com o sequestrador. É certo que a solução adotada se limita a precisar uma máxima jurídica, segundo a qual quem alega um feito (ou um direito) o deve provar; não obstante, ao adotar esta óptica, a Convenção pretendeu equilibrar a posição da pessoa despossuída em relação ao sequestrador que, por princípio, pôde escolher a jurisdição que o convenia”

O Guia do Art. 13b explica que essa regra deve ser respeitada com elevado rigor (como tudo na CH80), ao ponto que se for o tribunal a encontrar provas contra o retorno, mas não o genitor abductor (ou o Ministério Público Federal, quando for também contrário ao retorno), isso não será suficiente para invocar a exceção. Assim foi explanado¹⁶⁶:

“O ônus de estabelecer a exceção recai sobre a pessoa, instituição ou organismo que se opõe ao regresso da criança, na maioria dos casos, ao progenitor raptor. Mesmo que um tribunal recolha ex officio informações ou provas (de acordo com os procedimentos nacionais), ou se a pessoa ou entidade que apresentou o pedido para o regresso da criança não estiver ativamente envolvida no processo, o tribunal tem de estar convicto de que o ônus da prova para estabelecer a exceção foi cumprido pela parte que se opõe ao regresso”

¹⁶⁵ Vide parágrafo n. 114 do Relatório Explicativo

¹⁶⁶ Vide parágrafo n. 51 do Guia do Art. 13b.





Como já foi bem detalhado anteriormente, não é possível deduzir que esta tese possa ser contrária ao melhor interesse da criança. Provavelmente existe alguém que imagina ser inadmissível restituir uma criança à uma situação intolerável, mas não é razoável ignorar o fato de que existe uma elevada probabilidade desta situação ser constatada somente porque o tribunal de refúgio não possui instrumentos adequados para verificar tais denúncias relativas à realidade de um Estado estrangeiro.

Não por acaso a CH80 apresenta indiscutivelmente regras de concretização do melhor interesse da criança e no seu texto está bem reforçado que uma criança pode retornar à residência habitual mesmo se as exceções forem constatadas (art. 18 e 34).

A lógica disso é elementar. Existe a presunção de que todos os conflitos podem ser bem resolvidos pelas autoridades competentes locais e que todos os Estados contratantes confiam na qualidade da justiça do seu homólogo. Todo e qualquer elemento objetivo de um eventual problema de caráter público do Estado estrangeiro eventualmente não respeitador dos direitos humanos, estão bem protegidas no artigo 20 da CH80 (que será tratado mais adiante¹⁶⁷). Não se deve misturar as questões.

É extremamente improvável que, de frente a uma denúncia de subtração internacional, a nova situação familiar possa se manter idêntica àquela anterior ao sequestro. É também extremamente improvável que exista uma real situação de grave perigo que o genitor abductor não consiga comprovar facilmente (aqui se cancelam todos os argumentos de situações denunciadas somente verbalmente pela impossibilidade de produzir provas substanciais) pois tudo aquilo que é grave é demasiadamente evidente e, conseqüentemente, fácil de se demonstrar.

Em um contexto de favoritismo nacionalista, se o tribunal deve poder recolher provas contra o retorno da criança, se abre uma estrada de incoerências gigantes, como a possível indicação de perigos psicofísicos (graves ou não graves) dos quais o genitor abductor, paradoxalmente, poderia nem ter o conhecimento de sofrer.

O caso em tela é um típico exemplo disto. Uma tese do Ministério Público Federal de frases 3 irônicas em 8 meses de chat sucessivos à subtração como indicadores de violência familiar continua sendo mantida por anos mesmo de frente a um genitor abductor que confessou em diversas ocasiões

¹⁶⁷ Vide subtítulo V.VI.V





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

que tinha intenção de retornar à residência habitual e que se encontrava no Brasil somente por estar em uma situação mais aconchegante junto a própria família. Ora, se uma pessoa sofre realmente em um ambiente ela não tem motivos para querer retornar a ele. Se esta pessoa nunca assinalou sofrer por situações que toda pessoa normal tolera, como o recebimento de mensagens irônicas, não parece coerente elevar tais situações ao patamar de violência e com um fantasioso cunho de inconsciência, de uma violência “oculta”, como uma caça as bruxas.

Como já dito, a psicologia humana é extremamente complexa, o que pode gerar um caso clínico para uns (ou para algumas culturas), para outros (ou para outras culturas) pode não produzir qualquer efeito. Deve sempre prevalecer a avaliação da reação efetiva do sofrimento pessoal, não instituir artificialmente a existência de uma insuperável exceção ao retorno em base a qualquer mínimo elemento psicológico que se deduz aprioristicamente como gerador absoluto de um perigo a toda e qualquer pessoa.

V.VI.IV.IV. As provas estrangeiras são primordiais

Neste quadro de uma brilhante interdependência harmônica dos vários dispositivos convencionais, é essencial evidenciar que na CH80 as provas das autoridades estrangeiras devem ser levadas em conta e com maior prioridade do que qualquer outro tipo de prova.

Assim foi regulamentado:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 13, Parágrafo 3º

“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.”

Esta é uma lógica extremamente coerente com o já citado princípio de proximidade, que faz parte da lógica fundante da CH80. Como já foi bem explicado anteriormente¹⁶⁸, o tribunal melhor posicionado para julgar a guarda da criança subtraída é aquele da residência habitual, portanto, não existe nada mais razoável do que essa obrigação de considerar com prioridade tudo aquilo que pode ter sido constatado pela autoridade competente estrangeira.

¹⁶⁸ Vide, por exemplo, subtítulo V.IV.I.II

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Infelizmente, mais uma vez aqui se observa que também este ponto acaba sendo obstado pelo favoritismo nacionalista que prevalece no Brasil. Ao invés de se observar um judiciário que recebe de mãos abertas a prova estrangeira, se relevam comumente que ela acaba sendo totalmente ignorada e/ou a sua validade é discutida pela ausência de juramentação da tradução e/ou até mesmo de homologação de uma eventual sentença (ignorando o fato de que o objetivo é somente observar as provas e não aplicar a sentença estrangeira)¹⁶⁹.

Neste sentido, em 2017, o STJ firmou a seguinte tese:

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

Assim como os juízos partem do princípio de que todas as manifestações do Ministério Público (tanto na esfera Federal quanto naquela Estadual) têm *a priori* um valor superior devido à sua posição de fiscal da lei, parece que existe um não declarado preconceito em relação a prova estrangeira, como se a ela fosse reconhecida uma presunção de prova que não apresentará a verdade, mas somente os fatos favoráveis ao retorno, apenas porque este Estado está requerendo o retorno da mesma. Como já referido¹⁷⁰, esta inclusive é o mesmo preconceito aplicado a ação da AGU que age com total independência, em nome do Estado, mas é vista como uma defensora indireta da vontade do genitor abandonado.

Isto fere irremediavelmente o princípio de proximidade (as autoridades locais são aquelas melhor informadas sobre os fatos da própria jurisdição) e a já citada mútua confiança que funda toda e qualquer cooperação internacional ou pacto onde não existe um tribunal internacional fiscalizador. Ora, se em âmbito nacional uma decisão judicial de um tribunal brasileiro é a prova mais graduada que se pode invocar, é discriminatório imaginar que o poder judiciário de outro Estado não possua análoga honorabilidade.

O caso em tela é um exemplo concreto deste fenômeno. O poder judiciário do Estado da residência

¹⁶⁹ Vide REsp n. 1.248.264 - RJ (2011/0075885-1), link direto:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79001893&num_registro=201100758851&data=20171206

¹⁷⁰ Vide subtítulo V.III.II.III.I

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

habitual julgou o genitor abductor culpado pela subtração e determinou em dois processos a ausência de uma situação familiar pregressa perigosa (retirando até a responsabilidade parental do genitor sequestrador pela falta de qualquer justificação aceitável pelo crime cometido e insistência em mantê-la retida no Brasil mesmo sob o recebimento de ajuda econômico para o retorno), mas em todas as instâncias essas constatações não foram minimamente levadas em consideração pelas autoridades brasileiras. O critério de proximidade foi utilizado ao avesso.

Na justiça brasileira, além do favoritismo nacionalista de ignorar completamente a prova estrangeira, se buscam empecilhos fantasiosos como a necessidade de legalização da tradução que só foi ultimamente (e parcialmente) resolvida com o novo Código do Processo Civil (CPC) que assim estabeleceu:

Lei n. 13.105 de 16/03/2015
Código do Processo Civil
Artigo 41

“Considera-se autêntico o documento que instruir pedido de cooperação jurídica internacional, inclusive tradução para a língua portuguesa, quando encaminhado ao Estado brasileiro por meio de autoridade central ou por via diplomática, dispensando-se a juramentação, autenticação ou qualquer procedimento de legalização.”

Antes do novo CPC, as discussões eram infinitas porque não se reconhece supremacia legal em relação ao texto da CH80 que assim dispõe claramente:

Convenção da Haia de 1980
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 42

“Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação,

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

166





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

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.(...)”

Neste caso específico, se assinala que o Brasil, no momento da ratificação da CH80, exprimiu todo o seu nacionalismo declarando requerer tradução juramentada e não aceitando uma tradução que não fosse para o português, em uma absurda violação dos citados Artigos 23 e Artigo 24, §2:

Decreto n. 3.413, 14/04/2000
Promulgação da Convenção da Haia de 1980

“DECRETA :

Art. 1o A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro 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.”

Isto, porém, não passou despercebido pelos outros países contratantes que chegaram até a denunciar tal abuso à Conferência da Haia. Assim declarou a Finlândia¹⁷¹:

“(...) Em conclusão, o Governo Finlandês declara que em relação a Finlândia esta reserva não poderá ser invocada pelas autoridades do Brasil já que seria incompatível com as disposições da Convenção acima citadas.”

De fato, o conjunto de todos esses fatores levam a situações como aquela do caso concreto aqui impugnado, onde foram passados inutilmente meses devido a discussão sobre a validade da tradução dos documentos estrangeiros e onde todos os juízes brasileiros não exprimiram um mínimo parecer sobre as constatações unânimes de 7 juízes italianos em dois processos distintos relativos à separação do casal (e guarda do filho) e a subtração do menor.

Em âmbito internacional, diferentemente desta realidade, não só são analisadas com extremo escrúpulo as provas estrangeiras, mas os tribunais enviam específico pedido às autoridades estrangeiras para produzir tais provas¹⁷².

O melhor interesse da criança deve ser apurado no melhor modo possível, portanto, não é possível transgredir a regra do art. 13 que impõe a análise dos fatos constatados pela indiscutível única

¹⁷¹ Vide www.hcch.net, “Child Abduction”, “Status table”, “Res” do Brasil

¹⁷² Vide, por exemplo, a decisão da Corte Europeia sobre os Direitos Humanos no caso Neulinger e Shuruk contra a Suíça, n. 41615/07 e/ou o Regulamento Europeu Bruxelas II-bis

+55 27 99932-0409
mcnad.v.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

167





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

autoridade capaz de fornecer as informações mais exatas possíveis sobre a realidade familiar.

Se espera que a recente Resolução n. 449/2022 do CNJ possa reverter minimamente tal situação visto que liberalizou até mesmo o uso de tradutores automáticos. Infelizmente, estamos de frente da aplicação de um erro para corrigir outro. Se passa do extremo de uma lei de ratificação que contrariava si mesma por impor a tradução juramentada incondicional para o Português (obrigação vetada na CH80) ao extremo de uma simples Resolução contrária a lei e que admite de fato documento em qualquer língua sem um mínimo controle.

Assim foi disposto:

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 17

“Poderão ser utilizados quaisquer recursos para a compreensão de documentos em língua estrangeira, inclusive tradutores automáticos, se o documento for produzido por pessoa que goza do benefício da assistência judiciária gratuita ou a versão juramentada puder atrasar a tramitação processual.”

V.VI.IV.I.VI. O Esquema prático de correta aplicação do art. 13b

O resumo da metodologia prática que deveria ser aplicada no tratamento das apurações da exceção do art. 13b da CH80 foram esquematizados no seu guia oficial.

Foi muito bem evidenciado a verdadeira definição lógica da expressão “assegurar o retorno”, presente no art. 1 da CH80. Em outras palavras, nunca serão suficientes as alegações do genitor sequestrador, mas será necessário, em última análise, verificar, ativamente, se no caso concreto serão aplicadas medidas de proteção capazes de excluir (ou mitigar) todo e qualquer risco levantado de grave perigo ou situação intolerável.

Afinal, mesmo que sejam apresentadas consistentes provas de um conflito doméstico que respeitam conjuntamente o critério de gravidade do perigo levantado, que respeitam a sua relação com o futuro (e não com o passado), que sejam relativas à criança (e não ao genitor) e que tenham sido fornecidas pelo genitor que se opõe ao retorno (e não pelo poder judiciário), somente através da verificação da impossibilidade jurídica de se aplicar na residência habitual medidas especiais de proteção todo esse quadro fático do âmbito doméstico poderá ser considerado como uma

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

168





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

comprovação efetiva da exceção do art. 13b.

Consequentemente, existem 3 possíveis casuísticas:

- caso o genitor subtrator não demonstre que o Estado da residência habitual perdeu a presunção de defensor dos direitos das crianças em todo e qualquer caso de um conflito familiar, por não ter, por exemplo, denunciado às autoridades locais a violência doméstica sofrida ou por não ter demonstrado a ausência de leis de proteção ou a impossibilidade da formulação de ordens cautelares especiais, a exceção do art. 13b não poderá ser considerada como cabalmente comprovada e o retorno imediato deverá ser decretado, independentemente do fato do juízo ter tentado ou não se informar sobre tais questões (buscar provas *ex officio* para negar o retorno fere o princípio do ônus da prova e objetivo da CH80);
- caso o genitor subtrator tiver comprovado a ineficácia das leis ou da ação do Estado da residência habitual e o juízo, *ex officio*, não tiver tentado, *por exemplo*, verificar a existência de medidas especiais junto as autoridades deste Estado para garantir o retorno seguro (através, por exemplo, dos juízes de ligação da Haia), a exceção do art. 13b não poderá ser considerada como cabalmente comprovada e o processo deverá ser cassado e reenviado para a execução de tal apuração (a obrigação do juízo de assegurar o retorno não fere o princípio do ônus da prova pois estará buscando provas para permitir o retorno e não provas para negá-lo);
- somente no caso em que o genitor que se opõe ao retorno tenha comprovado a ineficácia das leis ou da ação do Estado da residência habitual e, conjuntamente, o juízo tenha comprovado a impossibilidade de obter deste Estado medidas de proteção capazes de excluir ou mitigar o risco grave comprovado, a exceção do art. 13 poderá ser considerada comprovada e não subsistirá mais a obrigação do retorno imediato.

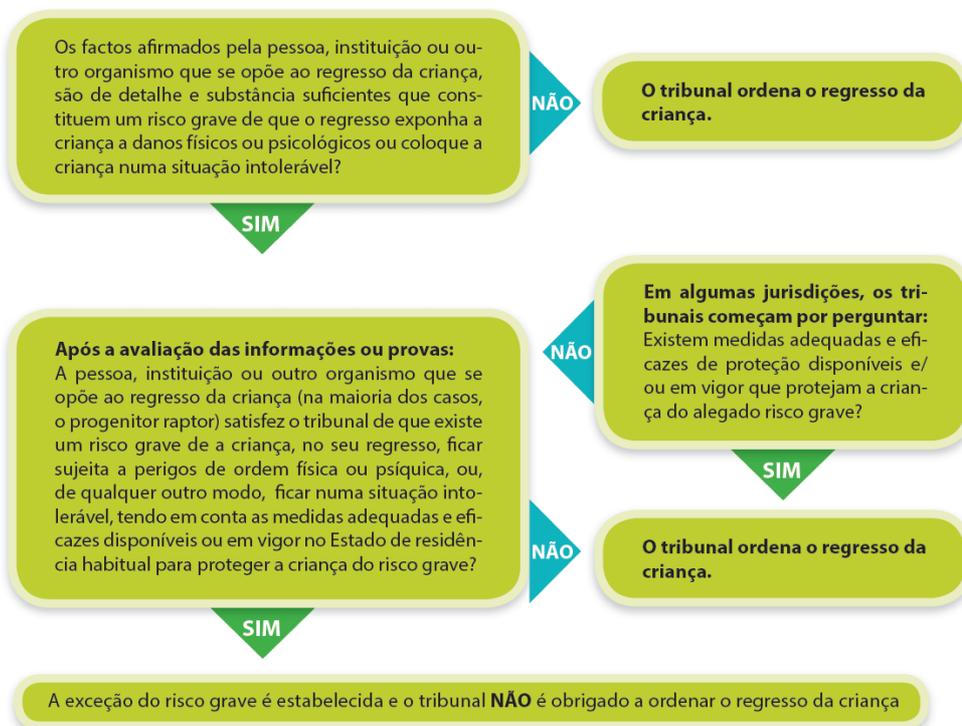
Confirmando essas premissas, assim foi formalizado pela Conferência da Haia (que é o legislador da CH80) o resumido fluxograma passo-a-passo para a solução dos casos de subtração internacional em base à CH80¹⁷³:

¹⁷³ Vide página n. 35 (ou o parágrafo n. 42) do Guia do Art.13b

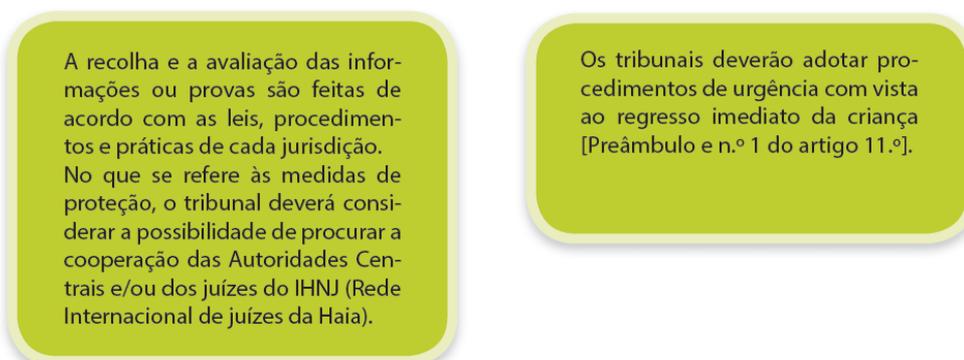
+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





Assim foi especificado no esquema as ações pertinentes que deveriam ser tomadas pelos tribunais:



Mais uma vez aqui está sendo confirmado que o paradigma de cunho chauvinista, que prevê que a função do poder judiciário é aquela de buscar provas para negar o retorno (ao invés de buscar provas para solucionar todo e qualquer empecilho ao retorno), é completamente equivocado.





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Como bem evidenciado no diagrama o poder judiciário deve buscar ativamente (e rapidamente) soluções para garantir o retorno da criança sem riscos de perigos e, como já explanado, mesmo se as exceções forem cabalmente constatadas (ou seja, “impossíveis” de serem superadas ou mitigadas), não existe a obrigação de negar o retorno, mas somente se perde a obrigação de deferir o retorno.

Nada na CH80 veta a decretação incondicional do retorno (art. 18 e 34). Isto comporta a necessidade do juízo de valorar todos os fatos constatados e, constada alguma exceção, em ultimíssima análise, motivar os elementos que levariam à decisão final de negar ou não a criança o seu melhor interesse de ter a guarda julgada pelo tribunal da residência habitual que é considerado a priori como o mais justo devido a sua proximidade com os fatos e poder de verificação dos mesmos.

Portanto, cabe evidenciar novamente que a constatação da exceção ao retorno do art. 13b possui duas instâncias de avaliação, a primeira é relativa a demonstração do risco de uma situação de perigo e a sucessiva é relativa a impossibilidade de excluir ou mitigar este risco. Da mesma forma, também a decisão final sobre o retorno se subdivide em duas instâncias, a primeira é relativa a existência ou não das exceções ao retorno e a segunda é relativa as motivações que poderiam comprovar de que forma a negação ou não do retorno à jurisdição do seu tribunal natural (aquele da residência habitual) corresponderia ou não ao melhor interesse da criança.

Neste sentido, a Resolução n. 449/2022 do CNJ trouxe uma tímida evolução na aplicação do art.13b estabelecendo a necessidade de avaliar se a situação intolerável alegada pode ser solucionada pelas autoridades da residência habitual. Assim foi disposto:

Resolução n.449/2022 do CNJ

Artigo 14, Parágrafo 5º

“O juiz poderá deixar de conhecer da alegação sobre grave risco contida no art. 13, alínea “d”, se a prova for de difícil ou demorada obtenção e a matéria puder ser tratada pelas autoridades do país de residência habitual da criança.”

V.VI.IV.II. A Jurisprudência Internacional aplica com coerência a CH80

Como claramente se conclui através da observação da citada distância estatística entre os números

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

171





nacionais e aqueles internacionais¹⁷⁴, a maioria dos países está respeitando o porte de raridade das exceções ao retorno.

A jurisprudência dominante internacional está aplicando corretamente os princípios convencionais como demonstram as sentenças ressaltadas pela Conferencia da Haia nos guias e trabalhos preparatórios dos mesmos.

Este é um exemplo de uma decisão de forte coerência citada no Projeto do Guia do Art. 13b¹⁷⁵:

"Ver, por exemplo, o Tribunal Distrital dos EUA, Distrito de Maryland em Sabogal v. Velarde, 106 F. Supp.3d 689 (2015) em que o tribunal considerou que embora o caso envolvesse pouco ou nenhum abuso físico, a magnitude do abuso psicológico era única e suficiente para apresentar um risco grave de dano. O Tribunal concluiu então que medidas de proteção adequadas e efetivas poderiam permitir o retorno seguro da criança".

Estes são outros exemplos citados no Guia do Art. 13b¹⁷⁶:

"Ver, para um exemplo de um caso que envolve medidas de proteção, Re E. (Crianças) (Rapto: Recurso de custódia) (ver supra, nota 50). Ver também J.D. v. P.D., (2010) ONCJ 410, 9 de setembro de 2010, Tribunal de Justiça de Ontário (Canadá) [INCADAT Referência: HC/E/CA 1421] no n.º 47, em que o Tribunal considerou que podia «exigir medidas de apoio ao regresso e de proteção às crianças no período de transição antes do tribunal da Escócia lidar com o caso». In Mbuyi v. Ngalula, (2018) MBQB 176, 8 de novembro de 2018, Court of Queen's Bench de Manitoba (Canadá) [INCADAT Referência: HC/E/CA 1416] no n.º 62, o Tribunal de Justiça observou que, ao determinar se a exceção prevista no artigo 13.º, n.º 1, alínea b), foi ou não estabelecida pela situação factual, «o Tribunal deve, em qualquer processo da Convenção da Haia, partir da base de que, exceto nos casos mais extraordinários ou quando os elementos de prova são suficientes para comprovar o contrário, os tribunais e as autoridades no Estado da residência habitual das crianças poderão tomar as medidas para proteger as crianças [...]»."

"Ver, por exemplo, 12 UF 532/16, 6 de julho de 2016, Oberlandesgericht München Senat für Familiensachen (Alemanha) [Referência INCADAT: HC/E/DE 1405] no par. 42, em que o Tribunal constatou que não se podia deduzir que um suposto comportamento violento no passado fosse causa de risco no regresso e observou que havia uma ordem de restrição vinculativa em vigor para que o progenitor raptor pudesse procurar proteção adequada contra qualquer alegado comportamento do progenitor que ficou sem a criança; H.Z. v. Autoridade Central do Estado, 6 de julho de 2006, Tribunal Pleno do Tribunal de Família da Austrália em Melbourne (Austrália) [Referência INCADAT: HC/E/AU 876] no par. 40 onde, ao discutir o comportamento violento e inadequado do passado, o juiz concluiu que "[o] passado pode ser um bom indicador do futuro, mas não é determinante" e que a disponibilidade de proteção legal contra esse comportamento impediu a descoberta

¹⁷⁴ Vide subtítulo V.IV.II.I

¹⁷⁵ Vide nota n. 317 do Projeto do Guia do Art. 13b

¹⁷⁶ Vide notas n. 55, 59, 73, 75, 82 do Guia do Art. 13b





de um risco grave de que o regresso exporia a criança a perigos físicos ou psíquicos ou a colocaria numa situação intolerável.”

“Ver também *Souratgar v. Fair*, 720 F.3d 96 (2.º Cir. 2013), 13 de junho de 2013, Tribunal da Relação dos Estados Unidos para o Segundo Circuito, (EUA) [Referência INCADAT: HC/E/US 1240] nas págs. 12 e 16, em que as alegações de abuso conjugal do progenitor raptor por parte do outro progenitor foram consideradas pelo Tribunal como sendo “apenas relevantes nos termos do artigo 13.º, n.º 1, alínea b), se esta ameaça seriamente a criança. O inquérito ao abrigo do artigo 13.º, n.º 1, alínea b) não consiste em saber se o repatriamento colocaria gravemente em risco a segurança [do progenitor raptor], mas se tal sujeitaria a criança a um risco grave de perigo físico ou psicológico”. Neste caso, o Tribunal reiterou a constatação do tribunal distrital de que, embora houvesse casos de abuso doméstico, “em momento algum foi [a criança] prejudicada ou alvo”, e que “neste caso, as provas [...] não estabelecem”

“Ver, por exemplo, *X. (a mãe) contra Y. (o pai)*, 22 de fevereiro de 2018, *Rechtbank's-Gravenhage* (Países Baixos) [INCADAT Referência: HC/E/NL 1391] na p. 6, em que o Tribunal constatou que as alegações do progenitor raptor de se encontrar regularmente exposto à violência doméstica na presença da criança eram insuficientes para uma constatação de risco grave, uma vez que «todas as circunstâncias devem ser devidamente tomadas em consideração, incluindo se podem ser tomadas medidas de proteção da criança ou outras medidas adequadas para garantir que as consequências da violência doméstica não representem um risco para o menor (ou que já não representem um risco)». Ver também *Mbuyi v. Ngalula* (ver supra, nota 59).”

“Ver, por exemplo, *G., P. C. c. H., S. M. s/reintegro de hijos*, 22 de agosto de 2012, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) [INCADAT Referência: HC/E/AR 1315] quando o Tribunal de Justiça considerou o argumento relativo à situação financeira do progenitor que ficou sem a criança, mas considerou que o progenitor raptor não provou que tal situação implicasse a possibilidade de uma situação extrema para os filhos; *Y.D. v. J.B.*, [1996] R.D.F. 753, 17 de maio de 1996, Tribunal Superior de Quebec (Canadá) [INCADAT Referência: HC/E/CA 369] quando o progenitor raptor alegou que a incapacidade financeira do outro progenitor levaria os filhos a enfrentar um risco grave, mas o Tribunal decidiu que a incapacidade financeira enquanto tal, não era uma razão válida para recusar o regresso de uma criança; N.º de RG 11/02919, 19 de setembro de 2011, Cour d'appel de Lyon (França) [INCADAT Referência: HC/E/FR 1168] em que o progenitor raptor alegou que o regresso dos filhos à Alemanha iria expô-los a um risco grave devido à má qualidade do alojamento do outro progenitor, mas o Tribunal concluiu que o progenitor raptor não demonstrou que não cumpria os padrões mínimos exigidos, observando que o alegado facto de as crianças beneficiarem de condições de vida mais favoráveis em França não podia ser tomado em consideração pelo país requerido, «que não era obrigado a apreciar os méritos de uma decisão estrangeira»; 17 UF 56/16, 4 de maio de 2016, Oberlandesgericht Stuttgart Senat für Familiensachen (Alemanha) [INCADAT Referência: HC/E/DE 1406] em que se considerou que uma situação económica potencialmente menos favorável no Estado de residência habitual não constituía, após o regresso, um risco grave de perigo físico ou psicológico para a criança.”

“Ver, por exemplo, N.º de RG 11/01062, 28 de junho de 2011, Cour d'appel de Bordeaux (França) [Referência INCADAT: HC/E/FR 1128] em que o progenitor





raptor alegou que a criança se queixava de desnutrição, falta de higiene e negligência no Estado de residência habitual, mas o Tribunal considerou que tal era insuficiente para estabelecer um risco grave, cabendo aos tribunais do Estado de residência habitual determinar quem era mais adequado para prestar o cuidado cotidiano à criança, e que o Estado de residência habitual dispunha de instalações e infraestruturas adequadas para monitorizar as crianças residentes no seu território.”

V.VI.IV.III. O Favoritismo nacionalista

V.VI.IV.III.I. A cognição da lei Maria da Penha, mas não da alienação parental

A CH80, em coerência com o seu objetivo de normalizar a situação jurídica das crianças subtraídas, se baseia em conceitos autônomos, não observa e não deve admitir qualquer tentativa de aplicação do direito interno de cada Estado contratante.

Se cada nação fosse legitimada a usar as próprias leis domésticas para interpretar os conceitos da CH80, ela se transformaria em letra morta. Cada um faria o uso que conviesse a si mesmo, demolindo a uniformização da norma.

Se tal fato não se extrai claramente da leitura e lógica do texto convencional, o Relatório Explicativo é bem esclarecedor¹⁷⁷:

“Assim, se pode comprovar antes de tudo que não se trata de uma convenção relativa a lei aplicável e a guarda dos menores. De fato, as referências relativas ao direito do Estado da residência habitual do menor, tem um alcance limitado, dado que o direito em questão só se leva em conta para estabelecer o caráter ilícito da transferência (por exemplo, no artigo 3).”

Em outras palavras, com exclusão do conhecimento da noção do direito de guarda vigente no Estado de origem, todos os conceitos presentes na CH80, como a definição de residência habitual ou violência física/psicológica, não devem ter alguma relação com a lei interna dos Estados envolvidos, são conceitos que pertencem à específica doutrina coletiva instituída no momento da sua criação.

O Brasil, ao invés, cancela o âmbito internacional da CH80 e usa puramente as leis internas para dar um significado às disposições convencionais. A recente Resolução n. 449/2022 do CNJ navegou equivocadamente neste sentido incentivando até mesmo uma inusitada utilização da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que provoca a demolição da CH80. Assim foi

¹⁷⁷ Vide parágrafo n. 36 do Relatório Explicativo





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

disposto:

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 2

“Na interpretação e aplicação da Convenção da Haia de 1980, observar-se-ão as normas de direito internacional privado previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em especial no art. 7º, aplicando-se, conforme o caso, o direito privado do Estado de residência habitual da criança ou o Código Civil brasileiro.”

Ora, a LINDB diferencia o direito material aplicável as partes em base ao conceito de nacionalidade e domicílio do direito brasileiro, mas a CH80 defende todas as crianças de qualquer nacionalidade e em qualquer Estado contratante além de se basear na definição internacional de residência habitual, que não pode ser reconhecida como alterada através de ações ilícitas. A CH80 e a LINDB são duas leis incompatíveis, principalmente com a jurisprudência brasileira que admite a alteração do domicílio por vias de fato (em contraposição ao art. 8 da lei da Alienação parental¹⁷⁸).

Se for para aplicar a LINDB às subtrações nenhuma criança subtraída no Brasil deveria retornar (ou todas deveriam retornar automaticamente em base à aplicação conjunta do art. 8 da lei da Alienação Parental que impõe a residência habitual como domicílio) pois a lentidão dos processos levaria ao reconhecimento do domicílio brasileiro e, conseqüentemente, à obrigação de aplicar a lei material (art. 7 da LINDB) e jurisdição brasileiras (art. 12 da LINDB). Determinar o retorno de uma criança domiciliada no Brasil em base a CH80 seria como violar a obrigatoriedade da jurisdição brasileira em relação ao processo da guarda.

Já no caso específico da violência doméstica se costuma levantar a chamada Lei Maria da Penha, que obteve esse nome em consequência da denúncia internacional da cidadã brasileira que sofreu diversas tentativas de assassinato por parte do ex marido sem obter da justiça brasileira uma proteção adequada.

Graças a sentença da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, que condenou o Brasil por não dispor, em geral, de mecanismos de proteção contra a violência domésticas, foi criada a lei que

¹⁷⁸ Vide art. 8 da lei n. 12.318/2010: “A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.”

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

estabelece as seguintes situações como violência doméstica contra a mulher¹⁷⁹:

Lei n. 11.340, 07/08/2006
Lei "Maria da Penha"

Artigo 7

São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Como se sabe, esta lei é muito polêmica em nível nacional porque parece proteger somente as mulheres e no caso específico da violência doméstica (existem sentenças do STJ que confirmam que a lei não protege a mulher que sofre as mesmas violências por parte de uma pessoa não convivente e/ou sem uma relação íntima estável¹⁸⁰). Além disso, ela exprime como violência conceitos genéricos que podem ser mal interpretados, levando algumas pessoas a se sentirem amedrontadas por arriscarem até mesmo a prisão ao exprimir simples palavras de reprovação. Se

¹⁷⁹ Vide lei n. 11340/2006, lei Maria da Penha, link direto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm

¹⁸⁰ Vide, por exemplo, a decisão do STF no processo CC 100654/2008, onde foi estabelecido que o fato do agressor ser somente um ex-namorado excluía a aplicação da Lei Maria da Penha. Link direto:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802476397&dt_publicacao=13/05/2009

+55 27 99932-0409
mcnad.v.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

176





mal aplicado, este texto legal se transforma em um inadmissível dissuasor até mesmo à liberdade de expressão (por exemplo, todo dia a mídia ridiculariza diversas pessoas, mas não por isso se imagina que devem ser presas nos termos do acima citado art. 7, inciso II).

O específico caso em tela é um bom exemplo da injustiça que se extrai dessa lei. Antes de tudo, se a lei fosse válida em relação ao homem, parece claro que o genitor abandonado resultaria ser uma vítima de violência doméstica, devido a:

- violência psicológica sofrida (e ainda em ato) pelo distanciamento do filho há 8 anos, quando o mesmo tinha somente pouco mais de 1 ano de idade;
- violência patrimonial por todas as perdas econômicas derivadas do caso concreto como, por exemplo, custos legais, viagens, etc;
- violência moral por todas as falsas acusações de violência doméstica neste processo.

Em relação à falta de sensatez na aplicação dos critérios legais, no caso em tela, foi estabelecida a existência de violência psicológica em base a fatos irrelevantes como, por exemplo, 3 frases puramente irônicas (mais adiante serão melhor detalhadas¹⁸¹), do tipo:

- “[Genitor Subtrator:] por favor, fique online, porque a ligação cai toda hora com [a modalidade] "away" – [Genitor Abandonado:] próxima vez que eu tiver problemas com a conexão vou chamar você para resolver”;
- “[Genitor Subtrator] fralda trocadu, voltamos ... vc estah ai? – [Genitor Abandonado:] n, é um espirito”.

Essas foram as palavras do Ministério Público Federal enquanto a isto no primeiro grau e que tiveram o conceito confirmado na segunda instância¹⁸²:

“deixam claro a agressividade e a falta de respeito com que a ré é tratada pelo marido, o qual sempre se dirige a ela friamente de forma irônica, rude e grosseira. Inúmeras vezes deixa a ré falando a respeito do filho sozinha, ficando mudo, sem responder nenhuma pergunta ou dar qualquer satisfação”.

Ora, não parece adequado valorar como violência 3 frases irônicas, em 8 meses de chat e sucessivos 1a subtração, por parte de um genitor que, privado do seu filho, está se comunicando

¹⁸¹ Vide subtítulo V.IX.IV.V

¹⁸² Vide fls. 648 dos autos de primeiro grau do processo n. 0009297-20.2015.403.6100 do TRF3





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

com o sequestrador que causou (e continuando causando) a si um gravíssimo sofrimento.

Esse evidente duplo mal-uso de uma lei doméstica, como forma de levantar a exceção da CH80, só pode ser visto como a demonstração de um favoritismo nacionalista.

Este favoritismo fica ainda mais exacerbado quando se nota que o equivocado princípio do uso de uma lei doméstica em um âmbito internacional é somente parcialmente aplicado.

Como já bem citado anteriormente¹⁸³, no Brasil existe a lei da alienação parental que considera como grave violência familiar a subtração de uma criança, mas nenhuma constatação neste sentido é feita nos processos baseados na CH80.

Na aplicação da CH80, por um lado, um genitor abandonado acaba sendo acusado de violência, pelo poder judiciário brasileiro, por situações que não são violência ou que estão distantes anos-luz da exceção de elevada gravidade convencional, por outro, o genitor sequestrador recebe plena abonação pela subtração cometida, chegando a ser tratado como se fosse a vítima (por exemplo, o seu passaporte não é retirado para impedir uma nova transferência, mas o passaporte do genitor abandonado deve ser entregue caso o mesmo obtenha a concessão de poder ter contato com a criança no Brasil).

Em outras palavras, um genitor brasileiro parece poder subtrair uma criança por motivos fúteis, já um genitor que mora no exterior (mesmo sendo cidadão brasileiro) não pode exprimir um mínimo rancor contra o subtrator, após e/ou durante o sequestro. Além disso, se contraria até mesmo as condições do já citado Formulário Nacional de Avaliação de Risco de violência familiar. Nada disto pode ser considerado razoável.

No Brasil, se o genitor abandonado tem reações naturais consequentes a subtração sofrida, é tachado como violento. Se não reage, é tachado como desinteressado. Esta realidade nacionalista não pode ser considerada como normalidade.

V.VI.IV.III.II. Conflito de competência nacional resulta concorde com a CH80

O ápice dessas incoerências está na constatação de que, enquanto as autoridades brasileiras declaram que a CH80 está errada consigo mesma e deve ser corrigida no melhor interesse da

¹⁸³ Vide subtítulo V.V.I.III.II

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

criança com cidadania brasileira (excluindo o entendimento internacional), no âmbito das leis internas, a justiça especializada em direito de família aplica com exatidão os princípios da CH80!

O caso do Conflito de Competência do STJ, n. 38.577¹⁸⁴, é emblemático, não deixa qualquer sombra de dúvida. Se trata de um pai que vivia em outro estado brasileiro (São Paulo) e que, ao receber o filho para passar férias, negou o seu retorno ao domicílio habitual e pediu a guarda na própria jurisdição por denunciar uma situação intolerável na casa do outro genitor (Tocantins), que possuía a guarda exclusiva. Este genitor guardião, por sua vez, ajuizou uma ação de busca e apreensão na própria jurisdição para obter o retorno do filho, criando um conflito de competência entre os tribunais das diferentes cidades.

Assim foi registrada/resumida a situação da criança na decisão final:

“Ao buscar o filho para passar as festas de fim de ano, verificou que o menor estava com pneumonia, o que tornou indispensável a sua internação para tratamento, após o qual o garoto já havia engordado e crescido, apresentando aparência saudável.

Em razão de insistentes reclamações do filho no sentido de não querer voltar para a residência materna, desconfiou que a criança estava sofrendo maus tratos por parte de sua genitora, o que foi confirmado pela Sr^a. S G, concubina do irmão da mãe do Danilo, que com eles residiu.

Ante os termos da declaração e dos apelos de seu filho, que passou a apresentar, na época que deveria voltar para a casa de sua genitora, quadro de tristeza e diminuição do apetite, além de sintomas de somatização de dor abdominal, outro caminho não teve senão o de propor Ação de Modificação de Guarda, visando à proteção do menor”

Se fosse para aplicar neste caso concreto o que o judiciário federal brasileiro costumeiramente e infelizmente aplica em relação a CH80 (como constatado dos dados estatísticos anteriormente elencados), o processo se arrastaria por anos e seria negada a jurisdição da residência habitual. O exato contrário do melhor interesse do menor.

Ao invés, o conflito foi decidido em menos de um ano e, em base as seguintes justas considerações (como registradas no acórdão), foi restituída a jurisdição natural do juízo da residência habitual da criança:

“No caso ora tratado, foi alegado, para modificação da guarda, falta de cuidados para com a criança, local de moradia inapropriado, castigos impostos pelo avô, etc.

¹⁸⁴ Vide Conflito de Competência do STJ, n. 38.577 - SP (2003/0037724-0), link direto da decisão:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300377240&dt_publicacao=17/12/2004

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

179





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Nos documentos apresentados a mãe do infante procura demonstrar a não veracidade de tais afirmações.

Ocorre que, no conflito de competência, declara-se apenas qual o juízo competente. No caso dos autos, parece-me que o juízo do foro do domicílio da mãe, que exerce a guarda, por estar mais próximo dos fatos, é que melhor poderá decidir sobre o pedido de modificação de guarda.”

O pai levantava acusações contra o retorno com provas substanciais e a mãe se defendia prevalentemente com meras alegações contrárias, mas, mesmo assim, foi deferida a competência da residência habitual.

A CH80, como já explanado, permite a alteração da (efetividade da) jurisdição da guarda somente em casos de situação intolerável para a criança e este risco só existe quando a autoridade local não resultar capaz de tutelar os direitos fundamentais da criança.

Ora, o pai deste caso concreto certamente terá todas as razões para obter a inversão da guarda no juízo da residência habitual, portanto, é injusto obstar a apuração da contestada realidade doméstica que pode ser realizada cabalmente somente pelas autoridades locais.

É improvável que o retorno da criança ao lar materno possa representar um risco de perigo já que se deduz que as autoridades locais possuem todos os instrumentos necessários para verificar e tutelar o seu interesse.

Portanto, tudo aquilo que é estabelecido na CH80 é concorde com o entendimento nacional das autoridades especializadas em direito de família. Na verdade a CH80 tutela mais a criança pois considera cientificamente possível o (raro) caso de incapacidade das autoridades locais da residência habitual na proteção dos direitos primários da criança. Como visto na decisão brasileira, “no conflito de competência, declara-se apenas qual o juízo competente”, ou seja, se considera a priori que toda e qualquer denúncia de incapacidade das autoridades locais devem ser ignoradas pois existe a radical presunção de que serão capazes, sem exceção, de tutelar corretamente o interesse das crianças e que qualquer tentativa de provar o contrário poderá ter êxito somente devido as dificuldades da autoridade invocada de verificar e conhecer a realidade dos fatos passados e futuros de outra jurisdição.

A única diferença do caso nacional citado com aqueles de subtração internacional é que, o Brasil, passa do extremo de não admitir internamente quaisquer exceções ao retorno nos casos de

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

180





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

subtração interna, ao extremo de sempre buscar no plano internacional quaisquer exceções a este retorno (inventando fantasiosamente até mesmo exceções não existentes como aquelas que violam o art. 12 da CH80 e negam o retorno somente pelo fato da criança ter se integrado ao ambiente nacional graças a exacerbada morosidade do judiciário brasileiro) atribuindo de fato às outras nações a presunção de não possuir autoridades capazes de garantir os direitos fundamentais das crianças. Esta desconfiança subjetiva em relação a qualidade jurídica e cultural do Estado estrangeiro é priva de base lógica (como o é toda discriminação e preconceito) e fere os princípios constitucionais brasileiros.

V.VI.V. A exceção de caráter público (art. 20) e o favoritismo nacionalista

A última exceção ao retorno presente na CH80 foi regulamentada desta forma:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 20

“O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12° 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.”

Esta exceção é aquela que causou maior polêmica na Conferência da Haia. Assim foi narrado no Relatório Explicativo¹⁸⁵:

“(…) De fato, até este momento o texto elaborado (...) tinha limitado as possíveis exceções ao retorno do menor a consideração das situações de direito e de conduta das partes ou a uma apreciação específica do interesse do menor. Em contrapartida, a reserva que se acabava de aceitar implicava que se admitia a possibilidade de negar o retorno da uma criança sobre a base de argumentos puramente jurídicos, extraídos do direito interno do Estado requerido (...). Portanto, tais consequências alteram consideravelmente um edifício convencional construído sobre a ideia de que era preciso evitar que, por vias de fato, se excluísse a competência normal das autoridades da residência habitual do menor. Nesta situação, a aprovação (...) da fórmula que figura no artigo 20 (...) [reduziu consideravelmente] o papel concedido a lei interna do Estado de refúgio (...). Por um lado, a referência dos princípios fundamentais relativos a salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais afeta uma área do direito em que existem numerosos compromissos internacionais. Por outro lado, a norma do artigo 20 vai mesmo assim além das formulas tradicionais e das cláusulas de ordem pública naquilo que se refere ao grau de incompatibilidade existente entre o direito invocado e a ação considerada; de fato, para poder negar o retorno do menor invocando o motivo que figura nesta disposição, a autoridade em questão deve comprovar não só a existência de uma contradição como também o fato de que os

¹⁸⁵ Vide parágrafos n. 31, 32 e 33 do Relatório Explicativo

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

181





princípios protetores dos direitos humanos proíbem o retorno solicitado”.

A intenção no tratamento deste artigo é evidenciar que os países redatores da CH80 convieram que, todo e qualquer elemento que possa ser facilmente utilizado (pelo genitor sequestrador) para legitimar a subtração ou para escalar a avaliação do melhor interesse da criança (não global, mas no âmbito da CH80), deve ser vetado.

Outra questão importante é salientar que o Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do Conselho da Justiça Federal (CJF) mostra um evidente favoritismo nacionalista ao considerar possível levantar este artigo para negar o retorno aos países que, banalmente (e corretamente, como já citado anteriormente¹⁸⁶), reconhecem como crime a subtração do próprio filho.

Assim foi estabelecido no Manual do CJF¹⁸⁷:

“Pode ser invocada quando não se permite ao genitor requerido disputar adequadamente a guarda da criança no país da residência habitual, seja por não ser autorizada a entrada (negativa de visto), seja por haver risco de prisão, hipótese possível nos países que criminalizam a conduta e não há arquivamento incondicional da acusação.”

Não se conhece a existência de um único tratado internacional que seja contrário a criminalização das subtrações, tanto que o título da CH80 especifica o seu âmbito civil pois é natural existir também uma responsabilidade penal.

Além disso, a CH80, sendo referida à criança, não pode se basear em considerações exclusivamente ligadas ao interesse do genitor abductor, é necessário antes provar o relativo nexos com o melhor interesse do menor. Não por caso, quando um genitor não quer retornar à residência natural por ter medo de ser preso, isto é classificado como uma questão de possível (não certa) situação intolerável para a criança nos termos do art. 13b.

E aqui é necessário abrir um parêntesis porque novamente se retorna a questão de que não é admissível o uso de artifícios pré-constituídos para justificar a negação do retorno. Não pode ser considerado suficiente a mera decisão do genitor abductor de não retornar à residência habitual junto com o filho. Afinal, como resulta na CH80, o melhor interesse da criança é garantir a convivência com o genitor que procura restaurar a convivência parental, não com o genitor que deseja impor

¹⁸⁶ Vide subtítulo V.V.I.III.II

¹⁸⁷ Vide capítulo 3.5.8, ponto 6, do Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do CJF





unilateralmente onde e com quem o menor deve estar.

Retornando ao tema anterior, neste manual foi imposto um preconceito em relação ao aspecto penal estrangeiro que é contraditório à própria legislação interna brasileira que também criminaliza esta prática (como a já citada lei da alienação parental).

Ora, é extremamente discriminatório considerar que um genitor possa sofrer um processo penal no Brasil, mas não possa ser analogamente responsabilizado no exterior.

É também extremamente discriminatório considerar um processo penal no exterior como não respeitador dos direitos fundamentais *a priori*. No próprio exemplo do caso concreto em tela, foi constatado que o tribunal italiano julgou a mãe culpada pelo crime de subtração de menores infligindo uma dura pena de 2 anos de cadeia que, porém, foi julgada suspensa, ou seja, a mãe só arrisca ir para a cadeia caso cometa eventualmente no futuro outro crime penalmente relevante na Itália. Em outras palavras, é impossível levantar qualquer consequência realmente negativa e, principalmente, ligada a criança.

