

ELETRÔNICOS

Direito Internacional sem Fronteiras

RESTITUIÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES: ANÁLISE EMPÍRICA NO STJ

International Restitution Of Minors: empirical analysis at STJ

Maria Edna A. RIBEIRO 

Ambra University – Orlando/Flórida, Estados Unidos.

Resumo: Atualmente, muitos casamentos são realizados entre pessoas de nacionalidades diferentes, surgindo como consequência, conflitos causados pela ruptura familiar, como sequestro/retenção internacional de menores. Daí surgiu o questionamento: Como foram os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹ nos casos de restituição de menores no período de 2015 a 2020? Destarte, o objetivo é analisar tais julgados no período determinado, com verificação jurídica, da relação com direitos humanos e dignidade humana, enfocando, especialmente, o princípio do superior interesse da criança subtraída e a Convenção de Haia. Para tanto, foi realizada pesquisa qualitativa documental. Como a questão que envolve elemento de estraneidade na relação, a solução ocorre pelo Direito Internacional, a Convenção de Haia possui grande relevância para o Direito Internacional Privado, porquanto estabelece critérios para investigação real do problema. As decisões analisadas foram fundamentadas na Convenção de Haia e demonstram intenção de primar pelo mencionado princípio. Contudo, a morosidade do procedimento viola direitos fundamentais. Logo, o caso de sequestro/restituição internacional de crianças, merece maior visibilidade, efetividade e eficácia nas decisões para maior segurança jurídica internacional.

Palavras-chave: Restituição/Menores. Interesse. Convenção. STJ.

Resumen: Currently, many marriages are held between people of diferente nationalities, resulting in conflicts due to family breakdow, such as kidnapping / international retention of minors. Hence the questiona rose: How were the Superior Court of Justice (STJ) judgments in cases of restitution of minors in the priod from 2015 to 2020? Thus, the objective is to analyze these judgments in the determined period, whith legal verification, of the relationship with

¹ A análise foi realizada no STJ por ser a última instância da Justiça brasileira para as causas infraconstitucionais, apreciador dos recursos provenientes da Justiça comum (estadual e federal), dentre outras atribuições.

human rights and human dignity, focusing especially on the principle of the best interests of the child subtracted and the Hague Convention. For that, qualitative documentar research was carried out. As the question that involves the elemento of strangeness in the relationship, the solution occurs by International Law, the Hague Convention has a great deal granted to Private International Law, as a criterion for real investigation of the problem. The decisions analyzed were based on the Hanguue Convention and demonstrated the intention to strive for the principle principle. However, the length of the procedure violates fundamental rights. Therefore, the case of international kidnapping / restitution of the children, deserves greater visibillity, effectiveness and efficiency in decisions for greater international legal security.

Palabras-clave: Restitution/Minors. Interest. Convention. STJ.

1 INTRODUÇÃO

A multinacionalização produziu reflexos no âmbito dos vínculos humanos, em especial, no familiar, que tem crescente número de relacionamentos plurinacionais, matrimônios com membros pertencentes a nacionalidades distintas.

No mesmo passo ocorre a proliferação de rupturas familiares e conflitos que envolvem mais de um ordenamento jurídico, como o sequestro e retenção de menor², levado por um dos pais para outro Estado.

O Direito Internacional Privado tem exercido fundamental importância, por meio da cooperação entre os Estados, para a solução do atual problema do sequestro e retenção de menores, em países diversos daquele de sua residência habitual e, ao mesmo tempo, busca não violar direitos dos envolvidos.

Este estudo tem como objetivo geral demonstrar como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou os casos de restituição de menores nos anos de 2015 e 2020.

² Importante ressaltar que o termo “menor” utilizado no texto se refere a todas as crianças e adolescentes, como possuidoras de direitos fundamentais de forma igualitária, sem qualquer discriminação ou diferença de tratamento legal. Baseia-se no Princípio da Proteção Integral, garantida no art. 227 da Constituição brasileira de 1988 e demais instrumentos nacionais e internacionais contemporâneos. São titulares de direitos, detentores de absoluta prioridade e respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, “menor”, neste artigo está totalmente dissociado da situação discriminatória e estigmatizada da criança e do adolescente do Código de Menores (Lei 6.696 de 1979).

Foi realizada pesquisa qualitativa documental, sobre aspectos relacionados à restituição de menores sequestrados de maneira ilícita, visando os princípios da proteção do melhor interesse da criança e da proteção dos direitos de guarda, com observância da Conferência de Haia e sua aplicabilidade pelo STJ, naquele período.

Destarte, trata de considerações sobre a restituição internacional de menores, seguida de convenções e legislação específicas de proteção à criança, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – Convenção de Haia –, Convenção interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores e o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). A fundamentação teórica, baseia-se também na doutrina de Nádia Araújo, Mazzuoli, Dolinger e Carmen Tibúrcio, dentre outros, além de alguns pesquisadores, como Fernández, Borges e Holanda.

Por fim, foi apresentado um caso exemplificativo com entendimentos sobre a Convenção e o STJ, seguido pelos seus julgados no intervalo de tempo analisado, nos termos já mencionados e a conclusão.