Antes de sustentar um preconceito sobre um argumento ou situação, é necessário, como mínimo, aplicar o método científico e estudar qual é a realidade internacional para não correr o risco de ser acusado de desconfiar de fantasmas.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, por exemplo, impõe soluções a esses tipos de argumentações:

Convenção da ONU de 1989
Direitos das Crianças

Artigo 10

1. De acordo com a obrigação dos Estados Partes estipulada no parágrafo 1 do Artigo 9, toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vistas à reunião da família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida. Os Estados Partes assegurarão, ainda, que a apresentação de tal solicitação não acarretará consequências adversas para os solicitantes ou para seus familiares.

2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e





de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção.

Portanto, o que deveria estar estabelecido no Manual do CJF sobre o tema é que, em caso de qualquer obstáculo legal ou desincentivo ao retorno do genitor subtrator à residência habitual, o juízo brasileiro poderá utilizar a rede dos juízes de ligação da Haia para encontrar uma solução conjunta com a autoridade estrangeira que seja capaz de eliminar qualquer questão ou mitigar as suas consequências.

Como já foi dito, o paradigma da CH80 é tomar medidas para assegurar o retorno, não procurar desculpas fantasiosas e/ou facilmente superáveis para negar o retorno. Mais uma vez aqui se comprovou como a jurisprudência brasileira e relativa doutrina estão ainda distantes da boa aplicação da CH80 e não podem ser usadas como faro para a solução das questões levantadas.

V.VI.VI. A evolução jurídica das exceções e o retorno seguro

Nesta coerente linha de ações direcionadas à uma eficaz eliminação de todas as argumentações frágeis e fictícias que se costumam levantar contra o retorno das crianças subtraídas, encontramos as normas internacionais e regionais sucessivas à CH80.

Em 1989, a Organização dos Estados Americanos (OEA) criou a Convenção Interamericana sobre a Restituição de Menores¹⁸⁸ que é como uma quase fotocópia da CH80. Em relação à exceção do Art. 13b da CH80, que corresponde ao Art. 11b da Convenção Interamericana, se observa que a expressão “situação intolerável” foi eliminada como exceção ao retorno:

Convenção Interamericana de 1989 Artigo 11

“A autoridade judiciária ou administrativa do Estado requerido não estará obrigada a ordenar a restituição do menor quando a pessoa ou a instituição que apresentar oposição á restituição demonstrar:

- a) que os titulares da solicitação ou demanda do transporte ou da retenção, ou haviam consentido ou dado sua anuência depois do transporte ou retenção; ou
- b) que existe grave risco de que a restituição do menor possa expô-lo a perigo físico

¹⁸⁸ Promulgada na legislação interna com o Decreto n. 1.212 de 03/08/1994, link direto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

ou psíquico.

A autoridade requerida também pode denegar a restituição do menor se comprovar que este se opõe a regressar e se, a critério da autoridade, a idade e maturidade do menor justificarem que sua opinião seja levada em conta.”

Resulta claro que os países da OEA concordaram que o conceito de “situação intolerável” tinha grande probabilidade de ser mal utilizado pelos tribunais nacionais e então consideram necessário eliminá-lo. Afinal, com subjetividade, tudo pode ser inserido no caldeirão da situação intolerável (incluindo as mais banais como clima, condições econômicas, cultura social, etc.) e isto gera um inaceitável prejuízo ao interesse da criança.

Desta forma, todas as questões ligadas ao desrespeito do art. 12 da CH80, que levam o poder judiciário brasileiro a teorizar que, uma criança integrada há anos à realidade brasileira não deve retornar *a priori* pois isto corresponderia a uma situação intolerável (em base ao art. 13b da CH80), foram completamente descartadas.

Portanto, o Brasil, que está vinculado às decisões do Tribunal Interamericano, desde 1989¹⁸⁹, admitiu claramente que não faz parte do melhor interesse da criança negar o retorno em todo e qualquer caso em que a criança resultar integrada ao novo meio social. Não é razoável manter uma jurisprudência dominante que nega o que foi estabelecido já há 30 anos atrás que, inclusive, como já foi bem provado¹⁹⁰, não tem qualquer base científica ou simplesmente observacional (onde uma criança de pouca idade é colocada, ela se adapta sem opor resistência). Por regra, a adaptação a um novo meio não é uma situação intolerável para qualquer criança.

Nesta evolução da normativa internacional, em 1996, foi criada a Convenção da Haia sobre a Proteção dos menores (Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Protecção das Crianças) que até hoje o Brasil não ratificou e não se sabe se um dia ratificará (substitui a antiga versão de 1961, também nunca aprovada pelo Brasil) pois ela dá um duro golpe aos países onde predomina um elevado grau de nacionalismo.

Nesta Convenção da Haia de 1996, foi completamente removida todas as exceções do art. 13b da CH80. No seu artigo 7, foram reunidas somente as condições dos artigos 3 e 12 da CH80 para

¹⁸⁹ O Brasil assinou em 1989 a Convenção Interamericana sobre a Restituição de menores: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-53.html>

¹⁹⁰ Vide subtítulo V.VI.III

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





estabelecer em quais condições as autoridades da residência habitual mantêm a sua jurisdição:

Convenção da Haia de 1996
Artigo 7

“1 — Em caso de afastamento ou de retenção ilícita da criança, as autoridades do Estado Contratante, no qual a criança tinha residência habitual imediatamente antes do seu afastamento ou retenção, mantêm as suas competências até que a criança adquira residência habitual num outro Estado, e:

- a) Qualquer pessoa, instituição ou outro organismo com direitos de custódia concordar no afastamento ou retenção; ou
- b) A criança tiver residido nesse outro Estado por um período mínimo de um ano após a pessoa, instituição ou qualquer outro organismo com direitos de custódia tenham, ou devessem ter, conhecimento do paradeiro da criança, não se encontre pendente qualquer pedido de regresso apresentado durante esse período, e a criança esteja integrada no seu novo ambiente.

2 — O afastamento ou a retenção da criança será considerado ilícito quando:

- a) Se trata da violação dos direitos de custódia atribuída a uma pessoa, instituição ou qualquer outro organismo, conjunta ou independentemente, ao abrigo da lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual antes do seu afastamento ou retenção; e
- b) Se, no momento do afastamento ou retenção, esses direitos eram efectivamente exercidos, tanto conjunta como independentemente, ou teriam sido exercidos se tal afastamento ou retenção não tivesse acontecido.

O direito de custódia previsto na alínea a) supracitada poderá, nomeadamente, resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judiciária ou administrativa ou de um acordo em vigor em conformidade com o direito desse Estado.

3 — Enquanto as autoridades mencionadas no n.º 1 conservarem as suas competências, as autoridades do Estado Contratante para onde a criança foi afastada ou no qual ficou retida apenas poderão tomar as medidas urgentes, previstas no artigo 11.º, necessárias à protecção da pessoa ou bens da criança.”

Além disso, como se pode notar, o prazo de um ano da Convenção de 1996 é muito mais extenso daquele do CH80¹⁹¹, porque não se baseia na data da transferência ou retenção ilícita, mas na data de quando se tem conhecimento do local onde exatamente se encontra a criança, ou seja, o tempo necessário para localizar a criança não é levado em conta. O genitor abductor que tentasse esconder a localização da criança, em um Estado onde isto é facilmente realizável, não teria possibilidade de

¹⁹¹ Vide parágrafo n. 49 do Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1996





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

“sucesso”.

Mais uma vez se prova que ao tempo transcorrido da criança no país de refúgio (a integração ao novo meio) não se deve dar qualquer peso se a transferência ou retenção foi ilícita e se o genitor abandonado provou estar preocupado com o bem-estar da criança agindo judicialmente dentro do prazo de um ano.

Neste contexto internacional, desde 2003 (quase 20 anos atrás), a Europa (que forneceu os princípios fundantes da CH80) aplica o regulamento regional Bruxelas II-bis¹⁹² (que costumeiramente é citado em diversas publicações internacionais como norma exemplar e que na sua última versão de 2019¹⁹³ não sofreu mudanças relevantes em relação aos pontos que serão explorados), que formaliza como a exceção do art. 13b da CH80 deve ser interpretada e, além disso, impõe total supremacia à jurisdição das autoridades da residência habitual.

Assim foi disposto:

Regulamento CE n. 2201/2003 – Bruxelas II-bis
Artigo 11
Regresso da Criança

“(…)

4. O tribunal não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea b) do artigo 13.o da Convenção da Haia de 1980, se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua protecção após o regresso.

(…)

8. Não obstante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do artigo 13.o da Convenção da Haia de 1980, uma decisão posterior que exija o regresso da criança, proferida por um tribunal competente ao abrigo do presente regulamento, tem força executória nos termos da secção 4 do capítulo III, a fim de garantir o regresso da criança.”

Não existe nada mais lógico do que essa norma internacional mais recente que determina que a última palavra sobre o retorno deve ser sempre do tribunal da residência habitual. Este princípio também foi confirmado no art. 9 da sua versão atualizada de 2019 onde foram precisadas condições “óbvias” como, por exemplo, a perda da competência da residência habitual no caso de desistência

¹⁹² Vide Regulamento (CE) n. 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, link direto: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R2201&from=I>

¹⁹³ Vide a versão de 2019 do Regulamento Bruxelas II-bis, n. 2019/1111, que substitui o texto de 2003.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

do pedido de retorno.

Se é verdade (como é verdade) que a autoridade da residência habitual está, por princípio, na melhor posição para julgar a guarda da criança subtraída (base fundante da CH80) e se em uma comunidade internacional se consideram as autoridades de outra nação tão justas quanto as próprias, a última palavra sobre o retorno deve ser do tribunal natural.

Não existem motivos para atribuir ao tribunal do Estado de refúgio a responsabilidade pela averiguação das exceções ao retorno que são intimamente ligadas a uma realidade e fatos ocorridos em outro país (ou até mesmo continente) que somente as autoridades da residência habitual possuem real conhecimento e possibilidade de investigação.

É muito mais provável que o genitor subtrator consiga ludibriar os fatos no tribunal que escolheu unilateralmente e ilicitamente do que naquele que possui todos os instrumentos de apuração dos mesmos.

Portanto, em extrema coerência com a definição do melhor interesse da criança, as exceções ao retorno de uma criança subtraída não deveriam existir entre nações com um certo grau de civilidade. Se a CH80 já requeria que as exceções fossem consideradas como situações de grande raridade, com o avanço cultural e legislativo desses últimos 40 anos, são completamente desnecessárias e só podem ser usadas em má fé para ocultar interesses nacionalistas.

A CH80 foi brilhante ao imaginar que este desenvolvimento legislativo pudesse ocorrer no futuro, prevendo a possibilidade de garantir o retorno das crianças mesmo nos casos em que fosse cabalmente provada a existência de um risco de danos graves (art. 18 e 34). Afinal, um risco é somente uma probabilidade (da improvável existência de um Estado que não tutela o direito das crianças) contra a ilegalidade e graves prejuízos de uma subtração que correspondem a uma certeza absoluta.

Não por acaso a CH80 não interfere na jurisdição da residência habitual mesmo no caso em que o retorno for negado pelo Estado de refúgio:

Convenção da Haia de 1980

Artigo 19

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

188





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

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

Em geral, o regulamento Bruxelas II-bis exprime também outros princípios interpretativos da CH80 que foram considerados tão importantes ao ponto de se preferir declará-los expressamente e/ou estabelecer condições mais exatas. Para evitar o risco de grave violação dos direitos das crianças e dos seus genitores, se preferiu dispor aquilo que deveria ser um princípio e/ou uma interpretação automática.

Esses são alguns desses preceitos:

Regulamento CE n. 2201/2003 – Bruxelas II-bis

Artigo 8
Competência geral

“1. Os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal.

2. O n. 1 é aplicável sob reserva do disposto nos artigos 9º, 10º e 12º”

Artigo 9
Prolongamento da competência do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança

“1. Quando uma criança se desloca legalmente de um Estado-Membro para outro e passa a ter a sua residência habitual neste último, os tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança mantêm a sua competência, em derrogação do artigo 8º, durante um período de três meses após a deslocação, para alterarem uma decisão, sobre o direito de visita proferida nesse Estado-Membro antes da deslocação da criança, desde que o titular do direito de visita, por força dessa decisão, continue a residir habitualmente no Estado-Membro da anterior residência habitual da criança.

2. O n. 1 não é aplicável se o titular do direito de visita referido no n. 1 tiver aceitado a competência dos tribunais do Estado-Membro da nova residência habitual da criança, participando no processo instaurado nesses tribunais, sem contestar a sua competência.”

Artigo 10
Competência em caso de rapto da criança

“Em caso de deslocação ou retenção ilícitas de uma criança, os tribunais do Estado-Membro onde a criança residia habitualmente imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, continuam a ser competentes até a criança passar a ter a sua residência habitual noutra Estado-Membro e:

a) Cada pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda dar o seu

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

189





consentimento à deslocação ou à retenção; ou

b) A criança ter estado a residir nesse outro Estado-Membro durante, pelo menos, um ano após a data em que a pessoa, instituição ou outro organismo, titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, se esta se encontrar integrada no seu novo ambiente e se estiver preenchida pelo menos uma das seguintes condições:

i) não ter sido apresentado, no prazo de um ano após a data em que o titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, qualquer pedido de regresso desta às autoridades competentes do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ou se encontra retida,

ii) o titular do direito de guarda ter desistido do pedido de regresso e não ter sido apresentado nenhum novo pedido dentro do prazo previsto na subalínea i),

iii) o processo instaurado num tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas ter sido arquivado nos termos do n. 7 do artigo 11º,

iv) os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas terem proferido uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança.”

Artigo 11 Regresso da Criança

“1. Os n. 2 a 8 são aplicáveis quando uma pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda pedir às autoridades competentes de um Estado-Membro uma decisão, baseada na Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças (a seguir designada "Convenção de Haia de 1980"), a fim de obter o regresso de uma criança que tenha sido ilicitamente deslocada ou retida num Estado-Membro que não o da sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas.

2. Ao aplicar os artigos 12º e 13º da Convenção da Haia de 1980, deve-se providenciar no sentido de que a criança tenha a oportunidade de ser ouvida durante o processo, excepto se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade.

3. O tribunal ao qual seja apresentado um pedido de regresso de uma criança, nos termos do disposto no n. 1, deve acelerar a tramitação do pedido, utilizando o procedimento mais expedito previsto na legislação nacional.

Sem prejuízo do disposto no primeiro parágrafo, o tribunal deve pronunciar-se o mais tardar no prazo de seis semanas a contar da apresentação do pedido, excepto em caso de circunstâncias excepcionais que o impossibilitem.

4. O tribunal não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea b) do artigo 13º da Convenção da Haia de 1980, se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua protecção após o regresso.





5. O tribunal não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que o requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida.

6. Se um tribunal tiver proferido uma decisão de retenção, ao abrigo do artigo 13º da Convenção da Haia de 1980, deve imediatamente enviar, directamente ou através da sua autoridade central, uma cópia dessa decisão e dos documentos conexos, em especial as actas das audiências, ao tribunal competente ou à autoridade central do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da sua retenção ou deslocação ilícitas, tal como previsto no direito interno. O tribunal deve receber todos os documentos referidos no prazo de um mês a contar da data da decisão de retenção.

7. Excepto se uma das partes já tiver instaurado um processo nos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da retenção ou deslocação ilícitas, o tribunal ou a autoridade central que receba a informação referida no n. 6 deve notificá-la às partes e convidá-las a apresentar as suas observações ao tribunal, nos termos do direito interno, no prazo de três meses a contar da data da notificação, para que o tribunal possa analisar a questão da guarda da criança.

Sem prejuízo das regras de competência previstas no presente regulamento, o tribunal arquivará o processo se não tiver recebido observações dentro do prazo previsto.

8. Não obstante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do artigo 13º da Convenção da Haia de 1980, uma decisão posterior que exija o regresso da criança, proferida por um tribunal competente ao abrigo do presente regulamento, tem força executória nos termos da secção 4 do capítulo III, a fim de garantir o regresso da criança.”

Como se pode concluir, o regulamento europeu resolveu muitas questões que a CH80 delegou ao bom senso ou as obviedades doutrinárias, como, por exemplo, diferenciar os casos em base ao eventual ajuizamento de um pedido de guarda anterior à subtração, dar o correto peso ao critério da integração ao meio, assegurar ainda mais o direito do genitor abandonado e da criança de serem ouvidos, estabelecer regras que evitam conflitos e retardos, etc.

Quase a totalidade daquilo que foi estabelecido não são elementos novos, mas somente regras que mantém a coerência com questões jurídicas já consolidadas em outros âmbitos, portanto, muito daquilo que foi disposto pode ser usado na aplicação da CH80 sem a necessidade da criação de uma lei específica, basta somente compreender e identificar o princípio que está por trás daquilo que foi regulamentado.

V.VI.VII. Retorno seguro

A correta comprovação das exceções ao retorno da CH80, de fato, não representa uma atenção ao





melhor interesse da criança, mas apenas celebra a incapacidade técnica do poder judiciário de garantir um retorno seguro para as crianças subtraídas.

Quando a Justiça brasileira nega um retorno, não está protegendo ou defendendo o interesse do genitor brasileiro que quer morar no Brasil, mas está declarando não ser capaz de encontrar e/ou concordar uma solução idônea ao problema levantado.

O melhor interesse da criança é aquele de ter a restauração do *status quo ante* e isto é potencialmente sempre possível com o uso dos poderes quase ilimitados de qualquer tribunal nacional.

Até mesmo o limite jurisdicional pode ser superado através das comunicações com os juízes de ligação da Haia, que facilitam a dupla homologação de medidas de proteção nos Estados envolvidos.

O costume de ver os casos de subtração como uma apuração dos motivos para negar o retorno, ao invés de uma apuração das medidas quem podem ser tomadas para assegurar o retorno, só pode representar a supremacia dos ideais nacionalistas em relação ao melhor interesse da criança.

Neste sentido, esta é a jurisprudência internacional citada no Projeto da Guia do Art. 13b¹⁹⁴:

“Em “Re M. and J. (Abduction: International Judicial Collaboration) [2000] 1 FLR 803”, o genitor subtrator (a mãe) alegou que não poderia retornar com as crianças para o Estado da residência habitual onde ela estava enfrentando um mandato de prisão pois o retorno das crianças provavelmente causaria danos a elas. O juiz competente na ação de retorno entrou em contato com o juiz competente em matéria penal do Estado da residência habitual para providenciar a revogação do mandato de prisão contra o genitor subtrator até que fosse tomada uma decisão sobre o mérito da guarda. Em um caso que consta no “Practical Mechanisms for Facilitating Direct International Judicial Communications in the Context of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Preliminary Report”, (...) o genitor subtrator (a mãe) levantou preocupações sobre o que aconteceria se ela voltasse ao Estado da residência habitual junto com as crianças. O juiz competente na ação de retorno recebeu garantias do juiz do Estado da residência habitual de que a mãe não seria objeto de qualquer sanção civil desde que as crianças retornassem respeitando a ordem de retorno. O juiz também compartilhou a opinião de que era improvável que genitor subtrator pudesse ser processado sem uma denúncia do genitor abandonado (o pai)”

Em conclusão, não parece possível existir qualquer empecilho ao retorno seguro das crianças

¹⁹⁴ Vedi nota n. 365 do Projeto do Guia do Art. 13n





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

subtraídas que não possa ser facilmente superado ou mitigado pelo poder judiciário em qualquer nação.

V.VII. DIREITO DE VISITA/CONTATO/CONVIVÊNCIA

De regra, a CH80 é vista somente como uma convenção que procura combater as subtrações internacionais de crianças e isso põe em segundo plano o fato dela tutelar também outro primordial interesse da infância, o direito de visitação.

Segundo os dados estatísticos (anteriormente citados¹⁹⁵), os processos brasileiros baseados na CH80 se arrastam por anos e isto leva a uma maior necessidade de tutelar idoneamente este direito. Infelizmente, em quase todos os casos de subtração, nos deparamos com o inadmissível costume das autoridades federais brasileiras de não estipular qualquer regime de visitação provisório.

Os magistrados, que deveriam impor esta medida cautelar *ex officio*, em coerência com o respeito do princípio do melhor interesse das crianças, chegam até mesmo a rejeitar o explícito pedido de visitação pleiteado pelo genitor abandonado.

Esta mesma posição é mantida pelo Ministério Público Federal que nada promove para garantir este direito e ao máximo se limita a declarar que a visitação provisória é uma competência exclusiva da Justiça Estadual e que é um interesse puramente do genitor abandonado buscar este direito.

Por sua vez, a Justiça Estadual, que desde o início da subtração acaba sendo invocado pelo genitor abductor com o fim de obter a guarda da criança subtraída, tem o hábito de nada dispor sobre o regime de guarda cautelar enquanto o genitor abandonado não estiver legalmente constituído como parte processual e, conseqüentemente, não formular pedido neste sentido.

Por exemplo, no caso em tela, o Tribunal Estadual concedeu em 5 dias o pedido de guarda provisória ao genitor subtrator e em relação ao estabelecimento das visitas, proposto por este genitor, indeferiu o pedido (e assim foi mantido, por 6 anos, até o arquivamento do processo por falta de correta intimação do genitor abandonado):

“Considerando que a proposta de visitação comporta muitas particularidades, e que o pai reside na Itália, segundo consta na inicial, o pedido de fixação de regime de

¹⁹⁵ Vedi subtítulo V.IV.II.I

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

visitas provisório será apreciado após o prazo de resposta do réu.”

Temos de fato um genitor abandonado que domicilia em outro país, que obteve a notícia de poder invocar a CH80 para requerer o retorno imediato do filho simplesmente encaminhando o relativo pedido à uma Autoridade Central, mas que, de fato, vem a descobrir meses ou anos depois da denúncia que, no caso específico do Brasil, ele deveria encontrar e custear um advogado brasileiro para ingressar no procedimento de guarda estadual e assim esperar de poder defender o direito de visitação cautelar que é prevalentemente um interesse da criança. Com isso, acaba descobrindo ainda mais tarde que esta ação na esfera estadual inevitavelmente entrará em conflito com o juízo do pedido de retorno que corresponde ao interesse primário das vítimas. Nada neste sistema se aproxima aos objetivos celebrados na CH80.

É claro e evidente que a justiça brasileira não está tutelando os direitos da criança e, portanto, é necessário compreender a importância do direito de visitação na CH80, quais são os obstáculos criados pela justiça brasileira e como eles deveriam ser superados.

V.VII.I. O direito de visita é um direito fundamental

Antes de entrar no mérito da visitação dentro do contexto específico da CH80, é necessário invocar a importância geral e valor do direito de visitação entre os genitores e os seus filhos, já que o constante desrespeito deste direito só pode ser consequência da falta de conhecimento de premissas essenciais deste aspecto humano universal.

Consequentemente, aqui se invocam todas as premissas relativas ao melhor interesse das crianças que foram argumentadas anteriormente¹⁹⁶ e que comprovam claramente que o tema da visitação deve ser avaliado de forma paralela em todos os pedidos que, formalmente, visam o retorno imediato da criança subtraída.

Mesmo observando que no Brasil o valor da visitação é extremamente subestimado, existem muitos profissionais que conseguem enxergar a sua importância científica como, por exemplo, a renomada perita judicial brasileira, Dra. Renata Bento, que expressou as seguintes palavras no Seminário de 2017 do Conselho de Justiça Federal sobre a Subtração Internacional de Menores¹⁹⁷:

“Não é a separação em si que afeta os filhos, mas a forma como os pais as

¹⁹⁶ Vide subtítulo V.V

¹⁹⁷ Vide vídeo publicado em: https://youtu.be/Rzuar_igdTQ?t=2769

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





conduzem. Isto quer dizer que muitas vezes a separação de um casal pode ser não só um bom caminho, mas a direção mais acertada para se viver melhor. De fato, existem outras relações que são mais satisfatórias e melhores. Todavia, quando se tem crianças envolvidas é preciso protegê-las, conduzir com maturidade ao invés de colocá-la no meio das disputas dos pais. O desastre do fim da relação conjugal e a perda fantasmática de um dos genitores, que passa a ser considerado malvado, são arremessados contra a criança de diversas maneiras. Entretanto, nenhuma delas parece levar em consideração real a importância que tem os pais para uma criança. Sabemos que o judiciário não é o melhor lugar para se resolver os conflitos emocionais. Talvez, se essas pessoas pudessem recuperar a sua capacidade de pensar não precisariam chegar a esse ponto. Contudo, foi este o lugar que escolheram para viver e reviver a dor da separação, da quebra do contrato afetivo, da ruptura dos vínculos. Se examinarmos um pouco mais a fundo ouviremos o eco das apelações insatisfeitas, os desencontros amorosos, os sonhos não realizados e tudo isso demandando uma reparação e aguardando que o juiz se pronuncie em defesa e se coloque na posição de regular ou de reparar o irregular. Como é que se regula sentimento? O juiz não tem o tempo necessário para entender o conflito, ele precisa resolver. Como é que ficam essas pessoas? Provavelmente brigando, usando os filhos como arma contra o outro e, acreditem, tudo isso sendo dito e feito em nome do amor. E a criança vai crescendo.”

“Um dos papéis dos pais é garantir ao outro o lugar de sua função, materna ou paterna, separando assim conjugalidade de parentalidade. Isso quer dizer que quando a relação acaba, trata-se do fim de um casal conjugal, todavia, o casal parental, esse é para sempre. A criança é o retrato vivo daquilo do vínculo passado do casal, este que não pode ser apagado. Lidar com o fato de que a criança é uma pessoa e não lhe pertence como objeto de posse tem sido um grande desafio para muitos pais que acreditam que, após a separação, o filho passou a ser sua propriedade particular. Os pais constituem o alicerce fundamental para o desenvolvimento emocional dos seus filhos. A função dos pais é, através do amor, educar e tornar seu filho autônomo, ou seja, ajudá-lo a se tornar adulto o suficiente para cuidar de si próprio e administrar a sua vida. Diante de uma situação de brigas dos seus genitores a criança, quando envolvida, perde uma parte do seu referencial de base e isso significa perder uma parte de si mesma e a sua infância fica maculada. O que foi perdido nessa relação jamais se recupera. Podemos dizer que o que foi desenhado na mente de uma criança de forma negativa por um dos pais a respeito do outro não passará despercebido e trará sérias consequências para a formação da personalidade de uma criança.”

Compreender essa citada importância psicológica da interação entre filhos e genitores é tão essencial que os especialistas da área fazem sempre questão de frisar que o mais correto seria usar a expressão direito de convivência e não de visita.

Esta mesma sensibilidade se observa nos textos explicativos da Conferência da Haia que usam a expressão direito de contato, pois é claramente algo mais amplo do que a definição da palavra visita.

Esse direito de contato, por ser sempre invocado por um dos genitores, acaba sendo considerado





como um direito consequente a uma disputa conjugal, não como um direito prevalentemente da criança. Somente porque a criança não é ouvida ou porque não tem a capacidade de agir legalmente no próprio interesse, as suas necessidades básicas acabam sendo ignoradas.

Portanto, em base ao superior interesse dos menores, o regime de visitação deve sempre ser colocado em pauta com a máxima prioridade e deve sempre ser estabelecido (ativamente, ou seja, com a invocação de soluções e não de desculpas que o inviabilizariam) da forma mais ampla possível e em todos os casos de subtração internacional.

V.VII.I.I. O direito de visita em âmbito internacional

Obviamente, aquilo que é cientificamente provado como direito fundamental dos seres humanos não poderia deixar de ser bem tutelado pela comunidade internacional.

A convenção internacional que reúne todos os direitos da infância, a Convenção da ONU de 1989, bem definiu os princípios que devem governar o direito de visita. Estas são algumas das suas disposições:

Convenção da ONU de 1989 Direitos da Criança

Artigo 8

“1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.”

Artigo 9

“1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, (...).”

“3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.”

Artigo 10

“2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. (...)”

Para poder dar efetividade a esses direitos fundamentais é necessário o uso de critérios





interpretativos e procedimentais específicos que requerem um grande conhecimento técnico sobre o mundo infantil.

Não por caso, tribunais regionais como a Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que possui jurisdição em 47 países (ou 46, devido à recente saída da Rússia), em diversas ocasiões tiveram que avaliar a retidão de várias decisões nacionais sobre o direito de visitação em base à Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950¹⁹⁸, artigo 8, que estabelece o princípio do “direito ao respeito pela vida privada e familiar”.

Neste sentido, vale a pena observar o que a CEDH declarou em uma recente sentença pronunciada em setembro de 2021, no caso de um cidadão da Grécia que denunciou o próprio país pela lentidão com a qual se decidiu sobre o direito de visita¹⁹⁹:

“a) Princípios gerais

66. A Corte reitera que, para um genitor e seu filho, estar juntos representa um elemento fundamental da “vida familiar” nos termos do art. 8 da Convenção (ver, entre outros, Olsson contra a Suécia, Serie A n. 130, §59 e Gluhaković contra a Croácia, n. 2188/09, §54).

67. O artigo 8 visa essencialmente proteger o indivíduo contra a interferência arbitrária das autoridades públicas. Todavia, pode dar também origem a obrigações positivas relativas, além disso, a eficácia dos procedimentos de investigação relativos à vida familiar (ver, entre outros, Marckx contra a Bélgica, Serie A n. 31, § 31). Isto inclui a obrigação para as autoridades domésticas de adotar medidas para reunir os pais com os filhos e facilitar esses encontros. Isto também vale para os casos nos quais surgem controvérsias relativas ao contato e guarda entre os genitores e/ou outros membros da família das crianças (ver Gluhaković contra a Croácia, n. 21188/09, §56).

68. Visto que o respeito efetivo da vida familiar requer que as relações futuras entre genitor e o filho sejam determinadas unicamente em base a todos os fatores relevantes e não pelo simples transcorrer do tempo (Diamante e P. contra San Marino, n. 3225/08, 21177), a conduta ineficaz e, em particular, retardada dos procedimentos de guarda e de visita pode comportar uma violação das obrigações positivas derivadas do art. 8 da Convenção (Eberhard e M. contra a Eslovênia, n. 8673/05 e 9733/05, § 127, S.I. contra a Eslovênia, n.º 45082/05, § 69), porque um atraso procedimental pode levar a resolver por via de fato a questão controversa (H. contra o Reino Unido, Serie A n. 120, § 89). Consequentemente, nas questões que envolvem a relação de uma pessoa com o seu filho existe uma obrigação de provar uma diligência excepcional levando em conta o risco que o passar do tempo poderia comportar de fato na decisão da questão. Esta obrigação que é determinante para avaliar se uma questão foi resolvida em um tempo racional como

¹⁹⁸ Vide Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 em < <https://www.echr.coe.int/>>; “official texts”; “European Convention on Human Rights”: “All Languages”

¹⁹⁹ Vide processo n. 46075/16 da CEDU, link direto: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211829>





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

existe o art. 6 §1 da Convenção, faz igualmente parte das exigências processuais implícitas no artigo 8 (ver, por exemplo, Süß contra a Alemanha, n. 40324/98, § 100, Strömblad contra a Suécia, n° 3684/07, § 80, e Ribić contra a Croácia, n. 27148/12, § 92)."

Como se pode constatar, internacionalmente, o direito de visita é considerado essencial na vida das pessoas envolvidas e deve ser o mais amplo possível. Além disso, como tudo aquilo que circunda o direito familiar, deve ser regulamentado com elevada urgência e efetividade para não proporcionar maiores injustiças. Estes critérios não foram explicitados nas convenções, mas são extremamente lógicos e evidentes.

Manter uma criança sem um contato satisfatório com ambos genitores gera graves prejuízos para o menor e favorece até mesmo a tentativa ilegítima de um dos genitores (que procura estender o conflito conjugal à relação paternal) de obter artificialmente a guarda exclusiva da criança argumentando, por exemplo, que o filho não cultivou qualquer apego em relação ao outro genitor.

Assim como é injusto admitir a transferência ou retenção ilícita de uma criança no exterior com o fim de criar fraudulentamente vantagens jurídicas perante o tribunal da nova jurisdição, também é injusto admitir uma inércia das autoridades locais do Estado de refúgio no estabelecimento do direito de visita porque isto permitirá ao genitor mal-intencionado de lograr uma dupla e ilegítima vantagem jurídica no âmbito do juízo da guarda.

Na Europa, no caso mais específico das subtrações, para garantir maiores tutelas ao direito de visita, o Regulamento Bruxelas II-bis, em coerência com o princípio da manutenção da competência do tribunal da residência habitual no julgamento da guarda da criança que tenha tido o domicílio alterado ilicitamente, criou regras para favorecer a execução no Estado de refúgio de disposições sobre o direito de visita estabelecidas por este tribunal. Em outras palavras, se o Estado de refúgio se manter inerte, o Estado da residência habitual poderá dar solução a sua inércia.

Essas são algumas das suas disposições em mérito:

Regulamento Bruxelas II-bis 2019/1111

Artigo 8

Prolongamento da competência quanto ao direito de visita

“1. Quando uma criança se desloca legalmente de um Estado-Membro para outro e passa a ter a sua residência habitual neste último, os tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança mantêm, em derrogação do artigo 7.º, a

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

198





sua competência, durante três meses após a deslocação, para alterarem uma decisão sobre o direito de visita proferida nesse Estado-Membro antes da deslocação da criança se a pessoa a quem foi reconhecido o direito de visita pela decisão continuar a residir habitualmente no Estado-Membro da anterior residência habitual da criança.

2. O n. o 1 não é aplicável se o titular do direito de visita referido no n. o 1 tiver aceite a competência dos tribunais do Estado-Membro da nova residência habitual da criança, participando no processo instaurado nesses tribunais, sem contestar a sua competência.”

Artigo 34

Decisões com força executória

“1. As decisões proferidas num Estado-Membro em matéria de responsabilidade parental, que aí tenham força executória, são executórias nos outros Estados-Membros sem que seja necessária qualquer declaração de executoriedade.

2. Para efeitos de execução noutro Estado-Membro de uma decisão que conceda um direito de visita, o tribunal de origem pode declarar a decisão executória a título provisório, não obstante qualquer recurso.”

Artigo 47

Emissão da certidão

1. O tribunal que tenha proferido uma decisão a que se refere o artigo 42º, n. o 1, emite, a pedido de uma parte, uma certidão para:

a) Uma decisão que conceda direitos de visita, utilizando o formulário que se reproduz no anexo V;

b) Uma decisão sobre o mérito do direito de guarda que implique o regresso de uma criança, proferida nos termos do artigo 29. o , n. o 6, utilizando o formulário que se reproduz no anexo VI.

V.VII.I.II. O direito de visita em âmbito nacional

Como já citado, a Constituição Federal brasileira também protege a vida familiar e o interesse superior da criança no seu artigo 227 e 229:

Constituição Federal

Artigo 227

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

Artigo 229

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Assim também determina o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Lei n. 8.069 de 13/07/1990
Estatuto da Criança e do Adolescente

Artigo 19

“É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

Artigo 33, Parágrafo 4º

“Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.”

Assim impõe o Código Civil brasileiro:

Lei n. 10.406 de 10/01/2002
Código Civil

Artigo 1589

“O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.”

Com essas bases normativas, a jurisprudência nacional, na aplicação do direito interno (e não na aplicação do direito convencional), avança exprimindo conceitos como aqueles apresentados na decisão de 2017 do Supremo Tribunal de Justiça, no REsp n. 1481531/SP²⁰⁰:

“A cláusula geral do melhor interesse da criança e do adolescente, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, recomenda que o Poder Judiciário cumpra o dever de protegê-las, valendo-se dos mecanismos processuais existentes, de modo a garantir e facilitar a convivência da filha com o visitante nos dias e na forma previamente ajustadas, e coibir a guardiã de criar obstáculos para

²⁰⁰ Vide decisão do Supremo Tribunal de Justiça no REsp n. 1481531/SP 2014/0186906-4, link direto: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401869064&dt_publicacao=07/03/2017

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

200





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

o cumprimento do acordo firmado com a chancela judicial.

O direito de visitação deve ser entendido como uma obrigação de fazer da guardiã de facilitar, assegurar e garantir, a convivência da filha com o não guardião, de modo que ele possa se encontrar com ela, manter e fortalecer os laços afetivos, e, assim, atender suas necessidades imateriais, dando cumprimento ao preceito constitucional.”

Historicamente, entrando no contexto mais específico das subtrações, se por um lado a instituição da guarda compartilhada gerou um novo fenômeno de aumento mundial da insatisfação do guardião principal da criança (normalmente a mãe), no âmbito nacional, isto não poderia ser diferente.

Antigamente, era o pai quem subtraía os filhos por considerar insatisfatórias as disposições consequentes à concessão da guarda exclusiva às mães. Com o advento da guarda compartilhada, muitas mães passaram a subtrair os filhos por não aceitar a obrigação de conceder amplo acesso dos pais aos filhos.

Além disso, aumentou o número de pais que passaram a conseguir conciliar o trabalho com os cuidados com a família pois a sociedade passou a impor sempre mais a necessidade para ambos de gerar renda e foram instituídos vários incentivos como, por exemplo, creches e escola em tempo integral, redução das desigualdades e/ou preconceitos em relação ao trabalho feminino, etc.

Portanto, como já historicamente referenciado, após a lei da guarda compartilhada, foi criada a lei da alienação parental para combater essas sempre mais constantes tentativas do guardião principal de tentar excluir da vida da criança o outro genitor, estendendo ao âmbito parental o conflito conjugal.

Essas são algumas das suas disposições conexas ao direito de visitação:

Lei n. 12.318, de 26/08/2010
Alienação Parental

Artigo 6

“Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

(...)

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

201





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

(...)

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.”

Artigo 7

“A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.”

Artigo 8

“A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.”

Por tudo quanto referido, se constata que no Brasil é obrigação do poder judiciário, não somente agir rapidamente para assegurar o direito de visitação, mas também reprimir e reverter com veemência toda e qualquer tentativa ilícita de um genitor de obstar o contato paternal do outro genitor.

V.VII.II. O direito de visita nos termos da CH80

A CH80, em concordância com o princípio universal da convivência familiar, promove excelentes cláusulas voltadas à manutenção do contato entre o genitor abandonado e o filho subtraído ilicitamente:

Convenção da Haia de 1980 Artigo 1

“A presente Convenção tem por objetivo: (...) b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.”

Artigo 5

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

202





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

“Nos termos da presente Convenção: (...) 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.”

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: (...)

b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas; (...)”

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.”

Resulta claro que a CH80 busca, acertadamente, assegurar as mais amplas condições visitação para as crianças subtraídas, tanto na forma de um pedido autônomo (art. 21) quanto na forma de um pedido de proteção cautelar no curso de um pedido de retorno (art. 7b).

V.VII.III.I. A visitação cautelar também faz parte dos objetivos convencionais

Esta segunda hipótese da visitação cautelar, mesmo parecendo óbvia para alguns, não é costumeiramente bem reconhecida no Brasil, principalmente pela Justiça Federal, não especializada em direito familiar.

Nas sentenças federais sobre a CH80 se invoca sempre o seu preâmbulo, mas parece que o mesmo

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

203





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

não é realmente lido, mas somente copiado. Assim resulta estabelecido:

Convenção da Haia de 1980
(Preâmbulo)

(...) 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; (...)

Ora, de frente a tudo aquilo que resulta presente no texto convencional não é possível deduzir que a CH80 imponha uma proteção parcial do direito de visitação, ou seja, que tutele somente um pedido de visitação sem que se possa requerer contextualmente o retorno.

Equivocadamente, se considera que a CH80 imporia esta separação obrigatória entre o pedido de retorno e a visitação em base a seguinte disposição:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 7, Letra f

“dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;”

Isto, porém, é uma interpretação estendida sem cabimento pois a CH80, ao estabelecer que tanto o pedido de retorno quanto o de visitação autônomo podem ser requeridos, não está instituindo algum veto a um eventual pedido simultâneo.

Não é possível deduzir que um pedido autônomo de visitação tenha que representar obrigatoriamente uma renúncia ao pedido de retorno.

Não existe alguma contradição lógica em um genitor que, por exemplo, decida fazer um pedido de visitação e poucos meses depois decida também ajuizar o pedido de retorno ou vice-versa.

Nada na CH80 impõe que um pedido de visitação autônomo tenha que ser considerado como uma aceitação da transferência ilícita. Nem mesmo na exceção do art. 13a, relativa à concordância posterior ao ilícito cometido, existe qualquer referência sobre um pedido de visitas sem a invocação do retorno.

Ao contrário, a Autoridade Central brasileira é a primeira que impõe um obstáculo as visitas não aceitando encaminhar ao poder judiciário brasileiro qualquer pedido autônomo de visitação sem que

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

204





o requerente renunciou expressamente ao pedido de retorno.

Assim foi exatamente declarado em 2018 pela atual Coordenadora-Geral da Autoridade Central brasileira em comunicação enviada ao genitor abandonado:

“Se você deseja iniciar um pedido de direito de visitação internacional da criança, por favor: 1) forneça uma declaração escrita e assinada em que afirme abandonar o pedido de retorno para que o Gabinete do Procurador Geral a possa incluir essas informações no processo judicial; 2) assim que o processo for oficialmente encerrado pelo Juiz nós poderemos receber o pedido de visitação internacional da criança exclusivamente da Autoridade Central italiana”²⁰¹

A Autoridade Central brasileira também se recusa a encaminhar um pedido de estabelecimento do regime de visitação cautelar em um processo de retorno em curso, admitindo tão somente pedidos de visitação para específicas e eventuais viagens do genitor abandonado ao Brasil. Como será melhor explorado mais adiante, esta política gera uma grave falha na tutela do interesse do menor de manter da melhor forma possível o contato com ambos genitores.

No caso em tela, assim foi comunicado em 2021 pela Autoridade Central italiana ao genitor abandonado:

“Em relação ao caso indicado no assunto, se anexa para conhecimento oportuno a cópia da nota recebida da Autoridade Central brasileira, da qual se depreende que, no que se refere ao pedido de um direito de visitação temporâneo, será levado somente em consideração uma proposta detalhada e articulada no período e na modalidade que prevê sobre as visitas que a serem realizadas por enquanto apenas no Brasil”²⁰²

Cabe também ressaltar que essa foi somente a última “versão” dada pela Autoridade Central brasileira que em anos de insistência por parte do genitor abandonado pela formulação de tal pedido (que de fato nunca foi atendido²⁰³), recebeu respostas diferentes, desde a impossibilidade total de pleitear qualquer pedido de visitação até a impossibilidade de fazê-lo enquanto não fosse concluída a passagem do processo do primeiro para o segundo.

²⁰¹ Tradução livre do seguinte texto original: “If you would like to initiate a request for international access rights of the child, please be advised to: 1) provide a written and signed statement that you do not want to pursue the return of the child, so the OAG can include this information on the judicial file; 2) once the lawsuit is officially closed, by the Judge, we will be able to receive the request for international access of the child exclusively from the Italian Central Authority.”

²⁰² Tradução livre do seguinte texto original: “Con riferimento al caso in oggetto indicato, si allega per opportuna conoscenza copia della nota pervenuta dall’Autorità Centrale brasiliana, dalla quale si evince che, riguardo alla richiesta di un diritto di visita temporaneo, verrà presa unicamente in considerazione una proposta, dettagliata ed articolata nel periodo e nella modalità, che preveda delle visite da effettuarsi per il momento solo in Brasile”

²⁰³ A Autoridade Central brasileira apenas encaminhou no processo pedido de visitação específico a uma viagem, jamais a estipulação de um regime de visitação, como será melhor explicado no subtítulo V.IX.





O fato que possa parecer que a CH80 não tenha dado muito destaque ao regime de visitação cautelar (não foi criado um específico artigo, mas somente uma letra com um conteúdo genérico de proteção preventiva dentro de um artigo que trata das obrigações das autoridades centrais), não significa que ele foi ignorado ou, pior, vetado.

Afinal, uma convenção que estabelece o retorno imediato de uma criança em 6 semanas não tem a necessidade de evidenciar a instauração de um regime de visitação cautelar. Isto significaria inclusive apresentar uma tolerância em relação a um prazo maior daquele estabelecido.

Se vivemos em uma sociedade onde 3 meses (12 semanas) são considerados o tempo máximo para férias e/ou turismo, é possível deduzir que, para uma criança, a perda de até 3 meses de convivência com um dos genitores é uma eventualidade quase corriqueira e, conseqüentemente, reparável. Não subsiste uma prioridade exacerbada que deve ser explicitamente exclamada na norma.

No caso de procedimentos extremamente morosos, ao invés, o direito de visitação se transforma em um elemento da máxima importância e de máxima prioridade.

Vista a lentidão crônica e dominante, resultante das estatísticas do poder judiciário brasileiro²⁰⁴, o direito de visitação cautelar, no melhor interesse da criança, deveria ser duplamente implícito em todo e qualquer pedido de retorno, mesmo se isto não estivesse estipulado na CH80.

O Relatório Explicativo comenta desta forma o valor da visitação concebido na CH80²⁰⁵:

"(...) embora o objetivo reconhecido na alínea b, "vigiar para que os direitos de guarda e visita vigentes em um dos Estados Contratantes se respeitem nos demais Estados contratantes" apresenta um caráter autônomo, a sua relação teleológica com o objetivo do "retorno do menor" não é por isso menos evidente. Na realidade, se poderia estimar que se trata de um único objetivo considerado em dois momentos distintos: enquanto o retorno imediato do menor responde ao desejo de restabelecer uma situação que o sequestrador modificou de forma unilateral mediante uma via de fato, o respeito efetivo dos direitos de guarda e visita se encontram em um plano preventivo na medida em que este respeito deve fazer desaparecer uma das causas mais frequentes das subtrações de menores. (...)";

"(...) mesmo quando, em teoria, os dois objetivos antes mencionados devem ser colocados no mesmo plano, na prática o desejo de garantir o restabelecimento da situação alterada pela ação do sequestrador é o que prevalece na Convenção."

²⁰⁴ Vide subtítulo V.IV.II.I

²⁰⁵ Vide parágrafos n. 17 e 18 do Relatório Explicativo





"Além disso, a regulamentação do direito de visita obedece assim mesmo a preocupação de proporcionar as crianças uma relação familiar mais completa possível, com o fim de favorecer um desenvolvimento equilibrado da sua personalidade. Sem embargo, as opiniões tampouco são unânimes sobre este ponto, o que leva mais uma vez a manifestar o caráter ambíguo do princípio do interesse do menor. De fato, contra o critério admitido pela Convenção, certas escolas de pensamento defendem que é preferível para a criança não ter contatos com os pais quando o casal está separado judicialmente ou de fato. Sobre este ponto, a Conferência foi consciente do fato que esta solução pode resultar as vezes a mais aconselhável. Sem embargo, salvaguardando em todo caso a margem de apreciação das circunstâncias inerentes a função judicial, a Conferência preferiu sem embargo a outra opção e a Convenção fez prevalecer claramente a ideia de que o direito de visita é a contrapartida natural do direito de guarda; uma contrapartida que, por consequência, deve por princípio ser reconhecida ao progenitor que não tem a guarda do menor".

Essa foram as Conclusões e Recomendações da Quinta Reunião da Comissão Especial da Conferência da Haia em 2006:

"A Comissão Especial é da opinião que as disposições da Convenção de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Criança apoiam a aplicação de medidas, quando apropriadas ao caso particular, para: (...) 3. garantir o exercício do direito de visita e de contato, como apropriado, durante os procedimentos relativos ao pedido de retorno da criança;"

Portanto, por lógica elementar, em toda subtração de menor (internacional ou nacional) o pedido de retorno requer sempre, ou seja, conjuntamente, a proteção do direito de contato entre o genitor abandonado e a criança subtraída. Isto vale principalmente nos casos em que o poder judiciário prefere atuar os procedimentos de forma ordinária e lenta.

Qualquer pedido de retorno que não tutele a visitação estará somente favorecendo o genitor subtrator pois este tentará usar o distanciamento do vínculo afetivo paternal para justificar a manutenção da transferência ou retenção ilícita no procedimento da CH80.

Além disso, visto que a disputa familiar não se resolve na aplicação da CH80, mas no sucessivo processo de guarda, este distanciamento desfavorecerá a posição do genitor abandonado também (e principalmente) neste juízo.

Permitir o uso desses artifícios processuais devasta irremediavelmente a maior vítima, a criança indefesa e desouvida.

Só pode ser visto como um favoritismo nacionalista (que se reflete no favorecimento ilegítimo da posição jurídica do genitor que declara preferir viver no Brasil) alimentar teorias fantasiosas de que





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

a CH80 não impõe (e/ou proíbe) o estabelecimento do direito de visitação cautelar.

Ao invés, como já assinalado, a visitação provisória está muito bem registrada, por exemplo, no artigo 7b e, mesmo se não o estivesse, o direito de acesso deve ser tutelado em prol do melhor e superior interesse da criança.

Afinal, se as autoridades brasileiras, com grande desembaraço, contrariam o texto convencional, declarando conhecer melhor o interesse da criança do que os máximos especialistas internacionais redatores da CH80, não deveriam, então, negar o fundamental direito de visitação em base à necessidade de respeitar um fictício rigor técnico (como já argumentado, nos fatos, não existe nada na CH80 que impeça a regulamentação do regime de visitação cautelar).

V.VII.II.I.I. Negar toda e qualquer medida de proteção é um grave abuso

Como relevado, o direito de visitação parece ser considerado algo pouco saliente para a Justiça Federal, portanto, cabe mais uma vez lembrar, por exemplo, a Convenção sobre o Direito da Infância:

Convenção de 1989 da ONU
Direitos das Crianças

Artigo 9, parágrafo 3º

“Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.”

Artigo 10, parágrafo 2º

“A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. (...)”

Em direção diametralmente oposta àquela da comunidade internacional temos o Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do Conselho da Justiça Federal, que impõe ao poder judiciário brasileiro a seguinte aberrante interpretação sobre a CH80²⁰⁶:

“Os pedidos deduzidos pelo autor não devem desbordar a pretensão de restituição, ainda que se trate de pleito cautelar de natureza prática e imediata, como, por exemplo, as pretensões de garantia de permanência da criança no atual foro enquanto pendente o processo ou decisão sobre regulação cautelar de visitas.

²⁰⁶ Vide página n. 23 da versão de 2021 do Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do Conselho da Justiça Federal

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

208





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Enfim, a ampliação de pedidos para outros temas desborda dos objetivos restritos do processo de busca, apreensão e retorno da criança, e das previsões contidas na Convenção.”

Cabe, novamente, citar o artigo 7b da CH80 porque tamanha incoerência de cunho nacional deve ser muito bem evidenciada:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 7, letra b

“evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;”

O Relatório Explicativo da CH80 também assinala como correto exatamente a medida de proteção que se declara incabível:

“Além da localização do menor, cada vez que resulte necessário (letra a), a Autoridade central deve tomar ou fazer com que se tomem as medidas provisórias cabíveis para prevenir “novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas” (letra b). O texto deste subparágrafo novamente manifesta um feito assinalado anteriormente: a capacidade de ação das Autoridades centrais pode variar de um Estado para outro. Em relação ao fundo, as medidas provisórias que foram consideradas giram especialmente entorno a ideia de evitar uma nova deslocação do menor.”

É uma grave contradição estabelecer que nenhuma medida cautelar deva ser tomada para manter a criança na jurisdição em que se encontra. Afinal, se um genitor se transfere para um novo domicílio fora da jurisdição do Tribunal de refúgio, isto aumentará ainda mais os danos da subtração que estão intimamente vinculados com a celeridade e efetividade das decisões.

Ao mesmo tempo em que tudo é concedido ao genitor nacional, se impõe à criança e ao genitor estrangeiro a restrição (ou total exclusão) do direito de convivência.

Como já afirmado, o Relatório Explicativo da CH80 fez questão de citar, ou, deu evidentemente maior relevância, no art.7b, ao impedimento de um novo deslocamento, porque se deduz como pouco grave a eventual falta do estabelecimento de um regime de visitação provisório no contexto de uma convenção que obriga o retorno imediato em 6 semanas. Porém, visto que é evidente que no Brasil a unidade de medida temporal é “anos” e não “semanas”, o direito de visitação é a proteção mais relevante que deve ser tutelada.

O Conselho da Justiça Federal (CJF) deve revisar urgentemente os descuidos presentes no próprio

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

209





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Manual que, desde a sua primeira versão em 2015²⁰⁷, está negando ao mesmo tempo o texto da CH80 e o princípio universal (e constitucional – art. 227 da CF) do melhor interesse da criança.

Inclusive este texto resulta em contradição com a Resolução n. 257/2018 do Conselho Nacional de Justiça sobre a aplicação da CH80, que assim determinava:

Resolução n. 257/2018 do CNJ
Aplicação da CH80

Artigo 2

“O juiz federal determinará a citação e a intimação da pessoa com quem se encontrar a criança, para que compareça à audiência preliminar de conciliação e justificação, sem prejuízo da adoção das medidas cautelares necessárias a resguardar a efetividade do provimento jurisdicional postulado.(...)”

Atualmente, a Resolução n. 449/2022 do CNJ dispõe o seguinte:

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 18

“O deferimento da tutela provisória observará a legislação processual civil.

§ 1o Em caso de risco de novo sequestro ou retenção indevidos, o juiz considerará a adoção de medidas restritivas da liberdade de viajar da pessoa em cuja companhia está a criança e da própria, como retenção de passaporte e alerta às autoridades de fronteira.

§ 2o Havendo elementos para crer que a criança está em situação de risco, o juiz considerará medidas de proteção, em especial o acolhimento institucional ou familiar.

§ 3o O juiz considerará a imediata devolução da criança, em especial se houver evidência de que a pessoa que está em companhia da criança não tem direito semelhante ao qualificado como guarda, ainda que compartilhada, pelo direito brasileiro (art. 1.583, § 1o, do Código Civil), mesmo que detenha direito semelhante ao qualificado como poder familiar pelo direito brasileiro (art. 1.630 do Código Civil).

Se em base a um extremo rigor técnico o pedido de “busca e apreensão” (que normalmente é aquele usado para requerer a devolução de uma criança em base à CH80) não deve garantir coerência com outros direitos dos menores, isto significa que deveria ser indicado no Manual do CJF qual então deveria ser o tipo de ação mais idônea.

²⁰⁷ Vide página n. 19 da versão de 2015 do Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do Conselho da Justiça Federal

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

210





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

O tecnicismo (parcial e/ou fantasioso) não pode ser usado para negar direitos fundamentais ou a coerência dos mesmos. Neste contexto, a citada Resolução n. 257/2018 “sugeriu” a seguinte solução:

Resolução n. 257/2018 do CNJ
Aplicação da CH80

Artigo 1

“Os processos que versarem sobre a restituição de crianças com base na Convenção da Haia de 1980 (...), deverão ser autuados e distribuídos como assunto principal: “10921 Restituição de Criança, Convenção da Haia de 1980”.”

Artigo 9

“Para cumprimento desta Resolução será aplicado o procedimento estabelecido no Código de Processo Civil para as ações de busca e apreensão.”

Na nova Resolução n. 449/2022 foi acrescentada a necessidade de instaurar um assunto específico para a regulamentação das visitas (impondo de fato uma equivocada separação obrigatória com o pedido de retorno):

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 27

“Os processos tendo por pedido a restituição de crianças terão como assunto principal: “10921 Restituição de Criança, Convenção da Haia 1980”.

Parágrafo único. O Comitê Gestor das Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário e da Numeração Única poderá modificar ou desdobrar o assunto, bem como criar assunto específico para a regulamentação do direito de visita (artigo 21 da Convenção).”

Como já repetido, a CH80 poderá ser corretamente aplicada na realidade brasileira somente quando existir a conscientização de que as leis brasileiras precisam sofrer importantes modificações (e não puros remendos vinculados a liberdade de arbítrio das autoridades competentes) para se adaptar aos seus dispositivos.

Não é admissível cair no ridículo de aplicar na esfera interna os mesmos princípios contidos na CH80, mas invertê-los totalmente no contexto internacional²⁰⁸.

²⁰⁸ Vide subtítulo V.IV.I.II.I, V.VI.IV.III, V.VII.I.II

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





V.VII.II.II. O empasse entre a Justiça Federal e Estadual obstam a visitação

Um dos conflitos técnicos que alimenta irremediavelmente o desrespeito do direito de visitação nos procedimentos da CH80 é o empasse ainda não bem resolvido (ou subestimado) entre a Justiça Federal e Estadual.

Para compreender melhor a questão é necessário levantar algumas premissas importantes, estendendo aquelas já expostas em relação a identificação das exceções ao retorno e a discutível competência da Justiça Federal.

V.VII.II.II.I. A competência federal viola o melhor interesse da criança

Sobre este ponto, se faz necessário invocar aqui virtualmente tudo aquilo que foi exposto sobre as incoerências do conflito existente entre a esfera Estadual e Federal (remandando a leitura ao subtítulo V.III.II). Como foi comprovado, a falta de especialização técnica desta última prejudica inexoravelmente o melhor interesse da criança que engloba, entre outras coisas, o direito de convivência com ambos genitores.

Apesar da economia material de não recolar o texto daquilo que foi exposto anteriormente, em todo caso, se mostra indispensável enfatizar que o Relatório Explicativo, que é parte integrante da CH80 (como determinado na Convenção de Viena de 1969), impõe os seguintes conceitos²⁰⁹:

*"(...) são as autoridades encarregadas dentro de cada Estado de resolver sobre a guarda e a proteção dos menores aquelas que a Convenção confia a responsabilidade de resolver os problemas levantados, seja que se trate do retorno de um menor transferido ou retido de forma ilícita ou da organização do exercício do direito de visita(...). De fato, mesmo que as resoluções sobre o retorno dos menores não prejudiquem o fundo do direito de guarda (ver artigo 19), vão ter uma influência notável na vida dos menores interessados; daí que a adoção de tais decisões, **a assunção de semelhante responsabilidade, devem corresponder necessariamente às autoridades habitualmente competentes segundo o direito interno**";*

Portanto, resulta bem comprovado que é improvável obter da Justiça Federal condições coerentes em relação ao direito de visitação. É um equívoco irremediável a escolha brasileira de dar maior relevância ao enfoque do aspecto internacional da CH80, tanto nas instâncias ordinárias quanto no último grau de juízo, ignorando assim a sua especialização temática e prevalência do direito privado.

²⁰⁹ Vide parágrafo n. 44 do Relatório Explicativo





V.VII.III.II. A competência jurídica da Justiça Federal em relação à visitação

Mesmo defendendo aqui que a CH80 deveria ser julgada pelo Tribunal especializado em direito de família (o Tribunal Estadual), não se pode deixar de admitir que, constitucionalmente, a lei brasileira impõe o Tribunal Federal como competente para julgar a CH80 e isto acaba sendo, aparentemente, dificilmente violável/superável (pelo menos não com a mesma pacificidade com a qual se observam as violações ao texto literal da CH80).

Esta “certeza” jurídica interna, porém, também não é aplicada com coerência pelas autoridades brasileiras²¹⁰, portanto, é necessário combater a atual realidade na qual se verifica uma constante tentativa de uma “criativa” aplicação híbrida da CH80. Afinal, uma autoridade não especializada em matéria familiar, ao se deparar com uma convenção de direito de família, acaba tendo uma tendência pré-constituída de afastar todos os aspectos da sua aplicação que entrariam em conflito com matéria de exclusividade da Justiça Estadual.

Portanto, enquanto o julgamento de um caso concreto é limitado a um “pedido de retorno” (ação de busca e apreensão), as autoridades federais competentes acabam não vislumbrando qualquer conflito com a Justiça Estadual. Aparentemente, se julga natural considerar desnecessário ter como requisito uma grande especialização em direito de família para decidir “apenas” o retorno de uma criança subtraída.

Os defensores desta teoria desacertada acabam se sentido dentro do razoável pelo fato da CH80 não poder entrar no mérito das questões relativas à guarda. Assim, todos os possíveis conflitos com a competência da Justiça Estadual, na visão das autoridades não especializadas em direito de família, são vistos como espontaneamente distanciáveis.

Quando, ao invés, a vítima de uma subtração invoca também o respeito do direito de visita (que na verdade deveria ser levantado *ex officio*, em coerência com o melhor interesse da criança), essas autoridades brasileiras se sentem inseguras sobre como agir porque a expressão “direito de visita” é tradicionalmente considerado como matéria da Justiça Estadual.

Como já mencionado, parece que toda vez que existe uma incerteza sobre a CH80 se escolhe sempre um fantasioso rigor técnico que garanta (coincidentemente) o interesse do genitor que

²¹⁰ Vide subtítulo V.I.IV





busca manter no Brasil a criança subtraída.

Portanto, os magistrados federais, por não serem especializados em direito de família, possuem dificuldades em compreender a importância máxima do direito de visita e preferem então evitar o aparente conflito de competência com a Justiça Estadual, negando a regulamentação de um regime de visitação provisório.

O caso concreto em tela é um exemplo bem representador desta realidade. Cabe repetir o que ficou estabelecido pelo Ministério Público Federal (e assim o juiz Relator deu total acolhimento)²¹¹:

“Também não pode prosperar o entendimento da União, de que, “na pendência do julgamento de ação de restituição de menores fundada na Convenção da Haia sob os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, os procedimentos relativos à guarda e demais direitos imediatamente acessórios (como a visitação), devem ficar sobrestados, a teor do que prevê o art. 16, da mesma Convenção. Assim sendo, compete ao órgão da Justiça Federal conhecer de pedido de visitação incidental à própria ação de restituição ao país de residência habitual” (ID 81753481), pois o quanto decidido nestes autos de busca, apreensão e restituição de menor não se confunde com a avaliação da respectiva guarda do menor, já discutida em outro processo.”

Aqui, ao invés, se defende que, se é para aplicar com coerência o rigor técnico da legislação brasileira (ignorando o melhor interesse da criança de ter o seu retorno em base a CH80 julgado pelo tribunal especializado em direito de família), o conflito de competência nacional deveria ser resolvido da seguinte forma:

- Todo pedido de visitação requerido em base a CH80 é de competência da Justiça Federal;
- Todo pedido de visitação requerido em base a lei nacional é de competência da Justiça Estadual.

Esta lógica encontra coerência também no texto convencional e em relação aos seguintes elementos:

- Os pedidos de visitação devem ser administrados pela Autoridade Central (com o fim de facilitar a cooperação e comunicação internacional, transmissão de provas e documentos, etc) – arts. 6, 7;
- Os pedidos de visitação devem ser gratuitos - arts. 22, 25, 26;

²¹¹ Vide ID 87286953 do processo n. 5015769-44.2018.4.03.6100 junto ao TRF3





- A necessária comunicação direta com os juízes de ligação da Haia (em teoria) só é possível no caso de aplicação da CH80;
- O juízo de refúgio relativo a guarda deve aguardar a conclusão da aplicação da CH80 antes de tomar qualquer decisão (provisória ou definitiva) – Art. 16.

Se de um lado a competência federal nos pedidos de visitação baseados na CH80 não gera qualquer conflito técnico (pelo menos em relação as leis de maior nível hierárquico), o contrário, o indeferimento de qualquer pedido relativo a visitação, pela tese de considerar o Tribunal Estadual o único competente, cria uma infinidade de incompatibilidades com a aplicação da CH80 em relação ao respeito das normas nacionais (se desmoronam todos os pontos elencados acima).

Como já exposto, para garantir a gratuidade da CH80, o Brasil optou pela ação da AGU (com todos os problemas e incompatibilidades com a CH80 que já foram citados²¹²), mas como se sabe, ela não possui competência para ingressar um pedido na Justiça Estadual, portanto, nesta hipótese de direito de visitação exclusivamente estadual, o genitor abandonado perderia o direito à gratuidade pois seria obrigado a pagar às custas de um advogado brasileiro para ingressar com tal pedido.

Além disso, como já foi esclarecido, o julgamento de tratados internacionais é de competência do Tribunal Federal, portanto, nem acionando um advogado particular o genitor-vítima poderia pretender em tese a aplicação da CH80 no âmbito estadual. Aqui se evidencia, novamente, o surgimento de uma outra incoerência jurídica, aquela de não poder fazer valer, em qualquer tribunal brasileiro, a aplicação de uma convenção internacional, à qual atualmente o Brasil atribui um valor supralegal.

Conseqüentemente, todos os instrumentos da CH80 de auxílio aos casos de subtração (autoridade central, comunicação direta com os juízes estrangeiros, etc) não poderiam ser usados na Justiça Estadual.

Em tudo isso, nasce também o já citado conflito com o art. 16 da CH80 que veta a tomada de qualquer decisão sobre a guarda. Assim foi regulamentada essa proibição:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 16

“Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma

²¹² Vide subtítulo V.III.II.III.I





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

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."

Um Tribunal Estadual que decide sobre o direito de visita, automaticamente estará decidindo sobre a guarda. Afinal, as visitas só podem ser decididas levando em conta a realidade jurídica da guarda da criança, mas a Justiça brasileira, que aplica na própria jurisdição somente a lei doméstica, não reconhece (automaticamente) aquilo que foi estabelecido no exterior sobre a guarda.

Portanto, se a rigor é um ilícito tomar qualquer decisão sobre a guarda da criança (em base à CH80), o Tribunal Estadual fica impossibilitado de decidir sobre as visitas.

Em conclusão, se é o Tribunal Federal que deve decidir a aplicação da CH80, só pode ser de sua competência decidir sobre a visita definitiva (art. 21) e/ou provisória/cautelar/incidental (art. 7b), nos termos da CH80. Qualquer rejeição neste sentido significaria não respeitar tanto o rigor literal do texto legal quanto o melhor interesse da criança.

V.VII.II.III. Acusações de violência doméstica não são um empecilho à visita

Pacificada a questão sobre a competência absoluta da Justiça Federal para decidir provisoriamente sobre o regime de visita em base à CH80 (o que, porém, se repete, é o que impõe hoje a lei a brasileira, mas é algo contrário ao melhor interesse da criança, pois a CH80 deveria ser integralmente julgada por um tribunal especializado em direito de família), resta superar os limites atualmente impostos em relação a abrangência das possíveis condições que podem ser estipuladas no direito de visita.

Um desses limites é imposto pela crença popular de que existiria uma conexão automática entre qualquer acusação de violência doméstica e a suposta automática consequência de ter que negar incondicionalmente as visitas. Isto não resulta registrado em qualquer normativa nacional ou internacional.

O texto convencional, por exemplo, estabelece exceções ao retorno em base ao risco de situações intoleráveis, mas isto não pode ser estendido magicamente ao direito de visita porque é lógico que as visitas sempre serão organizadas pelo poder judiciário levando em conta a proteção do melhor

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

216





interesse do menor. Diferentemente da questão do retorno onde falta poder jurisdicional (devido a não adesão à Convenção da Haia de 1996), o judiciário local tem plenos poderes para estabelecer todo e qualquer tipo de proteção no próprio território. A CH80 não impõe qualquer exceção ao contato entre genitor abandonado e filho subtraído, ao contrário, ela impõe a tomada de “*providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito*” (art. 21).

Não se deve obrigar uma criança a manter o contato com um genitor que realmente pratica violência contra ela, mas este risco deve ser muito bem comprovado, como especifica até mesmo a lei brasileira no caso da alienação parental:

Lei n. 12.318, de 26/08/2010
Alienação Parental

Artigo 4

“Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

A existência deste risco só pode ser configurada após uma correta avaliação das proteções que as autoridades locais podem oferecer nas ocasiões dos encontros parentais, assim como ocorre no caso das exceções ao retorno que resultam provadas somente quando não existir medidas capazes de excluir os riscos e/ou mitigar as consequências graves identificadas²¹³.

Além disso, como já relatado²¹⁴, cientificamente não existe a presunção automática de violência contra a criança nos casos de violência conjugal assim como não existe a constatação de uma índole violenta que possa justificar a negação de todo e qualquer contato entre genitor e filho.

²¹³ Vide subtítulo V.VI.IV.I

²¹⁴ Vide subtítulo V.VI.IV.I.III





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Não por acaso, em 2014²¹⁵, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi atualizado com o acréscimo deste parágrafo:

Lei n. 8.069 de 13/07/1990
Estatuto da Criança e do Adolescente

Artigo 19, Parágrafo 4º

“Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.”

Se é verdade que existe um preconceito da sociedade brasileira em relação à visitação por parte de um genitor acusado e/ou comprovadamente culpado por um crime, as leis, em geral, devem se basear em conceitos e dados científicos. Portanto, até mesmo no caso de genitor que se encontra na cadeia é possível estabelecer um regime de visitação e isto deve ser praticado pois corresponde, acima de tudo, ao melhor interesse da criança de manter o contato com os seus genitores.

Não se compreende porque deveria ser racionalmente admissível considerar diferentemente o interesse de uma criança em base ao domicílio dos seus genitores, ou seja, quando um genitor reside no exterior automaticamente se exclui toda e qualquer possibilidade de visitação em base a toda e qualquer mínima acusação de violência familiar (não comprovada e/ou não grave).

Por exemplo, no caso em tela, o Tribunal Federal negou no segundo grau todos os pedidos de visitação sem nem apurar a opinião do genitor sequestrador. Pior, até mesmo o próprio genitor sequestrador, que acusava o genitor abandonado de violência contra si (sem qualquer prova concreta), declarou expressamente no procedimento de estar disponível a garantir encontros com o filho, considerando suficiente a oficialização do pedido por e-mail²¹⁶:

“Desta feita, esclarece Thaisa [genitor subtrator] que continua à disposição de Constantino [genitor abandonado] para marcarem, por email, com antecedência, visitação na cidade de São Paulo, em local público, e na presença da mãe ou de alguém por ela indicado.”

Devido provavelmente ao favoritismo nacionalista e à falta de especialização da Justiça Federal no âmbito familiar, nos encontramos na absurda situação em que o genitor sequestrador é disponível

²¹⁵ Vide a lei n. 12.962 de 08/04/2014, “Altera a Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade”, link direto:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm

²¹⁶ Vide ID 80878391 dos autos de segundo grau

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

218





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

a concordar soluções para a visitação (provavelmente porque também consciente do fato de que a denúncia de violência foi somente instrumental) versus uma autoridade judicial brasileira que as nega incondicionalmente! São negados, como se nada fossem, o melhor interesse da criança e a vontade do genitor abandonado quanto aquela do genitor sequestrador.

V.VII.II.IV. O Favoritismo nacionalista impede a visitação no exterior

Outro absurdo limite às visitas, ditado também por preconceitos imaginários (como aquele citado anteriormente), é a negação automática de qualquer pedido de realização, no exterior, das visitas parentais.

Segundo os dados estatísticos da Autoridade Central brasileira, nenhum tribunal brasileiro jamais admitiu ou sequer tentou encontrar uma solução para assegurar o direito de contato em um país estrangeiro.

Esse foi o slide apresentado pela ACAF em 2017 na ocasião do Seminário Subtração Internacional de Menores do Conselho da Justiça Federal²¹⁷:

Estatísticas - dez/2017

- ▶ 4 casos: ação judicial improcedente
- ▶ 3 casos: ação judicial PARCIALMENTE procedente - visitas no território nacional
- ▶ Desde 2002, **NENHUMA** sentença/acórdão de procedência INTEGRAL de pedido de cooperação jurídica interancional para visitação transnacional !

Esta tradição se baseia em 3 graves erros que só podem ser vistos como uma grave forma de favoritismo nacionalista.

O primeiro erro, o mais banal, é aquele já citado em outros temas ligados a CH80, ou seja, a aplicação de um paradigma invertido em relação ao bom senso. As autoridades brasileiras buscam ativamente somente motivações para negar os pedidos do genitor abandonado ao invés de usar os próprios poderes para superar qualquer eventual obstáculo, no melhor interesse da criança.

²¹⁷ Vide Seminário Subtração Internacional de Menores do Conselho da Justiça Federal de 2017, Painel III, link direto: https://youtu.be/Rzuar_iqdTQ?t=2398

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

219





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

A segunda grande injustiça, é aquela de não repor equilíbrio na ação ilícita praticada pelo genitor subtrator. Não pode ser considerado coerente obrigar uma das vítimas de um ato ilegal a ter que assumir maiores prejuízos para obter o reconhecimento de um direito natural.

Ser obrigado a usar as próprias férias para ir ao Brasil, ter que levar consigo a própria nova família que eventualmente constituiu (ou abandoná-la no país de origem), ter que bancar os custos não indiferentes da viagem e estadia no exterior, enfrentar dificuldades relativas a uma língua e cultura diferentes, etc., são fatores relevantes na vida de qualquer pessoa. Em contrapartida, o genitor que cometeu a subtração não sofre qualquer prejuízo de tipo econômico ou psicológico, todas as suas comodidades, até mesmo as mais pequenas, acabam sendo plenamente asseguradas pelas Justiça brasileira.

Aqui já foram evidenciadas muitas citações do Relatório Explicativo onde se evidencia como a comunidade internacional, justamente, a todo momento visou impor medidas mais favoráveis às vítimas (o genitor abandonado e a criança)²¹⁸ para restabelecer o equilíbrio em relação a quem obteve vantagens em modo fraudulento. A própria legislação brasileira também adota esta concepção, por exemplo, na lei sobre a alienação parental onde se estabelece que o genitor alienador poderá ter a guarda revertida ou se deverá ampliar a visitação (artigo 6 da lei n. 12.318).

Este favoritismo nacionalista, que bloqueia qualquer direito de convivência temporâneo no exterior, é tão consolidado e sem expectativa de alteração, que a Autoridade Central brasileira simplesmente se recusa a encaminhar um pedido deste tipo ao Tribunal Federal dentro de um pedido de retorno, aceitando nesses casos somente pedidos de contato em eventuais estadias do genitor abandonado no Brasil. Um exemplo prático desta realidade é o caso concreto em tela: apesar do genitor há anos requerer um regime de visitas provisório este pedido nunca foi encaminhado ao poder judiciário.

Neste contexto, o terceiro e último grande equívoco brasileiro é o preconceito em relação a honorabilidade dos outros Estados. Os redatores da CH80, bem conscientes dessa possibilidade em um plano internacional extremamente diversificado, fizeram questão de evidenciar no Artigo 5b algo que apavora as nações mais nacionalistas: as visitas também devem ocorrer fora da jurisdição do Tribunal de refúgio. Mais uma vez é confirmada a exigência geral da mútua confiança entre os Estados contratantes.

²¹⁸ Vide, por exemplo, subtítulo V.VI.IV.I.IV

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Assim resulta disposto:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 5, letra 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.”

Esta questão foi analisada desta forma no Relatório Explicativo²¹⁹:

“Em relação ao direito de visita, letra b deste artigo se limita a assinalar que inclui “o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside”. A intenção da Convenção não é por exemplo excluir todas as demais modalidades de direito de visita; simplesmente, se quis sublinhar que este conceito se estende também ao direito denominado de alojamento, uma modalidade de direito de visita que a pessoa que possui a guarda do menor teme em modo especial. Além disso, já que esta norma explicativa não qualifica em modo absoluto este “outro lugar diferente” onde se pode levar a criança, se deve concluir que o direito de visita, de acordo com a Convenção, inclui também o direito de visita transfronteiriço.”

Pode parecer natural o temor de acreditar que a criança subtraída possa não retornar ao Estado de refúgio caso passe um período de visitação no Estado da residência habitual, mas isto é somente um puro preconceito em relação ao grau de justiça de outra nação e um esmagamento do interesse da criança, que deveria estar acima de qualquer outra regra ou discriminação cultural.

Quando se deixam de lado esses verdadeiros fantasmas e se mantém o foco no rigor técnico, qualquer solução razoável pode ser alcançada. Um exemplo extremo de sucesso nos acordos internacionais é o caso relativamente recente “Enrica Lexie”, no qual dois marinheiros italianos, que se encontravam na cadeia, na Índia, com a acusação de assassinato, puderam passar o natal na Itália, retornando sucessivamente a Índia. Mesmo se tratando de um caso onde a Itália declarava que a prisão era injusta (obteve sucessivamente sentença favorável do Tribunal da Haia) e mesmo tendo sofrido a pressão interna de alguns representantes do governo italiano contrários ao retorno, ela respeitou o acordo sigilado pelo bem maior da cooperação internacional.

Procurar um acordo internacional que supere os receios nacionais é exatamente o que está escrito no artigo 21:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 21

²¹⁹ Vide parágrafo n. 85 do Relatório Explicativo

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

“(…) As autoridades contrais 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.”

Neste sentido, a CH80 publicou em 2008 o Guia sobre o Contato Transfronteiriço relativo às Crianças: Princípios gerais e Guia de Boas Práticas²²⁰, que enuncia o seguinte princípio geral:

“Deveriam ser adotadas todas as medidas possíveis para garantir o direito das crianças a manter relações pessoais e um contato regular com seus genitores, assim como o direito dos genitores de manter relações pessoais e um contato regular com seus filhos, a menos que seja determinado que este contato poderia ser contrário aos interesses das crianças. Isto se aplica também naqueles casos em que os pais vivem em países distintos.”

Ora, se o objetivo é adotar todas as medidas possíveis para garantir as visitas, só deveria ser negado este direito no território estrangeiro após uma efetiva tentativa de alcançar uma solução, aproveitando-se, por exemplo, da rede dos juízes de ligação da Haia para o estabelecimento de ordens judiciais tranquilizadoras na jurisdição estrangeira.

O objetivo da CH80 é o bem-estar da criança e aquilo, que poderia ser considerado como uma espécie de sede de onipotência de querer mantê-la a todo custo na própria jurisdição, não faz parte do melhor interesse dos menores.

Notoriamente, todo genitor sonha em poder dar ao próprio filho a possibilidade de facilitar a aprendizagem de outro idioma ou de conhecer uma cultura diferente. A visitação no exterior pode ser vista até mesmo como a soma do direito de visitação e do direito à instrução.

Não existe uma lei que estabeleça como proteção do interesse da criança negar a priori a visitação no exterior. Ao contrário, as leis incentivam esta modalidade como, por exemplo, a Convenção sobre o Direito das Crianças:

Convenção da ONU de 1989
Direitos das Crianças

Artigo 10, parágrafo 2

²²⁰ O Guia sobre o Contato Transfronteiriço relativo às Crianças: Princípios Gerais e Guia de Boas Práticas pode ser consultado em <www.hcch.net> , “Child Abduction”, “Transfrontier Contact Concerning Children – General Principles and Guide to Good Practice”

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





“A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção.”

Em um caso de subtração internacional resulta claro e evidente ser um dever infrangível das autoridades brasileiras o estabelecimento de um regime de visitação (provisório/cautelar/incidental) também no exterior, pois negar *a priori* este direito é contrário ao melhor interesse dos menores e sobrecarrega injustamente a posição já debilitada do genitor abandonado.

Afinal, se o Brasil aplica este protecionismo nacionalista parental, toda criança deveria então ser restituída automaticamente à residência habitual porque os demais Estados seriam os únicos capazes de garantir a possibilidade para a criança de obter contato com o genitor que se encontrasse em outro Estado, no caso mais específico, no Brasil.

V.VII.II.V. Visitação no território nacional também deve ser admitida

Como foi anteriormente especificado, no Brasil existem fortes elementos que criam empecilhos ao direito de visita nos casos de subtrações internacionais, desde tabus culturais (como a visitação no exterior) até questões técnicas (como as controvérsias em relação a competência federal e estadual).

Algo que deveria ser mais facilmente aceito nestes casos, são os pedidos de visita na eventual estadia do genitor abandonado em qualquer parte do território brasileiro, mas nem isto acontece como deveria ser esperado.

V.VII.II.V.I. Pedidos isolados não atendem ao melhor interesse da criança

Como já citado²²¹, é a própria Autoridade Central brasileira que recusa encaminhar para o tribunal brasileiro o pedido do genitor abandonado de obter a regulamentação do regime de visitação provisória/cautelar em um pedido de retorno. No entendimento desta autoridade são somente

²²¹ Vide subtítulo V.VII.II.I





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

admissíveis pedidos de visitação para específicas viagens já programadas para o Brasil.

Esta posição parece responder a uma vontade de não contradizer diretamente o sistema jurídico brasileiro, já que tais pedidos isolados podem ser considerados como algo não diretamente vinculado ao direito de visitação, afastando assim que possam ser suscitados possíveis (e já explicados) conflitos com a Justiça Estadual.

Isto é uma evidente violação da CH80 assim como do melhor interesse da criança. Um menor e o seu genitor não podem colocar a própria vida em pausa para superar, sem graves prejuízos, o julgamento do seu retorno que no Brasil dura estatisticamente uma média de cerca 7 anos.

Como já indicado, é prevalentemente um direito da criança a manutenção do contato com ambos genitores, portanto, a correta tutela deste interesse é prioritária e passa pelo estabelecimento de regras que assegurem um contato periódico com o genitor abandonado.

Deve ser cancelada toda a jurisprudência brasileira que continua classificando a subtração como um abuso contra o direito do genitor abandonado e não do direito da criança de manter a convivência com ambos genitores. Este é um exemplo desta jurisprudência (citada no acórdão aqui impugnado)²²²:

“Ora, tendo o pai assentido na viagem das menores ao Brasil para aqui ficarem até determinada data, a permanência das crianças para além da data aprazada, por vontade e decisão unilateral da mãe, constitui abuso contra direitos do pai.”

Como já evidenciado no tema da imediatez do retorno²²³, a palavra “assegurar” significa buscar ativamente uma solução para todos os obstáculos, não manter a passividade de frente a questões facilmente resolvíveis.

De qualquer forma, supondo aceitar essa (inaceitável) imposição unilateral dos representantes da Autoridade Central brasileira, se observa que, nos fatos, os pedidos de visitação referidos a cada eventual viagem ao Brasil raramente alcançam ou podem alcançar o objetivo esperado.

Cada pedido de visitação comporta sempre a ativação de um contraditório que inviabiliza a tomada de decisões rápidas (uma viagem ao exterior não sempre pode ser programada com meses ou anos

²²² Vide acórdão de 22/11/2017 do processo n. 2001769 - 0000430-61.2013.4.03.6115 junto ao TRF3

²²³ Vide subtítulo V.IV.II

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

de antecedência) e com um certo grau de qualidade.

Se as discussões sobre a regulamentação do regime de visitação são sempre extremamente longas e aguerridas, prever a instauração desde contraditório para cada viagem seria como instaurar um novo processo de visitação em todas essas ocasiões. Um processamento múltiplo ou a multiplicação de verdadeiros “sub-processos” deste tipo é completamente insensata.

Prova concreta disto é o caso concreto em tela. No primeiro grau, o pedido de visitação para uma estadia de um mês, por diversos motivos e, diferentemente de quanto decidido inicialmente pelo juízo, só pôde ser concretizado em 3 encontros (por um total de cerca 12 horas). Em segunda instância, foram feitos dois pedidos: o primeiro pedido foi plenamente negado um dia antes da estadia de um mês do genitor abandonado; e, o segundo pedido foi plenamente negado 5 meses após a estadia requerida/programada (quando o genitor abandonado já tinha estado no Brasil e se encontrava na residência habitual).

Como melhor será argumentado mais adiante²²⁴, para piorar ainda mais, o Tribunal Federal, provavelmente por não ser especializado em direito de família, não agenda audiências, portanto, todas as discussões são feitas por memoriais produzidos pelos advogados das partes e Ministério Público Federal.

Esta praxe é o exato contrário daquilo que estabelecem os direitos internacionais das crianças:

Convenção da ONU de 1989
Direitos das Crianças

Artigo 9, parágrafo 2º

“2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.”

Tudo isto comporta uma enorme lentidão judicial (devido, banalmente, ao tempo necessário para as notificações) e não é possível esperar que possa existir o tempo hábil para promover os recursos cabíveis em relação às decisões interlocutórias (que também são baseados em manifestações escritas e julgadas por autoridades não especializadas em direito de família, mas em tratados internacionais).

²²⁴ Vide subtítulo V.VIII

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

225





O único modo razoável para garantir o direito de contato entre o genitor abandonado e o filho subtraído é aquele de estabelecer o regime de visitação, ou seja, as regras que o genitor abandonado deverá seguir para poder ter um contato presencial com a criança. Desta forma, as intermináveis discussões sobre o tema se concluirão definitivamente ou, pelo menos, o genitor-vítima terá em mãos uma decisão que o permitirá de organizar as suas viagens para obter o máximo contato possível.

V.VII.II.V.II. A visitação em outros estados brasileiros deve ser admitida

Diferentemente daquilo que acontece nos processos de guarda nacionais (estamos novamente em frente ao recorrente favoritismo nacionalista), onde são concordadas visitas anuais de longa duração em estados brasileiros diferentes, as autoridades brasileiras federais não admitem, *a priori*, a concessão do direito de visitação em um caso de subtração internacional pelo simples receio de perder a jurisdição do caso ou de que isto possa potencialmente facilitar uma eventual tentativa de segunda subtração por parte do genitor abandonado.

Este receio resulta bem pré-estabelecido no Manual do CJF²²⁵:

“Sugere-se a adoção de cautelas para que o requerente [do direito de visita] não utilize o gozo do direito como meio para subtração da criança, por exemplo, limitação à permanência na cidade ou retenção do passaporte.”

Mais uma vez isto é discriminatório, fere gravemente o melhor interesse da criança, a CH80 (art. 5), a Convenção dos Direitos das Crianças (art. 10), etc. O mesmo Manual que declara que não se devem aplicar medidas cautelares contra a mudança de domicílio do genitor brasileiro subtrator na ação de busca e apreensão, afirma que, em relação à visitação convencional, se deve limitar à cidade onde se encontra a criança e retirar o passaporte do genitor abandonado! Este absurdo é tão colossal que cabe repetir o que exatamente está registrado no Manual do CJF²²⁶:

“Os pedidos deduzidos pelo autor não devem desbordar a pretensão de restituição, ainda que se trate de pleito cautelar de natureza prática e imediata, como, por exemplo, as pretensões de garantia de permanência da criança no atual foro enquanto pendente o processo ou decisão sobre regulação cautelar de visitas. Enfim, a ampliação de pedidos para outros temas desborda dos objetivos restritos do processo de busca, apreensão e retorno da criança, e das previsões contidas na Convenção.”

²²⁵ Vide Capítulo “B - Ação para garantir o direito de visita” do Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do Conselho de Justiça Federal

²²⁶ Vide página n. 23 da versão de 2021 do Manual de Aplicação da Convenção da Haia de 1980 do Conselho da Justiça Federal





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Não tem lógica coibir toda e qualquer possível tentativa de concordar visitação em outras cidades brasileiras. Não se pode negar que é facilmente possível concordar garantias ou impor medidas de proteção que deem segurança tanto ao poder judiciário quanto ao genitor subtrador de que nenhum ilícito será cometido.

Se poderia, por exemplo, impor no território nacional o uso da tornozeleira eletrônica ao genitor abandonado ou outras ordens de resguardo realmente pertinentes já que medidas como retirar o passaporte estrangeiro nem podem ser consideradas como medidas de precaução pois, neste caso específico, é extremamente fácil obter um novo passaporte emergencial junto ao próprio consulado.

O melhor interesse da criança é preservado com a formulação de soluções propositivas e científicas, não com prejulgamentos imaginários que colocam o melhor interesse da criança em último plano.

Afinal, se um genitor abandonado possui a intenção de raptar o próprio filho, não é o fato de se encontrar em outro estado brasileiro que dificultará ou facilitará tal tentativa. Não por acaso, são muitos os casos de “sequestro inverso” praticados no território brasileiro na cidade onde a criança residia com o genitor subtrator²²⁷. A segurança se obtém com medidas adequadas e coerentes, não com a privação dos direitos das partes envolvidas por preconceitos e discriminações fantasiosos.

Nem mesmo o fato da criança não ter mantido contato com o genitor abandonado por mais de um ano pode ser um fator decisivo para negar pedidos de visitação com alojamento junto ao genitor em outras cidades, já que é possível realizar encontros preventivos e monitorados para verificar cientificamente se a criança possui alguma rejeição ou se simplesmente necessita de um período maior de adaptação.

Como é facilmente demonstrável, nada pode justificar uma negação automática do direito de visitação em outro estado brasileiro, como ocorreu, por exemplo, no processo em tela, tanto na primeira instância (onde só foi deferida a visitação na cidade de São Paulo) como na segunda instância (onde foi negada toda e qualquer visitação por motivações facilmente superáveis).

Assim como no caso da visitação no exterior, o fato de criança poder transcorrer um período de férias em outra cidade brasileira, onde existe outro ambiente, outra cultura, etc., só pode fazer bem

²²⁷ Vide, por exemplo, o caso de Guaporé/RS onde o genitor entregou o passaporte e se encontrava hospedado em um hotel, mas mesmo assim raptou, ou melhor, é acusado de raptar o filho. Link direto: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/04/italiano-suspeito-de-raptar-filho-em-guapore-rs-fazia-ameacas-diz-mae.html>

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

227





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

a mesma.

Não se compreende qual seria a dificuldade jurídica intransponível para preservar todas as proteções necessárias à criança em cidades e estados brasileiros diferentes. Um direito natural acaba sendo negado sem qualquer justificação técnica, como se no Brasil não existisse um Estado de Direito, mas em um Estado puramente autoritário.

V.VII.II.VI. O Brasil não cumpre o que declara internacionalmente

A Conferência da Haia, com o brilhante objetivo de antecipar eventuais dificuldades derivadas das peculiaridades da legislação nacional dos diversos países, publica no seu site as respostas oficiais que estes países contratantes forneceram a um questionário que reúne elementos relevantes sobre a aplicação da CH80 e que foi classificado como o perfil de cada Estado contratante.

Assim o Brasil declarou ser o seu perfil de aplicação da CH80²²⁸:

“10.6 Contato ou visitação durante o processo de retorno.

a)As autoridades judiciárias ou administrativas podem tomar medidas provisórias ou temporárias para permitir que um requerente exerça o contato ou visitação em relação à criança enquanto estiver pendente o processo de retorno?

[X] Sim [] Não²²⁹

Além desse questionário provar mais uma vez que o regime de visitação provisório é uma medida cautelar essencial na aplicação da CH80, resulta claro e evidente que o Brasil está declarando o falso internacionalmente.

Ao menos assim resulta na prática, porque, além da Autoridade Central brasileira negar o encaminhamento ao Tribunal Federal de todo e qualquer pedido de um regime de visitação provisório (como referido anteriormente) em uma demanda de retorno e/ou além do Tribunal Federal nada estabelecer de ofício sobre as visitasões (ou ter o costume de negar os pedidos), qualquer eventual pedido de visitação realizado nos meses necessários (não dias, mas meses) para a passagem material de um processo julgado ao seu grau superior é automaticamente negado.

²²⁸ O perfil do Brasil pode ser consultado em <www.hcch.net> , “Child Abduction”, “Country Profiles”, “State responses”, “Brazil”, Link direto: <https://assets.hcch.net/docs/245f2893-6408-4635-b247-df8b9c0adb96.pdf>

²²⁹ Tradução livre do seguinte texto original: “10.6 Contact or access during return proceedings a) Can judicial or administrative authorities take provisional or interim measures to enable an applicant to exercise contact or access in respect of the child while return proceedings are pending? [X] YES [] NO”

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

228





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Assim respondeu a Autoridade Central brasileira ao genitor abandonado quando este continuou insistindo e pedindo explicações sobre a justificação técnica à negação do encaminhamento do pedido de visitação:

“Existe um dispositivo que estabelece que os juízes não podem reabrir o processo depois de proferida uma decisão e que tenham “terminado a sua jurisdição sobre a disputa” (art. 494, CPC). O juiz de primeira instância não pode tomar decisões sobre as visitas nesta fase e uma petição neste sentido deve ser apresentada junto ao Tribunal Regional Federal, tão logo haja um Relator designado”²³⁰

Em base a lei brasileira e a sua relativa jurisprudência, tal argumentação não corresponde à realidade nacional, mas, de fato, a Autoridade Central brasileira impõe administrativamente mais uma regra que obsta o pedido das visitas e, portanto, transforma a declaração brasileira internacional em uma afirmação tecnicamente impraticável.

A incompreensão sobre o direito de visitação começa desde a Autoridade Central e termina na Justiça Federal. Coincidentemente, ambos não possuem especialização em âmbito familiar. Em outros países, a Autoridade Central é representada, por exemplo, por juízes locais especializados em direito de família e a aplicação da CH80 é julgada pelos tribunais especializados em direito de família.

A diferença extrema revelada nas estatísticas apresentadas pela Autoridade Central brasileira entre o Brasil e a média dos demais países do mundo²³¹, deveria ser suficiente para compreender que a fonte que alimenta os graves erros na aplicação da CH80 é exatamente a sua estrutura legislativa que impõe (em primeiro e segundo grau) julgamentos e pré-julgamentos administrativos não especializados.

A imagem do Brasil no mundo e o melhor interesse das crianças estão sendo demolidos em modo inaceitável em todos os pedidos de retorno baseados na CH89.

V.VIII. A IMPORTÂNCIA DAS AUDIÊNCIAS

Todas as normais internacionais sobre os direitos fundamentais das crianças convergem na ideia de que em todo procedimento judicial onde se decide, no melhor interesse da criança, se a mesma

²³⁰ Tradução de livre do seguinte texto original: “there is a provision stating that judges cannot reopen the proceedings after a decision was issued and they have “finished their jurisdiction over the dispute” (article 494, CPC). The judge at the first instance cannot rule about visits at this stage, and a petition in this regard has to be presented before the Regional Federal Court, as soon as they have a rapporteur judge designated.”

²³¹ Vide subtítulo V.IV.II.I

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

229





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

deverá viver separada de um dos seus genitores, subsiste a obrigação de ouvir a opinião direta dos mesmos.

Assim foi disposto, por exemplo, na Convenção da ONU dos Direitos das Crianças:

Convenção da ONU de 1989
Direitos das Crianças

Artigo 9

“1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.”

Outras normativas internacionais mais recentes também reforçaram o mesmo conceito, como, por exemplo, o já citado regulamento europeu Bruxelas II-bis, que regulamenta a subtração internacional e interpretação da CH80:

Regulamento CE n. 2201/2003 – Bruxelas II-bis
Artigo 11, parágrafo 5º

“O tribunal não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que o requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida.”

No caso desta última regra, cabe evidenciar que a mesma procurou assegurar maior tutela ao genitor abandonado já que o subtrator, por princípio, possui maior vantagem processual em relação a facilidade de contato com o órgão julgador graças a sua proximidade geográfica e cultural.