O tema possui relevância, pois viola direitos fundamentais dos envolvidos, principalmente das crianças e ultimamente apresenta grande incidência de casos. Portanto, o presente artigo visa contribuir com o debate relacionado ao sequestro e restituição internacional de crianças, tema, este, causador de grande polêmica. Além disso, busca chamar atenção para o problema que, carece de maior visibilidade e enfrentamento.

2 RESTITUIÇÃO DE MENORES

Com a globalização famílias começaram a fixar residência em outros Estados, relacionamentos, muitas vezes constituídos por cônjuges de diferente nacionalidade. Consequentemente, apareceram problemas que abrangem ordenamentos jurídicos diversos, tendo nos tratados e convenções, internacionais instrumentos relevantes para resolução de conflitos familiares (HOLANDA, 2018).

Y si bien es cierto que el actual delito de sustracción de menores fue introducido en nuestro Código Penal en virtud de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, no es menos cierto que pueden hallarse algunos precedentes en los Códigos penales históricos, como hemos apuntado en las páginas anteriores, que si bien contemplaban la conducta de sustracción proyectada sobre el/la menor de edad, desconocían los casos en que aquélla era ejecutada por los propios progenitores. (FERNÁNDEZ, 2017, p. p.42)³

Outros mecanismos também abordam a questão, com enfoque especial, na salvaguarda dos direitos dos menores e do seu melhor interesse.

[...] “a disputa da guarda dos filhos”, que acontece em meio às dissoluções de relações entre pessoas de países distintos ou que residem fora do seu território originário, constitui um dos maiores entraves no âmbito do Direito de Família. No Brasil, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) é a legislação aplicável para solucionar questões relacionadas ao tema (HOLANDA, 2018).

Desse modo, a família contemporânea com formação multicultural, possui interesses diferentes e estão inseridas em nações distintas, sendo necessário o surgimento de regras internacionais que regulem as ocorrências e, ao mesmo tempo, protejam as crianças, preservando seu melhor interesse e seus direitos, dever atribuído não apenas ao Estado, mas também a sociedade e a família (HOLANDA, 2018).

– lo que se ha denominado como legal kidnapping o secuestro parental–, causado principalmente por el aumento de matrimonios mixtos y las frecuentes rupturas de pareja, suscitando entre otras cuestiones conflictos culturales entre un deber jurídico y un deber moral, en la que los progenitores «se toman la justicia por su mano», incumpliendo generalmente una resolución judicial o administrativa. De ahí cabe inferir que la sustracción parental de menores sea un fenómeno de enorme complejidad jurídica, sobre todo en su aspecto internacional, dado que en su regulación se ven afectadas dos jurisdicciones, la civil y la penal, con procedimientos propios en función de cada caso concreto. (FERNÁNDEZ, 2017, p. p. 20)⁴

³ Fernández (2017). Tradução: “E embora seja verdade que o atual crime de rapto de crianças foi introduzido no nosso Código Penal em virtude da LO 9/2002, de 10 de dezembro, não é menos verdade que alguns precedentes podem ser encontrados nos códigos penais históricos, como assinalamos nas páginas anteriores, que embora contemplassem o comportamento de abdução projetado no menor, desconheciam os casos em que foi realizado pelos próprios pais”.

⁴ Fernández (2017) Tradução: “O que tem sido denominado sequestro legal ou sequestro parental, causado principalmente pelo aumento de casamentos mistos e frequentes separações de casais, suscitando conflitos culturais entre um dever legal e um dever moral, entre outras questões, em que os pais ‘fazem justiça com as

A ocorrência da alienação parental se dá principalmente quando o casal entra em conflito e busca obter a guarda da criança ou adolescente. Segundo Borges (2018), tal comportamento prejudica o desenvolvimento psicológico do menor e causa rompimento das relações entre filhos e o genitor sacrificado, podendo ser irreversível.

A subtração de menores vai de encontro aos direitos humanos e a dignidade dos envolvidos, principalmente da criança, não respeitando o seu melhor interesse.

Não obstante, a Declaração de Genebra foi de suma importância para solidificar o reconhecimento e proteção dos direitos da infância, suscitando nova visão quanto à autonomia e às necessidades dos menores passíveis de serem amparadas pelo documento legal. O conceito do “melhor interesse” ou “interesse superior da criança”, que viria a ser redefinido e elevado à condição de princípio norteador dos tratados sobre o sequestro internacional de menores, também foi introduzido por meio deste documento (BORGES, 2018, p. 15).

Com intuito de resolver, situação cada vez mais recorrente, relacionadas à manutenção de menores em países distintos, autoridades de Estados mais evoluídos, nos diversos setores, se reuniram em prol da causa e foi elaborado um “tratado” para resolução mais favorável, coerente e que minimize lesão às crianças, mantendo, se possível, a convivência com os dois genitores, reprimindo, assim, a descontinuidade dos laços “familiares”, em prol do “melhor interesse” da criança (BORGES, 2018).

A proteção da criança é o objeto primordial das convenções e legislação referentes ao tema, como pode ser observado nos tópicos seguintes.