Enfim, deveria ser pacífica a necessidade de ouvir todas as partes envolvidas, mas, costumeiramente, no caso específico da aplicação da CH80 no Brasil, a realidade é o exato contrário.

Nem mesmo a Resolução n. 257/2018 do Conselho Nacional de Justiça conseguiu alterar essa realidade. Nela resulta evidente a necessidade de instruir o processo através de audiências, na

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

230





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

presença das partes envolvidas:

Resolução n. 257/2018 do CNJ
Aplicação da CH80

Artigo 2

“O juiz federal determinará a citação e a intimação da pessoa com quem se encontrar a criança, para que compareça à audiência preliminar de conciliação e justificação, sem prejuízo da adoção das medidas cautelares necessárias a resguardar a efetividade do provimento jurisdicional postulado. (...)”

A nova Resolução n. 449/2022 do CNJ resulta um pouco mais explícita sobre a necessidade de realizar audiência de conciliação e de instrução, assim foi disposto:

Resolução n. 449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 10

“Recebida a petição inicial, o juiz federal tomará as seguintes providências: (...) III – designará audiência de mediação, a se realizar no prazo de 30 (trinta) dias, sempre que entender viável;(...)”

Artigo 14

“Não obtida a mediação, o juiz realizará, ato contínuo, a organização e o saneamento do processo, decidindo todas as questões previstas no art. 357 do Código de Processo Civil, e designará audiência de instrução e julgamento em prazo não superior a 30 (trinta) dias.”

Porém, parece evidente que também este novo dispositivo não conseguirá alterar essa situação pois muitos preceitos importantes continuam não sendo estipulados e na base de tudo subsiste uma Justiça Federal que, por nunca tratar de direito familiar, não tem real noção ou sensibilidade humana aguçada sobre como gerir corretamente um conflito familiar entre privados e/ou não possui o suporte de profissionais desta matéria.

V.VIII.I. Audiência instrutória é o único instrumento que garante celeridade

Como visto na jurisprudência nacional citada anteriormente²³², no âmbito do direito de família, os processos de conflito de competência sobre o julgamento da guarda são definidos em um tempo infinitamente inferior daquele necessário para estabelecer o retorno em base à CH80 (como já

²³² Vide subtítulo V.IV.I.II, V.VI.IV.III.II

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

231





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

referido, a CH80 é um direito internacional privado, ou seja, é um procedimento de solução para um conflito de competência internacional relativo ao julgamento da guarda).

É claro e evidente que uma das maiores causas para essa diferença temporal está no hábito da Justiça Federal de não realizar audiências instrutórias, mas de se limitar a impor um andamento baseado exclusivamente em atos escritos.

Este fato só pode ser visto como consequência da falta de conhecimento especializado do direito familiar e falta de experiência neste complexo campo que envolve prevalentemente aspectos subjetivos da vida das pessoas.

Em uma convenção que prevê a solução dos casos em apenas 6 semanas, somente o tempo necessário para notificar um despacho e/ou o estabelecimento de novos prazos para se manifestar geram atrasos que não podem ser considerados como um dano colateral insignificativo ou intransponível.

Na ocasião do Seminário “Subtração Internacional de Menores”²³³, o Juiz Federal Henrique Jorge Dantas da Cruz, da Seção Judiciária do Pará, testemunhou a sua excepcional e extraordinária técnica pessoal, baseada em audiências, que permitiu superar as dificuldades das formalidades jurídicas e aplicar positivamente a CH80, no caso de uma mãe dinamarquesa vinda 2 anos antes ao Brasil com seus dois filhos originários de duas relações diferentes.

Essas foram as palavras que usou para elencar os métodos usados em resposta a situação encontrada no caso concreto²³⁴:

“A minha primeira atitude foi digitalizar o processo (...) [mas] não havia Pje. Na primeira reunião que nós tivemos (...) nós tínhamos 3 atores naquela cena que tinham prerrogativa de intimação pessoal com carga dos autos e prazo em dobro, mas com a intimação presencial, naquela audiência e o dvd em mãos, a remessa dos autos foi concretizada, então os prazos começaram a diminuir e as decisões eram dadas oralmente, com todos presentes. As intimações eram imediatas, os autos disponíveis imediatamente.(...)”

“Neste primeiro encontro tentei apaziguar os ânimos porque é um caso totalmente diferente na Justiça Federal, nós temos dois particulares brigando, então é um caso

²³³ O seminário Subtração Internacional de Menores foi realizado no dia 4 de dezembro de 2017, pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ/CJF) em parceria com o STJ, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), o Instituto Justiça e Cidadania, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), e os Ministérios da Justiça (MJ) e das Relações Exteriores (MRE).

²³⁴ Vide vídeo integral em: https://youtu.be/7DG_LejeRWw?t=4083

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

232





que possivelmente poucas vezes terei o prazer de trabalhar”

“As crianças estiveram no gabinete, eu as conheci, a mãe esteve presente (...), passei toda a situação para ela, a defensoria estava presente, a AGU e os advogados dos pais. As crianças presentes, brincando, aquele ambiente até então bastante cooperativo e construímos o passo-a-passo das audiências que começariam na semana seguinte (...) basicamente, oitiva dos pais, oitiva da mãe, análise se havia ou não necessidade de ouvir a criança mais velha (...)”

“Foi criado um ambiente lúdico no gabinete do juiz titular em que foram trazidos os equipamentos que recebem as crianças no nosso juizado especial, as cadeiras, material para desenhar, brinquedos, bonecos, enfim, para esperar (...)”

“Nessas mais 40 horas de audiência, o consulado teve uma atuação fantástica, de auxiliar o juízo, porque a mãe trouxe da Dinamarca um rol extenso de documentos, uns em dinamarquês outros em inglês. No Brasil, ao meu conhecimento, temos apenas um tradutor juramentado de dinamarquês para o português que está em São Paulo (...) demoraria mais de 6 meses para traduzir um documento. (...). Ela tinha (...) mais de 60 documentos. (...) Em um espírito cooperativo, porque já eram mais de 30 horas todo mundo junto, os próprios advogados da outra parte nos ajudaram a escolher os documentos em uma conversa com ela presente, com a defensoria pública presente, o consulado nos ajudou na tradução. Como não havia litigância, controvérsia, aquilo que foi traduzido oralmente naquele momento, pelo Cônsul-geral da Dinamarca, foi aceito pelas partes.(...)”

“Passada já 1 hora da manhã, terminada a audiência, fomos para casa. No dia seguinte, a medida limitar foi deferida liminarmente e o retorno das crianças determinado(...)”

“A mãe certamente seria presa quando adentrasse no território europeu. Com a ajuda do consulado, em contato com as autoridades dinamarquesas, foi feito um acordo e foi assim cumprido para que ela não fosse presa na Dinamarca.(...)”

Como se pode observar, o juízo aplicou de forma exemplar uma técnica que anos depois foi, coincidentemente, registrada no Guia de Boas Práticas sobre a aplicação do art. 13b, no capítulo “Boas práticas na gestão de processos” – “Identificação precoce das questões relevantes”. Assim está registrado na guia:

“82. É importante identificar com precisão as questões relevantes para limitar a natureza e a quantidade de provas e argumentos a serem apresentados. No âmbito da gestão precoce [Nota n. 117: Em muitas jurisdições, é organizada uma audiência preliminar para abordar estas questões], o juiz deverá, quando apropriado, nos termos da lei e dos procedimentos aplicáveis:

– Averiguar quais são as questões pertinentes;

– Identificar as questões em litígio e certificar-se de que as partes limitam a sua apresentação ao que é relevante no âmbito limitado da exceção, caso tenha sido levantada;





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

- Identificar as informações/provas que as partes tencionam apresentar;
- Identificar quaisquer factos acordados ou incontestados.”

Diante dos fatos apresentados não é possível defender a realização de processos judiciais de aplicação da CH80 não baseados na prática prevalente de audiências presenciais e/ou por videoconferência (que já foi bem regulamentada em todo o país devido a pandemia).

V.VIII.II. A oitiva dos genitores é imprescindível para apurar e solucionar o caso

Como é possível deduzir o magnífico relato acima citado, a oitiva e participação direta dos genitores envolvidos em um caso de subtração é essencial para compreender com exatidão o caso concreto e buscar uma solução equilibrada.

Afinal, não parece razoável definir uma questão familiar se baseando puramente em manifestações redigidas pelos advogados das partes, sem ter (e/ou sem verificar) qualquer conhecimento sobre os aspectos subjetivos que serão afetados irremediavelmente pela decisão que será proferida.

Cabe aqui citar mais uma vez o depoimento do Juiz Federal Henrique Jorge Dantas da Cruz como prova do sucesso que se obtém ao ouvir diretamente os genitores:

“No final da noite da terça-feira, essa mãe começa a chorar copiosamente no fim da audiência e a gente não sabe bem o porquê. No outro dia ela aparece, quando antes de iniciarmos a audiência eu indago a mãe se ela retornaria com as crianças para a Dinamarca e ela afirmativamente diz que sim. Então eu chamei a atenção dela para a situação. Qual é ? Uma: deferido o pedido, as crianças ficam aqui com a senhora. Indeferido o pedido, as crianças vão para a Dinamarca e a senhora quer ir para a Dinamarca, ou seja, o que a senhora está criando, nada mais é do que um stress para as crianças. Elas sumiram mais uma vez da residência em que elas estavam há um mês, dois meses no máximo, e estavam escondidas em algum local. Após 15 minutos ela retorna, teve uma consulta com o Ministério Público, com a Defensoria e ela decide me dizer onde estavam as crianças (...). As crianças retornam passadas já 20 horas, seguem para a sua residência e no dia seguinte, na quarta-feira, vamos começar a oitiva da mãe (...).”

“Foi com a oitiva da mãe que eu pude ter a convicção do que estava acontecendo, mais ou menos como o Desembargador Cassio falou, que ele decidiu, no processo de um caso que era de Manaus (...) em que a mãe tinha dito tudo de ruim para o pai (...). Tive a convicção do que se tratava, se trava mais de usar exceção da violência para mobilizar o seu aparato judicial em favor dela porque é uma situação muito difícil de você pensar e descobrir a verdade naquele panorama, se houve ou não abuso contra a criança. Naquela situação vi que os argumentos eram completamente emocionais. Durante as oitivas não restringi a palavra dos advogados, apesar de (...) 2/3 das perguntas terem fugido do tema. Tudo era as crianças retornarem e ficarem em lares separados, mas não vai ser a justiça brasileira

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

234





que vai decidir isto, a justiça dinamarquesa já assim decidiu. Durante a oitiva ela confessa, nunca duvidou dos pais, não houve abuso, só que ela voltava para outras situações (...). A situação no final, que se viu (...), era que (...) ela projetava uma superproteção para eles por causa da sua infância difícil, então por isso aquela repetição e isso a partir de oitiva dos psicólogos nomeados pelo juízo.(...)"

"Ouvida a mãe, o psicólogo e a assistente social, foi decidido que não era o momento adequado, que não era pertinente, ouvir a criança, a maior, de 7 anos. Ela estava há 2 anos no Brasil e em 2015 já apresentava sintomas de alienação parental. Retornar todo esse trauma que ela viveu atravessando a pé, na fronteira brasileira, entrando pela floresta amazônica (...), nós achamos que não era o melhor caminho a ser trilhado (...)"

Como não poderia ser diferente, no Guia de Boas Práticas sobre o Artigo 13b também foi evidenciada a importância da participação direta dos genitores envolvidos. Assim foi registrado no guia:

"c. Participação das partes no processo

84. Garantir a equidade para que todas as partes, independentemente da representação jurídica, possam participar plenamente e apresentar todas as informações/provas de forma eficaz, sem causar atrasos indevidos, é uma característica fundamental de uma gestão eficaz de processos."

A brilhante diligência do citado magistrado brasileiro, que deferiu o retorno das crianças mesmo em um processo iniciado após um ano da subtração (que exclui a obrigação do retorno no caso de integração, mas não veta o retorno), só poderia ser premiada com um resultado definitivo de evidente excelência, resumido com essas palavras:

"As crianças ingressaram no voo (...) e os pais realmente cumpriram a decisão e não estavam presentes, eles aguardaram (...)."

"Como eu falei, o tempo diminuiu um pouco a litigância, o espírito virou cooperativo e os pais enviaram, por e-mail, para a Vara, fotos do reencontro com as crianças. As crianças hoje estão em uma casa, voluntária, uma senhora as recebeu e o processo de aproximação dos pais tem vem dando resultados. Houve primeiro encontros, todos acompanhados por profissionais de diversas áreas, elas já até dormiram a noite com os pais, retornam para essa casa. Inclusive um dos pais vai se mudar por um mês, para morar com o outro, para que as crianças residam no mesmo local, para posteriormente haver a separação do teto, porque a guarda definitiva foi dada para os pais por uma juíza dinamarquesa. Toda aquela situação de perseguição que havia, que inclusive foi levantado que a Dinamarca violentava os direitos humanos, que 2/3 da população feminina da Dinamarca era violentada, que ela não era ouvida no tribunal, cai por terra com isso. E solidificada a reaproximação com os pais ela volta paulatinamente a ter este convívio. Enfim, aqui, depois destas fotos, eu tive certeza que eu fiz o melhor que eu pude para proteger essas crianças(...)"





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

O princípio da importância da oitiva dos genitores também se encontra registrada expressamente na legislação brasileira. Por exemplo, em 2009, foram incluídas novas normas no ECA (e atualizadas em 2017), que assim estabelece:

Lei 8.069 de 13/07/1990
Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Seção II
Da Perda e da Suspensão do Poder Familiar
Artigo 161

“Se não for contestado o pedido e tiver sido concluído o estudo social ou a perícia realizada por equipe interprofissional ou multidisciplinar, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, salvo quando este for o requerente, e decidirá em igual prazo.”

Artigo 161, parágrafo 4º

“É obrigatória a oitiva dos pais sempre que eles forem identificados e estiverem em local conhecido, ressalvados os casos de não comparecimento perante a Justiça quando devidamente citados”

Seção IV
Da Colocação em Família Substituta
Artigo 166

“Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.”

Artigo 166, parágrafo 3º

“São garantidos a livre manifestação de vontade dos detentores do poder familiar e o direito ao sigilo das informações”

Portanto, no melhor interesse da criança, de ter o próprio retorno julgado com celeridade e com justiça, ou seja, sem limitar injustamente o direito das partes e/ou a correta apuração do caso concreto, não é possível aplicar com coerência a CH80 sem a realização de audiências instrutórias, a oitiva dos genitores e da criança (como será explanado a seguir).

Se no âmbito nacional existe a obrigação de ouvir diretamente o genitor nos casos de alteração da guarda, é mais que lógico (contradizendo o inaceitável favoritismo nacionalista) manter essa obrigação também na aplicação da CH80.

Este é um exemplo da jurisprudência nacional, publicado no informativo de jurisprudência do

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

236





Tribunal de Justiça de Brasília²³⁵:

“APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. OITIVA DO GENITOR QUE SE ENCONTRA PRESO. NECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURADO.

1. A Carta Constitucional brasileira é brasileira é explícita no art. 5º, LV, ao dispor que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral não assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

2. Nos termos do art. 166, § 3º, do ECA, " O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa."

3. No caso, o apelante está recolhido em estabelecimento prisional e não foi levado à audiência realizada em processo de guarda de sua filha menor, embora tenha sido requisitado o seu comparecimento à autoridade competente, configurando nítido cerceamento de defesa.

4. Apelação conhecida e provida. Sentença cassada. Unânime.”

V.VIII.III. As audiências e oitiva contribuem ao alcance de soluções eficazes

A qualidade decisória que se pode obter conjugando as audiências e a oitiva dos genitores é insuperável e o exemplo das consequências negativas das práticas contrárias está mais que evidenciada nos dados estatísticos da aplicação da CH80.

Se os processos duram anos e não semanas, é porque nada está sendo feito para estimular uma solução compartilhada. É fácil de deduzir o quanto seria improvável viver as (já elencadas) situações denunciadas pela Autoridade Central brasileira de processos que duram mais de 10 anos e que, mesmo quando todas as instâncias se esgotam, o genitor abductor impugna a execução do retorno paralisando por mais anos o feito e prejudicando ainda mais a criança²³⁶.

Pode parecer incomum para um juiz, no auge dos seus poderes quase ilimitados, redimensionar o próprio poder decisório para procurar delegar a solução da lide às próprias partes, mas este é o único modo para resolver realmente e eficientemente os complexos e extensos conflitos familiares.

²³⁵ Vide acórdão n.º 787181, 20090130060108APC publicado em 13/05/2014, link direto: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2014/informativo-de-jurisprudencia-n-o-282/acao-de-guarda-e-responsabilidade-2013-oitiva-do-genitor-preso>

²³⁶ Vide subtítulo V.IV.III





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Não se faz necessário nem invocar os textos explicativos oficiais da CH80 para enfatizar a importância geral das audiências e da oitiva dos genitores nas questões familiares, pois ela já se encontra bem formulada no direito brasileiro, no incentivo expresso à busca pela conciliação, que foi concebido desta forma no novo código do processo civil:

Lei n. 13.105 de 16/03/2015
Código do Processo Civil

CAPÍTULO I
DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Artigo 3, parágrafo 3º

“A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

CAPÍTULO X
DAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Artigo 693

“As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.”

Artigo 694

“Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.”

Artigo 695

“Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.”

Infelizmente, a falta de especialização da Justiça Federal não é somente no direito familiar, mas em algo ainda mais amplo, ou seja, na disputa entre dois particulares.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

238





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Essa realidade é confirmada desta forma no Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal do Conselho da Justiça Federal²³⁷:

“em geral a presença de um ente público ocorre em apenas um dos polos da demanda (como réu em ações previdenciárias ou de revisão de contrato bancário, entre outras situações). O outro polo é ocupado por particular (tais como o segurado ou o mutuário).”

Portanto, existe uma explicação lógica para a ausência de audiências instrutórias e oitiva das partes nos julgamentos da CH80, mas não é suficiente para justificar o seu desrespeito, ou seja, o desrespeito dessa obrigação irremovível, principalmente quando se trata do melhor interesse da criança.

Assim foi estabelecido na lei da Mediação²³⁸:

Lei n. 13.143 de 26/06/2015
Lei da Mediação

Artigo 24

“Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”

Conseqüentemente, até mesmo no âmbito dos tribunais superiores os procedimentos de conciliação atualmente são considerados importantes e podem ser realizados/requeridos. Assim, por exemplo, foi explanado na emenda Regimental do Regimento Interno do STJ que regulamentou a mediação:

“Esta proposta de emenda regimental coloca à disposição dos jurisdicionados e dos Ministros da Casa ferramenta alternativa recém-incorporada ao regramento pátrio de extrema valia para a solução dos litígios: a mediação. Propõe atualizar o Regimento com o fito de disciplinar a designação de Ministro (arts. 11 e 21) para coordenar o Centro de Soluções Consensuais de Conflitos a ser criado de acordo com as normas de regência (art. 288-A). Prevê, outrossim, quem pode ser mediador judicial e dispõe sobre o cadastro de mediadores, bem como sobre o auxílio deles ao Ministro nas conciliações e a possibilidade de o relator encaminhar o processo de ofício ao procedimento (art. 288-B). Discorre, também, sobre as controvérsias que estão sujeitas à mediação (art. 288-C).”

Neste contexto normativo, é claramente inadmissível não promover ou negar a realização da

²³⁷ Vide página n. 21 do manual, link direto: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf>

²³⁸ Vide lei n. 13.143 de 26/06/2015, link direto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13140.htm

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

239





mediação na aplicação da CH80 que desastrosamente costuma se arrastar por anos e que resolverá definitivamente a disputa familiar após mais anos no juízo sobre a guarda.

No caso específico da CH80, o Guia de Boas Práticas sobre a Mediação²³⁹ certifica de maneira clara e sintética que a promoção de audiências para ouvir os genitores e alcançar um acordo comum é a solução que possui mais eficácia do que qualquer outra imaginável²⁴⁰:

“as soluções de mútuo acordo são mais duradouras porque existe uma maior propensão das partes a respeitá-las. Paralelamente, estabelecem um quadro menos conflitual para o exercício dos direitos de custódia e de contacto e, como tal, são no melhor interesse da criança. Além disso, é considerado que as soluções de mútuo acordo são mais satisfatórias para as partes que, desta forma, podem influenciar o resultado e participar na procura de uma solução considerada «justa» para ambas as partes. A resolução de litígios por acordo evita a percepção de que uma das partes «ganha» e a outra «perde». Contrariamente, os processos judiciais relativos a assuntos de custódia e contacto podem degradar a relação entre os progenitores e, como consequência, provavelmente afetar psicologicamente as crianças.”

Além disso, no projeto do Guia do Art. 13b se evidencia a necessidade de equilibrar a posição do genitor abandonado que, diferentemente do genitor abductor, possui maior dificuldade para apresentar cabalmente as próprias razões em outro país. Assim foi registrado²⁴¹:

“(…) algumas jurisdições consideram muito útil que a parte requerente (por exemplo, o genitor abandonado), mesmo se representado por um advogado, participe na ação pessoalmente. Se pode incluir como benefícios uma melhor apuração dos fatos do caso, contato com a criança e uma maior possibilidade de mediação e acordo voluntário entre as partes. Se o genitor abandonado estiver disposto a viajar para o Estado requerido, alguns tribunais procurarão meios para apoiar esta Parte: por exemplo, concordando as datas do julgamento, uma oferta de apoio financeiro ou assistência no caso de problemas para entrar no Estado requerido devido vistos ou problemas de imigração”.

Em conclusão, qualquer procedimento da CH80 que não promoveu audiências instrutórias e a oitiva dos genitores, fato que comporta, automaticamente, por simples natureza humana, uma tentativa de mediação/conciliação, prejudicou gravemente o princípio do melhor interesse da criança.

V.VIII.IV. A oitiva da criança deve sempre ser avaliada

Como é fácil de se deduzir, nos casos concretos são poucos os fatos que comportam

²³⁹ Vide www.hcch.net; "Child Abduction"; "Guides to Good Practice: > Part V: Mediation"

²⁴⁰ Vide parágrafo n.33 do Guia sobre a Mediação

²⁴¹ Vide nota n. 243 do Projeto do Guia do Art. 13b





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

consequências automáticas porque as particularidades e complexidades de cada situação requerem sempre uma profunda avaliação de cada elemento, nada pode ser simplificado ou deduzido com superficialidade.

Por exemplo, no artigo 13 da CH80 foi estabelecido o seguinte:

Convenção da Haia de 1980
Artigo 13, Parágrafo 2º

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

Desta condição, equivocadamente, muitos costumam extrair aprioristicamente que toda criança que não alcançou cerca 12 anos nunca deve ser ouvida, mas o texto convencional não está estabelecendo isto.

A oitiva da criança é essencial para uma melhor apuração dos fatos passados e para conseguir conciliar a decisão futura sobre o retorno com o seu melhor interesse. Cada criança é diferente da outra e um adulto com um certo grau de preparação e sensibilidade, pode ser apto a traduzir aquilo que a criança é capaz de exprimir, identificando as suas reais aptidões e necessidades específicas. Como já referido anteriormente, cientificamente, a psique de uma criança é muito mais desenvolvida do que aquilo que aparenta.

Existirão crianças com um apego exagerado ao genitor abductor assim como existirão crianças que não criaram vínculos fortes com o genitor abductor apesar dos anos passados em estrito contato e/ou que há anos sentem falta do contato com o genitor abandonado. Existirão crianças que não possuem domínio da língua com, por exemplo, bem 3 anos de idade, assim como existirão crianças que com 5 anos de idade terão conquistado um amadurecimento superior há muitas outras que possuem muitos anos a mais.

Não é razoável estabelecer a priori que uma criança não é suficientemente madura ou que uma sua opinião “não amadurecida” será sempre contrária ao retorno e/ou que não trará qualquer elemento indispensável ao feito.

Os adultos (julgadores) esquecem o que buscavam quando eram crianças e ouvi-las, além de poder ser útil para recuperar um pouco da empatia necessária para o julgamento, principalmente no caso

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

241





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

de autoridades sem qualquer especialização em âmbito familiar, pode resultar em constatações objetivas que revolucionariam quaisquer deduções baseadas exclusivamente no próprio convencimento pessoal e subjetivo.

Provavelmente, enquanto os adultos removem dúvidas muitas vezes kafkianas sobre como resolver uma subtração internacional, as crianças, principalmente quando muito pequenas, não teriam qualquer dúvida sobre qual seria a solução mais justa para elas.

Não por acaso, a voz das crianças é bem tutelada na Convenção sobre os Direitos das Crianças:

Convenção sobre o Direito das Crianças
Artigo 12

“1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

Assim como também o faz o Regulamento Europeu Bruxelas II-bis:

Regulamento CE n. 2201/2003 – Bruxelas II-bis
Artigo 11
Regresso da Criança

“2. Ao aplicar os artigos 12º e 13º da Convenção da Haia de 1980, deve-se providenciar no sentido de que a criança tenha a oportunidade de ser ouvida durante o processo, excepto se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade.”

Está última norma internacional evidencia claramente como a oitiva da criança deve ser obrigatoriamente estendida na CH80 em tudo aquilo que se refere a avaliação do seu melhor interesse, ou seja, os adultos devem respeitar o aspecto subjetivo e particular de cada criança.

Na já citada recente pesquisa comissionada pelo parlamento europeu (2020), intitulada “A Perspectiva da Criança no contexto da Convenção da Haia de 1980”, mesmo tendo sido feita sobre um baixo número de vítimas de subtração internacional, foi concluído que:

“*Em suma, **as crianças devem ter a oportunidade de exprimir os seus pontos***”

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

242





de vista nos processos de subtração independentemente da existência ou não de uma objeção ao retorno e independentemente da jurisdição competente ser ou não regulamentada por uma norma como o Bruxelas II-bis e a sua próxima reformulação, que tratam especificamente dos direitos das crianças de serem ouvidas em uma específica área jurisdicional. Os direitos das crianças não devem ser tão casuais na sua aplicação ao ponto que aqueles que podem aproveitá-los devem depender da sorte geográfica. Se quisermos proteger as crianças dos efeitos nocivos da subtração de menores, é fundamental proporcionar a oportunidade de ser ouvido pelas crianças que desejam participar quando as decisões tomadas sobre elas no processo de subtração possuem o potencial de impactar significativamente nas suas vidas. Se percebe a necessidade de uma mais próxima incorporação e uma maior discussão sobre os princípios dos direitos das crianças na estrutura da Convenção de 1980. Se isto não acontecer, o resultado provável será aquele de maiores danos à criança.”

Se por um lado a importância de ouvir a criança (mesmo quando ainda muito pequena) parece ser pacífica, por outro, ainda não se alcançou um consenso dominante sobre quais critérios deveriam ser levados em conta na oitiva. Por exemplo, assim relatou a referida pesquisa:

“Existem diversos pontos de vista sobre esta questão, sendo o primeiro uma abordagem ampla que estabelece que os pontos de vista de uma criança não devem ser levados em consideração se forem moldados por influência indevida; a segunda é uma abordagem estreita que aceita a existência de uma influência sobre a criança, mas só defende a exclusão das objeções da criança se a influência for maior do que o nível normal.”

Mais uma vez se prova que o julgamento da CH80 deve ser realizado por autoridades extremamente especializadas em direito da família. A decisão sobre o retorno de um menor não é uma mera avaliação sobre dados bem claros e com critérios definidos com exatidão. Até mesmo entre os profissionais da área existem amplas divergências sobre muitos argumentos.

Não por acaso recente normativa brasileira estabelece o seguinte:

Lei n. 13.431, de 04/04/2017

Garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência

Artigo 4

“Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

(...)

II - violência psicológica:

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

(...)

§ 1º Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial.

Como estamos acostumados a observar, não raramente o método científico evidencia fatos que se mostram completamente contrários aqueles deduzidos com absoluta certeza. Por exemplo, a citada pesquisa evidenciou um estudo que descobriu que as crianças com menos de 12 anos são mais propensas a querer influenciar as decisões sobre si do que aquelas com mais de 12 anos e que isto é um dado extremamente relevante pois a maior parte das crianças sequestradas possui entre 3 e 7 anos.

O modelo ideal para a oitiva da criança foi reconhecido como aquele praticado na Holanda e resumido desta forma:

“as crianças envolvidas são entrevistadas por um psicólogo infantil especializado cujo relatório escrito é lido aos pais no início da sessão de mediação parental. Se a mediação não tiver sucesso, as crianças maiores de seis anos serão convidadas para uma entrevista com um dos juízes. Se houver apelação, as crianças com idade superior a seis anos serão novamente convidadas para uma entrevista com um dos juízes. Em reconhecimento ao stress que as crianças experimentam nessas entrevistas e a dificuldade que isso causa para a criança, ao “expressar suas opiniões livremente”, conforme previsto no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Crianças, a criança precisa de apoio para a sua participação de uma pessoa neutra centrada na criança, que “a escuta e lhe fornece informações de uma perspectiva neutral”. Este é um exemplo claro, e talvez raro, de reconhecimento e facilitação do direito das crianças de participar. Há, sem dúvida, implicações práticas e de custo que podem se opor à sua adoção generalizada nos Estados Contratantes da Convenção, mas ainda assim é uma tentativa notável de “satisfazer as necessidades e direitos da criança”.

Além disso, foram evidenciados estudos que apontaram a necessidade de levar em conta a influência da cultura social na participação da criança no procedimento de retorno. Por exemplo, foi constatado que as crianças africanas e latino-americanas possuem um profundo senso de lealdade familiar sugerindo que os conflitos familiares podem acabar sendo silenciados o que parece ser menos provável em relação aquelas europeias ou americanas que resultam ser mais dispostas a contradizer abertamente os seus genitores.

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

244





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Portanto, em todo processo de retorno, deve ser avaliada a possibilidade de ouvir diretamente a criança (sem a intermediação de terceiros) para permitir que a mesma possa influenciar a decisão final sobre o seu futuro. Tudo deve ser feito de forma extremamente criteriosa porque ainda não existe um amadurecimento técnico sobre como esta oitiva deve ser realizada em base as características psicofísicas da específica criança envolvida.

V.VIII.V. A Autoridade Central brasileira nega pedido de conciliação

Como especificado anteriormente, a legislação brasileira impõe e incentiva a realização de audiência de conciliação em qualquer grau de juízo, principalmente em relação às questões familiares.

Este princípio resulta consoante também com as disposições da CH80:

Convenção da Haia de 1980

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: (...)

c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;”

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.”

Ao contrário, a Autoridade Central brasileira, ao receber um pedido de retorno, nada faz para promover uma solução amigável. Por exemplo, no caso em tela, em bem 7 anos de processo, em nenhuma ocasião tentou convocar os genitores para verificar a possibilidade real de encontrar um acordo.

Além disso, essa autoridade nega com extrema facilidade o encaminhamento de qualquer pedido de audiência de conciliação ao poder judiciário brasileiro.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

245





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Por exemplo, no caso em tela, assim respondeu a Autoridade Central brasileira em 2018 quando o genitor requereu explicações sobre o refuto de encaminhar o próprio pedido de conciliação:

“Não há produção de provas durante a apelação, portanto, não são designadas audiências (se o juiz precisar de mais provas, estas serão solicitadas ao juiz de primeira instância). Existe audiência de julgamento, quando ambas as partes podem apresentar suas alegações por meio dos seus advogados (“sustentação oral”, art. 937, CPC). Excepcionalmente, o Tribunal pode tentar a conciliação durante o julgamento (art. 3, CPC), mas isso é raro e incomum. No entanto, as partes podem apresentar um acordo ao Tribunal caso encontrem uma solução mútua para sua disputa.”²⁴²

Segundo a Autoridade Central brasileira, o incentivo que se deve dar ao acordo entre as partes é mantê-las na condição inicial que levou ao conflito judicial, sem o auxílio de qualquer mediador.

Segundo a Autoridade Central brasileira a audiência de conciliação não deve ser encaminhada à Justiça Federal pois a sua aceitação é algo incomum em base ao art. 3 que assim dispõe:

Lei n. 13.105 de 16/03/2015
Código do Processo Civil

Artigo 3

“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.”

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Essas imposições da Autoridade Central brasileira são privas de lógica e ferem gravemente a CH80 e o melhor interesse dos menores.

Paradoxalmente, cabe ressaltar que no site da Conferência da Haia o Brasil resulta entre as 10 centrais de contato para a mediação internacional e os funcionários responsáveis são os mesmos que assinaram as respostas da Autoridade Central brasileira que foram aqui citadas e que negam

²⁴² Tradução livre do seguinte texto original: “There is no production of evidences during appeals, thus no hearings are designateci (if the judge needs more evidence, this will be requested to the first instance judge). There is a judgment hearing, when both parties can present their allegations through their lawyers (“sustentação oral”, art. 937, CPC). Exceptionally, the Court may try a conciliation during the judgment (art. 32, CPC), but this is rare and unusual. However, the parties can present an agreement to the Court in case they find a mutual solution for their dispute.”

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

246





completamente o espírito da mediação ou do melhor interesse dos menores²⁴³.

V.IX. A FALSA APLICAÇÃO DA LEI NO PROCEDIMENTO EM TELA

Como será constatado a seguir, tudo aquilo que foi apresentado até o momento corresponde as premissas necessárias para identificar com propriedade que no caso concreto em tela foi aplicada uma norma arbitrária, não a CH80.

Esses são alguns dos princípios legais da CH80 delineados anteriormente e que foram violados gravemente neste processo (e em outros):

- A CH80 não apresenta conflito com a Constituição Federal (não é relevante a falta de reconhecimento jurisprudencial do seu status supraconstitucional) e deve ser aplicada respeitando a sua literalidade e o princípio de mútua confiança entre os Estados Contratantes (não devem prevalecer decisões nacionalistas, preconceituosas ou discriminatórias);
- Todas as disposições da CH80 estão desvinculadas das leis internas dos Estados Contratantes (somente no art. 3 observa a lei interna do Estado que requer o retorno) e a sua interpretação deve se basear nos seus textos explicativos oficiais e na jurisprudência internacional (não deve ser aplicado ao direito internacional uma interpretação exclusivamente de origem nacional);
- A CH80 tem como objetivo resolver o conflito de competência sobre o julgamento da guarda incidindo apenas no quesito da sua efetividade através do estabelecimento do retorno ou não retorno da criança à residência habitual, ou seja, não julga inteiramente ou parcialmente a sua guarda, não define em qual país a criança deverá domiciliar definitivamente (no sucessivo julgamento da guarda este domicílio poderá ser alterado), não altera a competência que cada país pode atribuir ao juízo da guarda ou qual lei deveria ser aplicável (após uma decisão sobre o retorno, ambos países podem até mesmo continuar a se declarar competentes na matéria da guarda);
- A CH80 se baseia na presunção de que o tribunal da residência habitual julgará com mais justiça a guarda (por ter maiores instrumentos de verificação da realidade familiar como, por exemplo, melhor acesso as provas documentais e testemunhais, melhor conhecimento da

²⁴³ Vide <www.hcch.net>, "Child Abduction", "Mediation", "Central Contact Points for international family mediation", link direto: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=5360&dtid=52>





própria cultura, etc) e que, em geral, quando ocorre um ato ilícito familiar, se deve buscar soluções para aplicar a restauração do *status quo ante* e de forma célere (“assegurar o retorno” e não assegurar o não retorno);

- A CH80 não avalia o melhor interesse global das crianças (isto é um tema do processo de guarda), mas avalia somente os seus interesses mais primordiais (como a convivência com ambos genitores e/ou o julgamento da própria guarda pelo tribunal mais justo) e na sua relativa ordem de importância;
- As exceções da CH80 são condições contrárias à obrigação do retorno, não são contrárias ao retorno, ou seja, o retorno pode ser decretado mesmo quando as exceções forem preenchidas;
- A exceção do risco do art. 13b deve: (i) respeitar o critério de elevada gravidade; (ii) ser exclusivamente relativa à criança; (iii) ser comprovada exclusivamente pela parte que se opõe ao retorno, e; (iv) ser exclusivamente vinculada ao futuro, ou seja, se deve provar, em última instância, que o Estado da residência habitual não oferece medidas de proteção capazes de eliminar ou mitigar o risco grave levantado (em outras palavras, a função do juízo é encontrar soluções legais que assegurem o retorno seguro e não buscar elementos que assegurem a negação do retorno, como se qualquer risco fosse a priori insuperável);
- A CH80 tutela, paralelamente ao retorno, o direito de visitação em qualquer momento, em todas as suas formas (cautelar, provisória, incidental, no exterior, etc.) e sem exceções;

Como será demonstrado mais adiante, as decisões que até o momento foram deferidas no Brasil no caso em tela violaram gravemente: a CH80; o melhor interesse da criança, e até mesmo; a legislação e jurisprudência brasileira em relação aos casos onde inexiste uma ligação internacional.

V.IX.I. As graves consequências sociais do descumprimento da lei

Ao aterrissar no Brasil com o filho subtraído, a mãe obteve da Justiça brasileira a total exclusão do genitor abandonado da vida da criança e assim continua sendo por mais de 7 anos.

Resulta evidente que a mãe abduzora obteve sucesso nas suas manobras judiciais por se aproveitar da ingenuidade de uma cultura pré-científica predominante que, até hoje, diferencia o melhor genitor por prejulgamentos de gênero.

Afinal, são as mães que podem satisfazer as primeiras necessidades fisiológicas da criança (por





exemplo, a amamentação) e que até não muitos anos atrás não trabalhavam fora de casa e podiam se dedicar exclusivamente aos filhos e ao lar.

Como é notório, os tempos mudaram e as mulheres conseguiram melhorar as suas condições em relação à própria independência econômica, tanto os homens quanto as mulheres são chamados pela sociedade a se instruir e trabalhar. Portanto, as atenções em relação aos filhos acabam sendo sempre mais equilibradas entre os genitores e sempre mais se passa de um sistema onde a guarda se baseava na diferenciação de gênero para um sistema baseado na guarda compartilhada e, se não possível, em uma guarda exclusiva consequente a uma análise de mérito objetiva, ou seja, na capacidade do genitor de atender melhor às necessidades do filho, eliminando todo e qualquer preconceito sem base científica.

Em um contexto cultural tradicionalista e/ou alheio à evolução do direito de família, que considera *a priori* as mães como o genitor melhor e mais importante do que os pais, nenhuma mãe nutre qualquer receio em sequestrar o próprio filho. Não por acaso, na situação em tela, essa sensação de onipotência levou até mesmo a pretensão do genitor subtrator de alterar unilateralmente o sobrenome do filho.

V.IX.I.I. A repercussão social no âmbito da Justiça Estadual

Como já citado, depois de apenas 4 meses de estadia no Brasil (que não podem ser considerados como uma alteração de domicílio), o genitor sequestrador requereu a guarda do filho subtraído e a obteve provisoriamente em apenas 5 dias! Em contrapartida, nenhuma visitação provisória foi estabelecida até hoje, em intermináveis 7 anos de processo.

Essa foi a situação familiar que o genitor subtrator descreveu no pedido inicial de guarda no Brasil (03/10/2014)²⁴⁴:

“Quando do nascimento de Ian, Thaisa se via sozinha na Itália. O marido, pouco presente, quase nada participava da vida familiar e dos cuidados com o filho. Ao que depois foi descoberto por Thaisa, Constantino mantinha na Itália relacionamento extraconjugal público com Benedetta Caiola. O réu forçava a presença da amante à esposa, e assim o conseguiu em razão da dependência econômica e emocional que Thaisa mantinha perante ele. Na Itália, Thaisa estava sem trabalhar, dependendo financeiramente do marido, cuidando sozinha do filho recém-nascido, obrigada a tolerar a presença da amante dele e, ainda,

²⁴⁴ Vide fls. 87 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

permanecendo em local absolutamente impróprio.”

“No caso dos autos, inegável ser a mãe quem detém melhores condições para o exercício da guarda do filho. De fato, a guarda é exercida exclusivamente por ela desde o nascimento de Ian. Sobre os cuidados de Thaisa com Ian e plenas condições de exercer a guarda do filho, acosta-se à presente declarações de familiares e amigos que presenciaram a torna da mãe com o filho. Sendo assim, requer-se a regularização da guarda de fato exercida pela mãe.”

Essa foi a decisão emergencial tomada pelo juízo (09/10/2014)²⁴⁵:

“Considerando a idade da criança e dos indícios de que a guarda fática está sendo exercida pela mãe, defiro o pedido de guarda provisória. Expeça-se o necessário. Considerando que a proposta de visitação comporta muitas particularidades e que o pai reside na Itália, segundo consta na inicial, o pedido de fixação de regime de visitas provisório será apreciado após o prazo de resposta do réu.”

Para concluir o que resulta conhecido sobre o andamento deste procedimento, se evidencia que o Tribunal Federal comunicou ao Tribunal Estadual que a ação sobre o retorno era prejudicial àquela da guarda²⁴⁶, obtendo como resposta a suspensão do procedimento²⁴⁷ que, em evidente e correto respeito ao melhor interesse da criança, foi revogada em 2017 com as seguintes motivações²⁴⁸:

“O feito já está paralisado há um ano e seis meses e ainda não houve prolação de sentença no processo que tramita na Justiça Federal referente à causa prejudicial. Logo, impõe-se o regular andamento do presente feito, destacando-se, entretanto, que o resultado desta causa por ser prejudicada depende do que for decidido na causa prejudicial. (...) Assim sendo, cumpra-se decisão de fls. 55, ficando mantida, por ora, a guarda provisória da criança com a autora”

Portanto, estamos de frente a uma Justiça Estadual que continuou a acreditar cegamente na boa-fé do genitor subtrator, mesmo depois de descobrir que este havia omitido a transferência ilícita da criança e mesmo tendo-se que confrontar com as já citadas disposições nacionais da lei da alienação parental que foram completamente negligenciadas. Não existe alienação parental maior do que a subtração do filho para outro continente, mas mesmo assim a medida provisória da guarda não foi alterada.

Enquanto isso, até hoje a criança continua abandonada a si mesma, sem qualquer disposição sobre o seu direito de visitação ou sem que nunca tenha sido realizada qualquer verificação da realidade familiar por parte de assistentes sociais ou do Conselho Tutelar competente.

²⁴⁵ Vide fls. 118 dos autos de primeiro grau

²⁴⁶ Vide fls. 294 dos autos de primeiro grau

²⁴⁷ Vide fls. 1123 dos autos de primeiro grau

²⁴⁸ Vide fls. 1394 dos autos de primeiro grau

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

250





Neste âmbito, o genitor abandonado inevitavelmente mantém o seu receio de enfrentar voluntariamente a questão na Justiça Estadual porque isto poderia ser considerado como uma eleição da jurisdição brasileira nas decisões sobre a guarda e/ou, no mínimo, significaria abrir espaço para um conflito de competência caso o Tribunal Federal decidisse pelo retorno da criança e o Tribunal Estadual decidisse pela manutenção no solo nacional. Como já citado nas estatísticas da Autoridade Central brasileira, existe até mesmo processos de retorno de mais de 10 anos onde o retorno foi constantemente decretado em todas as instâncias possíveis, mas mesmo assim se mantém inerte graças a uma impugnação em relação a sua execução²⁴⁹.

V.IX.I.II. A repercussão social no âmbito da Justiça Federal

Também na esfera Federal o genitor subtrator abusou do favoritismo cultural materno em relação à guarda dos filhos.

Foram feitas diversas declarações evidentemente falsas e contraditórias que o poder judiciário, pelo hábito de violar a CH80, não apurou minimamente ou fez qualquer análise crítica, aceitando-as completamente. Assim foi declarado pela parte materna desde a sua primeira petição:

- ao mesmo em que foi afirmado que no Brasil “*estavam, Thaisa e Ian, longe das agressões do Sr. Constantino*”, foi alegado que “*o genitor, pouco presente, quase nada participava da vida familiar e dos cuidados com o filho*”, foi citada declaração da tia do genitor abandonado que confirmava essa ausência paterna na casa com declarações como: “*a família materna do menor ajudava suprimindo estas ausências, estando sempre presente com o menor e a genitora. Avos e tios maternos constantemente encontravam-se em Milano presente na vida do menor Ian*”, ou seja, é evidentemente contraditório que a suposta vítima declare sofrer violência doméstica por parte de uma pessoa sempre ausente de casa e em uma habitação onde compartilhava a presença dos próprios familiares que facilmente poderiam impedir qualquer tipo de violência ou maus tratos físicos ou psicológicos;
- ao mesmo tempo em que foi afirmada a existência genérica de “*outros diversos momentos de insustentável agressão psicológica contra a Sra. Thaisa e até mesmo contra o menor*”, se afirmou que “*a mãe, Sra. Thaisa, no entanto, sempre veio com frequência ao Brasil trazendo o filho e aqui permanecendo pelo que, ao longo de sua pouca idade, Ian residiu*

²⁴⁹ Vide subtítulo V.IV.II.I





equilibradamente entre os dois países”, ou seja, é evidentemente contraditório declarar o sofrimento de agressões psicológicas em relação a uma criança de poucos meses ou por parte de um genitor acusado de ser ausente à casa conjugal e em contexto de vida de longas estadias ferias distante um continente deste mesmo genitor;

- ao mesmo tempo em que foi afirmado que o “*Sr. Constantino é de temperamento agressivo*”, que “*promoveu (...) o arrombamento da casa em que esta residia com o filho*” (e já aqui, em um chefe de família que arromba a própria casa, muitas contradições podem ser levantadas), que obrigava “*a tolerar a presença da amante*”, se afirmou que existia “*uma concordância do Sr. Constantino acerca do divórcio (no Brasil), com a guarda materna (no Brasil, vide doc. 3), e com as frequentes vindas de Ian ao Brasil*”, ou seja, é evidentemente contraditório acusar de temperamento agressivo a mesma pessoa que é acusada de concordar com as vontades da sua suposta vítima;
- da citada declaração da tia do genitor abandonado de que “*genitor do menor raramente se disponibilizava da tempo para a família, pois o mesmo das 08:00 as 12:00 como porteiro de um edifício e fazia outro trabalho noturno, retornando do trabalho as 06:00 da manhã do dia seguinte*”, só se pode extrair, por lógica matemática, que o genitor abandonado, além de se sacrificar pela família fazendo dois trabalhos para suprir a inércia da ex esposa (graduada em design da moda no Brasil e há 4 anos cursando mestrado na Itália, que oficialmente dura 2 anos), fisicamente, acabava tendo a necessidade de dormir no horário em que os demais familiares da Ré estavam acordados, ou seja, em um contexto de impossibilidade de contato que se reduz ainda mais se se leva em conta que o mesmo deveria usar o tempo “livre” (após a jornada de 12-15 horas de trabalho, incluindo o domingo) para administrar os corriqueiros afazeres familiares (pagamento de contas, estipulação de contratos, concertos, manutenções, etc), é impossível fantasiar o surgimento de dinâmicas de violência doméstica;
- ao mesmo tempo em que foi afirmado que “*é inegável ser a mãe que detém melhores condições para o exercício da guarda do filho*” e que “*na Itália, a Sra. Thaisa estava sem trabalhar, dependendo financeiramente do marido, cuidando sozinha do filho recém-nascido*”, se afirma que “*nos períodos na Itália, não tinha a mesma assistência, e chegou a matricular Ian na creche perto de sua casa*”, ou seja, o genitor abandonado financiava qualquer vontade da ex esposa, até mesmo a desnecessária inscrição na creche (que





custava bem 190 euro²⁵⁰ e que seria gratuita se tivesse sido feita junto à creche da prefeitura);

- ao mesmo tempo em que foi afirmado que “*é verdade que a viagem de junho de 2014 foi feito em caráter de urgência em razão das condições de saúde da genitora da Sra. Thaisa*” e que a acusação de subtração “*simplesmente inviabilizou a volta da Sra. Thaisa e Ian à Itália*”, se afirma que com a estadia no Brasil a mãe teria magicamente descoberto uma vantagem no “*distanciamento das agressões feitas pelo Sr. Constantino contra a Sra. Thaisa e Ian*”, ou seja, se não foram as supostas agressões que motivaram a fuga da Itália e nem a decisão de não retornar, significa que não existia qualquer agressão pois toda e qualquer convivência com situações de agressão representam algo conceitualmente intolerável.
- ao mesmo tempo em que foi afirmado que “*o menor na Itália se encontrava em situação de risco, dada a agressividade e perfil psicológico do pai*”, se afirma que quando a mãe do menor “*notou que estava sendo seguida pelo Sr. Constantino imediatamente parou o carro e insistentemente o chamava para ver o filho*”, ou seja, se existisse realmente esse perfil de agressividade a mãe não teria convidado o suposto agressor, que supostamente a estaria inclusive seguindo, para entrar no carro em que se encontrava sozinha com a criança e após quase um ano em que este genitor ficou impossibilitado de ter qualquer contato com o filho.
- etc.

Da fato, a única ocasião em que o Tribunal Federal procurou verificar ativamente as declarações maternas, foi quando requereu à Receita Federal a sua declaração de renda²⁵¹ para verificar o endereço de residência declarado. É evidente que o juízo estava se deixando convencer pela fantasiosa alegação de que a residência habitual da criança não seria a Itália devido a sua inevitável pouca idade e a simples estadia de 2 períodos de férias de 2 meses no Brasil.

Portanto, sobre todas as demais acusações e alegações avançadas contra o genitor abandonado, o juízo (que repetiu fielmente o parecer do Ministério Público Federal) se limitou a esposá-las incondicionalmente. Foi completamente inútil a juntada da AGU de bem 50 páginas de alegações do genitor abandonado²⁵², todas vinculadas a provas materiais e onde foi especificamente produzido um capítulo de bem 5 páginas com as inverdades declaradas pela defesa do genitor subtrator após

²⁵⁰ Vide fls. 62 dos autos de primeiro grau

²⁵¹ Vide fls. 1378 dos autos de primeiro grau

²⁵² Vide fls. 726-749v dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

um ano de processo e 3 petições.

Como exemplificado acima, por simples análise lógica, a realidade processual em um Estado de Direito deveria ser diametralmente oposta pois é evidente que, por autoconfissão, todas as acusações contra o genitor abandonado resultaram ser completamente falsas.

As respaldadas sentenças italianas ou demais provas materiais, que comprovavam a realidade dos fatos (que novamente se repete, resultam desnecessárias pela evidente incoerência das acusações), também não conseguiram instaurar no juízo uma mínima dúvida sobre a narração da situação familiar feita pela parte materna.

Nem mesmo o fato destas acusações terem sido promovidas somente no procedimento da CH80, em concomitância com a existência da exceção ao retorno por perigos de ordem física, psíquica ou situação intolerável, triscaram as certezas aparentemente graníticas do Tribunal Federal em relação as pretensões maternas.

Como será demonstrado mais adiante, as acusações movidas pela mãe são pacificamente sem fundamento e desprovidas de ligação com a CH80, mas graças a elas o Tribunal Federal justificou (mesmo não sendo justificável pois nada impede a realização de visitas monitoradas) a manutenção da criança sem o seu direito fundamental de conviver com o pai.

V.IX.II. Embargos de declaração injustamente não acolhidos

Como os embargos não foram acolhidos por motivações descabidas (foi confeccionada uma declaração standard de tentativa de alteração do julgado sem juntar elementos capazes de suportar tal conclusão), aqui se reescreve com outras palavras os fatos que foram contestados, na esperança de impedir qualquer interpretação equivocada e de comprovar indiscutivelmente a violação do art. 1022 do CPC.

V.IX.II.I. Contradição

Em base a jurisprudência²⁵³, “a contradição apta a abrir a via dos embargos declaratórios é aquela interna ao *decisum*, existente entre a fundamentação e a conclusão do julgado ou entre premissas

²⁵³ Vide, por exemplo, EDcl no AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1865161 - SP (2021/0091618-0)

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





do próprio julgado”, portanto, no acórdão, é uma contradição:

- Afirmar que a CH80 “*garante proteção ao direito de visita*”, mas não estabelecer nada em relação a este direito, o tendo inclusive negado em decisão interlocutória;
- Citar o texto do art. 12 que estabelece literalmente que respeitado o prazo de 1 ano não se deve levar em consideração a adaptação da criança, mas concluir ao mesmo tempo que “*nas hipóteses em que o menor já se encontre integrado ao novo meio ou quando o retorno ao país de origem se apresente prejudicial por outros motivos graves é possível o indeferimento do pedido de imediato retorno da criança, antes ou depois de ultrapassado o prazo de um ano descrito no art. 12 da Convenção ao Brasil*”;
- Justificar que a presença e convivência da criança com a avó materna possibilita intensa e saudável interação sendo que ao mesmo tempo se indica que a avó na verdade sofre de graves problemas psicológicos como angústia, medo, insegurança, frustração e desamparo;
- Afirmar que o lar na Itália não atende “*a garantia de bem-estar e integridade física e emocional do menor*” em base ao desconhecimento de uma nova situação habitacional e em base a uma inspeção feita bem 12 anos antes, no porão e teto do prédio, não dentro do apartamento;
- Afirmar que a CH80 não trata das questões de guarda, mas considerar que a o retorno deve ser estabelecido em base “*a solução que melhor atende a garantia de bem-estar e integridade física e emocional do menor*”, ou seja, que é suficiente “*o tamanho pequeno da moradia*” ou “*precariedade de higiene sanitária*” no teto e porão do prédio (espaços não acessíveis aos moradores) da suposta habitação para impor a negação do retorno;
- Afirmar que “*as noções de “risco grave” e “situação intolerável” previstas no art. 13, b, da Convenção, abrangem situações de violência doméstica ou familiar, na medida em que podem ter impactos relevantes no bem-estar da criança*”, mas indicar como provas elementos que não atingem minimamente a criança:
 - “*ameaças do postulante e de sua família em relação à mãe do menor sem motivo aparente*”;
 - “*relato de um encontro num centro comercial, no qual o irmão do pai da criança, carregando-a no colo e vestido de presidiário, insultou a mãe do menor*”, e;
 - contatos entre pai e filho onde “*muitas vezes, durante o contato, o pai da criança está na companhia das outras crianças (filhos de sua atual esposa), motivo pelo qual o*





contato do genitor com lan poderá tornar-se vulnerável e desatencioso”

- Elencar como provas de violência conjugal fatos que não são violência²⁵⁴;
- Citar o art. 13b que excepciona situação intolerável contra a criança, mas invocar o seu cabimento por questões que não superam a esfera do conflito conjugal (“a requerida carrou aos autos elementos probatórios de comunicação violenta e agressões verbais e psicológicas praticadas contra si pelo genitor da criança, assim como de seu receio de não conseguir proteger o filho de repercussões negativas ao seu desenvolvimento decorrentes da violência interparental”)

V.IX.II.II. Erro material

É patente o erro material do Acórdão no seguinte trecho:

“Ademais, avultam também elementos caracterizadores da exceção prevista no art. 13, “b”, da Convenção. No caso em exame, a requerida carrou aos autos elementos probatórios de comunicação violenta e agressões verbais e psicológicas praticadas contra si pelo genitor da criança, assim como de seu receio de não conseguir proteger o filho de repercussões negativas ao seu desenvolvimento decorrentes da violência interparental (ID 4180000 e ID 4180002).”

Os documentos com ID4180000 e ID41800002 correspondem a primeira e terceira parte de um único memorial produzido pela parte autora (AGU), portanto, as conclusões apresentadas, de máxima relevância para o feito, ficaram órfãs de qualquer conexão com a conclusão proferida.

V.IX.II.III. Omissão

O acórdão foi omisso porque não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada. Estas foram as omissões apresentadas nos embargos de declaração:

- Nada foi levantado em relação à proteção do direito de visitação/convivência cautelar;
- A adaptação da criança ao Brasil foi considerada como um dos dois fatores decisivos à negação do retorno, mas nenhum fundamento foi levantado contra as alegações que desmontam completamente esta tese, como:
 - a adaptação da criança a um específico meio não é um aspecto primordial do seu melhor interesse nos casos das subtrações (por exemplo, na Convenção sobre o

²⁵⁴ Citadas mais detalhadamente no subtítulo V.IX.IV.III.I





Direito das Crianças, não existe o direito de negar a transferência de uma criança para outro Estado não habitual, mas existe o direito de não ser subtraída, de manter a convivência com ambos genitores, etc);

- o impedimento do Brasil de violar o art. 12 do referido tratado internacional que literalmente veta a avaliação da adaptação no caso de pedido de retorno que não superou o relativo prazo de 1 ano;
- Nada foi levantado para justificar a retidão de uma decisão baseada na realidade familiar atual e futura sob premissas inutilizáveis como uma perícia (inadmissível) sobre a adaptação e outros elementos juntados há 6 anos atrás;
- Nada foi justificado em relação à supostas constatações que materialmente foram provadas ser exatamente o contrário e que foram decisivas à negação do retorno:
 - O prédio onde se encontrava a casa conjugal foi julgado inviável para a estadia/retorno da criança em base a uma inspeção de 12 anos atrás, mas no processo foram apresentadas fotos do prédio inspecionado em recente reforma total, foi apresentada a existência de um segundo imóvel de propriedade do casal e fotos e documentos de uma terceira habitação que corresponde aquela da nova família do genitor abandonado (da qual não resulta qualquer informação sobre o tamanho, transformando a “constatação” do MPF em um parecer imaginário);
 - A perícia usada para negar o retorno foi considerada válida mesmo sob a ausência da participação do genitor abandonado pela tese de que a parte autora teria se oposto a realização da mesma, mas isto não consta nos autos, foi uma imposição do juízo não realizar uma perícia sobre o genitor abandonado e de qualquer forma, esta decisão não impedia a participação do genitor abandonado no estudo ligado à criança (foi concedida participação somente ao genitor subtrator, transformando a perícia em uma simples repetição unilateral das suas alegações);
 - A perícia usada para o negar o retorno na verdade constatava elementos de uma situação familiar brasileira que deveria ser considerada como intolerável ao melhor interesse da criança (avó com graves problemas psicológicos, ausência de contato com o genitor abandonado, etc);
- Nada foi justificado sobre a falsa aplicação do art. 13b, que foi o segundo motivo raiz usado para negar o retorno da criança subtraída:
 - Não foi declarada a existência de violência doméstica ou quais episódios passados





- poderiam ser classificados desta forma;
- Não foi explicado como é possível atribuir um valor ao recolhimento de fatos exclusivamente sucessivos à subtração e que comprovam apenas o natural rancor da vítima contra o sequestrador do filho, ou seja, não podem se transformar magicamente em indícios de violência doméstica passada ou futura;
 - Nada foi justificado sobre o elenco de verdadeiras auto-confissões do genitor subtrator sobre a inexistência de violência doméstica;
 - Não foi avaliado/revelado o nível de gravidade das situações contestadas;
 - Não foi especificada qual seria a efetiva relação direta ou indireta sob a criança do conflito conjugal constatado;
 - Não foi explicado como as reações da família paterna (e-mails e fantasia de presidiário), conseqüentes a violência da subtração e ocorridas em apenas duas tentativas de tentar encontrar a criança, podem representar uma situação intolerável para a criança;
 - Não foram levadas em consideração as proteções que o Estado da residência natural poderia praticar para proteger idoneamente a criança de qualquer forma de situação intolerável.
- Foi completamente ignorada a necessidade de garantir o retorno da criança (em base a outros dispositivos da CH80 que superam as exceções do art. 12 e 13) pois desde já se conhece que a decisão italiana sobre a guarda prevalecerá sobre a jurisdição brasileira já que em base à norma nacional e tratado bilateral, assim deve ocorrer no caso de procedimento passado em julgado e iniciado anteriormente naquele país;
 - Nada foi declarado sobre a violação da oitiva obrigatória dos genitores.

V.IX.III. Violação da *perpetuatio iurisdictionis* e mudança fraudulenta do domicílio

Um dos aspectos mais subestimados no específico caso em tela e diferencial em relação a todo caso comum de subtração internacional (que deveria provocar *ex officio* a invocação do Incidente de Assunção de Competência) é a violação do princípio elementar da perpetuação da jurisdição que está intimamente ligado ao princípio universal da repulsão às ações que buscam excluir fraudulentamente a jurisdição natural da situação jurídica invocada.

Para enquadrar corretamente essa questão é necessário assinalar previamente o texto de leis





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

internacionais e nacionais.

Assim resulta formalizado na Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideo, em 1969²⁵⁵:

Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado

Artigo 6

“Não se aplicará como direito estrangeiro o direito de um Estado Parte quando artificialmente se tenham burlado os princípios fundamentais da lei de outro Estado Parte.

Ficará a juízo das autoridades competentes do Estado receptor determinar a intenção fraudulenta das partes interessadas.”

Assim resulta formalizado na lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que regem o direito internacional privado:

Decreto-Lei n. 4.657 de 04/09/1942
Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

Artigo 7

A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

(...)

§ 7o Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda.

Assim resulta imposto no novo código do processo civil:

Lei n. 13.105 de 16/03/2015
Código do Processo Civil

Artigo 43

“Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.”

²⁵⁵ A Convenção sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado de 1969 foi promulgada com o Decreto n. 1979 de 06/08/1996, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1979.htm

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

259





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Artigo 485

“O juiz não resolverá o mérito quando: (...) V – reconhecer a existência de perempção, litispendência ou de coisa julgada;”

Artigo 337

“Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) VI – litispendência (...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.”

No caso específico das crianças, assim determina o já citado artigo 147 do Estatuto da Criança do Adolescente:

Lei 8.069 de 13/07/1990
Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Artigo 147
A competência será determinada:

I - pelo domicílio dos pais ou responsável;

II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

E assim determina o artigo 8 da lei da alienação parental:

Lei n. 12.318, de 26/08/2010
Alienação Parental

Artigo 8

“A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.”

Resulta claro e evidente que segundo diversas normas nacionais e internacionais, nos casos de subtração de menores (que correspondem à mais ampla e grave expressão de alienação parental) o melhor interesse da criança será manter o princípio da perpetuação da jurisdição e, conjuntamente, rejeitar qualquer tentativa de alteração fraudulenta do seu domicílio com o fim de obter vantagens jurídicas ilegítimas.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

260





Como já citado, este é o mesmo princípio fundante da CH80 que baseia a restauração do *status quo ante* no fato que o juízo da residência habitual é aquele que se encontra melhor posicionado para decidir com mais justiça sobre a guarda de um menor subtraído, que foi levado à força pelo genitor abductor para a jurisdição que mais o convenia (“fórum shopping” ilícito).

Ora, como resulta nos autos, o genitor subtrator levou a criança ilegalmente para o Brasil em 01/06/2014 com a desculpa de problemas emergenciais de saúde em relação à saúde da avó materna do menor (mas de fato se negou a retornar na data prevista/declarada) e acionou o tribunal italiano em 11/06/2014 (10 dias após cometer a subtração) para decidir sobre a separação conjugal e sobre a guarda do filho.

Assim foi formulado o seu pedido na jurisdição italiana²⁵⁶:

“Dar a guarda do filho lan a mãe devido todos os motivos acima citados que se entende aqui reportados com convívio junto a mãe, autorizando os dois a viver no Brasil ode teriam a ajuda dos pais da mãe e também uma casa onde morar, e onde a mãe poderia encontrar facilmente um trabalho, dispondo que o pai poderá ter o filho consigo toda vez que o encontrar no Brasil, prévio acordo sobre os períodos que serão decididos pelo menos dois meses antes de cada viagem e somente a condição que o mesmo esteja próximo à casa da mãe”

Portanto, no melhor interesse da criança (estabelecido tanto no art. 227 da Constituição Federal quanto na Convenção do Direito das Crianças), a jurisdição da sua guarda não pode ser alterada no Brasil em 03/10/2014, ou seja, 4 meses depois, através da promoção de idêntico pedido de guarda na jurisdição brasileira, somente em base ao fato de se encontrar neste território, ignorando a ilegalidade da transferência e/ou retenção do menor.

Assim foi formulado o pedido do genitor abductor na jurisdição brasileira²⁵⁷:

“Julgar totalmente procedente presente ação, para o fim de tornar definitiva, em todos os seus efeitos, quais seja, fixação de guarda unilateral materna de Ian Carera Junior e regulamentação de visitas paternas nos moldes pleiteados”

Como já relatado nas premissa sobre a CH80²⁵⁸, no caso específico da guarda, a jurisprudência brasileira também confirma o repúdio à alteração ilícita do domicílio impondo a competência ao tribunal da residência habitual anterior a transferência:

²⁵⁶ Vide fls. 759v dos autos de primeiro grau

²⁵⁷ Vide fls. 90 dos autos de primeiro grau

²⁵⁸ Vide subtítulo V.IV.I.II.I e V.VI.IV.III.II





CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. GUARDA. MENOR. DOMICÍLIO DA GENITORA. 1. A competência para dirimir as questões referentes ao menor é a do foro do domicílio de quem já exerce a guarda, na linha do que dispõe o art. 147, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal. (CC 53.517/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 22/3/2006)

COMPETÊNCIA. GUARDA DE MENOR. PREVALÊNCIA DO FORO DO DOMICÍLIO DE QUEM JÁ EXERCE A GUARDA. ART. 147, I, DA LEI N. 8.069, DE 13.7.90. INTERESSE DO MENOR A PRESERVAR.– Segundo a jurisprudência do STJ, a competência para dirimir as questões referentes ao menor é a do foro do domicílio de quem já exerce a guarda, na linha do que dispõe o art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.– Hipótese em que, ademais, a fixação da competência atende aos interesses da criança. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo da 3ª Vara de Família de Niterói. (CC 43.322/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 9/5/2005)

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. I - A competência para processar e julgar ação de modificação de guarda é a do juízo do local onde a mãe, que já detém a guarda, tem o seu domicílio. Precedentes. Preservação do interesse do menor. II - Liminar cassada. III - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3.ª Vara de Porto Nacional-TO. (CC 38.577/SP, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 17/12/2004)

Se em base a lei interna brasileira não é possível modificar a jurisdição natural através da alteração fraudulenta do domicílio do menor, por maior razão, não é possível alterar essa jurisdição natural da autoridade estrangeira que o próprio genitor abductor acionou e elegeu como competente logo após a subtração. Em outras palavras, a competência da justiça italiana é o resultado dos aspectos fáticos e da liberdade pessoal das partes de escolher qual jurisdição e lei aplicável deverá incidir na própria vida.

V.IX.III.I. O reconhecimento da autonomia das partes na escolha da lei aplicável

Aqui se faz necessário abrir um importante parêntesis sobre o reconhecimento da eleição das partes em relação ao próprio foro e/ou lei aplicável.

Historicamente, a primeira disposição explícita sobre este tema foi registrada no código civil brasileiro de 1916, que assim estabelecia na sua introdução:

Lei n. 3071 de 01/01/1916
Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916

Artigo 13

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

262





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

“Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.”

Essa regra estabelecia claramente o princípio de que tudo aquilo que regulamentava as obrigações em geral seria regido pela lei brasileira salvo se outra não fosse a lei decorrente da vontade das partes.

A vontade das partes era reconhecida através da existência de uma cláusula expressa ou através de uma escolha tácita derivada, por exemplo, da instauração da relativa ação legal em outra jurisdição.

Estas disposições foram substituídas por uma nova lei de introdução autônoma, atualmente ainda em vigor, que estabelece a seguinte condição:

Decreto-Lei n. 4.657 de 04/09/1942
Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

Artigo 9

“Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1o Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2o A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

Como se pode constatar, a explícita exceção da vontade das partes foi silenciada e ao se somar isto com a equivocada interpretação da jurisprudência brasileira de considerar o direito internacional privado como ramo do direito público (citada nas premissas da CH80²⁵⁹), ou seja, que é o interesse do Estado impor um determinado comportamento, grande parte da doutrina brasileira passou a considerar como inviável o reconhecimento da autonomia da vontade das partes.

Ao invés, deveria ser outra a leitura do texto legal como argumenta publicamente, por exemplo, o professor Gustavo Monaco (que já representou o Brasil na Conferência da Haia) que cita, entre outros fatores, o contexto histórico da criação desta lei²⁶⁰:

“O professor Jacob disse que ouviu do Oscar Tenório que por sua vez ouviu de um

²⁵⁹ Vide subtítulo V.III.II.I

²⁶⁰ Vide, por exemplo, a aula publicada em <https://youtu.be/oHKopXj4nUc?t=3368>

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

263





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

dos 3 ministros que eles optaram por tirar a parte final (“salvo se outra não for a lei decorrente da vontade das partes”) para não trazer a palavra “vontade” para o texto. Eles falaram: nós estamos em um período de ditadura, nós íamos ficar mais um tempo ali presos tendo que repensar a lei aplicável aos contratos. Então eles disseram: vamos tirar essa parte porque é óbvio que pode.”

Afinal, se um contrato permite o estabelecimento de condições diferentes da lei ordinária, é natural admitir que as partes possam escolher qual deverá ser o regime legal de convivência familiar, entre aqueles disponíveis, ao qual se submeterão. Se é possível colocar em um contrato disposições contidas nas leis de outro Estado, estabelecer simplesmente que um contrato deva ser regido por um direito estrangeiro, nos fatos, é somente uma forma de “economizar” a transcrição explícita do código legal estrangeiro neste contrato.

Assim comentou o professor Dolinger no seu artigo “uma lei ridícula”, publicado no Globo em 2011, após a publicação da lei n. 12376 de 2010 que alterou somente o título da “Lei de Introdução ao Código Civil” em “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”:

“Por outro lado, espera-se há anos que o Congresso aprove o projeto de lei nº 269 do Senado, apresentado em 2004 pelo senador Pedro Simon, que cria uma nova, moderna legislação sob o título “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”, para substituir a Lei de Introdução, estabelecendo princípios e regras conformes à legislação de praticamente todos os países. Basta dizer que a de 1942 não reconhece expressamente a liberdade dos contratantes em pactos internacionais de escolher a lei que será aplicada - a brasileira ou a estrangeira -, autonomia que é aceita por todas as legislações e convenções internacionais. Esta falha tem causado prejuízos na atuação internacional da empresa brasileira. Importante inovação do projeto Pedro Simon é determinar a lei aplicável às obrigações por atos ilícitos de caráter internacional. Consagra a cooperação jurídica internacional e introduz inúmeras outras inovações no campo do chamado “conflito das leis”. Visa a integrar o Brasil na moderna sociedade das nações em relações privadas internacionais.

Onde jaz este importantíssimo projeto de lei? Enquanto isto o Poder Legislativo caiu no ridículo de criar uma “lei” totalmente desnecessária, absolutamente sem sentido e sem objetivo e, acima de tudo, desrespeitadora da ciência jurídica nacional.”

Porém, como bem indica o professor Gustavo Monaco, a recente lei da liberdade econômica instituiu de fato e expressamente a possibilidade das partes de escolherem a lei aplicável.

Assim consta nesta lei²⁶¹:

Lei n. 13.874 de 20/09/2019

²⁶¹ Vide lei n. 13.874 de 20/09/2019, link direto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

264





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Declaração de Direitos de Liberdade Econômica

Artigo 7

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Artigo 421

“Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”

Além disso, o poder da própria vontade também está presente na eleição da jurisdição, como explicitado no código do processo civil:

Lei n. 13.105 de 16/03/2015
Código do Processo Civil

Artigo 22

“Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: (...) III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.”

Portanto, em relação as subtrações internacionais, se um genitor abductor elegeu, logo após a subtração, o judiciário estrangeiro como competente para decidir sobre a guarda da criança (em concordância com a vontade do outro genitor), esta escolha deve receber o justo reconhecimento legal e nenhuma tentativa de alteração sucessiva (principalmente quando ela for fraudulenta e pelo mesmo autor) pode ser admitida.

Se a lei aplicável no juízo da guarda e sua relativa jurisdição, por eleição das partes, deve ser aquela da residência habitual (que materialmente nega a transferência não autorizada do menor e que pode até já ter julgado o retorno do mesmo), o retorno da criança é mais que imperativo com ou sem a existência das exceções à obrigação do retorno da CH80, no respeito dos arts. 18 e 34 que

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

265





permitem o retorno sob outras normas mais favoráveis.

V.IX.III.II. O retorno deve ser decretado se a lei aplicável for aquela estrangeira

O melhor interesse da criança é um conceito universal que não pode ser diferenciado em base ao âmbito nacional ou internacional. Qualquer diferenciação espacial representaria somente um ilegítimo favoritismo nacionalista.

Não por acaso (e como já citado²⁶²), nas mais recentes normas internacionais regionais, se impõe expressamente o princípio de que o tribunal da residência habitual mantém a sua jurisdição se assim este tribunal decidir e mesmo se o processo baseado na CH80 no Estado de refúgio negar o retorno.

Este princípio nada mais é do que a correta interpretação do art. 19 da CH80:

Convenção da Haia de 1980

Artigo 19

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

A lógica disto está no fato de manter a coerência com o princípio fundante da proximidade do tribunal natural e mútua confiança internacional, afinal, se as exceções ao retorno forem realmente constatadas pelas autoridades locais da residência habitual, que são as únicas que podem verificar cabalmente a realidade da residência do menor anterior à subtração e que verificarão o melhor interesse global da criança (não aquele limitado do âmbito da CH80), será o próprio juízo da residência habitual que considerará desnecessário o retorno da criança e conseqüentemente declarará a perda da própria competência. Qualquer dúvida do Estado de refúgio em relação a boa-fé do poder judiciário do Estado da residência habitual é somente preconceituosa, representará um ilegítimo conflito baseado em um fantasioso protecionismo nacionalista, transformará a CH80 em um instrumento de legalização da realidade de injustiça que este texto legal visava reverter.

A CH80 não altera a competência natural do tribunal da residência habitual, ela somente dá uma resposta rápida em relação ao retorno da criança e isto comporta apenas uma alteração da efetividade da sua competência. Em base ao texto convencional, mesmo após a negação do retorno, nada impede ao poder judiciário da residência habitual de continuar a pretender do Estado

²⁶² Vide subtítulo V.VI.VI





de refúgio o respeito da própria competência e vice-versa. Em um contexto de mútua confiança, é lógico deduzir que a residência habitual, ao continuar invocando a própria competência sobre a guarda, o estará fazendo no melhor interesse da criança e em base ao conhecimento superior que possui sobre a realidade dos fatos passados.

No caso em tela, a negação do retorno da criança, além de contrariar a ampla verdade estabelecida pelo tribunal italiano de que o melhor interesse global da criança é retornar à Itália (assim como preveria também a lei brasileira se o caso fosse inverso²⁶³), significa atribuir um sucessivo julgamento nacional da sua guarda que, pela própria lei brasileira violaria, a priori, o melhor interesse do menor de ser julgado pela sua jurisdição natural.

Aqui se repete, por exemplo, uma das jurisprudências brasileiras citada nas premissas sobre a CH80 (Conflito de Competência, STJ, n. 38.577):

“No caso dos autos, parece-me que o juízo do foro do domicílio da mãe, que exerce a guarda, por estar mais próximo dos fatos, é que melhor poderá decidir sobre o pedido de modificação de guarda.”

Se de um lado temos no âmbito interno a proibição, sem exceções, do fórum shopping no julgamento da guarda no caso de alteração fraudulenta do domicílio (onde a lei interna não prevê qualquer exceção), do outro, temos a CH80 que exclui apenas a obrigação de retorno no caso da existência de algumas exceções.

Na verdade, cabe aqui abrir um parêntesis, pois não deveria nem ser possível falar de alteração do domicílio para o Brasil pois assim foi defendido pelo genitor subtrator na sua petição inicial:

“A Sra. Thaisa chegou ao Brasil no dia 1ª de junho de 2014, no dia seguinte, o Sr. Carera a acusou perante as autoridades italianas de que esta teria cometido o sequestro internacional de Ian (fls. 165). Tal acusação simplesmente inviabilizou a volta da Sra. Thaisa e Ian à Itália, com risco de apreensão do passaporte da genitora ou mesmo penas criminais.”

Se um genitor se encontra no Brasil somente pelo receio da responsabilização penal no exterior, isto não pode representar uma real alteração de domicílio (a lei brasileira se impõe em base ao domicílio e não à residência habitual). O seu status é análogo aquele de um refugiado que se encontra no país a causa de um impedimento momentâneo, ou seja, sem ânimo definitivo.

²⁶³ Vide subtítulo V.IV.I.II, V.VI.III.III.II, V.VI.IV.III





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Assim estabelece a norma internacional promulgada com a lei n. 50.215/1961²⁶⁴:

Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951

Capítulo II
SITUAÇÃO JURÍDICA

Art. 12 - Estatuto pessoal

“1. O estatuto pessoal de um refugiado será regido pela lei do país de seu domicílio, ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência.

2. Os direitos adquiridos anteriormente pelo refugiado e decorrentes do estatuto pessoal, e notadamente os que resultam do casamento, serão respeitados por um Estado Contratante, ressalvado, sendo o caso, o cumprimento das formalidades previstas pela legislação do referido Estado, entendendo-se, todavia, que o direito em causa deve ser dos que seriam reconhecidos pela legislação do referido Estado se o interessado não se houvesse tornado refugiado.”

Neste mesmo sentido, assim estabelece a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Decreto-lei n. 4.657 de 04/09/1942
Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

Artigo 7

“A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. (...)”

Em base a lei italiana, um cidadão italiano que se muda para o exterior definitivamente deve declarar o novo endereço no consulado italiano presente no novo domicílio, mas o genitor abductor nunca o fez, por sua vontade resulta ainda residente na cidade de Milano na Itália.

Concluindo este parêntesis, como já foi frisado²⁶⁵, a CH80 não impede o retorno imediato incondicional, ou seja, mesmo no caso de comprovação das exceções ao retorno, portanto, o seu deferimento é a única solução lógica ao se reconhecer, antecipadamente, que o juízo da guarda brasileiro é obrigado a ordenar o retorno da criança à Itália segundo a sua lei interna. No caso em tela, não existe apenas um motivo para esta obrigação, mas bem dois: a alteração fraudulenta do domicílio e o princípio da *perpetuatio iurisdictionis*.

É somente prejudicial à criança deixar passar inutilmente mais tempo para permitir ao juízo nacional

²⁶⁴ Vide Decreto n. 50.215 de 28/01/1961, link direto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d50215.htm

²⁶⁵ Vide subtítulo V.V.II.III

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





(relativo a guarda e/ou relativo ao conflito de competência) de decidir sobre a guarda sabendo a priori que tal juízo, mais cedo ou mais tarde, será sobreposto pela homologação da sentença estrangeira passada em julgado.

Uma eventual morosidade imposta pelo Poder Judiciário, que chegasse ao ponto de permitir a criança de alcançar uma idade suficiente para poder exprimir a natural preferência pela convivência junto ao genitor que a obrigou a se acostumar a condição de refém, representaria somente um favoritismo nacionalista e, de fato, uma ação premiadora do ilícito cometido.

Nas disposições da lei brasileira (código civil, código do processo civil, lei da alienação parental, etc), que foram citados anteriormente nas premissas sobre a CH80, não se prevê qualquer exceção que possa justificar a alteração unilateral da jurisdição em um caso de subtração. Isto porque se presume, justamente, que todo genitor pode obter, legalmente, a autorização para alterar o domicílio dos filhos em caso de comprovada necessidade, como solucionar perigos graves de ordem psicofísica ou situação intolerável.

A CH80, mesmo recebendo críticas por parte de alguns que a consideram contrária ao melhor interesse das crianças, na verdade, apresenta um evidente espírito de maior tutela e exatidão do que aquele nacional por admitir, por exemplo, a remota possibilidade de que no mundo possa existir uma autoridade local incapaz de proteger corretamente os próprios residentes.

Não por acaso, como anteriormente evidenciado²⁶⁶, o Relatório Explicativo cita as exceções ao retorno da CH80 como circunstâncias de raridade e o Guia do Art. 13b especifica que em última análise a comprovação deve observar as proteções efetivas que o Estado estrangeiro pode oferecer, não podendo prevalecer relatos ou fatos passados que, logicamente, se fossem verdadeiros, seriam certamente solucionados pelas autoridades locais, excluindo qualquer motivação legitimadora de uma eventual transferência ou retenção ilícita.

Em conclusão, em grave violação dos direitos humanos fundamentais dos menores, é somente expressão de um favoritismo nacionalista negar os próprios princípios internos (mais rígidos do que aquele internacional) para recusar o retorno de uma criança que teve o seu pedido de guarda inicialmente requerido pelo próprio genitor subtrator em outro Estado e sucessivamente duplicado

²⁶⁶ Vide subtítulo V.VI.II





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

ilegitimamente no Brasil.

Não por acaso, o já citado regulamento europeu Bruxelas II-bis, em coerência com a Convenção da Haia de 1996, a CH80 e a Convenção sobre os direitos da Crianças de 1989, tutela a jurisdição do primeiro tribunal que recebeu o pedido de regulamentação da guarda por competência aceita por ambos genitores ou não contestada por um deles:

Regulamento CE n. 2201/2003 – Bruxelas II-bis

Artigo 8
Competência geral

“1. Os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal.

2. O n. 1 é aplicável sob reserva do disposto nos artigos 9º, 10º e 12º”

Artigo 9
Prolongamento da competência do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança

“1. Quando uma criança se desloca legalmente de um Estado-Membro para outro e passa a ter a sua residência habitual neste último, os tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança mantêm a sua competência (...)

2. O n. 1 não é aplicável se o titular do direito de visita referido no n. 1 tiver aceitado a competência dos tribunais do Estado-Membro da nova residência habitual da criança, participando no processo instaurado nesses tribunais, sem contestar a sua competência.”

Artigo 10
Competência em caso de rapto da criança

“Em caso de deslocação ou retenção ilícitas de uma criança, os tribunais do Estado-Membro onde a criança residia habitualmente imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, continuam a ser competentes até a criança passar a ter a sua residência habitual noutra Estado-Membro e:

(...)

b) A criança ter estado a residir nesse outro Estado-Membro durante, pelo menos, um ano após a data em que a pessoa, instituição ou outro organismo, titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, se esta se encontrar integrada no seu novo ambiente e se estiver preenchida pelo menos uma das seguintes condições:

(...)

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

270





iii) o processo instaurado num tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas ter sido arquivado nos termos do n. 7 do artigo 11º,

iv) os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas terem proferido uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança.”

Artigo 12

Extensão da competência

1. Os tribunais do Estado-Membro que, por força do artigo 3º, são competentes para decidir de um pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento, são competentes para decidir de qualquer questão relativa à responsabilidade parental relacionada com esse pedido quando:

a) Pelo menos um dos cônjuges exerça a responsabilidade parental em relação à criança; e

b) A competência desses tribunais tenha sido aceite, expressamente ou de qualquer outra forma inequívoca pelos cônjuges ou pelos titulares da responsabilidade parental à data em que o processo é instaurado em tribunal, e seja exercida no superior interesse da criança.

(...)”

Enfim, em outras palavras, aqui se pleiteia o reconhecimento do princípio geral de que o retorno de uma criança subtraída deve sempre ser estabelecido, incondicionalmente, toda vez que o Tribunal brasileiro resultar irremediavelmente incompetente para julgar a guarda do menor.

O Tribunal brasileiro deve ser considerado irremediavelmente incompetente para decidir sobre a guarda do menor subtraído toda vez que o genitor abductor:

- tiver promovido pedido de guarda inicialmente na residência habitual e tiver praticado a subtração:
 - sem aguardar as decisões do juízo, ou;
 - sem aguardar, em um tempo razoável, a emissão de qualquer medida judicial de proteção cautelar que tiver sido requerida; ou,
- tiver promovido pedido de guarda na residência habitual após a subtração cometida.

Em base às leis internacionais (por exemplo, art. 12 e 13 da CH80) estas situações correspondem incontestavelmente à admissão da inexistência das exceções ao retorno. Ao eleger a jurisdição estrangeira como competente, o genitor abductor está confirmando a sua total confiança nas





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

proteções que a mesma é capaz de garantir e não poderá denunciar qualquer negligência dessas autoridades por ter de fato impedido a incidência da efetividade da sua competência.

Em base às leis nacionais (art. 43 do CPC, art. 7 da LINDB, art. 147 do ECA, art. 8 da lei da alienação parental) admitir a instauração de um processo de guarda com essas premissas legais significa negar no âmbito internacional o princípio interno da *perpetuatio iurisdictionis*, o que seria uma forma de discriminação em relação aos demais Estados (e conseqüente violação da Constituição Federal - art. 4).

V.IX.III.II.I. A ilegítima negação incondicional da litispendência internacional

Em relação a essa questão, assim determina a legislação brasileira:

Lei n. 13.105 de 16/03/2015
Código do Processo Civil

Artigo 485

“O juiz não resolverá o mérito quando: (...)

V – reconhecer a existência de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

Artigo 23

“Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.”

Artigo 24

“A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.”

Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.”

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

272





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Artigo 25

“Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

§ 2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º .”

Como se pode observar, a legislação interna brasileira não reconhece a litispendência internacional e, como já antecipado, isto é uma injustiça incomensurável. Um justo princípio legal não pode ser diferenciado em base ao seu âmbito espacial.

A contradição aumenta ainda mais quando se leva em conta que ao mesmo tempo em que não se reconhece litispendência internacional, se permite a homologação de sentença estrangeira passada em julgado.

Ora, nas situações familiares o tempo transcorrido é mais importante do que em qualquer outro tipo de lide judicial, portanto, não admitir a litispendência internacional para, sucessivamente, após anos de processo, admitir o julgado estrangeiro, é uma escolha que gera mais danos do que soluções.

Uma criança subtraída não pode colocar em pausa a própria vida para descobrir a um certo ponto da vida que deverá se submeter a jurisdição estrangeira. Retardar o reconhecimento da decisão estrangeira sobre o direito de família é um erro mais grave do que a morosidade processual nesta matéria.

Visto que muitas vezes se invoca a excepcionalidade para aplicar corretamente uma regra, resulta evidente que o desconhecimento incondicional da litispendência internacional é, como mínimo, inaceitável nos casos de subtração internacional de menores, principalmente quando foram ambas as partes a eleger inicialmente e voluntariamente a competência estrangeira.

V.IX.III.III. A litispendência de fato e o Tratado bilateral entre o Brasil e a Itália

No caso ainda mais particular, da relação entre o Brasil e a Itália, vigora também o tratado bilateral “Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

273





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Matéria Civil²⁶⁷, que assim também concretiza o mesmo princípio da perpetuação da jurisdição:

Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana

Artigo 2

“Recusa da Cooperação, do Reconhecimento e da Execução

“A cooperação judiciária, o reconhecimento e a execução de atos e sentenças serão negados se forem contrários à ordem pública da Parte requerida.”

TÍTULO IV

Reconhecimento e Execução de Sentenças e outras Medidas

Artigo 18

Condições Exigidas

“As sentenças proferidas em matéria civil pelas autoridades judiciárias de cada Parte, bem como as disposições relativas ao ressarcimento de danos e à restituição de bens contidas em sentenças penais, serão reconhecidas pela outra Parte, salvo o disposto no Artigo 2 do presente Tratado, desde que:

- a) a sentença não disponha sobre matéria que se inclua na competência jurisdicional exclusiva da Parte requerida, ou então de um terceiro Estado, de conformidade com a lei desta Parte ou de Tratado por esta firmado com um terceiro Estado;
- b) a parte processual tenha sido regularmente citada segundo a lei da Parte onde foi proferida a sentença, ou tenha comparecido a juízo devidamente representada, de acordo com essa mesma lei;
- c) a sentença tenha adquirida eficácia de coisa julgada segundo a lei da Parte onde foi proferida.
- d) não tenha sido proferida sentença pelas autoridades judiciárias da Parte requerida, entre as mesmas partes processuais e sobre o mesmo objeto;
- e) não esteja pendente, perante a autoridade judiciária da parte requerida, ação sobre o mesmo objeto e entre as mesmas partes processuais, proposta anteriormente à apresentação do pedido perante a autoridade judiciária que proferiu a decisão cujo reconhecimento é solicitado. não esteja pendente, perante a autoridade judiciária da parte requerida, ação sobre o mesmo objeto e entre as mesmas partes processuais, proposta anteriormente à apresentação do pedido perante a autoridade judiciária que proferiu a decisão cujo reconhecimento é solicitado.”

Deste texto legal só se pode concluir que uma sentença definitiva do juízo italiano da separação,

²⁶⁷ Vide decreto n. 1.476 de 02/05/1995, link direto: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1995/decreto-1476-2-maio-1995-426113-publicacaooriginal-1-pe.html>

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

274





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

que estabelecer também a guarda da criança subtraída, deverá ser executada no Brasil pois o processo de guarda brasileiro, por ser sucessivo, não poderá sobrestá-lo.

Apesar do art. 24 do CPC impor uma verdadeira discriminação em relação aos Estados estrangeiros por não reconhecer litispendência com as ações eventualmente movidas pelas mesmas partes no exterior (deveria ser considerado uma exceção inconstitucional em base ao art. 4-V), no caso concreto em tela, é corretamente preenchida a exceção devido existência do acordo sigilado com a Itália e pelo fato da ação de guarda não ser de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.

Além disso, em relação ao processo de guarda que foi instaurado pelo genitor subtrator em 03/10/2014 no Brasil, só se conhece aquilo que foi juntado mesmo na Justiça Federal e o que resulta recentemente publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo de 12/02/2020 à página n. 2594:

*“Processo 1029257-65.2014.8.26.0001 - Procedimento Comum Cível - Guarda - T.N.J.C. - C.C.J. - Vistos. Diante da inércia da autora quanto ao andamento do feito, não se manifestando nos autos há mais de um ano, mesmo após intimação pessoal para o fim do art. 485, § 1º, do CPC, e considerando que até agora não foi completada a relação processual, com a citação do réu, de rigor o decreto terminativo. Ante o exposto, **JULGO EXTINTO**, com fundamento no art. 485, III, do NCPC, o processo relativo à presente Ação de Procedimento Comum Cível movida por THAISA NICOLE JULIÃO CARERA contra CONSTANTINO CARERA JUNIOR. Ciência ao M. P. Após, arquivem-se os autos, com as cautelas de estilo. P.R.I.C. - ADV: JULIANA RIBEIRO UGOLINI DE BRITTO (OAB 282451/SP)”*

Portanto, o futuro reconhecimento da sentença definitiva italiana sobre a guarda deveria ser um fato ainda mais límpido se for mantida a ausência de um processo de guarda pendente no Brasil.

Como já referido, negar o retorno da criança em base a CH80 significa atribuir ao Brasil uma competência sobre o julgamento da guarda que, em base a própria lei brasileira, deve ser afastada em favor do direito e jurisdição italiana. Negar o retorno é algo completamente ilógico e aumenta ainda mais os prejuízos já sofridos pela criança pelo atraso decisório em relação à CH80.

V.IX.IV. Processo instruído sem diligência técnica em todas as instâncias

Visto que o embargo de declaração contra o acórdão revela erro material, contradição e omissão, a sua admissão resulta ser evidente e, portanto, integra a decisão aqui impugnada.

Com a contribuição desta integração (ex art. 1025 do CPC), a seguir serão levantadas questões

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

275





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

mais específicas do caso concreto que englobam, além da errônea aplicação da inteligência das normas tratadas, o *error in iudicando* e o *error in procedendo*.

Cabe também aqui antecipar que, no melhor interesse da criança, é imperativo o respeito da celeridade determinado na CH80 e, conseqüentemente, não se mostra razoável a cassação do acórdão recorrido por nulidade com a devolução à segunda instância para reparação dos erros levantados no embargo de declaração e/ou reexame das provas que não foram admitidas. Aquilo que faltou ser apurado para confirmar cabalmente a exceção do retorno do art. 13b da CH80, corresponde à comprovação da ausência das exceções ao retorno (que são um ônus da parte que requer o retorno que por sua vez não invocou qualquer contestação), portanto, o retorno imediato é a única disposição coerente com o superior interesse da criança. O eventual reenvio para o reexame de novas provas que potencialmente podem ser contrárias ao retorno é uma violação dos dispositivos da CH80 (ônus da prova compete ao genitor abductor, o procedimento deve ser célere e se deve assegurar o retorno, não a negação do mesmo).

Neste sentido, assim determina a Resolução n. 449/2022:

Resolução n.449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Da organização e de saneamento

Artigo 14, Parágrafo 5:

“O juiz poderá deixar de conhecer da alegação sobre grave risco contida no art. 13, alínea “d”, se a prova for de difícil ou demorada obtenção e a matéria puder ser tratada pelas autoridades do país de residência habitual da criança.”

Cabe também evidenciar mais uma vez a jurisprudência internacional citada pela Conferencia da Haia no seu guia oficial que ensina magnificamente qual deve ser o ânimo de aplicação da CH80²⁶⁸:

“Ver, por exemplo, o Supremo Tribunal de Israel em T.v.M., de 15 de abril de 1992 [Referência INCADAT: HC/R/IL 214, transcrição, tradução não oficial], par. 9: “[o] tribunal não está considerando a questão da guarda permanente da criança, nem mesmo o seu bem-estar no sentido pleno da palavra. O contexto da audiência não se destina, não permite, uma discussão tão abrangente. O papel do tribunal [...] é simplesmente “apagar um incêndio” ou “primeiros socorros” para restaurar a situação anterior - devolver a criança tirada ilegalmente da custódia do outro genitor ou da custódia conjunta determinada por uma autoridade competente ou em um acordo entre os pais [...]. A questão da guarda, quando é disputada, é normalmente resolvida diante da autoridade competente e o bem-estar da criança é completo e

²⁶⁸ Vide nota n. 101 do Projeto da Guia do Art. 13b

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, n° 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8° Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

276





completamente examinado neste contexto”.

V.IX.IV.I. Da não incidência da Súmula 7

O retorno da criança foi prevalentemente negado em base ao artigo 13b da CH80 sob indevida constatação da existência de violência psicológica contra o genitor subtrator e sob o fato de que a transferência de uma criança já integrada ao Brasil representaria uma situação intolerável para a mesma (violando assim também o art. 12 da CH80).

Para comprovar a falsa aplicação do art, 13b, serão elencados nos subtítulos a seguir os fatos levantados nas decisões judiciais e qual deveria ser a valoração jurídica dos mesmos, não se trata de reexame das provas.

Assim define a não incidência da Súmula 7 a jurisprudência do STJ²⁶⁹ e aqui se invoca a validade dessas argumentações ao caso concreto em tela:

“Não incide na hipótese o óbice representado pela Súmula 7 do STJ, porquanto o exame da tese jurídica apresentada pelos recorrentes não demanda o revolvimento do arcabouço fático-probatório acostado aos autos, bastando considera-lo tal qual delineado pela Corte de origem. Com efeito, o acórdão recorrido expõe de maneira clara o quadro fático que alicerça a demanda, sendo prescindível o reexame de fatos e provas, uma vez que o objeto do apelo nobre cinge-se à revisão do enquadramento jurídico dos fatos narrados nas instâncias ordinárias (...)”