2.1 CONVENÇÕES E LEGISLAÇÃO

Para salvaguarda dos interesses dos menores a Convenção de Haia é o fundamento utilizado para o requerimento de restituição de menores. Já o art. 3º e *caput* ECA preveem os direitos fundamentais da criança e adolescente, por sua vez, o art. 267, determina a proteção integral.

próprias mãos’, geralmente não cumprindo decisão judicial ou administrativa. Disto se pode inferir que o rapto parental de menores é um fenômeno de enorme complexidade jurídica, especialmente em seu aspecto internacional, visto que sua regulamentação afeta duas jurisdições, civil e criminal, com procedimentos próprios dependendo de cada caso específico”.

Por oportuno, ainda, impende ressaltar que todo o ordenamento jurídico específico, interno ou não, possui como centro a salvaguarda dos direitos humanos e da dignidade do menor.

Os direitos humanos têm sua origem nos primórdios e seu histórico é permeado por lutas e influência de diversos defensores de direitos. Reforça Schafranski (2006) que, a história de tais direitos, perpassam pelos embates em face do absolutismo, que possuem grandes influências de protetores que defendem os direitos naturais do ser humano, colocando em evidência, Locke, o qual inspirou a Revolução Inglesa em 1689, que teve como decorrência, o *Bill of Rights*.

Criança e adolescente passaram a ser titulares de direitos fundamentais – como condição específica de desenvolvimento – da mesma forma que os adultos (SCHAFRANSKI, 2006).

O desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, cuja universalização encontrou eco nos planos interno e internacional, interfere na metodologia do DIPr, que não pode ficar alheia a sua disseminação. É preciso adequar a sua utilização ao paradigma dos direitos humanos. A ordem pública tem papel fundamental de equilibrar a aplicação do método conflitual, especialmente se for dado ao aplicador da lei parâmetros para fazê-lo, o que só é possível se for utilizada a perspectiva retórico-argumentativa, estribada no desejo de encontrar a solução justa, a partir da lógica do razoável, e não mais apenas nas razões de Estado (ARAÚJO, 2018, p. p.30).

As crianças passaram a ser verdadeiros sujeitos de direitos, possuidoras de todos os direitos fundamentais e sociais, previstos nos instrumentos internacionais, na Carta Política Brasileira de 1988 e ECA (DUARTE, 2010). Atualmente, as crianças são tratadas de forma diferenciada no que se refere à assistência e à defesa da sua condição humana, estando a Doutrina Jurídica de Proteção Integral presente em todos os documentos internacionais de tutela à criança. (DUARTE, 2010).

2.1.1 Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, foi integrada na ordem jurídica nacional, mediante o “Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000”, passando a regulamentar as situações de “subtração ou sequestro de crianças e

adolescentes”. São circunstâncias nas quais, um dos genitores leva menor do país de sua residência, sem anuência do outro ou sem permissão da justiça, ou com permissão temporária, mantendo o menor naquele país, com escopo de fixar residência, ocorrendo, assim, um litígio internacional sobre a “guarda” (HOLANDA, 2018).

A referida Convenção adveio da preocupação, no meio internacional, relacionado ao deslocamento de menores para outros países, constante incidência de subtração ilegal de criança em todo o planeta, especialmente, quando envolve guarda e visita. Conforme Araújo (2018, p. 36) para o Direito Internacional Privado, no âmbito mundial, a Convenção de Haia tem sido encarregada da produção de “normas horizontais de proteção aos direitos fundamentais, especialmente na área de proteção da infância”.

A Convenção tem como objetivos essenciais, garantir o retorno imediato do menor sequestrado e efetivar os direitos de guarda e de visitas existentes em todos os Estados-membros. Ela se propõe a proteger as crianças dos danos causados pela sua subtração e retenção, estabelecendo instrumentos que restitua de imediato o menor ao seu Estado anterior. No entanto, não há na referida Convenção nenhuma sanção penal (FERREIRA & GONÇALVES, 2016).

Hoje, o Direito Internacional Privado além de “promover a segurança jurídica”, possui também a finalidade de assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Esses direitos fazem parte de novos instrumentos internacionais compondo a matéria Direito Internacional dos Direitos Humanos, influenciando com prevalência em caso de conflito com resultado gerado por conflito de norma (ARAÚJO, 2018)

A Convenção de Haia, em seu art. 1º, estabelece dois objetivos bem delineados, o de garantir retorno imediato de menor ilegalmente deslocado para um Estado-membro diferente daquele de sua residência habitual ou que nele estejam mantidos de forma indevida e, o de tornar efetivo, nos outros Estados-parte, o cumprimento dos direitos de guarda e de visita existente num Estado-parte. (MAZZUOLI, 2019).

A Convenção de Haia (1980) sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças e a Convenção Interamericana de 1989 sobre a Restituição Internacional de Menores conceituam a subtração internacional de criança e visam salvaguardar a criança retirada do seu

país de residência habitual ou que, seja retida indevidamente em outro Estado. Estabelecem como regra o retorno imediato e seguro ao Estado em que residia o menor antes da situação de transporte ou retenção ilegal (BRASIL, 1980/1989).

Estas Convenções definem direito de custódia ou de guarda como direito relacionado ao cuidado do menor, podendo inclusive decidir sobre o local de sua residência enquanto o direito de visita possibilita a ida do menor, por tempo limitado, para local diverso daquele de sua residência habitual (BRASIL, 1980/1989).

Determinam como ilegal tanto o transporte quanto à retenção de menor ocorrida com violação dos direitos, consoante a lei onde reside habitualmente o menor, exercidos de forma individual ou conjunta, imediatamente antes da ocorrência do fato, os pais, tutores ou guardiões, ou qualquer instituição.

Apesar de ter uma abordagem na esfera civil, no âmbito familiar, o objetivo primordial da Convenção da Haia é garantir o bem-estar e o interesse superior do menor, no caso de sequestro internacional, inclusive, algumas situações como a presença de alienação parental ou violência doméstica (LORENZON, 2020).

Dessa forma, a Convenção de Haia não apresenta normas gerais sobre ‘leis aplicáveis’ ao sequestro de menores, se detém apenas na instituição de regras que propiciam o retorno imediato do menor ao país de sua residência habitual, bem como normas que garantam, nos demais Estados-parte, a observância ao direito de guarda e de visita legitimamente conferido a um dos pais (MAZZUOLI, 2019).

Em âmbito internacional, o estudo das situações jurídicas humanas, abrange, dentre outros, a cooperação jurídica internacional, bem como as leis aplicáveis (DOLINGER & Carmen, 2020).

Contudo, sobrepõe-se a qualquer mecanismo da lei, a proteção com “absoluta prioridade”, do “melhor interesse das crianças e dos adolescentes envolvidos”. Ao sistema jurídico, cabe velar pela maior celeridade processual, evitar lesões aos menores e disponibilizar “uma equipe multidisciplinar” apta a reconhecer, bem como contribuir para o melhor veredicto que garanta a proteção dos direitos do menor retido indevidamente (HOLANDA, 2018).

Impende ressaltar que a Convenção de Haia, estabelece procedimento de cooperação internacional entre os Estados-parte, com objetivo de prevenir que o autor do sequestro possa legalizar, mediante as autoridades competentes do Estado de refúgio, a circunstância ilegal. Objetiva, em primeiro lugar, o restabelecimento ao *status quo ante*, por meio da restituição imediata do menor ao Estado de sua residência habitual, além de buscar reduzir os efeitos maléficos que possam ser causados “a seu desenvolvimento, físico, psíquico e social.” (DUARTE, 2010).

2.1.2 Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores

Por sua vez, a Convenção Interamericana passou a vigorar no Brasil em junho de 1994. Seu objetivo é assegurar a imediata restituição de menores (considerada assim, toda pessoa que não tenha completado 16 anos de idade) que residam, habitualmente, em um dos Estados membros, que tenham sido transportados de forma ilegal de qualquer Estado-parte para outro, bem como, mesmo transportados licitamente tenham ficado retidos de maneira ilegal. Além disso, tem como finalidade fazer cumprir o exercício do direito de visita, de custódia ou de guarda pelos titulares desses direitos (BRASIL, 1980/1989)

Para as referidas Convenções, a restituição do menor não enseja a sua guarda ou custódia de forma definitiva. Asseveram ainda que, a restituição de menor descrita nessas Convenções pode ser negada se violar os princípios do Estado requerido, assegurados em mecanismos de cunho global ou regional que versem a respeito de direitos humanos e direitos fundamentais da criança (BRASIL, 1980/1989).

Devem-se ponderar quais são os direitos mais importantes de serem assistidos no caso prático para que se determine acerca do retorno ou não da criança ao país de residência habitual. Observa-se que a saúde mental e o amparo psicológico são fundamentais para o desenvolvimento e construção da personalidade de qualquer indivíduo, razão pela qual nem sempre, o provimento de melhor estrutura econômica, domiciliar e escolar irá consistir no melhor interesse da criança (BORGES, 2018, p. 32).

A restituição de menor ocorre por processo iniciado com pedido devidamente instruído, para possibilitar todas as discussões do pedido, inclusive suas exceções, consoante a

Convenção, para que possa ser determinado, ou não, o retorno do menor. No trâmite processual, resta imprescindível o contraditório para que as exceções estabelecidas no pedido de restituição sejam avaliadas. Por conseguinte, uma liminar negando o retorno do menor, a despeito de aparentar atingir a agilidade do retorno imediato, contradiz a essência da Convenção (ARAÚJO, 2018).

Assim como na Convenção da Haia, não há obrigatoriedade da restituição do menor pelo Estado requerido. Há indeferimento, quando os requerentes não estiverem no exercício pleno de seus direitos na ocasião do traslado ilícito, ou da retenção, bem como, quando houver ameaça do retorno expor o menor a perigo físico ou psíquico, ou quando o menor possuir maturidade incompleta (BRASIL, 1980/1989).

Observa-se que a mais significativa diferença entre ambas é que a Convenção Interamericana concentra seu campo de atuação exclusivamente dentro do território do continente americano. Além dos objetivos serem os mesmos, os requisitos e procedimento para o pedido de restituição também são amplamente similares aos da Convenção anterior. (BORGES, 2018, p. 33).