“Não por outro motivo, é assente na jurisprudência desta Corte Superior que, “nas ações que envolvem a filiação e a situação de menores, é imprescindível que haja o profundo, pormenorizado e casuístico exame dos fatos da causa, pois quando se julgam as pessoas, e não os fatos, normalmente há um prejudicial distanciamento daquele que deve ser o maior foco de todas as atenções: a criança” (REsp 1878043/SP, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 16/09/2020).”

Clareadas essas premissas, se inicia evidenciando que desde o primeiro grau o processo não foi bem gerido. O juízo, baseando-se na decisão provisória da ação de guarda e no tempo transcorrido da subtração, negou todos os pedidos cautelares de proteção a novos deslocamentos e de visitação parental, nos seguintes termos²⁷⁰:

“2. Esclarecer o ajuizamento da presente ação, uma vez que na 1ª Vara de Família e Sucessões – Foro Regional I – Santana, já tramita o processo n. 1029257-65.2014.8.26.0001 (fls . 85- 118), no qual consta parecer do Ministério Público do

²⁶⁹ Vide Recurso Especial, Nº 1.892.782 - PR (2020/0222398-3), link direto:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002223983&dt_publicacao=15/04/2021

²⁷⁰ Vide fls. 200 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Estado de São Paulo, favorável à permanência da criança com a genitora, bem como foi proferida decisão que concedeu a guarda provisória da criança à genitora e determinou a expedição de carta rogatória para a citação do genitor na Itália (fls. 117-118). Prazo: 10 (dez) dias. 3. No presente caso, não constato a presença do “periculum in mora”, requisito necessário à concessão da medida pleiteada, uma vez que a criança já está no Brasil, juntamente com a genitora, desde julho de 2014. Portanto, INDEFIRO a Medida Cautelar pleiteada.”

A AGU, combatendo contra tamanho desconhecimento do melhor interesse da criança e da CH80, procurou até mesmo anexar a sua cartilha sobre o “*Combate à Subtração Internacional de Crianças – A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Interacional de Crianças*” e o provimento do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região (que estabelecia outra Vara como especializada na CH80) para tentar reverter o inconcebível empasse jurídico.

No entanto, todos esses esforços e aqueles sucessivos foram inúteis, mesmo tendo o Ministério Público contestado somente a parte da medida cautelar que requeria a proibição da ré de se ausentar com a criança da cidade de São Paulo²⁷¹. Nada foi estabelecido em relação as visitas.

Como será evidenciado em geral neste subtítulo, o fenômeno da presença e acúmulo de erros grosseiros na interpretação da CH80 se manteve imutável nesses mais de 7 anos de processo e disto surge a falta de confiança na simples solicitação das próprias razões sob as questões processuais de máxima relevância. Disto se extrai a necessidade de detalhar a revisão do enquadramento jurídico dos fatos narrados nas decisões das instâncias ordinárias.

V.IX.IV.II. Prova pericial não admissível (violação do art. 12)

No processo de retorno em tela, de frente a ausência de elementos capazes de justificar a negação do retorno (aqui novamente se repete: o paradigma da CH80 é assegurar o retorno e não procurar provas ou inverter o ônus da prova para assim assegurar o não retorno), foi deferida e realizada uma perícia psicossocial que juridicamente fere gravemente ao art. 12 da CH80.

O acórdão impugnado se baseia nesta prova que é totalmente inadmissível e que inclusive apresentou dados que levam a conclusões jurídicas completamente opostas àquelas presumidas pelos juízos de primeira e segunda instância.

Neste sentido, cabe citar mais uma vez a clara determinação da Resolução n. 449/2022 do CNJ:

²⁷¹ Vide fls. 304 dos autos de primeiro grau

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

278





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Resolução n.449/2022 do CNJ
Tramitação das ações judiciais fundadas na CH80

Artigo 14, Parágrafo 4º

“É inadmissível a prova sobre a adaptação da criança ao Brasil, se transcorrido menos de um ano entre a data da subtração ou retenção ilícita e o recebimento do pedido de cooperação jurídica internacional pela Autoridade Central brasileira, ou o início do processo judicial no caso de a demanda ser ajuizada pela pessoa deixada no Estado da residência habitual da criança, devidamente representada por advogado.”

A subtração ocorreu em 01/06/2014 como resulta da denúncia feita à polícia italiana²⁷². Em 11/09/2014 a Autoridade Central brasileira acusou o recebimento do pedido de retorno em base à CH80²⁷³ (que tinha sido enviado por correio pela Autoridade Central italiana em 22/07/2014²⁷⁴, em consequência do pedido inicial feito pelo genitor abandonado em 07/07/2014²⁷⁵, um mês após a subtração). Em 14/05/2015 a AGU ajuíza a “ação ordinária de busca, apreensão e restituição” do menor subtraído. Apesar da lentidão da Autoridade Central brasileira em requerer a abertura do processo judicial para obter o retorno do menor subtraído, o prazo de um ano foi respeitado sem dúvida alguma, seja em relação ao recebimento da denúncia administrativa que a ação judicial.

Mesmo sendo suficiente essas argumentações (aliadas as premissas gerais feitas sobre a CH80) para comprovar a impossibilidade de invocar a exceção à obrigação do retorno em base a integração da criança ao Brasil nos termos do art. 12 da CH80, se prefere prosseguir na reavaliação jurídica do conteúdo da perícia já que em bem duas instâncias aquilo que deveria ser óbvio foi considerado de forma invertida pelos juízes e Ministério Público Federal.

V.IX.IV.II.I. Perícia vetada pela CH80 e sem a participação do genitor abandonado

Após cerca 7 meses do início do processo, o Ministério Público Federal (MPF) pediu, na sua segunda manifestação processual em primeiro grau, a realização de uma perícia psicossocial nos seguintes termos²⁷⁶:

“Não é possível interpretar de maneira restrita, literal e isolada o artigo 12 da Convenção da Haia de 1980 como faz a Advocacia Geral da União sem ter em vista a finalidade do referido Diploma. Consoante ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça em apreciação ao Recurso Especial n. 1.239.777-PE, cujo Relator é o

²⁷² Vide fls. 778-779 dos autos de primeiro grau

²⁷³ Vide, por exemplo, fls. 25 dos autos de primeiro grau

²⁷⁴ Vide fls. 28 dos autos de primeiro grau

²⁷⁵ Vide fls. 39 dos autos de primeiro grau

²⁷⁶ Vide fls. n. 634-660 dos autos de primeiro grau

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

279





Ministro Cesar Asfor Rocha, observa-se que há uma preocupação exarcebada em atender a solicitação das autoridades internacionais a qualquer custo, “quando a preocupação primordial dos julgadores deveria ser o bem-estar, a saúde física e psíquica da criança”(…). Desse modo, independentemente do lapso temporal ocorrido entre a retenção e o início do procedimento de restituição ser menor ou maior do que um ano, não se pode ignorar que, o menor lan se encontra no Brasil desde 01/06/2014, já firmando raízes neste país, e deve ser garantido o seu bem-estar a sua integridade física e emocional, sendo necessário, desta forma, a realização de uma avaliação psicossocial.”

Cabe ressaltar sobre este ponto que, como já foi cabalmente comprovado e antecipado nas premissas sobre a CH80²⁷⁷, quanto teorizado pelo MPF é extremamente equivocado, pois transforma o processo de retorno em uma análise do melhor interesse da criança mais ampla do que aquela requerida na CH80 e mais restrita do que aquela que seria feita em um processo de guarda. Se cria um contraditório processo de pseudo-guarda onde se valorizam elementos de baixa relevância e se ignoram aqueles de maior importância.

A teoria jurídica do citado Recurso Especial de 2010 (1.239.777-PE) que impõe a violação do art. 12 da CH80 já foi superada por muitos outros julgados do STJ desde 2013 (como assinalado na época pela AGU na sua petição inicial). Não compete à CH80 observar o bem-estar da criança no seu sentido global, pois isto é um tema do juízo da guarda e nem o bem-estar global da criança é ligado somente à sua adaptação ao meio em que se encontra. A CH80 visa, no melhor interesse global da criança, somente observar, com celeridade, os aspectos cientificamente mais relevantes do seu melhor interesse, os quais foram estipulados com precisão nos seus dispositivos e, portanto, devem ser respeitados com exatidão literal.

Dando prosseguimento à sequência cronológica dos fatos, se evidencia que a Ré então invocou que a perícia fosse estendida ao pai, nos seguintes termos²⁷⁸:

“É inegável a dificuldade de produção de provas sobre as violências perpetradas no âmbito doméstico. As agressões proferidas por Constantino contra a família não deixam marcas. São agressões psicológicas seríssimas, ameaças de agressões físicas, gritos, portas quebradas...” (...) “Considerando-se necessário o estudo psicossocial acerca (I) do perfil do genitor (o que corroborará a alegação sobre a violência doméstica e encontrada na Itália como forma de exceção à Convenção da Haia) e (II) da adaptação do menor lan no Brasil, pleiteia a realização de perícia psicossocial.”

Neste mar de evidentes contradições e desconhecimento técnico (como, por exemplo, a fantasiosa

²⁷⁷ Vide subtítulo V.VI.III

²⁷⁸ Vide fls. n. 661-669 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

existência, na ciência em geral, de um perfil psicológico violento) o juízo indeferiu a realização do “estudo psicossocial do perfil do genitor (...) pois o mesmo não está obrigado a realizar exame para produzir prova contra si mesmo”²⁷⁹, mas confirmou “a realização de prova pericial psicológica, para avaliação do menor”.

Pode parecer tecnicamente razoável negar um estudo sobre o genitor abandonado, mas o ocorrido foi que esta decisão unilateral do Tribunal, ou seja, sem questionar ao interessado (que não era parte no processo²⁸⁰) se poderia estar disponível a se submeter a uma perícia, foi usada sucessivamente pelo MPF (e confirmado no acórdão votado por unanimidade) contra o genitor!

O genitor abandonado foi considerado em segunda instância como aquele que negou a própria participação ao estudo psicossocial e que, portanto, não poderia avançar contestações sobre a validade de um laudo realizado por uma perita que não o contactou para obter informações sobre a criança e que, de fato, se limitou a reproduzir fielmente (sem qualquer questionamento) os depoimentos dos adultos da família materna.

Como disposto na lei brasileira, o fato de não poder produzir prova contra si não pode ser usado como impedimento à própria participação na perícia relativa ao filho:

Lei n. 13.105 de 16/03/2015
Código do Processo Civil

Artigo 379

“Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado.”

Artigo 473, parágrafo 3º

“Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em

²⁷⁹ Vide fls. n. 681 dos autos de primeiro grau

²⁸⁰ A Defensoria Pública da União, em atendimento ao pedido de defesa gratuita do genitor abandonado, ingressou no processo somente em 28/04/2016 (ver folha n. 1184), mas, unilateralmente, negou ao genitor qualquer ação por entender suficiente as manifestações da AGU. Em 16/06/2016 o genitor foi obrigado a nomear o Advogado Delfino (ver folha n. 1313) ao qual foi concedida somente a possibilidade de apresentar as alegações finais (ver folha n. 1398)

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

281





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.”

Até mesmo a AGU foi injustamente acusada no acórdão de se opor a participação do genitor abandonado, sendo que na verdade a mesma se limitou à apresentação de um embargo de declaração²⁸¹ por considerar, justamente, tal perícia judicial uma grave violação do art. 12 da CH80 e, conseqüentemente, um grave atraso processual indevido.

A AGU, de fato, não se opôs a perícia pois nenhum agravamento ou outro recurso foi promovido pela mesma para impedir a realização do estudo após a resposta dada pelo julgador aos embargos, que foi expressa nestes termos²⁸²:

“Embora a União Federal, autora desta ação, se oponha à realização de perícia psicológica, anoto ser comum, em processos como o presente, a alegação, com base no art. 13, alínea “b”, da Convenção, de que pode haver grave risco psicológico para a criança em caso de retorno ao Estado de residência habitual (...)”

“Defiro, entretanto, o pedido alternativo para determinar a sua abrangência. Na realização da perícia referida, deverá a Sra. Psicóloga:

- a) avaliar a possível ocorrência de perigo de ordem psíquica, no caso de retorno ao país de origem, que torne a situação intolerável;*
- b) avaliar a possível ocorrência de alienação parental;*
- c) avaliar a situação dos vínculos afetivos entre a criança e seus genitores”*

V.IX.IV.II.II. A insensatez dos objetivos periciais deferidos

Os supracitados objetivos da perícia traçados pelo Tribunal não possuem qualquer fundamento técnico-científico em relação ao caso concreto, pois se trata de uma subtração praticada contra uma criança que na época tinha tão somente pouco mais de um ano de vida e que se encontrava no Brasil há mais de 2 anos. Beira o ridículo esperar obter qualquer conclusão de uma criança de 3 anos em relação a fatos ocorridos quando a mesma tinha 1 ano.

Como já foi bem clareado nas premissas sobre a CH80²⁸³, a brevidade do seu texto está na impossibilidade de estabelecer esquemas aplicativos para todos os possíveis casos concretos. Como é notório entre os especialistas em direito familiar (que não é o caso do Tribunal Federal), as

²⁸¹ Vide fls. n. 718-722 dos autos de primeiro grau

²⁸² Vide fls. n. 1188-1189 dos autos de primeiro grau

²⁸³ Vide subtítulo V.V.I

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

necessidades e particularidades de um menor mudam radicalmente até mesmo após poucos meses, principalmente nos primeiros anos de vida.

Ao estabelecer a avaliação de uma “*possível ocorrência de perigo de ordem psíquica, no caso do retorno ao país de origem, que torna a situação intolerável*” o juízo de primeiro grau deveria, antes de tudo, ter apresentado ao perito quais poderiam ser as possíveis ou prováveis condições deste retorno, quais seriam as condições oferecidas pelos genitores e/ou pelas autoridades locais em relação ao melhor interesse da criança.

Em segundo lugar, deveria ter estabelecido a avaliação de perigos de elevada gravidade, não qualquer perigo de ordem psíquica, pois, como evidenciado nas premissas sobre a CH80²⁸⁴, somente graves situações podem ser levantadas para excluir a obrigação do retorno imediato.

Em uma criança que na época tinha 3 anos de idade, é extremamente improvável constatar sérios perigos pela simples transferência de domicílio. É inclusive improvável estabelecer a existência de uma verdadeira integração a uma realidade social em uma criança tão pequena que interage com o mundo, não por uma consciência intelectual, mas por fenômenos prevalentemente físicos.

É lógico e evidente que somente a transferência poderia incidir no aspecto psicológico da criança, já que nenhuma acusação foi levantada contra o genitor abandonado em relação a criança (por ações diretas ou indiretas), mas somente contra o genitor sequestrador e vinculadas a fatos sucessivos a subtração do filho. Como repetido mais vezes, somente o subjetivo e potencial risco dos danos corriqueiros de uma transferência (que se encontra, no máximo, na mesma medida do objetivo e potencial “risco” de benefícios da transferência de um pais considerado subdesenvolvido para outro desenvolvido) não são suficientes para alcançar o nível de gravidade imposto na CH80.

O segundo objetivo da perícia, era aquele de “*avaliar a possível ocorrência de alienação parental*”, mas até mesmo quem não é um profissional da área consegue conceber a existência de uma alienação parental no caso de um genitor que subtrai o filho para outro continente.

Na verdade, é tudo ainda mais simples, basta ler a relativa lei que assim especifica:

Lei n. 12.318, de 26/08/2010
Alienação Parental

²⁸⁴ Vide subtítulo V.VI.IV.I.I

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

283





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Artigo 2

“(…) São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: (...) II - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.”

Respeitando as constatações das ciências neurológicas e psicológicas sobre o desenvolvimento das crianças, que certificam que a maior contribuição que os genitores podem dar aos filhos em relação ao seu crescimento é nos primeiros de vida (como evidenciado anteriormente²⁸⁵) se observa uma maior gravidade na alienação praticada no caso concreto devido a tenra idade da criança.

De frente a tamanhas gravidades fatuais, não é possível aspirar dúvidas sobre a ocorrência de uma alienação parental no ato de subtrair a criança para outro continente. Não pode ser relevante a eventual tese da necessidade de buscar um específico motivo, ou seja, o dolo da subtração, se foi cometida exclusivamente para alienar o genitor ou por outro motivo. Uma criança ilicitamente distanciada é uma criança alienada. O dolo, por princípio, é apenas um possível agravante do dano provocado.

O terceiro e último quesito, “*avaliar a situação dos vínculos afetivos entre a criança e seus genitores*”, assim como os demais, também resulta completamente incoerente.

Uma criança que foi subtraída quando tinha pouco mais de um ano de vida e que não manteve contato por 2 anos com o genitor abandonado, porque o tribunal brasileiro não estabeleceu qualquer regime de contato, só pode resultar com um exclusivo vínculo afetivo em relação ao genitor subtrator. Este fato, por sinal, resulta ser completamente alheio ao procedimento da CH80 por ser um tema exclusivo do processo de guarda, em nenhuma das suas disposições se questiona a avaliação do vínculo emotivo entre genitor abandonado e filho.

Uma perícia que deve constatar fatos extremamente óbvios é, por regra geral, negada em todo juízo para garantir, por exemplo, o princípio da razoável duração do processo. Em um processo envolvendo crianças esta necessidade é ainda maior porque se exige máxima celeridade.

Assim estabelece, justamente, o código do processo civil brasileiro:

Lei n. 13.105 de 16/03/2015

²⁸⁵ Vide subtítulo V.V.I.IV

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

284





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Código do Processo Civil

Artigo 464, parágrafo 1º

“O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

Neste contexto absurdo, se evidencia também que a função do tribunal é assegurar o retorno, portanto, uma perícia com os objetivos que foram fixados está claramente retardando o processo e invertendo o ônus da prova (é a parte contrária ao retorno que deve tentar provar cabalmente as exceções), ou seja, buscando de ofício assegurar a negação do retorno.

A ausência de provas substanciais em relação as exceções do retorno deveriam, por lógica, justificar a falta de necessidade de uma perícia devido incorreta invocação das exceções. Assegurar o retorno significa efetuar uma perícia com o objetivo de combater ou verificar a retidão das provas substanciais que obstam o retorno imediato, não de buscar novas provas para comprovar as exceções.

O melhor interesse da criança na CH80 (nas subtrações) é sempre o retorno imediato, não cabe ao juízo questionar se o retorno é o melhor para a criança em uma visão ampla do seu melhor interesse (como faria o juízo da guarda), mas certificar se as exceções à obrigação do retorno, se bem comprovadas pela parte contrária, não poderiam ser superadas ou mitigadas com a adoção das medidas de proteção disponíveis no Estado de refúgio.

Além disso, como referido nas premissas sobre a CH80²⁸⁶, cabe ressaltar que a exceção é relativa à obrigação ao retorno, não é uma exceção ao retorno, portanto, em última análise, o juízo deverá explicar, sob pena de nulidade, porque optaria ou não pelo retorno, ou seja, o que justificaria a exclusão do melhor interesse da criança de ser julgado com mais justiça pelo seu tribunal natural.

V.IX.IV.II.III. A perícia judicial somente indicou elementos favoráveis ao retorno

A perícia técnica judicial, nos fatos, além de não fornecer resposta aos 3 quesitos requeridos pelo

²⁸⁶ Vide subtítulo V.VI.IV.I.VI

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

285





juízo, na verdade, apresentou somente elementos que confirmaram a gravidade dos prejuízos gerados pela subtração. Tanto que na sentença de primeiro grau, que negou o retorno por violência psicológica contra o genitor subtrator, as suas constatações não foram minimamente citadas.

Em relação aos possíveis perigos do retorno (o primeiro quesito), a perícia judicial somente deduziu o seguinte²⁸⁷:

*“Caso a guarda de Ian seja atribuída ao Sr. Constantino, avalio que o desenvolvimento da criança seja prejudicado, pois, embora seja oferecido o convívio junto do pai e da irmã, a criança não demonstra a ele importantes vínculos afetivos. Cabe ressaltar que a criança **poderá** apresentar dificuldades de adaptação ao novo lar, à madrasta e aos filhos dela (Samuel e Greta, sete anos e cinco anos de idade, respectivamente).”*

Apesar da perícia apontar como “solução” à lide a manutenção do convívio da criança com a família materna, resulta claro e evidente que o profissional não vislumbrou nos autos (diferentemente do parecer do juízo e do MPF) qualquer violência ou perfil violento do genitor abandonado e que a integração a um novo meio ao máximo geraria algumas dificuldades derivadas do convívio familiar com outras crianças/adultos e tais singelas dificuldades corriqueiras (que não são traumas ou perigos psicológicos) não seriam nem uma certeza, mas somente uma mera possibilidade.

Esta mera possibilidade, inclusive, pode ser deduzida como improvável em base a descrição dos fatos observados e registrados com estas palavras:

“Ian é uma criança que estabelece fácil contato intrapessoal e, embora tímido e cauteloso no início, é capaz de aprofundar o vínculo. Ele participou de modo vívido dos procedimentos avaliativos e das atividades lúdicas propostas.”

Da mesma forma, nada na perícia foi diretamente estabelecido em relação a alienação parental, mas resulta evidente a constatação das consequências negativas do distanciamento paterno²⁸⁸:

“No que se refere à figura paterna, Ian não demonstra sinais negativos da ausência cotidiana, mostra-se muito bem habituado ao convívio com os familiares maternos do Brasil, sendo que sua figura paterna está muito bem estabelecida e vinculada ao avô materno.”

O último quesito também foi respondido de forma indireta e parcial (mas suficiente para um interpretador inteligente): mesmo o genitor subtrator sendo considerado aquele com um vínculo de maior intensidade, foi comprovada a familiaridade da criança com o genitor abandonado e demais

²⁸⁷ Vide fls. 1211 dos autos de primeiro grau

²⁸⁸ Vide fls. 1210 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

componentes da nova família paterna estendida. Assim foi registrado:

“Atualmente lan não convive com o pai; sendo o contato apenas por Skype, diariamente às 19 horas”

“Muitas vezes, durante o contato, o pai da criança está na companhia das outras crianças (filhos de sua atual esposa)”

“O contato de lan com a irmã paterna também é realizado por Skype”

Portanto, se o real objetivo do juízo de primeiro grau era aquele de encontrar provas para negar o retorno, a perícia confirmou inegavelmente o insucesso desta tentativa e o laudo só pode ser valorado como uma prova que corrobora a bondade de uma decisão de retorno imediato.

V.IX.IV.II.IV. As graves inconsistências técnicas da perícia judicial

Apesar do Acórdão impugnado estabelecer uma espécie de imunidade técnica apriorística à perícia judicial, pelo simples fato de ser *“dotado de fé-pública e gozando de presunção de veracidade e legitimidade”*, se notam graves controvérsias científicas e/ou incoerências interpretativas dos fatos observados.

Nas conclusões periciais, citadas no acórdão, o profissional mostra considerar como um bem aquilo que deveria ser visto como grave prejuízo para a criança. Assim foi registrado:

“Vale ressaltar que a presença e convivência da criança com a avó materna, possibilita intensa e saudável interação, deste modo, alterando positivamente a dinâmica familiar diante das manifestações psíquicas e comportamentais desencadeadas pela avó durante o processo de adoecimento, tais como: angústia, medo, insegurança, frustração e desamparo.”

Não pode ser considerado como um bem para a criança ter uma convivência cotidiana com um familiar que sofre de graves distúrbios como aqueles citados. A criança está sendo usada nos fatos como um medicamento psicotrópico para os adultos, mas mesmo assim o perito judicial fornece um inadmissível parecer favorável.

Como também foi citado no Acórdão, o perito alcança o auge da negação das mais objetivas evidências científicas (tanto no campo da psicologia quanto no campo das ciências que estudam a fisiologia do cérebro humano), ao certificar no seu laudo a seguinte regra geral:

“Importante referir que, ao contrário dos adultos, que geralmente são capazes de lidar com as incertezas e mudanças de vida, as crianças tendem a reagir

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

287





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

negativamente diante de qualquer mudança contra sua segurança emocional, tornando-se ansiosas, manifestando recusas, distorções da realidade ou deslocamentos de sentimentos.”

Como relatado nas premissas sobre a CH80²⁸⁹, se constata com o método científico e absoluta certeza o exato contrário, ou seja, que toda criança aceita com maior facilidade mudanças na sua vida. Isto foi muito bem comprovado na precedente citação de ditames legais nacionais e internacionais, evidências científicas, dados estatísticos e também com a simples observação testemunhal. A tese pronunciada pelo perito é sem sombra de dúvidas extremamente absurda.

O Acórdão impugnado também evidenciou o seguinte trecho gravemente contraditório do laudo:

“Durante o estudo, Thaisa demonstrou condições favoráveis e importantes no que se refere aos cuidados a Ian. Mostra-se afetuosa e cuidadosa, demonstrando afetividade e preocupação no que tange o desenvolvimento do filho.”

Mais uma vez, o Tribunal falhou em não fazer uma valoração minimamente crítica do parecer técnico. Na verdade, cabe assinalar que, como já comprovado, em conclusões genéricas, o profissional a todo momento presume ótimas capacidades e condições do ambiente materno, quando, porém, são citados os elementos concretos que foram observados, que permitem a todos de tirar as próprias conclusões, as deduções periciais se mostram completamente fora da realidade.

Portanto, a citada conclusão genérica se mostra facilmente reprovada pelo seguinte elemento concreto constatado pelo profissional:

“Com apenas três anos e meio de idade, depende daquelas que cuidam dele, e por ainda ser amamentado antes de dormir (leite materno), eventualmente apresenta comportamento regredido no convívio com a mãe, sendo esperado para a situação, visto que está passando pelo período transicional da primeira para a segunda infância.”

Não pode ser considerado saudável e/ou natural amamentar uma criança de quase 4 anos de idade:

- Segundo a OMS²⁹⁰, a amamentação é recomendada até os 6 meses de vida para melhorar a saúde e sobrevivência da criança. Existem também pesquisas que confirmam que fisiologicamente é discutível a amamentação prolongada, como, por exemplo, uma pesquisa brasileira publicada internacionalmente em 2017, que estabeleceu maior incidência de

²⁸⁹ Vide subtítulo V.VI.III.II.I

²⁹⁰ Vide https://www.who.int/health-topics/breastfeeding#tab=tab_1

+55 27 99932-0409
mcnad.v.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

288





cárie²⁹¹.

- Como admitido pelo perito, no âmbito da psicologia, isto corresponde a um comportamento regredido da criança e normalmente é consequente à necessidade materna de forçar uma maior proximidade com o filho por sentir perdê-la com o seu crescimento (provavelmente o filho nem nutria interesse nesta prática). Esta imposição é psicologicamente tão negativa que o perito, mesmo a custo de contradizer si mesmo (ao atestar ser um “comportamento regredido”), retomou o tema mais de uma vez para tentar reverter o seu significado em favor da mãe, mencionando o seguinte parecer:

“Como já mencionado anteriormente, Ian apresenta-se em momento transicional, da primeira a segunda infância e, por ainda receber aleitamento materno, apresenta importante relação afetiva com a mãe, sendo ela uma importante figura de segurança para Ian”

- Como também referido no e-mail enviado pelo advogado da genitora abduutora à mesma (quando ainda não tinha sido estipulado um contrato de serviço), no momento em que estava arquitetando a subtração, essa amamentação prolongada constituía um bom artifício jurídico para tentar estabelecer a sua prevalência como guardião principal da criança e, assim, obter a legitimação da ação ilícita. Assim foi escrito pelo genitor subtrator ao seu atual advogado (quando ainda não tinha assumido o cargo e estava somente dando conselhos desapegados)²⁹²:

“Sobre amamentar sim eu amamento, mas até isso não sei até quando pode ser um ponto a meu favor pq o recomendável é até um ano de idade, depois já é algo a mais... e eu pretendo ir ao Brasil agora pro natal e ano novo e quando eu voltar ele já vai estar com mais de um ano...”

Enfim, seja qual for o verdadeiro motivo desta prática no caso em tela (que não foi apurado pelo psicólogo), ela só pode ser vista como negativa em relação ao melhor interesse da criança e à capacidade parental, o exato contrário das conclusões periciais.

Até mesmo a pacífica necessidade de manter um mínimo contato da criança subtraída com a sua irmã natural (e, atualmente, também com o seu irmão) ou com os outros dois irmãos “estendidos”, foi um elemento censurado pelo psicólogo. Assim o mesmo pronunciou:

“Muitas vezes, durante o contato, o pai da criança está na companhia das outras crianças (filhos de sua atual esposa), motivo pelo qual o contato do genitor com Ian”

²⁹¹ Vide <https://publications.aap.org/pediatrics/article/140/1/e20162943/37955/Impact-of-Prolonged-Breastfeeding-on-Dental-Caries>

²⁹² Vide fls. 1451-1456 dos autos de primeiro grau





podará tornar-se vulnerável e desatencioso”

Se o perito tivesse tido o interesse metodológico de avaliar com exatidão a questão, assistindo as chamadas, teria verificado quanto as crianças se divertiam ao tentar, por exemplo, se expressar em uma língua diferente.

Em geral, aqui se contesta não somente o grau de competência do profissional, mas também a ausência de método científico porque certifica possibilidades puramente negativas em base à fantasia pessoal do mesmo.

Mesmo a perícia possuindo uma embaraçante linha de favoritismo em relação ao genitor subtrator, nada foi ventilado sobre as acusações de violência doméstica que, ao invés, resultaram ser o elemento decisivo para o juízo negar o retorno. Assim o perito se pronunciou (de fato reduzindo a termo os relatos maternos):

“Em seus relatos, Thaisa menciona que o esposo trabalhava como porteiro em um prédio comercial próximo a sua residência, entretanto, ele retornava para casa apenas nos finais de semana. Ela relata que tanto durante a gestação, quanto depois do nascimento de Ian, Constantino demonstrava comportamento controlador e persecutório, “não permitia que eu saísse sozinha com Ian, nem tão pouco recebesse visitas ou telefonemas sem seu consentimento; ele também controlava as finanças, inclusive a bolsa do mestrado, sendo aceito por mim” (SIC).

Thaisa refere que após seis meses do nascimento de Ian, descobriu que o esposo mantinha uma relação extraconjugal com um colega de trabalho, motivo que desencadeou brigas, intensas discussões e o pedido de separação por parte de Thaisa, sendo recebido pelo genitor de maneira negativa.

Por meio de discurso claro e sereno, Thaisa refere que estava vivendo uma relação hostil e degradante. Entretanto, o foco de seu discurso se mantém em considerações inerentes a criança, ao seu desenvolvimento e bem-estar; e ainda que os autos nos indiquem situações desgastantes e conflituosas, Thaisa mostra-se solícita em resolvê-las de maneira conciliadora.”

Segundo o perito judicial, em oposição ao parecer do MPF e julgadores, nos autos existem apenas “situações desgastantes e conflituosas”, ou seja, nenhuma situação grave, mas um normalíssimo conflito conjugal, que não é objeto de aplicação da CH80 e que não deve ser confundido com a relação parental. Não por acaso, nas suas conclusões periciais nada foi levantado em relação aos conflitos familiares, somente a integração da criança a um novo meio foi usada como motivação em prol da manutenção da criança no Brasil.

Cabe também ressaltar a inconsistência do testemunho do genitor abductor que declarou sofrer de





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

um fantasioso e contraditório comportamento controlador e persecutório apenas no final de semana, de ser a vítima em brigas que na verdade eram instigadas pela mesma em base as suas acusações de relacionamento extraconjugal, de ter sofrido tanto e conseguir relatar tudo com serenidade, de manter o foco na criança mesmo sendo o genitor que a subtraiu por motivos fúteis (como, por exemplo, ir ao estádio para assistir alguma partida da copa do mundo de futebol²⁹³), etc.

V.IX.IV.II.V. A imprestabilidade da perícia na negação do retorno

O Acórdão impugnado citou a perícia judicial como prova suficiente para negar o retorno, mas ela resulta ser juridicamente completamente imprestável. Diversos preceitos técnicos e lógicos foram gravemente violados e não é possível ignorá-los até mesmo por quem não é especializado em direito de família.

Aqui se tem a certeza matemática de que qualquer profissional de elevada competência, que consulta tal perícia inconcludente em relação aos objetivos prefixados pelo juízo, só pode estabelecer que é improvável que a criança, em base à sua idade e aptidão psicológica (se adaptou sem dificuldades ao Brasil), possa sofrer perigos se for ordenado o seu retorno e se, conseqüentemente, tiver que enfrentar por uma nova ambientação.

Também se nutre certeza absoluta sobre o fato de que o laudo foi completamente parcial pois buscou defender incondicionalmente a posição genitor abductor e evitou levantar qualquer questionamento ou apuração sobre as declarações maternas.

O genitor abandonado não foi minimamente contatado, mesmo o perito tendo recebido específica instrução do juízo de verificar o vínculo do mesmo com a criança. Não é possível confundir ou instrumentalizar a decisão (unilateral do Tribunal) que vetou a execução de uma perícia psicológica do perfil do genitor abandonado com um veto (inexistente) em relação ao necessário contato paternal que deveria ter sido realizado para obter informações essenciais sobre o relativo vínculo parental.

Como evidenciado nas premissas gerais sobre a CH80, a obrigação ao retorno não subsiste em caso de risco de graves perigos no momento do retorno. O fato do menor ter que enfrentar dificuldades corriqueiras para poder ter a guarda julgada com mais justiça pelo tribunal da residência

²⁹³ Vide subtítulo V.IX.III.IV.I

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





habitual corresponde ao melhor interesse da criança.

Portanto, a decisão sobre o retorno não pode se basear em uma perícia que resulta ser completamente imprestável para negar o retorno, pois:

- as suas conclusões são vinculadas a uma antiga e inaplicável realidade de 6 anos atrás;
- se limitou a reduzir a termo as declarações do genitor subtrator, não verificou as suas afirmações e nem ouviu o genitor abandonado;
- em uma análise crítica e jurídica da perícia se extraem somente elementos favoráveis ao retorno;
- não é uma exceção da CH80 a remota possibilidade da criança ter que superar as dificuldades de nível puramente ordinário/corriqueiro de uma transferência de residência (art. 13);
- a CH80 veta levar em conta a integração ao meio no caso de pedido de retorno pleiteado no prazo de 1 ano (art. 12)

V.IX.IV.III. A prevalência de argumentações alheias à CH80 (falsa aplicação dos arts. 12, 13, e 19)

Como relatado nas premissas sobre a CH80, um dos grandes problemas da sua correta aplicação é manter o foco em limitados elementos do contexto familiar. Não devem ser levados em conta temas que invadem as áreas de exclusividade do processo da guarda.

Como já citado, em um conflito familiar as partes sempre buscam ampliar as próprias razões porque são temas com um elevado grau de subjetividade. Se já é difícil manter o correto foco devido a natureza da matéria, o seu âmbito internacional acrescenta ainda mais obstáculos porque inevitavelmente se alimenta um favoritismo nacionalista que tende a ofuscar o rigor técnico.

Não por acaso, foram elencadas muitas decisões brasileiras de conflito de competência²⁹⁴ (a CH80 na verdade não busca o retorno da criança subtraída, mas incidir na efetividade do conflito de competência internacional do processo da guarda) que são tratadas pelo judiciário brasileiro com princípios inexplicavelmente diferentes daqueles usados nas ações baseadas na CH80 e que, coincidentemente, são sempre voltados à negação do retorno.

²⁹⁴ Vide subtítulo V.IV.I.III.I, V.VI.IV.III.II





V.IX.IV.III.I. Não é relevante todo e qualquer conflito conjugal

Nas premissas gerais sobre a CH80²⁹⁵, foi estabelecido que, cientificamente e legalmente, um conflito conjugal não pode ser estendido automaticamente à esfera parental. Afinal, não é porque um casal se divorcia que se deve promover também o divórcio dos filhos ou usá-los para agredir o outro genitor, colocando em prática as ações que enquadram o conceito de alienação parental.

A sentença de primeiro grau, mesmo afirmando que muitas alegações feitas no processo foram ignoradas porque consideradas questões da guarda, enfrentou as exceções ao retorno evidenciando exatamente questões da guarda e da separação. Essas são algumas passagens da sentença:

"(...) no sentido de que havia um relacionamento extraconjugal, na Itália (...)"

"(...) a requerida tinha que tornar a presença da amante dele (...)"

"(...) descoberta do relacionamento extraconjugal de Constantino; as discussões relativas à separação; (...)"

"(...) o relacionamento extraconjugal está evidenciado, inclusive com nascimento de outra criança (...)"

"(...) falta de respeito com que a ré é tratada pelo marido, o qual sempre se dirige a ela friamente de forma irônica, rude e grosseira. Inúmeras vezes deixa a ré falando a respeito do filho sozinha, ficando mudo, sem responder nenhuma pergunta ou dar qualquer satisfação (...)"

"(...) a agressividade e rispidez por parte dele não cessam (...)"

"(...) não demonstra civilidade para com a ré (...)"

"Enquanto ela fala normalmente, ele usa linguagem agressiva e debochada"

"(...) forma agressiva e desrespeitosa com que ele, Constantino, age em relação à Sra. Thaisa (...)"

Ao enunciar de formas diferentes o que parece ser o mesmo tipo de contestação (um conflito conjugal não violento), o julgador estabelece, categoricamente, que, em relação a mãe, "tal comportamento, faz configurar a violência psicológica tal como prevista na Lei nº 11.340/2006 (Lei "Maria da Penha")" e, portanto, "depreende-se que, havendo o retorno, ficará a criança sujeita a perigos de ordem física e psíquica e em situação intolerável".

²⁹⁵ Vide subtítulo V.VI.IV.I.III





Em outras palavras, foi estabelecido que o conflito conjugal, com certeza absoluta, geraria, quase magicamente (sem qualquer elemento de justificação), perigos irremovíveis à criança (“...ficará a criança sujeita a perigos...”). Foram desmoronados anos de evolução do direito familiar brasileiro baseados em convicções positivas como, por exemplo, o princípio da primazia da guarda compartilhada.

Além disso, esses perigos nem foram classificados como graves, ignorando completamente este conceito que é o fundamento das exceções da CH80 (como bem comprovado nas premissas). Qualquer situação familiar foi transformada em um perigo suficiente para impedir o retorno da convivência das crianças subtraídas com o genitor abandonado.

Não por acaso, nem a perícia judicial e nem a perícia produzida pela genitora abduzora chegaram a essa conclusão analisando as mesmas provas e, além disso, podendo ouvir e questionar diretamente o genitor subtrator. De fato, o Tribunal estabeleceu a si mesmo a posse de um parecer capaz de negar aquele lógico-científico.

É importante evidenciar que a perícia materna, financiada e selecionada pelo genitor subtrator, atacou injustamente o genitor abandonado de todas as formas possíveis, mas conseguiu somente concluir que existia a necessidade de apurar melhor os fatos dada a inexistência de elementos suficientes. A questão de uma suposta violência doméstica, psicológica ou física, passada ou futura, não foi nem teorizada. Assim foi exposto²⁹⁶:

“Em nome da correição técnica temos a considerar que o a nosso respeitoso ver o SMJ o sr. Carera deverá sim ser examinado uma vez que pretende exercer a guarda de seu filho e muitas dúvidas pairam sobre sua capacidade de fazê-lo. Há um histórico que nos leva a vários questionamentos sobre as condições psico emocionais e de caráter do sr. Carera, daí a relevante e indispensável necessidade de que ele seja devida e adequadamente avaliado. Ainda que considerando que ele não seja o agressor psicológico e físico apresentado pela Sra. Thaisa temos um pais que supostamente foi ausente durante todo o período em que o filho esteve em sua companhia a não ser quando se percebeu que a Sra. Thaisa estava se movimentando para levar a separação a termo.”

“Risco para a criança existe e se apoia também no fato de que ao não sabermos nada sobre a companheira de seu pai, não podemos afirmar que ela vá tratar o menino adequadamente (...).”

Ora, não é possível fantasiar a hipótese de uma violência psicológica indireta, ou seja, de uma

²⁹⁶ Vide fls. 1214-2014 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

criança de 3 anos que “lê” as comunicações privadas dos genitores e/ou que decide excluir um dos seus genitores para sempre da sua vida porque é acusado de fatos desconexos como, por exemplo, um relacionamento extraconjugal. O Tribunal estabeleceu uma certeza de perigo para a criança sobre a eventualidade de um fenômeno que resulta ser inimaginável.

Cabe também observar, que para piorar esse quadro paradoxal, todos os elementos documentais apresentados e usados no processo para acusar o genitor abandonado de violência doméstica são todos sucessivos à subtração, ou seja, não é nem possível estabelecer que a mãe foi obrigada a sequestrar a criança para fugir de uma realidade que considerava violenta para si porque os fatos narrados são todos posteriores.

Ou estamos diante de autoridades que não reconhecem princípios de autodefesa das vítimas de uma violência, como um genitor abandonado que nutre rancor pelo genitor subtrator, ou estamos diante de autoridades que admitem o poder profético para legitimar atos ilícitos, como um genitor sequestrador que subtrai o filho por considerar que sofrerá no futuro uma situação intolerável que até o momento nunca viveu.

É claro que ambos casos não podem ser admissíveis, mas mesmo assim o Acórdão confirmou completamente a sentença de primeiro grau e considerou suficiente liquidar o tema violência em um único e simples parágrafo:

“No caso em exame, a requerida carregou aos autos elementos probatórios de comunicação violenta e agressões verbais e psicológicas praticadas contra si pelo genitor da criança, assim como de seu receio de não conseguir proteger o filho de repercussões negativas ao seu desenvolvimento decorrentes da violência interparental (ID 4180000 e ID 4180002).”

Excluindo o erro material do fato de que os documentos citados no acórdão (“ID 4180000 e ID 4180002”) são na verdade memoriais da AGU, ou seja, documentos e argumentos que comprovam a inexistência de violência doméstica, se mostra importante verificar onde estão os fortes indícios de violência passada e futura que levaram a essa forte constatação.

Afinal, em um caso (diferente daquele em tela) que vai além de um conflito conjugal, onde existem realmente fatos graves de violência doméstica e onde as autoridades locais não conseguem tutelar as partes, é possível que a criança sofra indiretamente consequências negativas.

Como será demonstrado a seguir, nenhum dos argumentos levantados no caso concreto como

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

295





violência psicológica podem ser classificados desta forma em um âmbito objetivo de rigor científico.

Portanto, o puro conflito conjugal constatado faz parte do âmbito do processo de separação conjugal e nem sequer atinge indiretamente as questões da guarda. É completamente irrelevante em relação a aplicação da CH80 que se concentra no direito/interesse da criança.

Afinal, o Tribunal Estadual brasileiro, quando julga uma separação, procura estabelecer uma solução que permita o mais amplo contato de ambos genitores com a criança ou (faz o contrário) ordena um dos genitores a se transferir para outra cidade mais distante ou para outro país?

Nas estatísticas dos casos de separação em geral existem sempre discussões, no mínimo, de tipo irônico como aquelas apresentadas (ou que todos os dias se assistem banalmente na tv) ou os conflitos conjugais que acabam em uma separação são situações de paz e amor? É ilegítimo procurar instrumentalizar fatos corriqueiros como obstáculos ao retorno de uma criança subtraída. O que foi “constatado” no Acórdão impugnado não tem nexos com a aplicação da CH80.

V.IX.IV.III.II. Os conflitos entre as famílias são irrelevantes

Como bem esclarecido nas premissas sobre a CH80²⁹⁷, as exceções ao retorno imediato são estritamente centradas na criança, nos perigos graves que ela poderá sofrer após o retorno.

Não tem cabimento citar como impedimento ao retorno o comportamento dos familiares do genitor abandonado, que são também vítimas da subtração, por perder conjuntamente o contato com a criança subtraída e, conseqüentemente, nutrirem um natural rancor contra o genitor subtrator e a sua família que oferece suporte ao mesmo.

Assim como no caso do conflito conjugal, que é resolvido quando se resolve o motivo do conflito (se o conflito é derivado da convivência, após a separação o conflito desaparece, se o conflito é derivado da subtração, após o retorno ele também desaparecerá, etc), o conflito entre as famílias maternas e paternas, com o retorno da criança, só poderá cessar-se.

Além disso, é necessária muita imaginação para estabelecer como perigo ao retorno, por exemplo, a narração de um único encontro do tio paterno em 8 anos de subtração, no qual o mesmo se

²⁹⁷ Vide subtítulo V.VI.IV.I



apresentou com a seguinte fantasia de presidiário²⁹⁸:



Resta totalmente inconveniente e prova uma grave falta de argumentações alegar tal evento como alicerce de violência psicológica contra a mãe e pior ainda, contra a criança. Na foto se observa a criança feliz, provando que ela apreciou a presença do tio paterno fantasiado. O que é importante? A felicidade da criança ou o fato da mãe ter se sentido ferida no seu orgulho imaginário ao ver uma fantasia de presidiário? Em 7 anos de subtração, um único episódio de fantasia de presidiário por parte de quem não pode mais ter contato com o sobrinho pode ser valorado como violência? Porque não foi feita denúncia junto as autoridades locais competentes?

Além disso, o fato sofreu uma vergonhosa e fantasiosa ampliação que prova escancaradamente a falta de rigor técnico judicial que continua prevalecendo no caso concreto. Assim tinha sido inicialmente manifestado pelo genitor abductor²⁹⁹:

“Piero começou a vestir uma fantasia de presidiário no meio do shopping, e apontar para Thaisa, fazendo alusões de que ela seria uma criminosa”.

Assim escreveu o perito psicológico da genitora³⁰⁰:

“O Sr. Pierangelo, teria também comparecido e insultado a Sra. Thaisa além de ir trajado de presidiário.”

Assim foi escrito na sentença de primeiro grau:

²⁹⁸ Vide fl. 35 – ID 4180005 dos autos de segundo grau

²⁹⁹ Vide folhas n. 1170 dos autos de primeiro grau

³⁰⁰ Vide folhas n. 1231 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

“Há relato de um encontro em um shopping, no qual o irmão do pai da criança, trajado de presidiário, compareceu e insultou a requerida.”

Assim foi escrito pelo MPF no segundo grau (e transcrito no acórdão):

“Destaque-se o relato de um encontro num centro comercial, no qual o irmão do pai da criança, carregando-a no colo e vestido de presidiário, insultou a mãe do menor.”

Em tema de criança, se observa que o processo se transformou naquela brincadeira infantil, conhecida por todos os brasileiros, onde o repasse consecutivo de uma frase a mais pessoas deforma completamente o significado do fato inicial.

Cabe frisar que o mesmo fenômeno ocorreu com várias outras questões apresentadas no processo contra o genitor abandonado. Com a aplicação de um idôneo método científico, onde se lê e se estuda com propriedade os autos, ao invés de observar por preguiça somente a petição mais recente produzida, nenhuma ampliação fictícia dos fatos teria ocorrido.

Todos esses e outros elementos denunciados pelo genitor abductor foram, por exemplo, observados pelo poder judiciário italiano e, justamente, nenhum dos múltiplos juízes conseguiu constatá-los como um fenômeno de violência contra a parte materna ou, pior ainda, contra o filho.

Todas as pessoas em situações extremas (por exemplo, a perda de um filho) têm reações que, mesmo quando respeitam um certo limite, podem ser consideradas reprováveis. Isto, porém, não significa possuir um famigerado (e fantasioso) perfil violento. Se o problema foi gerado pela subtração, é mais que lógico considerar que não existirá mais o problema com a solução da sua origem, ou seja, com a restituição da criança.