Para Borges, (2018), o legislador definiu prazos com intuito de atrelar a estes, os encaminhamentos capazes de possibilitar a “restituição [imediata] do menor sequestrado” e agilizar o processo. Entretanto, terminam limitando o principal princípio da Convenção, que é o superior “interesse da criança”, o qual não pode ser coibido por delimitação de tempo. Não se pode olvidar, que o objetivo da restituição não é satisfazer “o requerente”, mas buscar “o bem-estar da criança”. Logo, as sanções previstas nos artigos 13 e 20 para desrespeito aos prazos recaem predominantemente sobre o menor.

“A subjetividade e liberdade”, atribuídas aos países contratantes pelos tratados, deixam a impressão de que seus dispositivos são somente exemplos, mas a “discricionariedade” de cada Estado ao tratar dos casos concretos deve ser mitigada de maneira que, “nenhuma das partes” tenha decisões desfavoráveis sem a devida razoabilidade, em razão de divergências “culturais” do local onde o processo será julgado. [...] Assim, não existe hipótese de imposição do retorno da criança (BORGES, 2018).

2.1.3 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Instrumento nacional de suma importância para garantia da proteção da criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sancionado em 1990, incorporou as evoluções da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, além de consubstanciar o artigo 227 da Constituição Federal, dispositivo que determina os direitos e garantias fundamentais a crianças e adolescentes.

Numa breve síntese, é possível indicar que ECA proclamou os direitos fundamentais da criança e do adolescente (FÁVERO, PINI, & SILVA, 2020) [...].

O artigo 1º ECA, estabelece a garantia da proteção integral da criança e do adolescente. Destarte, com base no princípio do melhor interesse da criança, o Brasil tem a obrigação de assegurar as necessidades da pessoa em desenvolvimento (SCHAFRANSKI, 2006).

Nessa linha, o Art. 3º ECA, estabelece que à criança e ao adolescente cabem “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei”, garantindo legalmente ou por outras formas, “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (BRASIL, 1990).

ECA trouxe o direito à proteção integral, com garantia prioritária absoluta do interesse da criança e do adolescente em qualquer instância abrangida, com base no melhor interesse da criança, o Estado assume sua guarda e proteção, consoante se extrai do Art. 4º, desse instrumento, que reiterou a responsabilidade da família, sociedade e Estado de assegurar condições favoráveis ao desenvolvimento dessa camada vulnerável, inclusive o direito à convivência familiar (BRASIL, 1990).

Corroborando, o Art. 5º, estabelece que “nenhuma criança ou adolescente será objeto” de negligência, discriminação, exploração ou violência de qualquer tipo, sendo penalizada, nos moldes legais, qualquer violação aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 1990).

O Art. 15 reforça a preservação do direito “à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (PRADO, 2018).

Importante ressaltar que o direito ao respeito, conforme Art. 17, significa que a integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, são invioláveis, incluindo o resguardo “da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores”, bem como suas ideias e crenças (PRADO, 2018).

Já o Art. 21 estabelece que o poder familiar, será exercido pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a lei civil [...]. Complementa com o art. 22 que, atribui aos pais 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 (PRADO, 2018).

Para este artigo impende destacar o dispositivo que aborda o direito da criança e do adolescente de ter sua criação e educação no seio familiar e, mesmo que em família substituta, seja mantida a convivência com a família e a comunidade, sem esquecer a salvaguarda de seu desenvolvimento integral (Art. 19) (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL, 1990).

3 PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE GUARDA

Atualmente, o ordenamento jurídico, tem a pessoa humana como centro norteador, no âmbito interno e externo, pelos princípios protetivos dos direitos humanos. São direitos, universais e indivisíveis, incorporados pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo III, como princípio fundamental.

Quanto ao Direito à convivência Familiar e Comunitária, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, aprovado em 2006 pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), representa um progresso ao traçar estratégias, objetivos e diretrizes para o fortalecimento dos vínculos familiares. Ademais, delimita a ruptura da cultura de institucionalização de menores (DUARTE, 2010).

Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, já estabelecia expressamente à proteção da dignidade humana. Proteção que deve ser atribuída à criança que, também é possuidora de direitos, não sendo nenhum objeto, merecendo, portanto, salvaguarda de seus

direitos fundamentais com tratamento distante da “coisificação”. Dessa forma, a criança tem direito de relacionar-se frequentemente com ambos os pais, que devem respeitar as decisões judiciais, mantendo harmonia nos relacionamentos domésticos, sempre primando pelo princípio do superior interesse do menor.

O princípio do superior interesse do menor é um dos fatores mais relevantes da Convenção de Haia e visa garantir a proteção dos direitos fundamentais e o resultado mais favorável para a criança na resolução de conflitos envolvendo o menor sequestrado ou retido em país diverso daquele de sua residência habitual.

O sequestro de crianças indubitavelmente fere “direitos e deveres de vigilância, guarda e educação de menor, por parte das pessoas a quem tais poderes legais são legalmente atribuídos” (FERNÁNDEZ, 2017).

Mister ressaltar, que o melhor interesse da criança é o critério utilizado como regra, mas também, como exceção, ao retorno imediato do menor, conforme estabelecido nos acordos e convenções específicas. Cabe a análise do caso concreto para verificar as reais necessidades do menor a ser restituído ao país de residência habitual antes do seu sequestro ou retenção ilegal (BRASIL, 1980/1989).

Porém, o critério do melhor interesse da criança dá margem a várias interpretações, pela sua abstração, falta de definição e de elementos que indiquem um caminho uniforme nas decisões por ser vago e impreciso.

Já, a celeridade no processo de restituição de menor é fator primordial, vez que, apesar de não haver concordância, existe um prazo de um ano, tido como razoável, para que se permita ponderar a integração do menor ao seu novo ambiente. Sendo motivo para recusa ao retorno do menor, com alegação de que a criança já teria se adequado ao novo meio por perfazer período mínimo de um ano de sua retenção ou subtração.

Impende ressaltar que “o poder familiar”, conforme estabelece o Código Civil, permanece inalterado, mesmo que não se relacionem mais. No entanto, como fica a situação da guarda, nesses casos? A guarda, é incluída, no ECA, como forma de colocar a criança em “família substituta”, assim como a “tutela e a adoção”. Já para o Código Civil, a guarda constitui uma incumbência do “poder familiar”. Importante acrescentar que o Código Civil prenuncia dois

tipos de guarda: a unilateral que é exercida por um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, e a guarda compartilhada, que atribui ao casal o exercício conjunto dos direitos e deveres relacionados aos seus filhos (HOLANDA, 2018).

Portanto, garantir o retorno imediato de menores levados ilegalmente para qualquer Estado-parte ou nele mantidas de forma indevida e fazer respeitar efetivamente os direitos de guarda e de visita existentes num Estado parte, são os dois objetivos primordiais dos tratados internacionais (BORGES, 2018).

3.1 CONVENÇÃO DE HAIA E O STJ

O primeiro caso julgado pelo STJ a respeito do sequestro internacional de menores, o de Sean Richard Goldman, o qual teve ampla divulgação midiática no Brasil. O menor foi sequestrado e mantido indevidamente no Brasil pela sua genitora brasileira, indo de encontro ao direito de guarda que detinha o pai norte-americano. No caso em análise, a utilização da alínea b, do artigo 13, foi 'abusiva', vez que não houve demonstração de justificativa ou alegação de atitude excessiva ou situação que atingisse o bem-estar do menor em seu país de residência habitual. Contudo, a despeito de reconhecida a conduta ilegal da genitora, foi autorizada a permanência do menor com sua mãe sequestradora, evidenciando a vulnerabilidade do preceito que não define, na prática, o que seria "perigo de ordem psíquica", ou até subordinar a aplicabilidade da regra a estudo psicológico do menor (BORGES, 2018).

Para Borges (2018), a imprecisão dos dispositivos deixa margem para interpretação, sendo as exceções aplicadas ou não, pelo livre arbítrio do julgador o que dificulta o procedimento. Situação agravada, também, pela resolução de conflitos via extrajudicial, (tradição de alguns países, como o Japão), pois enseja desobediência às decisões judiciais.

Entende, ainda, que deve haver definição clara do local de 'residência habitual' da criança, vez que a sua falta na Convenção faz com que o cumprimento do melhor interesse da criança dependa do país competente para julgar a lide e, por constituir o objetivo fundamental da Convenção, deveria ser obrigatório (BORGES, 2018).

Já para Holanda (2018), o que dificulta a aplicação da Convenção de Haia na resolução dos casos de restituição de menores é a longa duração do processo, apesar da determinação

expressa do uso célere do procedimento para as ações referentes a sequestro internacional de menores, “no Brasil, uma ação de busca e apreensão de infantes pode durar muitos anos até ser apreciada em última instância, visto que mais da metade dos processos que chegaram ao STJ duraram mais de seis anos” [...]. Ela concluiu que “a extrema lentidão para a sua tramitação coloca a justiça brasileira na contramão da Convenção que ratificou desde o ano 2000”.

4 CASOS JULGADOS PELO STJ NO PERÍODO DE 2015 A 2020

No lapso temporal ora analisado, o STJ julgou 06 (seis) casos de sequestro internacional de crianças⁵. A seguir, será apresentada uma síntese dos referidos julgados, em ordem crescente.

Em 2015, propostas, na Justiça Federal uma ação de busca e apreensão, com base na Convenção de Haia e paralelamente, na Justiça Estadual, uma ação de guarda e regulamentação de visitas. Discutido o conflito de competência, este não foi conhecido.

No pleito em curso na Justiça Federal, o julgador se restringe ao contexto do sequestro e retenção indevida de criança e da possibilidade de recusa da restituição. Ao juiz de família cabe a decisão sobre a guarda e visita. O que a cooperação internacional definida pela Convenção de Haia objetiva é restabelecer o estado anterior da criança, ficando a cargo do juiz do lugar da residência habitual da criança, decidir sobre a guarda e a normatização do direito de visita. Assim, o entendimento foi pela inexistência de conexão entre as duas ações, havendo somente, segundo os julgadores, “prejudicialidade externa, a recomendar a suspensão desta última”, a ação de guarda e regulamentação de visitas (BRASIL.STJ, 2015).