Em um mundo civilizado, um casal começa discutindo, depois se separa, cada uma passa a viver em um ambiente diferente, o tribunal decide sobre os filhos e a cessação da convivência entre esses genitores cancela automaticamente a intensidade do rancor da realidade passada.

Neste contexto, também a avó paterna sofreu injustas acusações. Assim foi sentenciado em primeiro grau:

“Assiste razão, ainda, ao “Parquet” quando afirma (fl. 650) que “também a mãe de Constantino, Sra. Isaura, não demonstra civilidade para com a ré”. De fatos, nas mensagens de fls. 570/572, pode-se observar que a Ré, Thaisa, usa uma linguagem normal para se comunicar com a Sra. Isaura. Esta, por sua vez, faz vários insultos.”

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

298





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Assim motivou o Ministério Público Federal, no segundo grau, na sua manifestação contrária ao pedido de visitação do genitor abandonado e o filho subtraído:

“O conjunto probatório dos autos indica ameaças do postulante e de sua família em relação à mãe do menor (fls. 143/145 – ID 4179997; fls. 152/181 – ID 4179997 e fls. 1/112 – ID 4179998; fls. 4/9 – ID 4179999; fls. 110/111 – ID 4180000; fls. 17/18 – ID 4180010, entre outros), sem motivo aparente.”

Entre as “provas” elencadas, a única relativa à avó paterna se encontra no documento com ID 4179999, fls. 4/9 (que correspondem as fls. 567-572, dos autos de primeiro grau).

Ora, quem conhece a língua italiana e lê realmente os documentos processuais (que não foram traduzidos pela parte que os apresentou, o genitor subtrator), constata que nos documentos anteriores à relativa citação (fls. 564), a avó paterna comunicou em italiano e em poucas linhas estar em São Paulo e requereu informações sobre como ir na festa de aniversário do neto. Esta é a tradução do e-mail enviado:

“Bom dia. Estou em São Paulo desde às 10:30 de hoje. Vim para o aniversário de Ian, meu neto. Gostaria de receber informações exatas sobre como poderia ir na casa de vocês. Obrigado e até mais ver.”

No documento com ID 4179999, fls. 4-5 (que corresponde à fls. 567-568, dos autos de primeiro grau) existe o e-mail enviado pelo genitor abandonado ao genitor subtrator, no qual, em italiano (talvez o MPF e os julgadores conheçam perfeitamente o italiano), fez uma longa contestação sobre a resposta recebida que inviabilizava o encontro da avó paterna e o neto.

Sucessivamente, nas fls. 6-7 do documento com ID 417999 (que corresponde às fls. 569/570, dos autos de primeiro grau), foram reportadas mensagens escritas pelo genitor abductor.

Nas fls. 8-9 (que corresponde às fls. 571-572, dos autos de primeiro grau) existem e-mails escritos também pela avó paterna (em um italiano misturado com português), com todas as dificuldades que existe em escrever um e-mail com o celular, onde a mesma exprime a própria frustração pelo fato de compreender não conseguir ver o neto, graças às imposições do genitor abductor.

Essas são as expressões (traduzidas aqui para o português) de maior intensidade usadas pela avó paterna e que foram consideradas como insulto na sentença: “*mente doente*” (fls. 571); “*quer fingir ser tonta*”; “*procure um doutor*”; “*será ele que avaliará se você está com a cabeça no lugar*” (fls. 572).

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

299





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Estamos diante de uma avó paterna de 62 anos que fez 10.000 km de viagem da Itália para o Brasil, que há 2 anos estava sem qualquer contato com o neto que foi injustamente subtraído. Considerar as suas reações como insulto ou como privadas de motivo aparente (como estabelecido pelo Ministério Público Federal) significa negar as mais elementares lógicas de bom senso. As constatações são tão absurdas que deixa indignado qualquer leitor.

Além do conflito familiar (que é consequente ao ato ilícito e a sua elevada duração) não ser utilizável para justificar uma subtração ou negar o retorno da criança, nos casos citados pelas autoridades brasileiras não se trisca minimamente os conceitos de violência, insultos e/ou ameaças que foram manifestados com absoluta certeza nas duas instâncias processuais.

V.IX.IV.III.III. Condições mais favoráveis são irrelevantes

Outro tema que foi inserido de surdina no Acórdão, como obstáculo ao retorno imediato da CH80 e que a jurisprudência dominante nacional não admite nos procedimentos de guarda interno, é estabelecer (ilegitimamente) que a criança não deveria retornar à Itália pois lá se encontrava em uma situação economicamente menos favorável.

Enquanto na sentença de primeiro grau as condições de moradia receberam pouca ênfase (considerado apenas como um “ambiente inadequado em que viviam”), no Acórdão foram extensamente argumentadas:

“Em inspeção do departamento de vigilância sanitária da prefeitura de Milão, o agente competente constatou a precariedade das condições de higiene sanitária do prédio onde habita o genitor da criança (fls. 1059-1062), nada nos autos permitindo concluir que a situação tenha sido substancialmente alterada. No mesmo sentido o parecer do MPF, que ainda destaca o tamanho pequeno da moradia em relação à quantidade de habitantes e a conclusão da perita judicial quanto à possibilidade de dificuldades de adaptação da criança I.C.J ao lar do genitor, à madrasta e aos seus dois filhos frutos do relacionamento atual.”

Este parágrafo exprime e reúne tantos graves erros técnicos que mais uma vez se demonstra a péssima qualidade instrutória em todos os graus de juízo de um Tribunal não especializado em direito de família.

Antes de entrar no mérito, é necessário enquadrar os conceitos gerais da diferença de vida entre os países considerados desenvolvidos e aqueles considerados economicamente em desenvolvimento, já que a presunção que se deve dar a realidade italiana está sendo

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

300





completamente deturbada.

Bem se sabe que aqueles que do Brasil vão ao exterior aceitam sem preconceitos fazer trabalhos que são considerados humildes porque, em geral, a vida que faz um cidadão de baixa renda em um país considerado rico pode ser considerada do mesmo nível da vida que faria um cidadão de elevada renda em um país considerado em via de desenvolvimento.

Se no Brasil é possível associar a expressão “*precariedade das condições de higiene sanitária*” elementos graves como a falta de saneamento básico dos imóveis ou qualquer outro fator que comporta na proliferação de doenças facilmente rebeláveis, em países como a Itália, essa mesma expressão só pode ser associada a elementos de natureza não grave pois a infraestrutura nesses países foi projetada e realizada muitas décadas atrás.

Resulta notório que os países considerados desenvolvidos possuem uma elevada carga de normas de elevada severidade sobre elementos que muitas vezes não são minimamente legalizados nos países considerados em desenvolvimento. Por exemplo, desde 1875 a lei italiana estabelecia a obrigação para as prefeituras de impor a regulamentação higiênico-sanitária das residências (que impõe desde o número de pessoas até a quantidade de luz natural que deve entrar em cada ambiente) e desde 1934 existe a obrigação do certificado de habitabilidade. Sem estes documentos, um estrangeiro não pode nem pedir a residência (ou domicílio, visto que os critérios da lei brasileira são mais próximos daqueles do termo “residência” na legislação estrangeira³⁰¹) para os próprios parentes na Itália. No Brasil, não existe nem um registro público dos residentes e as pessoas ainda hoje compram e vendem os imóveis somente com a descrição física dos mesmos, sem qualquer menção sobre a existência de certificados sobre as instalações (elétricas, hidráulicas, etc) ou de habitabilidade.

Tendo bem em mente as premissas que se deve atribuir a realidade italiana, isto é o que foi registrado na citada inspeção³⁰²:

“Fazendo seguimento ao exposto recebido do Sr. Montalbano se procede a inspecionar os locais internos ao telhado e local subsolo revelando o seguinte:

1) locais internos ao telhado comunicantes com o terraço, que se acesso através de uma escada e subteto resulta gravemente degradado por presença de pedaços de

³⁰¹ Vide subtítulo V.VI.IV.1.1

³⁰² Vide fls. 1059 dos autos de primeiro grau





guano, penas, ossos e carcaças de pombos mortos.

2) se revela ausência de proteções ao redor do terraço

3) presença de baratas mortas nas escadas, parapeitos e corredores

4) no local subsolo os tubos do esgoto se apresentam usurados e furados”

Segundo esta inspeção, um cidadão deve entrar dentro do telhado para encontrar pombos mortos ou entrar no porão do prédio para encontrar furo no tubo do esgoto condominial. É realmente possível considerar como perigo a situação referida em áreas que os moradores não têm acesso (ninguém possuía as chaves das portas de acesso) e nem tem interesse em acessar?

Quem anda pela cidade de São Paulo bem sabe que é comum conviver em diversas áreas com baratas caminhando pelas calçadas mesmo de dia ou observar os estragos que fazem os pombos nos tetos dos edifícios.

Quem anda ao invés em Milano não convive com baratas caminhando pelas calçadas porque a prefeitura periodicamente joga veneno nas bocas dos esgotos estradais e todo prédio tem a obrigação de certificar ter realizado o adequado tratamento contra esses insetos e também contra os ratos. Portanto, ao assinalar a presença de baratas mortas nas escadas (2/3, não dezenas), significa que o prédio tinha um ótimo sistema de tratamento porque o problema grave é encontrar baratas vivas.

Nada daquilo que foi inspecionado pode por si só provar um risco higiênico-sanitário direto aos moradores do prédio e se o processo fosse corretamente lido, se teria constatado que foi apresentado no processo provas de uma realidade completamente oposta àquela certificada pelo juízo.

Este é um resumo das provas contrárias à acusação de precárias condições habitacionais formuladas:

- Perícia técnica de 2013 (antes da subtração) em que se certifica que o apartamento foi completamente restruturado cerca de 10 anos antes³⁰³;
- Documento de residência da prefeitura que atesta que a Ré morava nesta casa desde

³⁰³ Vide fls. 1048 dos autos de primeiro grau





2006³⁰⁴ e/ou inscrição no curso de mestrado³⁰⁵;

- Petição inicial da Ré onde pede a separação e que pudesse viver no apartamento junto com a criança³⁰⁶;
- Cópia do contrato de aluguel que confirma o fato que a escolha concordada de morar em um antigo prédio de mais de 100 anos atrás foi ditada pelo baixo custo contratual³⁰⁷;
- Cópia do documento da receita federal italiana que atesta a existência de outro apartamento de propriedade do casal (incluindo fotos)³⁰⁸;
- Fotos do prédio que naquele momento se encontrava em reforma estrutural³⁰⁹;
- Fotos casa onde se encontrava morando o genitor abandonado com a nova esposa³¹⁰;
- Foi esclarecido que em relação ao apartamento pendia despejo por conclusão do contrato e que a Ré poderia aproveitar das ajudas da prefeitura para obter moradia alternativa gratuitamente (diferentemente do Brasil, na Itália, as prefeituras possuem casas que são concedidas às famílias que passam necessidade)³¹¹;
- O genitor abductor afirmou em várias ocasiões que pretendia retornar à casa conjugal, mas não o fez devido a denúncia de subtração³¹².

Com um quadro probatório desde nível é humanamente impensável encontrar riscos sanitários passados e futuros na cidade da residência habitual, assim como é claro que o judiciário está tentando estabelecer uma situação intolerável que sobrepõe admissão documental da Ré no sentido contrário.

Para um observador de boa-fé, a inspeção apresentada prova tão somente que na Itália as autoridades locais combatem com grande eficiência toda e qualquer situação discutível, até aquelas menos graves que em outros países (entre eles o Brasil) nem existe uma legislação regulamentadora.

Aqui se faz questão de repetir as declarações votadas por unanimidade no Acórdão:

“nada nos autos permitindo concluir que a situação tenha sido substancialmente

³⁰⁴ Vide fls. 1055 dos autos de primeiro grau

³⁰⁵ Vide fls. 756 dos autos de primeiro grau

³⁰⁶ Vide fls. 759v dos autos de primeiro grau

³⁰⁷ Vide fls. 821 dos autos de primeiro grau

³⁰⁸ Vide fls. 937-938 dos autos de primeiro grau

³⁰⁹ Vide fls. 823 dos autos de primeiro grau

³¹⁰ Vide fls. 852-853 dos autos de primeiro grau

³¹¹ Vide fls. 736v dos autos de primeiro grau

³¹² Vide, por exemplo, fls. 322 dos autos de primeiro grau





alterada”

Neste contexto de total fuga da realidade, foi estabelecido também que a casa era pequena para o número de habitantes, mas não existe qualquer dado sobre isto nos autos. Em nenhum documento ou declaração espontânea foi especificada qual é a atual residência do genitor, a sua descrição arquitetônica (tanto da antiga residência quanto da atual), se possui mais imóveis, etc. Não deveria ser admissível confundir a liberdade de ação das autoridades com a possibilidade de interferir na vida alheia com pareceres fictícios.

Com um grau de surrealismo não distante daquele que se acaba de citar, o Acórdão conclui o tema da habitação estrangeira imitando o Ministério Público Federal que invocou uma tese que teria sido aquela do “perito judicial”, ou seja, que deixa a entender ser o resultando de um parecer neutral, mas que, na verdade, se trata da perícia comissionada pelo genitor subtrator.

Estas foram as exatas palavras do perito do genitor subtrator³¹³:

“O risco para a criança existe e se apoia também no fato de que ao não sabermos sobre a companheira de seu pai, não podemos afirmar que ela vá tratar o menino adequadamente, que não vá fazer diferenças entre ele e seus outros 4 (quatro) filhos. Não podemos afirmar que seja uma pessoa equilibrada emocionalmente ou o contrário, nem conhecemos os sentimentos que ela nutre pela mãe de Ian e que certamente reverberaria em sua relação com a criança.”

Objetivamente, a possibilidade de ocorrência de qualquer evento existe, mas não precisa ter uma inteligência superlativa para compreender que não é possível declarar a existência de um risco realístico em relação a um acontecimento somente em base ao total desconhecimento da realidade em jogo. Afinal, se é verdade que existe o risco de ocorrer o que foi suposto, também é verdade que existe a mesma probabilidade de acontecer o exato oposto, ou seja, o saldo final, zero, o que corresponde a inexistência de um risco real.

Somente em um mundo pré-científico, onde prevalece o preconceito e discriminação social, é possível presumir ou insinuar que em uma família estendida vigore um tratamento diferencial em base ao sangue ou vínculo biológico. Com essa premissa, não deveria então existir a adoção, os filhos adotados não deveriam ter os mesmos direitos daqueles naturais, etc.

Como é cientificamente notório, não existe uma criança igual a outra, portanto, não existe uma

³¹³ Vide fls. 1236 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

família que trata sem diferença os próprios filhos. Isto, porém, não corresponde a um tratamento prejudicial pois um tratamento justo é sempre calibrado às necessidades e características pessoais de cada um.

De qualquer forma, mesmo supondo o absurdo de que na cultura italiana os filhos seriam tratados com privilégio em base ao sangue (ou “metade” do sangue, pois é o resultado da “soma” dos genitores), está provado nos autos que o genitor abandonado trabalha somente pela manhã e o seu trabalho o permite até mesmo de estar com os filhos no horário em que deve exercer as próprias funções.

Não por acaso, resulta que o mesmo todas as manhãs cuidada do filho, restituindo-o no período da tarde à mãe, que, ao invés de estar com ele, o descarregava, às escondidas, na creche.

Além disso, na Itália, como em geral ambos genitores costumeiramente trabalham, o período escolar é integral, portanto, nem no mundo do absurdo é possível triscar a ideia da existência de um risco para uma criança que estará comprovadamente em contato constante com o seu genitor biológico.

Em conclusão, não é possível negar o retorno de uma criança por insinuar que a morada estrangeira seria inidônea pois isto faz parte do grupo de elementos não graves que fogem das exceções da CH80 e que pertencem exclusivamente ao juízo da guarda. Além disso, aqui foi provado que as decisões das autoridades brasileiras, como corretamente embargadas, não souberam valorar corretamente o contexto de uma inspeção realizada 12 anos atrás e foram omissas ao ignorar as demais provas documentais que excluía cabalmente toda e qualquer situação de inferioridade estrutural/social/econômica da realidade brasileira em relação àquela italiana.

V.IX.IV.III.IV. A transformação da CH80 em um processo de pseudo-guarda

O Acórdão do caso concreto, que amplia artificialmente a aplicação da CH80, é uma prova evidente de um Tribunal Federal que está usurpando a competência do Tribunal Estadual, único competente no julgamento da guarda.

Em base a CH80, o retorno deixa de ser obrigatório somente sob exceções de elevada gravidade, perigos, situações intoleráveis, etc. Em base ao acórdão impugnada, está sendo inventada uma nova norma na qual o retorno pode ser negado pelo simples fato de se considerar a vida no Brasil

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

305





melhor para a criança do que aquela da residência habitual.

Esses foram os motivos obstativos ao retorno registrados na decisão:

“o menor goza de desenvolvimento físico, psíquico e social adequados no Brasil, encontrando-se inteiramente integrado ao ambiente familiar, social e afetivo vinculado ao lar materno.”

“quanto às condições de vida no lar paterno, colhe-se dos documentos juntados que a determinação de retorno não se mostra a solução que melhor atende à garantia de bem-estar e integridade física e emocional do menor.”

“avultam também elementos caracterizadores da exceção prevista no art. 13, “b”, da Convenção.”

Em nenhum momento o juízo comunicou às partes que o pedido de retorno em base à CH80 se transformaria na busca de um diferente conceito do melhor interesse da criança.

Se é para defender que a criança está bem no Brasil (por pura suposição porque não existe um laudo que especifica a sua situação habitacional, estilo de vida, renda, eventual plano de saúde, etc.) e que não deve voltar porque a mãe, depois da subtração, recebeu mensagens do genitor abandonado que reage com firmeza aos ataques primeiramente recebidos, então, no melhor interesse da criança, se deveria também:

- colocar na pauta as providências que devem ser tomadas nos casos de alienação parental (inversão da guarda, suspensão da autoridade parental, etc.);
- apurar as condições da Itália (no aspecto da segurança pública, serviços sociais, educacionais, saúde pública, possibilidade de desenvolvimento profissional, etc.);
- fazer uma avaliação sobre qual genitor responde melhor às exigências da criança;
- levar em conta que o genitor subtrator:
 - jamais forneceu informações sobre a criança (onde vive, em qual escola estuda, qual é o horário, quais são as suas notas, se está bem de saúde, onde irá passar as férias, etc);
 - jamais fez o genitor abandonado participar nas decisões sobre o filho (se inscrever ele a um curso extra escolar, se tomar uma vacina, se fazer um tratamento médico, que tipos de presentes comprar, etc);
 - nunca favoreceu as visitas (há anos bloqueou o genitor abandonado no whatsapp, só aceita contato por e-mail e nunca admitiu flexibilidade nos horários





- o nunca ensinou sequer uma palavra de italiano para o filho poder se comunicar com os irmãos (já os irmãos estão aprendendo português).
- etc.

Deveria também ser levado em conta que a criança estando no Brasil comprovadamente perde totalmente contato com o genitor abandonado porque o poder judiciário brasileiro (federal e estadual), em 7 anos de processo, não só nunca regulamentou o regime de visitação, mas sempre procurou motivações para recusar a sua regulamentação. Quando a criança se encontrava na Itália era garantida a convivência com ambos genitores e os parentes maternos estavam sempre presentes. A tia materna tinha residência e emprego na Itália, a avó materna passava meses de férias e o genitor subtrator, mesmo tendo condições favoráveis para trabalhar (cidadania italiana, conhecimento da língua, mestrado, etc), mesmo não fazendo qualquer tipo de trabalho era mantido pelo genitor abandonado que garantia uma casa, carro, alimentos, etc.

Não pode ser admissível este processo de segunda instância convertido em pseudo-guarda onde o tribunal decide arbitrariamente qual porção do melhor interesse da criança deve ser observada, desrespeitando a CH80 (que estabeleceu os interesses mais importantes que deveriam ser tutelados, como a gravidade das exceções ou as visitas cautelares) e entrando em contradição consigo mesmo porque não pode ser considerado razoável acreditar que o melhor interesse da criança tenha restado em pausa por 4 anos e que nada daquilo que tinha sido apresentado sofreu mudanças radicais.

Além disso, como bem explanado nas premissas sobre a CH80³¹⁴, é explicitamente vetado usar o tempo transcorrido por culpa da lentidão do poder judiciário para alterar as condições do texto convencional e, somente no inadmissível imaginário do desconhecimento do direito familiar, a integração ao Estado de refúgio poderia receber uma atribuição de tamanho peso ou ser reconhecida como uma situação intolerável.

Se repete aqui novamente o que a Conferencia da Haia solenemente declarou no Relatório Explicativo da CH80:

³¹⁴ Vide subtítulo V.VI.II





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

"Em terceiro lugar, no que se refere ao terminus ad quem, o artigo consagra o momento de apresentação da demanda, ao invés da data da resolução, já que o possível atraso da ação das autoridades competentes não deve prejudicar os interesses das partes amparadas pela Convenção."

A imposição da CH80 de exceções à obrigação do retorno com um elevado grau de gravidade e em relação à criança (e não ao genitor subtrator) são conseqüentes à necessidade de afastar os subjetivos temas da guarda. Somente no interior do campo da subjetividade (ou da falta de especialização em direito de família) é possível considerar como violência doméstica ou como justificacão para uma subtração banais mensagens irônicas enviadas pelo genitor abandonado ao genitor sequestrador.

Um Acórdão que nega o retorno de uma criança subtraída por motivações fúteis, parciais, incoerentes e contrárias às claras disposições legais, está violando seriamente o melhor interesse da criança, não tutelando-o.

V.IX.IV.IV. Nenhuma exceção ao retorno comprovada (falsa aplicacão do art.13)

Como referido nas premissas sobre a CH80³¹⁵, as exceções do art. 13b que permitem excluir a obrigacão do retorno, na verdade não impõem automaticamente a exclusão do retorno, ou seja, a rejeicão ao pedido de retorno é omissa pois somente a suposta comprovacão da exceção não é suficiente para justificar a emissão de uma decisão contrária ao retorno.

Também foi bem comprovado³¹⁶ que os perigos psicofísicos ou situacão intolerável do art. 13b devem ser, exclusivamente, em relacão à criança; de elevada gravidade; provados pelas partes processuais que são contrárias ao retorno e projetados para o futuro; ou seja, a última instância deve ser a análise das proteções oferecidas pelas autoridades locais ou as proteções especiais que estas autoridades eventualmente emitam no caso concreto.

Portanto, somente o fato da inexistência nos autos de decisões judiciais de qualquer suposicão sobre estes graves perigos ou situacões que não se espera que a criança possa tolerar, já deveria ser suficiente para estabelecer que no caso concreto, mesmo com todos os esforços das autoridades brasileiras em procurar provas neste sentido, não subsiste qualquer exceção ao retorno.

³¹⁵ Vide subtítulo V.VI.IV.I.VI

³¹⁶ Vide subtítulo V.VI.IV.I

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

308





Como já referido, na sentença de primeiro grau foram escritos diversos parágrafos para tentar demonstrar a existência de violência doméstica contra o genitor abductor, mas sobre a criança só foi registrada a seguinte frase:

“o comportamento violento e desrespeitoso de Constantino e o ambiente inadequado em que viviam, geram perigo para a ré e para o menor ... ” (fl. 650). Sobre a violência sofrida pela mãe, com reflexos para a criança, tratou às fls. 1363/1366 e 1377.”

Essas seriam as “provas” presentes à fls. 650 (petição do MPF):

“Dessa forma, claro está, pelo conteúdo das comunicações mantidas, que a ré ainda é submetida à violência por parte do seu marido. Observa-se que ela sequer reage ou incita o comportamento agressivo dele, ao contrário, continua conversando normalmente e o trata com urbanidade. Mesmo assim, a agressividade e a rispidez dele não cessam. Também a mãe de Constantino, Sra. Isaura, não demonstra civilidade para com a ré, que é a mãe de seu neto, conforme se depreende dos documentos fls. 570/572.

Assim, diante das inúmeras evidências, conclui-se que o comportamento violento e desrespeitoso de Constantino e o ambiente inadequado em que vivem, geram perigo para a ré e para o menor, sendo certo que, tal realidade não é saudável para seu desenvolvimento.”

Essas seriam as “provas” presentes às fls. 1363/1366 (petição do MPF):

“Ao que tudo indica, a ré agiu buscando a preservação da vida e da saúde física e mental, sua e de seu filho, não sendo razoável exigir-se que ela permanecesse em um país estrangeiro, desempregada, longe de seus familiares, sofrendo violência física, psicológica e moral por parte de seu marido, sem qualquer tipo de amparo”

“Desta forma, uma vez que o menor encontra-se inteiramente integrado ao meio em que vive, a mudança de domicílio poderá causar malefícios no seu futuro desenvolvimento, não sendo prudente arriscar que ele vivencie uma ruptura de vínculos afetivos, especialmente em virtude de sua tenra idade.”

Essas seriam as “provas” presentes à fls. 1377 (possível grave ocorrência de erro material):

“Certifico e dou fe que os presentes autos saíram em carga com o DR . FRANCEO DELFINO DE AZEVEDO - OAB SP081282 (do REU), nesta data , conforme registro de folha (s) 32422”

Já no Acórdão, nada foi citado em relação a existência de perigos psicofísicos, diretos ou indiretos, que poderia atingir a criança no seu retorno. Em base a uma singela inspeção relativa a uma habitação não mais em uso há anos e em base a suposições do perito do genitor subtrator (que contrariam as constatações do perito judicial), foi apenas “estabelecido” que:





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

“a determinação de retorno não se mostra a solução que melhor atende à garantia de bem-estar e integridade física e emocional do menor.”

Está mais que claro que nenhum dos julgadores que tiveram em mãos o processo conseguiu manter o foco da CH80 na criança, a ação legal se transformou em uma defesa dos interesses do genitor subtrator, como se existisse uma norma de tutela do não retorno em favor deste genitor.

De qualquer forma, aqui se defende também que, mesmo supondo a existência de uma fantasiosa norma de não retorno do genitor subtrator (em oposição à CH80 sobre o retorno das crianças subtraídas), não resulta possível estabelecer qualquer existência de violência passada ou, pior ainda, de risco futuro de violência doméstica praticada pelo genitor abandonado.

Como foi citado nas premissas gerais sobre a CH80³¹⁷, a falta de especialização do Tribunal Federal em direito de família, impõe ainda mais motivos para a observação dos elementos presentes no Formulário Nacional de Avaliação de Risco de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Nele, não consta minimamente qualquer uma das argumentações citadas na Sentença e no Acórdão como fundamento para estabelecimento da existência e risco de violência doméstica, que seria praticada pelo genitor abandonado.

Este é o resumo dos elementos e expressões chaves citadas conjuntamente nas duas decisões finais para definir as ações violentas do genitor abandonado: “*relacionamento extraconjugal*”; “*falta de respeito*”; “*friamente*”; “*forma irônica, rude e grosseira*”; “*mudo*”; “*conteúdo das comunicações*”; “*rispidez*”; “*não demonstra civilidade*”; “*linguagem agressiva e debochada*”; “*comunicações violentas e agressões verbais*”; “*ameaças*”.

Já no Formulário Nacional de Avaliação de Risco de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em relação ao tema da violência psicológica, são tratadas hipóteses de proibições impostas pelo marido em relação ao contato com familiares, à possibilidade de estudar e trabalhar, acesso à dinheiro, bens, etc. Em relação ao caso ainda mais específicos das comunicações escritas, se limita a citar o envio insistente de mensagens.

É evidente que o Tribunal Federal e o Ministério Público Federal criaram um critério de classificação de violência doméstica completamente fantasioso. Enquanto a CH80 trata do risco de perigos

³¹⁷ Vide subtítulo V.VI.IV.I.III

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





graves, o poder judiciário brasileiro examina questões que não chegam nem a ser relevantes para a constatação de uma forma de violência contra o genitor abductor dentro da própria jurisdição nacional.

Pior, não foi levado em consideração o fato de que tudo aquilo que foi referido nos autos são situações sucessivas à subtração, ou seja, não é nem a realidade passada, é somente uma reação extremamente modesta da vítima de um sequestro contra o sequestrador!

Um acórdão que não indica a gravidade dos fatos denunciados, que não indica a incidência dos mesmos sobre a criança, que não indica como a criança estaria a risco de se submeter a uma grave situação de risco futura, julgou outra lei que aqui se desconhece, não julgou certamente a aplicação da CH80 e as suas exceções.

V.IX.IV.IV.I. A valoração incoerente dos fatos e documentos processuais

Diferentemente das conclusões genéricas usadas como se fossem provas certificadas de violência, aqui se detalham as “provas” documentais elencadas pelo Ministério Público Federal (e que foram plenamente ratificadas pela Turma do Tribunal Federal de São Paulo) sob o valor jurídico que deveria ser atribuído no âmbito da CH80:

- “fls. 143/145 – ID 4179997”

Isto é quanto foi escrito pelo genitor abandonado nas folhas indicadas:

25/08/2014: “Pq n responde? “

25/08/2014: “A q horas o menino dorme? Quando o menino vai voltar para casa?”

26/08/2014: “Se pergunto é pq n sei, se n quer responder é pq n tem intenção de voltar”

26/08/2014: “Genio, n existe uma msg ou email onde vc comunica o dia que o menino vai voltar para casa. Continuo esperando saber o dia q o menino vai voltar. Quando responder o q importa eu respondo as suas perguntas fúteis”

27/08/2014: “Estou esperando vc me dizer o dia q o menino vai voltar para casa, n existe nenhuma msg ou sms onde vc me diz isso. Vai continuar fingindo de surda praquilo q n é o seu interesse?”

Em qual sociedade essas frases podem ser enquadradas como violência? Estas frases foram escritas por um pai desesperado que há pouco mais de um mês tinha perdido completamente o





contato com o filho e pretendia do sequestrador uma resposta clara sobre as suas intenções. Aqui se prova a presença de um pai com reações extremamente moderadas, mas que perde a paciência ao perceber que o sequestrador do seu filho, sem qualquer vergonha, caçoa do seu sofrimento ignorando o seu legítimo pedido de esclarecimento.

- “fls. 152/181 – ID 4179997”

Entre as páginas assinaladas, essas são as frases “pronunciadas” pelo genitor abandonado em português (existem outras frases escritas em italiano, mas não traduzidas pelo genitor abductor, que aqui se ignora por questão de brevidade e invalidade técnica):

fls. 158: “deixa ele queto então, fica pra segunda”;

fls. 159: “ok”

fls. 163: “é verdade, já decidi até que seria so um dia e tinha q ser bem na hora da janta” “um dia pode, hoje n é esse dia. Desliga, n sou eu q vou atrapalhar o horário dele q a mae dele é tao atenta e preocupada”

fls. 164: “como é generosa, de 19.30 passou para 19.20” “entendi, Antes quis brigar para que no Skype fosse 19hs no brasil depois queria que minha mae visse o menino as 19 em um shopping” “que sorte ne”

fls. 165: “sim sim, vc é cheia de boas intenções, so falta querer explicar pq 2+2 faz 5” “cuidado para n cansar de tanto esforço e empenho”

fls. 166: “vc quer desligar e me pergunta se EU posso ficar mais um pouco”

fls. 175: “vai deixar sem áudio? “eu quero ver o menino, n vc na câmera”

fls. 176: “quer interação? retorna o menino em casa e vc então interage com ele no Skype” “ta sem áudio” “to aqui”

fls. 177: “repito, na italia mudou a hora legal, tem problema o horário ser as 17 daí?”

fls. 180: “eu quero discutir agora, as suas motivações são irrelevantes nem perco tempo respondendo” “essa é a sua opinião pessoal” “repio, na italia mudou a hora legal, tem problema o horário ser as 17 daí?” “a mentirosa aqui sempre foi vc, n vou perder meu tempo para matar a sua curiosidade”

fls. 181: “eu n perguntei o q vc prefere, eu perguntei se tem algum problema” “vai demorar quanto pra ter uma resposta?” “a pergunta q eu fiz semana passada qual é o problema das 17? “

Em qual sociedade essas frases podem ser enquadradas como violência? Aqui se observa um pai que perde a paciência com extrema dignidade porque o sequestrador não admite a priori qualquer





flexibilização em relação ao horário estabelecido pelo tribunal italiano para as comunicações através do Skype. Temos de um lado pai que só pode ver o filho de 2 anos através do Skype e do outro lado uma mãe (que convive em casa com genitor aposentado e outros familiares) que se nega a facilitar as chamadas, obrigando o genitor abandonado a ver a criança somente depois da meia noite, horário italiano, quando todos na sua casa estão em silêncio dormindo e quando também o mesmo necessita dormir.

- “fls. 1/112 – ID 4179998”

Entre as páginas assinaladas, essas são as frases “pronunciadas” pelo genitor abandonado em português (7 anos atrás e após mais de 1 ano sem poder conviver com o filho):

fls. 3: “próxima vez que eu tiver problemas com a conexão vou chamar vc pra resolver. Qual é o problema das 17?”;

fls. 5: “n, é um espirito”;

fls. 11: “pq fechou?” “já q vc é psicóloga escreve um livro sobre ser pai Skype”;

fls. 12: “ainda bem que tem vc para pensar em lan”; “escreve um livro com a sua sabedoria”; “é sim, é vc q decide como tem q ser as coisas”;

fls. 13: “felicidade de ver um filho q eu n posso ver crescer (q já antes do sequestro n me permitiu nem ver ele aprender andar ou engatinhar pq eu como trouxe sempre deixei vc fazer o q queria), q eu fui e sou impedido de ver crescer, q eu n sei q vida q faz, q eu n contribuo em nada, q cresce em um ambiente familiar onde é natural cometer crimes covardes contra pessoas inocentes (o resto é so consequência), q vive em um pais onde as pessoas levam tiro por qualquer motivo, etc” “essa é a minha vida de todo dia há 10 meses, n é de 10 minutos no skype” “escreve o seu livro de psicologia de como se pai skype”;

fls. 14: “já escrevi antes, se quer dar aula, deixa o menino do meu lado e vc faz a mae Skype”; “quero ver vc aguentar 3x na semana uma faca q mexe na ferida aberta”; “n me interessa discutir as suas mentiras do passado (vc fica com a sua verdade e eu com a minha), um juiz se pronunciara sobre, eu estou falando de hoje agora”; “vc cometeu um crime covarde, isto é um fato, n existe justificativas”;

fls. 15: “se eu fiz algum ato covarde, q vc o denunciasse”; “foi vc que quis me dar aula sobre como reagir”;

fls. 16: “me faz rir”; “na italia, muitos juizes deixam as mães irem morar no exterior. Pra q sair de casa mentido n ter tido o tempo de me avisar com o aeroporto distante 1h num domingo onde eu poderia acompanhar? A sua viagem era de 3 meses somente pq custa mais caro comprar passagem so de ida”; “no meio de discussões para chegar a um acordo pra separação onde eu dizia n aceitar vc levar a criança vc faz uma viagem sem a minha autorização?”; “Escreve outro livro de psicologia, além do pai Skype, deveria escrever a mae a passeio”;





fls. 17: “ontem eu podia ver o menino, hoje te informaram q eu podia ver ele?”; “da outra vez eu fiquei uma hora vendo ele com a minha reação natural. Hoje, depois de 2s fechou o Skype, o q mudou de ontem pra hoje?”; “o menino nem fica olhando a tela”; “fica brincando com as próprias coisas”

fls. 18: “ontem 1h de vídeo, hoje nem 2s”; “deve ter um psicólogo q te da conselho, diz pra ele então escrever o livro do pai Skype”; “eu n sou psicólogo”;

fls. 19: “repito, pede pro seu psicólogo q te aconselha, de fazer a cartilha sobre coo ser pai Skype para uma criança de 2 anos” “me ensina vc a fazer, traz a criança em casa e faz a mae Skype” “eu tenho zero anos, no meio de tantos psicólogos” “eu n li a cartilha do seu psicólogo, estou so fazendo o q me disseram”;

fls. 20: “sim, vc q manda”; “vc q decide” “mudar de país n é mudar de rotina”;

fls. 22: “daqui uns 20 minutos posso estar no pc”;

fls. 23: “n é normal mamar até essa idade”; “repito, n é normal”;

fls. 24: “vc pegou os presentes q eu deixei no consulado?”; “10 minutos”;

fls. 32: “eu estou aqui para me comunicar com o menino, n com vc”; “vai continuar a falar? eu estou aqui pro menino, n para satisfazer as sua opiniões”;

fls. 33: “além de vc querer mandar eu tenho q te dar satisfação? Posso ficar em paz com a criança ou é impossível? Se quer me escrever me manda e-mail, n me perturbe”;

fls. 34: “vou ter q repetir de novo q se vc é professor de mae Skype, permita o menino de voltar a casa e então vc vai poder fazer a mae Skype”; “N respondo mais, se quiser falar algo me manda um email, n estou aqui para ficar chatando com vc”;

fls. 35: “mais alguma ordem?”;

[etc]

Em qual sociedade essas frases ditas pelo genitor abandonado podem ser enquadradas como violência? Existem ameaças de morte ou agressões verbais? Foram pronunciados insultos ou palavrões contra a genitora? Aqui tem um genitor que além de suportar na época mais de um ano sem poder estar com o filho de 2 anos deve combater o sequestrador que pretende estabelecer de que forma o mesmo deve comunicar com o próprio filho.

- “fls. 110/111 – ID 4180000”

Nestas folhas estão presentes os SMS trocados entre os genitores no dia em que o genitor abandonado descobriu o sequestro. No momento de tamanho desespero qualquer reação “verbal” poderia ser compreensível, mas ao invés, o genitor manteve uma pura coerência racional. Se em 7





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

anos de processo 3 dias de SMS são uma forma de violência, porque não foi feita denúncia junto as autoridades competentes?

Mensagens trocadas um dia antes do sequestro:

01/06/2014 21:49 PAI: “deixa o menino de manha amanha”

[o pai estava pedindo para a mãe deixar com ele o filho como fazia toda manhã mesmo o dia seguinte sendo feriado na Italia. No dia seguinte a mãe não se apresenta e o pai pensa que ela ignorou o pedido dele e quando tenta ligar a ela o celular resulta desligado]

02/06/2014 11:12 MAE: “Num dah, de tarde a gente conversa melhor”

[a mãe já estava no Brasil com a criança]

02/06/2014 11:54: MAE: “tive q vir de emergência. Minha mãe... Quando eu chegar em casa a gente se fala. Minha passagem é de 3 meses.”

[o pai, que esperava que a mãe, que morava no prédio ao lado, trouxesse a criança as 8 da manha, passou a manha toda tentando ligar até que uma hora o telefone dela começou a dar mensagem em português dizendo que estava desligado e então recebeu o SMS acima]

02/06/2014 12:08 MAE: “Máquina de lavar roupa deixei ligada, coisas na geladeira. Alguém abrir a maquina estender e ver as comidas”

02/06/2014 12:23 PAI: “To na polícia, sua mae fica mal na copa?”

02/06/2014 19:09 MAE: “Policia pq?”

05/06/2014 20:18 PAI: “responde o email”

03/06/2014 12:28 PAI: “já que vc n responde o email quer dizer q as suas intenções são outras e q eu devo ativar a policia”

03/06/2014 14:17 MAE: “Eu já te falei o motivo, se vc fizer isso vc só complica meu retorno”

03/06/2014 14:17 PAI: “pq vc pariu sem me dizer nada?”

03/06/2014 14:20 PAI: “todas vezes vc me pediu uma autorização por escrito”

04/06/2014 12:31 PAI: “n vai responder? ta com medo de admitir as suas mas intenções? vou te dar mais 1 dia e vc n tem desculpa pra dizer q n leu pq é sua obrigação manter contato pra eu saber como esta o menino”

05/06/2014 01:39 MAE: “Eu já respondi, vc n leu a mensagem anterior? Do lan vc nunca me perguntou nada, quando quiser estou a disposição”

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

315





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

05/06/2014 05:06 PAI: “eu quero saber pq vc saiu sem falar a desculpa de sua mae n existe, qualquer pessoa q sai de avião tem tempo de avisar”

06/06/2014 12:14 MAE: “Carera se pra vc uma mãe q não está bem de saúde é uma desculpa sinto muito por vc é sobre avisar eu te avisei inúmeras vezes q eu precisava ir, inúmeras vezes.”

06/06/2014 12:24 PAI: “vc nunca me falou q tava a risco de ir pro brasil devido sua mae, n tem vergonha de mentir? pegou um avião e n teve tempo pra avisar, nem um segundo de me ligar, mas passar na sara um dia antes pra salutar teve. Ainda to esperando saber o verdadeiro pq”

[“Sara” era uma amiga que morava há 500m da casa conjugal]

06/06/2014 12:29 MAE: “Carera eu sempre te falei da minha mãe.”

06/06/2014 12:31 PAI: [tradução] O que você falou da sua mãe? Mais, como já disse, *ninguém* marca um voo e não tem um segundo para fazer pelo menos uma ligação, pior ainda ligar a maquina e lavar, me manda o recibo da passagem, quero ver quando vc comprou.

06/06/2014 12:34 MAE: “Eu nem prenotei nada Carera, vc se engana. Foi tudo corrido de última hora mesmo, mas tanto não ainda eu falar nada pq vc não acredita.

06/06/2014 13:22 PAI: “Sim sim, n tinha nem fila no checkin, usou teletransporte para ir no aeroporto, pulou a alfandega e quando sentou no avião ele decolou, tudo tao correndo q sara me disse q o dia anterior foi salutar ela. Por coincidência poucos antes do seu aniversario, no período da copa e pronta pra fazer tb o aniversario de sua mae”

06/06/2014 13:23 PAI: “me manda o seu bilhete, o recebido de quando comprou”

Todas essas mensagens provam que a genitora expatriou com a criança por motivos não ligados a qualquer situação de violência doméstica ou de tipo intolerável em geral e explicam porque as autoridades italianas não deram qualquer crédito as alegações de violência que a mãe decidiu levantar após entender que as suas motivações iniciais não foram admitidas.

- “fls. 17/18 – ID 4180010”

Nestas folhas estão presentes as seguintes mensagens enviadas por e-mail há cerca de 4 anos atrás:

fls. 17: “Aos 4 anos ele aprende na escola equação diferencial ou ciranda cirandinha q n pode faltar um dia? Eu ensino a ele o q ele iria aprender”

fls. 18: “Eu ao invés me pergunto pq n entendo tanta coisa importante q acontece no brasil como se fosse normal”; “dia 27 chego em sp depois das 14”; “acordar tarde no sábado pra pular o almoço, genial”; “perdi meu sono devido o passaporte, se o

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

316





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

juiz quiser dou de presente pra ele e tiro um a mais para dar de presente pra vc. O único criminoso e autoritário aqui é vc, quem tem razão do lado n precisa usar a força covarde da ignorância”; “a minha primeira msg foi escrita 5 dias atrás, a confirmação tem q ser feita depois de quantos segundos?”

Aqui se observa o desabafo por e-mail de um pai que fez 10.000km para ir da Itália até São Paulo, para poder estar um pouco com o filho, mas não obteve qualquer sucesso. A criança na época tinha 4 anos e tinham se passado 3 anos da subtração. Na sua estadia de um mês no Brasil, o genitor obteve do Tribunal Federal a possibilidade de estar com a criança somente em 3 ocasiões.

No primeiro despacho (fls. 1514) o Tribunal Federal estabeleceu que o pai poderia estar com a criança nos dias 7, 8, 27, 28, 29 e 30 de setembro de 2017, negando de fato e sem qualquer justificacão a possibilidade estar com a criança no período em que se encontraria no Estado do Espírito Santo. Já que o dia 7 de setembro era feriado, a mãe negou a visitaçao por declarar que se encontraria na cidade do litorânea de Caraguatatuba para aproveitar o “feriadão”. O pai então ficou sem poder ver a criança nos dias 7 e 8.

No segundo despacho (fls. 1545) o Tribunal Federal modificou a decisao anterior, em concordância com a vontade do MPF e da mãe, estabelecendo então visitaçao nos dias 27, 28, 29 e 30, com a obrigaçao de entrega do passaporte e por 4 horas na parte da manhã, todas dentro de uma sala no SESC de Santana.

O genitor abandonado, compreensivelmente, explodiu na sua indignaçao (já estava furioso com a concessao de poucos dias, horas e em local fixo sufocante) ao ver a imposiçao do passaporte porque a mesma o impediria de estar com a criança no dia 27 e 30, já que chegaria em São Paulo no dia 27 e voltaria para a Itália no dia 30. Apresentar o passaporte não impediria de forma alguma qualquer possível tentativa de fuga porque o mesmo, que estava acompanhando com a própria família e irmãos do filho subtraído, se quisesse, poderia requerer ao consulado um passaporte novo de emergência. No dia 30, sábado, era impossível obter a restituçao do passaporte.

Portanto, nesse mar de obstáculos ao direito de contato parental, o genitor pôde estar com o filho somente 3 dias (28, 29 e 30) na estadia de um mês no Brasil. Esses dias teriam sido apenas 2 se não fosse pela intervençao do consulado italiano que se disponibilizou a devolver pessoalmente o passaporte ao genitor no local de encontro no SESC levando então o Tribunal a decidir enviar um oficial para entregar o passaporte.

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

317





De qualquer forma, mesmo sem a explicação contextual fornecida, não existe nada que possa ser valorado como um perfil violento ou a expressão de violência psicológica contra mãe e, pior ainda, contra a criança. O fato juntado aos autos pelo genitor subtrator (e elencado na decisão) teve somente o claro objetivo de instigar no órgão julgador o interesse de punir o genitor por ter expresso uma crítica pungente à decisão judicial. De fato, até mesmo esse objetivo não pode ter sucesso porque um julgador deve ter uma visão superior das questões e qualquer punição colateral em relação ao genitor abandonado representará somente prejuízo para uma criança inocente.

V.IX.IV.IV.II. As provas da inexistência de qualquer exceção ao retorno

Se de um lado, tudo aquilo que a Justiça Federal reputou como violência doméstica não encontra cabimento nas exceções da CH80 e/ou pode ser considerado realmente como violência ou situação intolerável na legislação brasileira, por outro lado, o genitor abandonado levantou fatos e documentos que foram completamente ignorados (e corretamente evocados nos embargos de declaração), mas que só podem ser valorados como superiores a qualquer uma das tentativas usadas no processo para provar a exceção ao retorno, assim como qualquer outra possível tentativa puramente imaginável.

Cabe aqui, antes de tudo, recordar o que estabelece o novo código do processo civil e que foi plenamente desaplicado nos graus inferiores:

Lei n. 13.105 de 16/03/2015
Código do Processo Civil

Artigo 371

“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Artigo 372

“O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”

Artigo 374

“Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Em particular, o art. 372 se mostra concorde com as disposições do art. 13 da CH80 que assim impõe:

Convenção da Haia de 1980

Artigo 13, Parágrafo 2º

“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.”

Como será evidenciado logo a seguir, resulta clara a violação do art. 13 da CH80, por exemplo, no fato de todas as instâncias brasileiras terem ignorado completamente as sentenças e decisões italianas.