Em 2017, no caso julgado, mesmo comprovada à retenção ilegítima das duas filhas menores no Brasil, pela genitora, sem retornar a Espanha, residência habitual onde mora o pai das crianças, para manter o superior interesse das menores nos termos da Convenção de Haia, o indeferimento do retorno imediato das crianças é possível, conforme entendimento desta

⁵ Para acessar as referidas decisões ver link: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

Corte, com fundamento também no Precedente: REsp 1.214.408/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 5/8/2015 (BRASIL STJ, 2017).

Considerando a idoneidade das provas, as crianças viveram mais no Brasil que na Espanha, possivelmente, com anuência tácita do genitor, vez que não houve reclamação do pai sobre os prolongados períodos de convivência com a mãe no Brasil. Dessa forma, a situação excepcional, leva em conta o art. 13 da Convenção, para a decisão prolatada pelo eg. TRF da 4ª Região. Assim, não há que se deferir o retorno das crianças a Espanha. Recurso especial improvido (BRASIL STJ, 2017).

Também julgada em 2017, ação de busca, apreensão e restituição de crianças, com base na Convenção de Haia, que trata do custo das despesas com a perícia, cujo entendimento, conforme o STJ, fundamentado pelo art. 42, da referida Convenção – a qual tem preferência à norma do Direito Processual Civil, por ser regra especial – é de que o Brasil possui o ônus de assumir as despesas e custas processuais, independente das condições econômicas das partes. No entanto, pode reivindicar o pagamento das despesas com o retorno do menor, nos termos do artigo 26 da Convenção de Haia (BRASIL. STJ, 2017).

Julgado em 2018, consta na inicial da ação cautelar de busca, apreensão e restituição de menor ilegalmente retido, ao seu país de origem, que a mãe, em setembro de 2011, aduz que seu filho de mais de oito meses de idade foi trazido pelo genitor para o Brasil, sem sua anuência, de onde residia, Estados Unidos. Tal requerimento fora deferido e ratificado pela sentença. Entretanto, a sentença foi anulada pelo Tribunal de origem com determinação de retorno do processo ao juízo *a quo* para que retomasse a instrução para produção de prova pericial, por meio de estudos psicossociais, do genitor e do menor, verificando a situação atual (BRASIL.STJ, 2018).

O julgado em 2019, da mesma forma, trata de ação de busca, apreensão e restituição de propositura da União, com acórdão inicial denegatório de restituição. Originou-se com requerimento de restituição de duas menores, nascidas em 2003 e 2005, na Suécia. A mãe trouxe as duas ao Brasil para passarem o final de ano e não mais retornaram, mesmo com compartilhamento de guarda.

A Convenção tem como principal objetivo o retorno do menor ao país de residência habitual. Mas, não aconteceu no caso em análise, pois, somente após 02 (dois) anos dos fatos foi proferida a sentença que teve sua eficácia suspensa pelo Tribunal. Não houve consenso entre as partes, em audiência de conciliação. Passados sete anos do ato ilegal, chegou ao STJ este Recurso Especial, após indeferimento do pleito pela Corte de origem. Com fundamento, dos interesses da criança, especialmente quando integrada ao novo meio, foram discutidos os artigos e os pontos específicos no caso concreto e, em razão do lapso temporal extenso (sete anos), firmaram entendimento de que haveria necessidade de análise mais aprofundada. Ademais, a criança nascida em 2003, já com 16 anos não tem a proteção da Convenção, incidindo esta apenas para a criança nascida em 2005 (BRASI.STJ, 2019).

Por último, o julgamento em 2020, trata-se também de ação de busca, apreensão e restituição de criança, “em que a Autoridade Central brasileira, por meio da União, com base na Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (ONU/1980)”, pleiteia judicialmente o retorno de menor a residência paterna, “no México, de onde foi trazido ao Brasil pela genitora, de forma alegadamente ilícita” (BRASIL.STJ, 2020).

Como consequência de sentença procedente de primeiro grau, o menor, logo em seguida (6/5/2017), retornou para o território mexicano, local que reside com seu pai. Entretanto, em 4/6/2019, a Corte regional deu provimento para a apelação da mãe da criança, estabelecendo o retorno deste último, para o Brasil.

A Convenção de Haia aponta que, mesmo que não ultrapasse o prazo de um ano entre a subtração do menor e a data do início do processo no Estado membro onde o menor esteja mantido, a recusa da restituição será legítima se a criança já estiver integrada no seu novo ambiente. Da mesma maneira, a referida Convenção em seus artigos, 13 e 20, determina exceções ao deferimento da restituição de menores independente do tempo em que já reside no Estado requerido. Foi alegado, também que, a tese do retorno imediato da criança, não pode prevalecer, nas situações em que, mesmo “transcorrido menos de um ano entre a retenção ilícita e o início dos procedimentos de retorno, ainda que a criança esteja adaptada ao novo

ambiente”, a obrigatoriedade da autoridade do país requerido determinar a restituição da criança (BRASIL.STJ, 2020).

Na situação fática concreta, todavia, já decorrido três anos e meio, que o menor tinha voltado ao México, (até outubro/2020), onde atualmente, com dez anos de idade, se presume que continue morando com o seu genitor.