Conclusas essas premissas de irregularidades e valorações incoerentes das provas contrárias ao retorno, este é um exemplo dos fatos constatados no processo (e embargados) que foram ilegitimamente desconsiderados (devido a uma incoerente interpretação dos dispositivos convencionais) e que provam a inexistência de qualquer exceção à obrigação do retorno:

- ✓ A própria Ré confessou a inexistência de qualquer ambiente de violência ao declarar que o genitor abandonado era ausente na vida familiar³¹⁸ e que na viagem na qual subtraiu a criança para o Brasil tinha a intenção de retornar à Itália (apresentou com este fim cópia da passagem aérea com a data de retorno), mas que não o fez por ter sido denunciada penalmente por subtração³¹⁹;
- ✓ A Ré confessou não ter provas de violência (“*É inegável a dificuldade de produção de provas sobre as violências perpetradas no âmbito doméstico*”³²⁰), mas o genitor abandonado apresentou no processo até mesmo vídeos (os vídeos presentes no processo físico não foram transmitidos na conversão em processo digital) onde, por exemplo, se verifica que a

³¹⁸ Vide folha n. 336 do processo de primeiro grau

³¹⁹ Vide folha n. 332 do processo de primeiro grau

³²⁰ Vide folha n. 663 do processo de primeiro grau

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

319





ré é quem aplica violência contra o genitor abandonado e diretamente contra o próprio filho: somente motivada pela pretensão de obrigar o ex marido a abrir a porta da portaria onde trabalha, faz a criança chorar desesperadamente pela insistência de querer mantê-la em seus braços enquanto grita e bate na porta³²¹;

- ✓ A Ré não relatou qualquer situação de violência no pedido de guarda exclusiva feito no Brasil, assim como não o relataram os seus familiares (a irmã conviveu por anos na mesma casa e tinha contrato de trabalho regular como enfermeira na Itália) nas declarações anexadas ao mesmo pedido³²²;
- ✓ A Ré não narrou qualquer situação de violência no pedido inicial de separação e de guarda exclusiva feitos na Itália (depositado poucos dias após a subtração e meses antes do pedido de guarda replicado no Brasil, ou seja, o mesmo pedido em duas jurisdições diferentes)³²³;
- ✓ A autoridade judicial italiana, tanto no processo de separação, quanto no processo penal de subtração de menores (sentença de 2º grau passada em julgado porque a mãe decidiu não fazer mais apelação), apuraram os fatos e não reconheceram a existência de qualquer situação de violência doméstica³²⁴;
- ✓ No processo penal italiano relativo à subtração de menores foi estabelecida a grave culpa da genitora com uma pena de 2 anos de cadeia e, graças à concessão das abreviações da lei italiana, a aplicação da pena terminou suspensa, portanto, a mãe não corre qualquer risco de ficar presa se retornar à Itália;
- ✓ Não existe na Itália qualquer tipo de denúncia feita pela Ré em relação ao genitor abandonado;
- ✓ As provas usadas no primeiro grau pela Ré e pelo MPF para defender a tese da existência de violência contra a mãe são posteriores à subtração, de 4 anos atrás e de um nível extremamente distante da exceção de gravidade (por exemplo, o fato de considerar a seguinte ironia como violência segundo a lei Maria da Penha: “[Mae]: vc está ai? [Pai]: n, é

³²¹ Vide folhas n. 773-774v e CD com vídeos juntado à folha n. 969, do processo de primeiro grau

³²² Vide folha n. 85-118 do processo de primeiro grau

³²³ Vide folhas n. 131-136 e 757-770 do processo de primeiro grau

³²⁴ Vide folhas n. 282-293, 753-755, 1423-1450, 1572-1586 do processo de primeiro grau





um espírito)³²⁵ que provam somente que o pai nutre um natural rancor contra o genitor que é também o sequestrador do próprio filho e que conseqüentemente é a causa da tortura que sofre por bem 7 anos devido à falta de contato com o mesmo na idade mais importante para o seu bem-estar e aos obstáculos criados pela mãe até mesmo em relação aos contatos a distância;

- ✓ Não existe nada que prove a existência de uma possível consequência negativa indireta e intolerável para a criança (a parte focal da Convenção não é o interesse dos genitores) em relação as citadas e sucessivas discussões por e-mail ou chat, fantasias de presidiário em encontros, etc;
- ✓ Nada na vida do genitor abandonado pode ser considerada como um indício de possível causa de um suposto perfil de violência: se transferiu na Itália quando tinha 17 anos, filho de imigrante italiano com 3 faculdades e mãe brasileira pós-graduada em pedagogia, se formou na Itália em engenharia informática e fazem anos que vive com a atual esposa e mais 4 crianças, das quais 2 são irmãos do menor subtraído.

V.IX.IV.IV.III. O ônus da prova e o indeferimento de novas provas

Se é verdade (como é verdade) que as exceções ao retorno são questões ligadas ao futuro, por lógica, não é possível negar o retorno focalizando as argumentações exclusivamente em fatos passados, como correu nas duas instâncias judiciais inferiores.

Mesmo tendo sido aqui provado que não existiu qualquer tipo de violência doméstica contra o genitor subtrator e que nada foi argumentado sobre uma possível consequência indireta em relação a criança, está claro que, mesmo querendo supor o contrário (ou seja, que no passado foi praticado um qualquer tipo de violência doméstica), o fato de que nada foi alegado e/ou comprovado sobre uma possível conexão de risco prospectivo neste sentido, é também suficiente para afastar as exceções do art. 13b.

Como bem explicado nas premissas sobre a CH80³²⁶, todas as partes que forem contrárias ao retorno da criança subtraída são aquelas que terão a obrigação de provar a existência das exceções à regra do retorno imediato, tanto em base a um natural princípio jurídico quanto em base ao texto

³²⁵ Vide folhas n. 649 e 1361 do processo de primeiro grau

³²⁶ Vide subtítulo V.VI.IV.I





literal da convenção (“...se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:”).

Portanto, em uma leitura restritiva das condições das exceções (as exceções na CH80 devem ser aplicadas em modo restritivo) e no respeito do melhor interesse da criança, a ação ilícita do genitor subtrador de escolher o tribunal que melhor acolhe as suas intenções, não pode ser ainda mais favorecida por uma busca de ofício deste tribunal por razões que obstarium o retorno do menor.

É exatamente por este motivo que no fluxograma de aplicação do artigo 13b³²⁷, a Conferência da Haia estabelece que o julgador deve procurar informações para assegurar o retorno seguro, não para negá-lo.

No caso concreto, o Tribunal tentou encontrar provas para negar o retorno fazendo, por exemplo, uma inútil e vetada perícia psicossocial (art. 12 da CH80) em uma criança de apenas 3 anos, mas em nenhum momento usou os próprios poderes para encontrar soluções adequadas e em prol do retorno.

Na segunda instância, o genitor abandonado chegou a requerer explicitamente aquilo que deveria ter sido feito *ex officio*, ou seja, que o juízo estabelecesse as proteções que o governo italiano poderia oferecer usando para isto, por exemplo, a Rede de Juízes da Haia de ligação, mas o pedido, de mais de 60 páginas, foi indeferido em poucas linhas³²⁸:

“Quanto ao pleito de adiamento do julgamento em razão de alegada necessidade de instrução, anoto que o recurso de apelação se encontra concluso nesta Corte desde agosto de 2018, em nenhum momento postulando a parte a realização de qualquer prova adicional às constantes nos autos, o pleito formulado um dia antes da sessão de julgamento desvelando-se de caráter totalmente protelatório, determinante ao julgamento sendo as provas pelas partes já produzidas e acostadas aos autos.”

Esta ação do genitor, que revela total atenção ao princípio do superior interesse da criança, resulta ser inclusive contrária ao próprio interesse processual pois, caso o Tribunal Federal constatasse a impossibilidade e/ou inexistência de proteções adequadas por parte das autoridades italianas locais (como já comprovado, muitos absurdos foram constatados como certeza jurídica), seria difícil contestar o indeferimento do retorno levantando o fato de que era um ônus de quem se opõe ao retorno provar que as autoridades italianas não ofereciam proteção.

³²⁷ Vide subtítulo V.VI.IV.1.VI

³²⁸ Vide ID 220077866 dos autos de segundo grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Porém, como não foi realizada qualquer apuração ou alegação relativa a uma eventual falta de tutela contra toda e qualquer situação intolerável para a criança (adequadas ao caso específico) por parte das autoridades italianas, resulta ser definitiva a constatação de que não existem provas da exceção ao retorno, tanto por parte daqueles que se opõem ao retorno quanto por parte do Tribunal.

Não é possível inverter magicamente a presunção de que todos os Estados soberanos são capazes de garantir proteção as crianças contra qualquer malefício, principalmente quando se tratam de países considerados desenvolvidos e que assumiram internacionalmente compromissos mais amplos do que aqueles brasileiros no tema do direito infantil (por exemplo, a Itália, que dá valor supraconstitucional aos tratados internacionais, ratificou a Convenção da Haia de 1996 e o Brasil não).

V.IX.IV.V. A presunção das proteções adequadas vigentes na Itália

A aparente falta de apuração da realidade futura da criança não fere o melhor interesse da criança porque se presume com elevada certeza que o tribunal da residência habitual julgará a guarda da criança com a mesma qualidade que faria o tribunal brasileiro, portanto, se realmente existe uma grave situação de perigo ou intolerável, certamente será levada em consideração, favorecendo a eventual atribuição do genitor subtrator como guardião principal.

Além disso, o que fere o melhor interesse da criança é gerar retardos ilegítimos buscando demonstrar aquilo que no caso concreto resulta ser uma verdadeira quimera, vista a ausência de qualquer tipo de denúncia de violência doméstica na residência habitual ou no Estado de refúgio. Ela só foi levantada no processo da CH80 e nem foi citada no pedido de guarda pleiteado no Brasil pelo genitor sequestrador.

É óbvio que se presume que a Itália tutele com elevada qualidade as crianças e as mães que se encontram no seu território contra toda e qualquer forma de situação intolerável. Isto não é somente uma consequência automática do fato de estar entre os países considerados desenvolvidos ou por uma possível particularidade sociocultural.

De fato, a Itália, além de dar valor supraconstitucional aos tratados internacionais (não somente por

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

323





imposição da UE³²⁹, mas por determinação constitucional³³⁰), assumiu compromissos internacionais mais amplos do que aqueles brasileiros, como, por exemplo, a ratificação da Convenção de 1996 sobre a proteção das crianças.

Além disso, no caso específico da violência contra as mulheres (que não faz parte da CH80, mas que foi levantada no processo como primordial e aqui se prefere de qualquer forma reverter até mesmo este elemento tecnicamente inutilizável) existem fatores concretos que podem comprovar a bondade da sua realidade de elevada eficácia em relação as tutelas mais essenciais.

Estes são alguns exemplos que comprovam a realidade italiana:

- A Itália ratificou todos os existentes acordos internacionais de direitos humanos sobre a defesa dos direitos fundamentais das crianças e das mulheres, como, por exemplo, a Convenção do Conselho da Europa sobre a prevenção e combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica³³¹;
- Este é o elenco das leis italianas de proteção especial às mulheres³³²: lei n. 66 de 15/02/96, DPC de 21/05/97 lei n. 269 de 03/08/98, lei n. 154 de 05/04/2001, DPR n. 115/2002, Lei n. 7 de 09/01/2006, Art. 583-bis do código penal, lei n. 38 de 23/04/2009, lei n. 77 de 27/06/2013, lei n. 119 de 15/10/2013, lei n. 124 de 07/08/2015, lei n. 107 de 13/07/2015, D.Lgs. n. 80 de 15/06/2015, lei n. 122 de 07/07/2016, D.Lgs. n. 212 de 15/12/2015, DDL 2719, lei n. 4 de 11/01/2018, lei n. 69 de 19/07/2019 e D.P.C.M. de 17/12/2020;
- Este é o elenco das leis italianas de proteção especial às mulheres, na específica região da Lombardia, onde se localiza a cidade de Milano, residência habitual do menor subtraído: L.R. n. 11 de 03/07/2012, D.G.R. n. X/6008 de 19/12/2016, D.G.R. n. X/6473 de 10/04/2017, D.G.R. n. X/7470 de 04/12/2017, D.G.R. n. XI/1496 de 08/04/2019, D.G.R. n. XI/999 de 25/02/2020;
- Desde 2006, existe um serviço público nacional de assistência às mulheres vítimas de violência, o número 1522, onde elas são ouvidas anonimamente e recebem aconselhamento legal e psicológico com indicações sobre o centro e ajuda mais próximo que poderá oferecer

³²⁹ Vide, por exemplo, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/6/fonti-e-campo-di-applicazione-del-diritto-dell-unione-europea>

³³⁰ Vide, por exemplo, art. 117, parágrafo 1º da Constituição italiana: “O poder legislativo é exercido pelo Estado e pelas Regiões em conformidade com a Constituição, e também com os vínculos decorrentes do ordenamento jurídico da UE e das obrigações internacionais.”

³³¹ Vide <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/>

³³² Vide <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-contesto/normativa-italiana>





uma assistência gratuita mais ampla e completa;

- Desde 2009, as mulheres podem denunciar os seus agressores por stalking (bastam 2 episódios de ameaça ou moléstia, incluindo qualquer tipo de comunicação em formato eletrônico) e obter, em no máximo 3 dias, a convocação do Ministério Público para assim decidir as adequadas medidas cautelares (por exemplo, distanciamento da casa familiar ou proibição de se aproximar em lugares públicos frequentados pela vítima);
- Recentemente, em dezembro de 2021, o Conselho dos Ministros aprovou um desenho de lei que visa aumentar ainda mais a defesa das mulheres, com, por exemplo, a aplicação de medidas de proteção e prevenção previstas no código (extremamente rígido) da “antimáfia”, se concede a possibilidade do Público Ministério ou da Polícia Judiciária de prender cautelarmente quem é acusado de violência doméstica, aumentam também as medidas cautelares aplicáveis (que já impõe o localizador eletrônico e prisão no caso de aproximação à vítima), etc;
- Segundo os dados estatísticos, em 2020, foram registrados ao todo 116 casos de homicídios dolosos contra as mulheres (em relação à uma população de 60 milhões de habitantes), sendo que, no Brasil, no mesmo período, foram registrados bem 3.913 casos, ou seja, quase 10 vezes mais em base à um cálculo proporcional da população total.

A sentença italiana sobre a separação (confirmada em segundo grau), que foi ignorada neste processo de retorno (em violação ao art. 13), também prova uma grande atenção em relação as proteções necessárias para o caso concreto. Assim foi decidido³³³:

“6) Dispõe que os Serviços Sociais da Prefeitura de Milano se encarreguem do núcleo familiar e, em colaboração com o serviço de saúde pública competente, executem os seguintes encargos, no momento do retorno do menor Ian Carera à Itália:

- 1) *retirar os documentos do menor válidos para a expatriação e entregá-los ao pai;*
- 2) *regulamentar os encontros mãe-filho, inicialmente em um espaço neutro e sob observação, em todo caso, segundo as modalidades e tempos estimados necessários no interesse do menor, ao qual deverá ser fornecido oportuno suporte e amparo e deverão ser de qualquer forma garantidas amplas oportunidades para o encontro com a mãe;*
- 3) *iniciar com a máxima urgência um percurso de suporte psicológico em favor*

³³³ Vide fls. 1149 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

do menor;

- 4) oferecer ao pai todo percurso oportuno de suporte à função paternal;*
- 5) manter uma monitoração rigorosa das condições do menor;*
- 6) avaliar, no momento do retorno do menor à Itália, a melhor colocação para lan em modo de favorecer também a reconstrução da relação pai-filho;*

Portanto, mesmo com todas as falhas acumuladas nos dois graus de juízo que ignoraram completamente a última instância de verificação do artigo 13 (as providencias cautelares possíveis e em vigor no Estado da residência habitual), a justiça pode ser feita, ou seja, o retorno do menor pode ser decretado, no seu melhor interesse e no respeito da CH80, sem qualquer necessidade de produção de novas provas ou reexame daquelas existentes pois a Itália possui a presunção de tutelar corretamente os próprios residentes.

V.IX.IV.VI. A violação do direito da criança de ser ouvida

Com citado nas premissas gerais sobre a CH80, se deve sempre avaliar a oitiva da criança, mesmo quando esta não apresenta maturidade suficiente. Ao contrário, a criança nunca foi ouvida neste processo.

Em primeiro grau, a criança tinha pouco mais de 3 anos e poderia até ser considerado inviável ouvi-la, mas, ao contrário, foi realizada uma perícia psicossocial. Ora, se a criança está numa idade hábil para se submeter a uma perícia psicossocial também deveria estar hábil a ser ouvida pelo tribunal. De fato, a perícia judicial de 6 anos atrás apresentou somente declarações do genitor abductor e nada foi declarado sobre as vontades ou opiniões da criança em relação à ausência do genitor abandonado na sua vida.

A segunda instância foi concluída quando a criança tinha 7 anos de idade e novamente nada foi estabelecido em relação a sua oitiva. Pior, em 4 anos de processo nada foi instruído e o acórdão se baseou em informações e situações de 6 anos antes.

Estamos de frente a uma grave violação do melhor interesse da criança. Se as exceções são relativas à obrigação do retorno e não ao retorno, um juízo que pretende negar o retorno tem a obrigação, em última instância, de ouvir a criança (mesmo que ainda não tenha a idade para incidir na decisão como estabelece o art. 13) para compreender melhor se pode ter realmente sentido negar o seu melhor interesse de ter a sua guarda julgada pelo tribunal estrangeiro que resulta

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

326





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

melhor posicionado para avaliar os fatos e conseqüentemente julgar com mais justiça as decisões que incidirão no seu futuro.

Como o caso em tela é de obrigação ao retorno (nenhuma das exceções foram cabalmente comprovadas) e já passaram bem 7 anos de processo, não se mostra necessária a realização de oitiva da criança para estabelecer o retorno imediato. Ao contrário, se fosse verdadeira a ausência da obrigação ao retorno, a negação do retorno, deveria passar obrigatoriamente pela oitiva do menor. A CH80 visa assegurar o retorno, não a negação do retorno.

V.IX.IV.VII. A violação do direito do genitor abandonado de ser ouvido

Enquanto o Tribunal Estadual, especializado em direito de família, usa as audiências instrutórias para acelerar os procedimentos e obter melhores informações sobre o caso concreto, o Tribunal Federal procede exclusivamente sob a base de puros atos escritos, contrariando até mesmo regras internas como aquelas estabelecidas na Resolução n. 257/2018 do CNJ e na sucessiva Resolução n. 449/2022.

O caso em tela não é uma exceção.

V.IX.IV.VII.I. Audiência de conciliação injustamente negada

Em 7 anos de processo, foi realizada somente uma única audiência e de conciliação³³⁴, após bem quase um ano da abertura do processo judicial de retorno. Além disso, para esta audiência nem foi proposta a possibilidade do genitor abandonado de presenciar tudo por videoconferência, o que impossibilitou a sua participação direta, como referido na carta juntada aos autos³³⁵.

Com o avançamento do processo e a evidente lentidão do poder judiciário, após anos de subtração mantida sem qualquer alteração, o genitor abandonado concluiu então que era melhor encontrar uma solução autonomamente por já estar provado ser impossível obter um mínimo de justiça por parte dos tribunais brasileiros (se não é possível obter justiça, então é melhor perseguir a solução menos injusta). Tentou, portanto, convocar o genitor abductor para a mediação voluntária administrada pelo Tribunal Estadual, mas o mesmo não se dignou de se apresentar³³⁶.

³³⁴ Vide fls. 681 dos autos de primeiro grau

³³⁵ Vide fls. 1034-1034v dos autos de primeiro grau

³³⁶ Vide fls. 8-9, ID 68552568, dos autos de segundo grau

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

327





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Foi também realizado pedido de audiência de conciliação diretamente ao Tribunal Federal de segunda instância, mas este pedido foi indeferido desta forma:

“Quanto ao que ventila sobre necessidade de designação de audiência de conciliação, também de caráter protelatório, tratando-se de pretensão formulada com justificativas genéricas e que merece ser indeferida.”

Ora, como já evidenciado anteriormente, principalmente em âmbito familiar, não deveria ser necessária qualquer explicação extremamente convincente à tomada de medidas que favoreçam uma solução amigável, é uma obrigação do poder judiciário brasileiro incentivá-la usando todos os instrumentos que possui a disposição.

Mais uma vez aqui se repete o que está estipulado no Código do Processo Civil brasileiro e que plenamente desatendido pelo Tribunal Federal (não especializado em direito de família):

Lei n. 13.105 de 16/03/2015
Código do Processo Civil

Artigo 694

“Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

V.IX.IV.VIII. Nenhuma audiência instrutória foi promovida e inércia processual injustificável

Em bem 7 anos de processo, nenhuma audiência instrutória foi promovida. Em ambos graus que decidiram sobre o retorno nunca se permitiu que nenhuma das partes (genitor abandonado, criança, genitor subtrator) pudessem exprimir pessoalmente as próprias razões.

Ora, em um processo que visa conciliar os interesses privados parece paradoxal não dar prioridade a participação direta dos interessados que podem assumir as mais variadas posições em relação a mínimas alterações temporais ou contextuais que nenhuma petição jamais será capaz de traduzir formalmente ou de prever.

Passados 4 anos de processo em segunda instância, onde foram questionadas as provas e a interpretação da CH80, o juízo se limitou a repetir na sentença a petição inicial do Ministério Público Federal. Nada foi apurado, nada foi estabelecido como medida cautelar e provavelmente o Acórdão hoje não seria disponível se o genitor abandonado não tivesse denunciado esta morosidade à

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

328





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Corregedoria-Geral da Justiça Federal³³⁷.

Somente quando a Corregedoria encaminhou o pedido de explicações ao juiz Relator do processo, este respondeu informando ter fixado a data para o julgamento do pedido de retorno.

Enquanto o genitor abandonado pretendia obter o desbloqueio da inércia do poder judiciário, que já tinha recebido meses antes até mesmo um “protesto por providências” por parte da Embaixada da Itália, o Relator saltou diretamente para a audiência de julgamento fixada sem a participação das partes.

Até mesmo no pedido incidental de visitação nenhuma audiência foi promovida. Em 2018 o juízo negou o contato entre pai e filho na estadia do mesmo no Brasil citando entre os motivos que “a manifestação da mãe em relação as datas de visitas se faz necessário” e, portanto, se negava o pedido por se desconhecer a opinião materna no pedido feito pelo pai. Em 2019, o pedido de visitação foi refeito, o Relator determinou a manifestação da mãe e do MPF, mas acabou indeferindo o pedido 5 meses após as datas postuladas, quando o genitor abandonado já tinha retornado à Itália.

Em conclusão, o juízo de segundo grau foi inexistente, não avaliou nada daquilo que foi impugnado, se limitou a buscar motivações para negar todo e qualquer direito da criança e transformou de fato a participação do MPF de parte processual à Relator efetivo do processo.

V.IX.IV.IX. A negação inadmissível do Direito de visitação

Se os atuais 7 anos de processo representam um atraso inconcebível a um pedido de retorno que deveria ser julgado em 6 semanas (art. 11), a total ausência do estabelecimento de um regime de visitação cautelar provisório é algo classificável como hediondo.

Não é possível negar que este fenômeno, que se difunde em quase todos os processos brasileiros sobre a CH80, corresponde à rainha das provas de que o Tribunal Federal, por não ser (e não poder ser) especializado em direito familiar, jamais conseguirá inverter essa tendência ou jamais conseguirá ser um tribunal adequado para julgar o retorno sem ferir gravemente os direitos mais fundamentais de todas as partes envolvidas.

³³⁷ Vide REP 0000045-81.2021.2.00.0490 junto a Corregedoria-Federal da Justiça Federal

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Assim estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Lei n. 8.069 de 13/07/1982
Estatuto da Criança e do Adolescente

Artigo 5

“Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

Aqui se tem a certeza absoluta de que ninguém, mas realmente ninguém, em qualquer idade, espaço e tempo, pode considerar aceitável o que ocorreu neste processo que vai além da absurda falta de estipulação de um regime de visitação cautelar, ou seja, a negação constante do pedido de um mínimo contato entre genitor abandonado e filho subtraído no território brasileiro.

Os princípios gerais sobre o direito de visitação foram bem explorados nas premissas sobre a CH80 e aqui se invoca plenamente tudo aquilo que foi argumentado anteriormente.

Além disso, é relevante reportar que no caso concreto apenas os julgadores e Ministério Público Federal constataram a necessidade de negar o direito de visitação, contrariando o parecer da AGU, das perícias técnicas e até mesmo a vontade do genitor subtrator.

V.IX.IV.IX.I. **Visitações negadas contrariando a vontade do genitor subtrator**

Seguindo uma ordem cronológica, este foi o pedido apresentado pelo genitor subtrator na sua petição inicial no pedido de separação que ajuizou na Itália, 10 dias após cometer a subtração³³⁸:

“Com a previsão das seguintes frequentações entre pai e o menor:

- fim de semana alternado, da tarde de sábado até o domingo à noite sem a possibilidade de dormir, mas com o dever do pai de acompanhar o filho a casa da mãe as 19 tanto no sábado quanto no domingo

- duas tardes por semanas das 15 horas as 19 quando o pai acompanhará o pequeno lan junto a casa materna

- sempre em modo alternado todos os dias festivos, natal, ano novo, pascoa e qualquer outro ponte ou férias escolares prévio acordo a se chegar pelo menos um mês antes do período festivo e sempre sem a possibilidade de dormir devido à pouca idade do filho, e também sem consideração ao fato que a mãe não sabe até

³³⁸ Vide fls. 757-760v dos autos de primeiro grau

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





hoje se o pai convive com uma outra pessoa, estranho ao mundo da criança

- durante as férias de verão o pai poderá ir onde se encontrar a mãe no Brasil e ficar o filho também todo dia por 15 dias consecutivos, avaliando a possibilidade de dormir devido à idade de criança.”

Estas ao invés foram as condições que o genitor subtrator pleiteou no Brasil junto ao Tribunal Estadual, 4 meses após a subtração, no pedido (duplicado) de guarda³³⁹:

“IV – DA REGULAMENTAÇÃO DO REGIME DE VISITAS PATERNAS

14. E, considerando a fixação da guarda materna, necessária a regulamentação do regime de visitas paternas a fim de garantir ao filho contato com seu genitor.

15. Considerando que o réu se encontra residindo na Itália, e a pouca idade de Ian, o regime de visitas preverá 2 (duas) viagens anuais de Constantino para visitação de Ian, mediante comunicação com ao menos 15 (quinze) dias de antecedência, sendo uma viagem no primeiro semestre e outra no segundo semestre do ano, pelo período de uma semana cada.

16. Diante da pouca idade de Ian, nesse primeiro momento, as visitas durante as duas semanas previstas no item 15 acima ocorrerão por 3 (três) horas nos dias úteis (das 14h às 17h, com retirada e devolução na residência materna) e por 5 (cinco) horas nos dias não úteis (finais de semana e feriados) (das 12h às 17h, com retirada e devolução na residência materna).

17. Dos 6 (seis) anos aos 8 (oito) anos de idade de Ian, desde que sem prejuízo das atividades escolares e extra-curriculares que frequentar, nas duas semanas anuais de visitação do pai ao menor, o regime de visitas será de 5 (cinco) horas nos dias úteis (das 15h às 20h, com retirada e devolução na residência materna) e por 8 (oito) horas nos dias não úteis (finais de semana e feriados) (das 10h às 18h, com retirada e devolução na residência materna).

18. Dos 9 (nove) anos aos 13 anos de idade, desde que sem prejuízo das atividades escolares e extra-curriculares que frequentar, nas duas semanas anuais de visitação do pai ao menor, o regime de visitas será de 5 (cinco) horas nos dias úteis (das 15h às 20h, com retirada e devolução na residência materna) e um final de semana com pernoite, assim compreendido das 15h da sexta-feira às 20h do domingo.

19. Quando Ian completar 14 (quatorze) anos de idade, desde que seja de sua expressa vontade e que não haja prejuízo às atividades escolares e extracurriculares que frequentar, uma das visitas anuais ao pai poderá ser realizada na Itália.

20. A partir dos 16 (dezesseis) anos de idade, acredita a autora que Ian já terá condições de expressar livremente suas vontades quanto às visitas ao pai, pelo que sua vontade sobre datas e horários já deverá ser levada em consideração, desde que sem prejuízo das atividades escolares e extra-curriculares que

³³⁹ Vide fls. 87-88 dos autos de primeiro grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

frequentar.”

Isto foi o que estabeleceu a perícia judicial, após 2 anos da subtração, nas suas conclusões³⁴⁰:

“Assim sendo, sugiro que lan se mantenha no convívio da família materna, mantendo o contato com o pai e considerando a possibilidade de realizarem visitas mútuas, sendo fundamental para a segurança da construção e manutenção dos vínculos afetivos constituídos.”

Isso foi o que estabeleceu a perícia técnica patrocinada pelo genitor subtrator ao comentar a conclusão acima citada do perito judicial³⁴¹:

“A respeito dessa conclusão temos a comentar que a Sra. Thaisa não se opõe nem nunca se opôs ao contato entre pai e filho, no entanto como o Sr. Carera nunca se dedicou ao filho enquanto convivam na Itália os laços entre pai e filho estão para serem construídos e para isto é importante uma mudança de atitude por parte do Sr. Carera que por suas iniciativas inviabilizou tanto o retorno da Sra. Thaisa como a possibilidade de ser visitado pelo filho pois ainda muito pequeno e depende da companhia materna para poder viajar. Deste modo durante certo período caberá exclusivamente ao Sr. Carera vir ao Brasil para ver o filho e efetivamente fazer-se presente sem que seja necessário ser abordado na rua e praticamente obrigado pela requerida a estar com a criança.”

Apesar deste contexto de aparente concordância da importância do contato entre genitor abandonado e filho subtraído, nos fatos, o genitor abandonado denuncia não conseguir concordar com o genitor subtrator o estabelecimento de condições favoráveis a estes encontros seja em relação a si mesmo quanto em relação aos demais familiares paternos.

Conseqüentemente, em 2017, após 2 anos do início do processo, a AGU encaminha o seguinte pedido de visitação³⁴²:

“Por tal motivo, o Sr. Constantino Carera Junior agendou vinda ao Brasil para visitar o infante, entre os dias 4 e 30 de setembro do corrente ano, mas, antes, requereu à Autoridade Central italiana o envio de solicitação à Autoridade Central brasileira, pleiteando fosse requerida a expedição de ordem judicial determinando que a Requerida lhe franqueie acesso ao seu filho em tal interregno. Referidas visitas se realizariam, nos dias de semana, fora dos horários escolares, e, nos finais de semana, no correr do dia, com início e término em horários e condições a serem determinados por este juízo”

Devido diversos fatores não justificáveis, vigorou a última decisão do juízo que foi dada nestes

³⁴⁰ Vide fls. 1212 dos autos de primeiro grau

³⁴¹ Vide fls. 1234-1235 dos autos de primeiro grau

³⁴² Vide fls. 1512-1513 dos autos de primeiro grau

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





termos³⁴³:

“Levando em conta a manifestação do MPF (fl. 1521), bem como a petição de fls. 1524/1544 e no mesmo sentido da decisão de fl. 1514, o Sr. Constantino Carera Junior poderá visitar a criança nos dias 27, 28 e 29 deste mês, no horário das 08:30h até 12:30h; e no dia 30 (sábado), também deste mês, das 10hs as 13hs, com a condição de que a criança esteja acompanhada de alguém da família da mãe, bem como de que ele, o Sr. Constantino, deposite, na Secretaria deste Juízo, mediante recibo nos autos, seus dois passaportes (italiano e brasileiro). Sem prejuízo, comunique-se à autoridade policial que o menor não pode sair do território nacional até ordem em contrário”

A sentença de primeiro grau que negou o retorno foi pronunciada após cerca de 2 meses (deste último evento) e então o genitor abandonado passou a procurar insistentemente a Autoridade Central brasileira para obter um verdadeiro regime de visitação provisório haja visto que a criança já tinha 4 anos de idade e resultou completamente insatisfatória a precedente decisão do Tribunal Federal de conceder somente 3 dias de encontro parental em um específico mês de estadia no Brasil. Como relatado anteriormente³⁴⁴, foi tudo inútil.

Em 2018, em segunda instância, o genitor abandonado pediu (através do seu defensor particular) novamente de poder estar com o filho no período de estadia no Brasil no mês de setembro, mas o juízo indeferiu o pedido após um mês, quando o genitor tinha acabado de chegar ao Brasil, inviabilizando qualquer apelação reparatória.

Estes foram os elementos que o juízo considerou como impeditivos à visitação³⁴⁵:

- “a ação de restituição do menor (...) foi julgada improcedente e (...) verificou-se uma situação visível de ameaças do requerente e sua família em relação à mãe do menor com possíveis sequelas psicológicas a este”
- “tenra idade do menor (5 anos)”
- “inviável sua ausência da instituição de ensino”
- inviável sua ausência “do convívio da mãe por este longo período postulado”
- “a visitação não haverá de ser calcada nas datas que o postulante escolher ao seu bel prazer”
- a visitação haverá de ser calcada “com a antecedência necessária para que a genitora, que

³⁴³ Vide fls. 1545 dos autos de primeiro grau

³⁴⁴ Vide subtítulo V.VII.II.I e V.VII.II.VI

³⁴⁵ Vide ID 5055872 dos autos de segundo grau





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

tem a guarda, possa se organizar para tanto, evitando-se traumas e rupturas à regular condição educacional do menor”

- “a manifestação da mãe em relação às datas de visitas (...) se faz necessário”

Resulta claro e evidente o total desconhecimento por parte da Justiça Federal da possibilidade de organizar uma visitação monitorada, da grade curricular esperada para uma criança de 5 anos idade (que não requer o conhecimento de qualquer ciência, mas apenas o desenvolvimento de experiências pessoais, ou seja, não é prejudicial a ausência escolar de poucos dias), das reais consequências psicológicas em uma criança de 5 anos de conviver por um mês com o pai (e irmãos) após 4 anos de ausência de contato, da possibilidade de organizar uma audiência de urgência para estabelecer rapidamente condições favoráveis para ambas as partes, etc. Pior, o pedido foi feito para a estadia do genitor abandonado tanto na cidade de São Paulo quanto em outra cidade de outro estado brasileiro, mas a estadia em São Paulo foi completamente ignorada.

Em 2019, o genitor abandonado tentou novamente suportar os elevados custos da escolha de passar as férias no Brasil, formulando mais uma vez pedido de visitação (através do próprio advogado) um mês antes da chegada ao Brasil. Desta vez a viagem foi programada no mês de julho, período de férias escolares, para tentar evitar o número de objeções, mas foi tudo em vão.

Somente 6 meses após o pedido, ou seja, quando o genitor já tinha estado no Brasil e retornado à Itália, o juízo emitiu o seguinte despacho³⁴⁶: “*Indefiro, nos termos da manifestação ministerial*”.

Estas foram as razões expressas pelo Ministério Público Federal:

- “o conjunto provatório dos autos indica ameaças do postulante e de sua família em relação à mãe do menor (...) sem motivo aparente”
- “não parece recomendável permitir encontros (...) sem o devido acompanhamento”
- “quanto decidido nestes autos de busca, apreensão e restituição de menor não se confunde com a avaliação da respectiva guarda do menor, já discutida em outro processo”
- “ausência de fatos novos”

³⁴⁶ Vide ID 107809262 dos autos de segundo grau

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





Restou ao genitor abandonado somente constatar que a falta de especialização no direito de família, a falta de conhecimento técnico sobre a CH80 e a morosidade da Justiça Federal impossibilitavam qualquer tentativa de obter um mínimo contato com o filho, sem qualquer chance de apelação.

Portanto, desde 2018 o genitor abandonado desistiu de programar viagens ao Brasil e, por infeliz coincidência, sobreveio também a pandemia que seria uma desculpa ainda mais fácil para o poder judiciário brasileiro negar as visitas.

Com o fim do ápice da emergência sanitária, o genitor abandonado tentou requerer que o tribunal estabelecesse um genérico regime de visitação provisório com argumentações de mais de 10 páginas³⁴⁷ (diferentemente dos pedidos anteriores onde se requeria apenas o contato em específico período de estadia no país, tanto na cidade de São Paulo quanto em outra cidade no Estado do Espírito Santo), mas o juízo se manteve irremovível e lapidário³⁴⁸:

“Por fim, sobre pedido de deferimento de visitas, anoto que por duas vezes esta Corte já se manifestou sobre pleito idêntico, indeferindo-o pelos fundamentos já constantes nos autos, o que ora apresenta o apelante sendo mera repetição de pedido já apreciado, sem nenhum elemento novo, sem nenhuma justificativa que pudesse alterar o quanto já decidido outrora.”

Na prática, a Justiça Federal impôs uma rejeição as visitas que contrariou até mesmo a vontade do genitor subtrator que na sua última manifestação se exprimiu desta forma³⁴⁹:

“Desta feita, esclarece Thaisa que continua à disposição de Constantino para marcarem, por email, com antecedência, visitação na cidade de São Paulo, em local público, e na presença da mãe ou de alguém por ela indicado”

Assim como no caso da denúncia de violência, onde o tribunal brasileiro afirma existir um risco de violência doméstica que a suposta vítima desconhece sofrer (a mesma vítima que declara genericamente sofrer violência também declarava querer retornar à este ambiente violento que nem nunca foi denunciado às autoridades locais³⁵⁰), também no caso da visitação o tribunal brasileiro vislumbra riscos e perigos que a suposta vítima afirma não existir, sendo suficiente para a mesma a simples organização de visitas em local público.

O acúmulo de absurdos é tamanho que o genitor abandonado, prevendo corretamente que tudo

³⁴⁷ Vide ID 219711644 dos autos de segundo grau

³⁴⁸ Vide ID 220065834 dos autos de segundo grau

³⁴⁹ Vide ID 80878391 dos autos de segundo grau

³⁵⁰ Vide subtítulo V.IX.III.IV





seria negado, no mesmo pedido requereu uma audiência de conciliação (apesar da mãe declarar ser favorável as visitas, no passado o genitor abandonado tentou ativar a mediação na Justiça Estadual, mas o genitor abductor nem compareceu pois tal ação voluntária não incide no seu interesse processual da mesma forma que uma tentativa de conciliação judicial³⁵¹) pois o prejuízo maior para a criança e para o genitor abandonado resulta ser claramente essa tentativa de buscar civilizadamente, no poder judiciário brasileiro, o respeito das leis. Também este pedido foi negado como já relatado anteriormente³⁵².

V.IX.V. Resumo das Violações

Para concluir, seguirão a citação das leis violadas e o motivo da violação de forma extremamente sintética.

V.IX.V.I. Convenção da Haia de 1980

Foram violados os seguintes artigos da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças:

- Art.1: não foi assegurado o retorno imediato do menor subtraído e nem respeitado o direito de guarda (alterado no tempo) e de visita
- Art. 5: b) o direito de visitação em lugar diferente daquele onde reside foi completamente negado, mesmo dentro do Brasil
- Art. 7:
 - b) o regime de visitação cautelar foi negado e todas as demais medidas de proteção foram rejeitadas;
 - c) audiência de conciliação negada em segunda instância tanto pelo juízo quanto pela Autoridade Central brasileira;
 - d) em 7 anos de processo a situação social da criança só foi avaliada uma única vez;
 - f) o pedido de visitação foi negado;
 - g) o genitor abandonado não possui representação gratuita no processo e a Defensoria Pública da União se recusou a defender o próprio interesse no processo por julgar unilateralmente desnecessário integrar as manifestações da AGU;

³⁵¹ Vide ID 68552578 dos autos de segundo grau

³⁵² Vide subtítulo V.IX.III.VI.I





- h) nenhum contato foi realizado como a Itália para obter disposições que garantissem o retorno seguro;
- i) a Autoridade Central brasileira cria obstáculos não presentes na CH80 e nada faz para eliminar aqueles existentes.
- Art. 8: a Autoridade Central brasileira nega receber pedidos diretamente do genitor abandonado, mas impõe uma comunicação exclusiva com a Autoridade Central estrangeira;
- Art. 10: O juízo de segundo grau negou o pedido de audiência de conciliação;
- Art. 11: O retorno deve ser decretado em 6 semanas, mas já se passaram mais de 7 anos de processo;
- Art. 12: O juízo de segundo grau levou em consideração a adaptação da criança mesmo o processo tendo inicial no prazo que veta dar peso a tal avaliação;
- Art. 13b: O retorno imediato foi negado em base a questões conjugais fúteis, nenhuma condição deste artigo foi respeitada;
- Art. 16: O juízo sobre a guarda, na Justiça Estadual, manteve as suas decisões mesmo tendo conhecimento do pedido de retorno em base a CH80;
- Art. 18: Em base a lei brasileira que regerá o processo de guarda o retorno deveria ser ordenado mesmo se existissem as exceções à obrigação do retorno;
- Art. 19: O poder judiciário tratou a aplicação da CH80 como uma discussão parcial sobre a guarda;
- Art. 21: O pedido do regime de visitação foi negado pela Autoridade Central brasileira e pelo juízo;
- Art. 22: Em ambas instâncias foi imposto o pagamento de despesas processuais à parte requerente;
- Art. 34: Segundo acordo bilateral entre o Brasil e a Itália a decisão sobre a guarda feita pelo judiciário italiano (que impõe o retorno) sobrestará a futura e eventual decisão brasileira sobre a guarda;

V.IX.V.II. Convenção sobre os Direitos da Crianças

Foram violados os seguintes artigos da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos das Crianças:

- Art. 3: O princípio do superior interesse da criança foi completamente ignorado em prol do interesse do genitor subtrator;





- Art. 7: Nenhuma medida foi estabelecida para garantir que a criança fosse cuidada por ambos genitores;
- Art. 8: Nenhuma medida foi estabelecida para garantir a manutenção das relações familiares e para combater interferência ilícitas;
- Art. 9: Nenhuma medida foi estabelecida para impedir que a criança fosse separada dos pais e/ou para que fosse respeitado o direito de visitação, assim como os genitores não puderam manifestar pessoalmente as próprias opiniões;
- Art. 10: O estabelecimento de um regime de visitação foi mais vezes negado;
- Art. 11: O sistema judiciário brasileiro premia o genitor que subtrai os próprios filhos do exterior;
- Art. 12: A criança nunca foi ouvida;
- Art. 16: A criança foi subtraída, mas o Estado brasileiro de fato admite há 7 anos tal interferência ilícita;
- Art. 18: Nada foi estabelecido para permitir que o genitor abandonado pudesse participar da educação e desenvolvimento da criança;
- Art. 19: A criança sofreu a violência da subtração, mas o Estado brasileiro está há 7 anos “pensando” se isto é um malefício para o menor;

V.IX.V.III. Convenção sobre o Direito dos Tratados

Foram violados os seguintes artigos da Convenção da ONU de 1969 sobre o Direitos dos Tratados:

- Art. 26: O Estado brasileiro não cumpre a CH80 com boa-fé pois desrespeita os seus dispositivos e nega os princípios nacionais na relação com os Estados estrangeiros;
- Art. 27: O juízo invocou leis internas (por exemplo, a lei Maria da Penha) na aplicação do Art. 13b;
- Art. 31 e 32: a Justiça brasileira ignora completamente as publicações oficiais da Conferencia da Haia sobre a correta aplicação da CH80

V.IX.V.IV. Legislação interna

Foram violados os seguintes artigos da legislação interna:

V.IX.V.IV.I. Código Civil (Lei n. 10.406 de 10/01/2002)

+55 27 99932-0409
mcnadv.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080





- Art. 1589: Nenhuma visitação em relação ao genitor abandonado e/ou a família paterna do menor subtraído foi estabelecida.

V.IX.V.IV.II. Código do Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)

- Art. 3: Audiência de conciliação negada;
- Art. 355, 369: Foi negada produção de nova prova
- Art. 372: Prova estrangeira completamente ignorada;
- Art. 373: O réu não provou as exceções ao retorno e confessou a ausência das mesmas
- Art. 464: Deferimento de prova pericial desnecessária (perícia psicossocial parcial) e indeferimento de prova essencial (proteções oferecidas pelo Estado italiano);
- Art. 489: A sentença é nula como motivado nos embargos de declaração
- Art. 694 e 695: Nenhuma tentativa de conciliação foi tentada;
- Art. 1022: Os embargos de declaração foram ilegitimamente rejeitados;

V.IX.V.IV.III. Alienação Parental (Lei n. 12.318, de 26/08/2010)

- Art. 2: A subtração internacional praticada não foi considerada uma alienação parental;
- Art. 4: Nenhuma medida foi tomada para permitir a convivência com o genitor abandonado;
- Art. 6 e 7: Nenhuma medida cautelar foi tomada para proteger a criança do genitor que praticou nela a violência da subtração;
- Art. 8: Foi negado o retorno da criança mesmo tendo o seu domicílio sido alterado fraudulentamente

V.IX.V.IV.IV. Garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência (Lei n. 13.431, de 04/04/2017)

- Art. 4: A criança não pôde exprimir a própria opinião sobre a subtração praticada;
- Art. 5: O processo foi e continua sendo moroso e nenhuma medida foi estabelecida para proteger a criança do sofrimento da separação;
- Art. 6: Nenhuma medida protetiva foi emitida para proteger a criança do genitor abductor;

V.IX.V.IV.V. Formulário Nacional de Avaliação de Risco (Lei n. 14.149 de 05/05/2021)





ADVOGADOS
ASSOCIADOS

- Art. 1: Não foi aplicado o Formulário Nacional de Avaliação de Risco na constatação da Lei Maria da Penha (mesmo a constatação de uma lei interna sendo vetada pela CH80 como exceção ao retorno);

V.IX.V.IV.VI. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 13/07/1990)

- Art. 5: Os direitos fundamentais da criança foram negligenciados e a mesma se mantém como refém da Justiça brasileira há 7 anos;
- Art. 19: Não foi garantida a convivência com o genitor abandonado;
- Art. 22: O genitor abandonado ficou impossibilitado de participar nas decisões sobre a vida do filho;
- Art. 33: O regime de visitação cautelar foi negado;
- Art. 147: Foi negado o direito da criança de ter a própria guarda julgada no seu domicílio anterior à transferência ilícita;
- Art. 237: O genitor abductor não recebeu qualquer reprimenda pela subtração cometida

VI. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso em tela é de difícil inversão porque obviedades científicas e literais estão sendo (e continuam sendo) negadas com extremo desembaraço e sem uma evidente disponibilidade à observação de contrarrazões ou de diligência na primazia do rigor técnico.

Ao mesmo tempo em que o poder judiciário insinua a intenção de perseguir o melhor interesse da criança em detrimento de qualquer outro está, nos fatos, demolindo inexoravelmente este princípio. A extensão das razões aqui veiculadas se mostram indispensáveis para a nobre missão de salvar todas as crianças subtraídas das injustiças ainda dominantes na aplicação nacional da CH80. Se espera que todos os enunciados gerais proclamados recebam pleno acolhimento por esta Corte Superior.

A diferença abissal entre as estatísticas internacionais de aplicação da CH80 e aquelas recolhidas pela Autoridade Central brasileira são como uma campainha de alarme de uma realidade inconcebível em um país constituído por cidadãos que anseiam o orgulho de vislumbrar o Brasil reconhecido como uma nação séria, com uma população que inteligentemente respeita e garante os direitos humanos fundamentais que foram edificados com elevada devoção pela comunidade

+55 27 99932-0409
mcnad.es@gmail.com
www.mcnadvocacia.com.br
@mcnadvogados

Av. Eldes Scherrer Souza, nº 2230
Ed. Essencial Escritórios, 8º Andar, Sala 814/815
Laranjeiras, Serra/ES, CEP: 29167-080

340