O que atenderia, realmente, ao superior interesse da criança?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A respeito do Direito Internacional, no século XXI, teve a inserção dos princípios internacionais nas Constituições e tratados onde consta o princípio da dignidade humana como parte dogmática de reedificação da sociedade internacional, com evolução do Direito Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A remoção/retenção ilícita de menores, além de ferir o princípio da dignidade humana, podem causar efeitos drásticos ao desenvolvimento da criança, sejam psicológicos, sociais e/ou materiais. Toda criança tem direito à convivência familiar e a um pleno desenvolvimento, havendo grave interferência na sua formação quando um dos genitores, às vezes, até mesmo burlando decisão de guarda, transporta o menor para domicílio em outro país.

Os instrumentos internacionais, assim como o nacional, estudados, buscam a proteção da criança contudo, apresentam lacunas e imprecisões que acarretam decisões diversas, desconexas e desproporcionais, em razão da multiplicidade de interpretação.

Apresentadas considerações sobre sequestro/restituição de menores, bem como, as Convenções e legislação interna, inerentes ao tema, cabe responder ao problema: Como o Superior Tribunal de Justiça julgou os casos de restituição de menores no lapso temporal de 2015 a 2020?

Apesar de existirem normas com objetivos semelhantes, como a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, que é específica, em todos os julgados citados o STJ teve como fundamento, como já dito, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), com a finalidade de

uniformizar as regras e procedimentos ao Direito Internacional Privado, primando pela proteção e interesse do menor, sem violar seus direitos fundamentais.

Das decisões analisadas, todas possuem fundamento na Convenção de Haia e demonstram ter a intenção de proteger e primar pelo superior interesse do menor. Este princípio, inclusive, é citado em todas as ações, várias vezes, em razão disso, buscam a realização de perícia psicossocial e depoimento do menor. Porém, a lentidão do processo viola direitos humanos e motiva a sentença de deliberação de manter a criança no Brasil, que são as situações mais frequentes, com o fundamento de que a criança já se encontra adaptada ao meio.

Isso acaba contrariando o propósito de salvaguardar o princípio do superior interesse da criança, pois por não ser uma ação célere, a situação da criança sequestrada muda com o passar do tempo, da mesma forma que seus interesses.

Consequentemente, as crianças, como demonstrados nos julgados, ora analisados, são mantidas no território nacional por já estarem adaptadas ao meio, em razão da morosidade excessiva do procedimento. Entretanto, à época dos fatos, as circunstâncias eram outras, até porque cada ano na vida de uma criança faz muita diferença.

Observa-se, que a aplicação da Convenção perpassa pela discricionariedade dos julgadores que, lhe interpreta conforme o caso concreto, mas em momento distinto da ocorrência dos fatos e, por conseguinte, da propositura da ação.

Em consonância com esses julgados e, a bibliografia citada, as decisões foram prolatadas após longos anos, chegando até situações em que a Convenção não mais pode ser aplicada, como, por exemplo, na decisão das duas crianças, na qual uma delas já contava com 16 anos.

Nos dispositivos usados para as sentenças cabem inúmeras interpretações, principalmente o artigo 13, o qual trata das exceções para justificar a recusa do envio da criança ao seu domicílio anterior. Tais exceções são antagônicas aos objetivos da Convenção, afrontam direitos fundamentais e violam a dignidade humana, a despeito de possuir exceção da ordem pública, com fundamento nos direitos fundamentais.

Em que pese a Convenção de Haia buscar proteger os interesses do menor, além da conservação da sua dignidade humana, na prática, tendo como base os julgados analisados,

muitos pontos carecem de definição da Convenção para melhor aplicabilidade e impossibilidade da parte que subtraiu o menor fique com sua posse infinita, o que contraria a proteção do melhor interesse da criança.

Para solucionar esses problemas, a cooperação jurídica entre os Estados-parte é de fundamental importância, vez que as relações internacionais referentes ao Sequestro Internacional de Menores devem se guiar pelo mesmo objetivo visando sempre o melhor interesse da criança sem violar direitos fundamentais.

Destarte, deve haver prioridade na resolução dos casos para que se coadunem com os objetivos da Convenção, evitando, assim, desgastes, psicológicos causados, também, pela demora das decisões que não conseguem, no Brasil, atingir o resultado em tempo razoável, violando o desenvolvimento da criança, além do respeito aos seus direitos, inclusive de um procedimento rápido para restituição “imediate” ao país de sua residência habitual.

Portanto, o STJ está julgando os casos de restituição internacional de menor, pela Convenção de Haia, sem se dispersar de seus objetivos na fundamentação das sentenças. No entanto, o retorno imediato, objetivo fundamental da Convenção, não resta efetivo, pois em nenhuma das decisões proferidas pelo STJ, houve retorno imediato, ou melhor, sequer a criança voltou ao seu ambiente anterior. É certo que, a Convenção necessita de adequações, especialmente, de definições claras, inclusive, quanto à “residência habitual”, “melhor interesse da criança”, termos importantes para uma decisão mais eficaz, bem como “risco” e “perigo”, dentre outras, com maior atenção, quanto às exceções. Por sua vez, o Judiciário deve se equipar e manter em seus quadros, os profissionais, como psicólogos e peritos, ou seja, uma equipe multidisciplinar, com intuito de proporcionar celeridade ao procedimento e concretizar os preceitos definidos pela Convenção, enfatizando os princípios do superior interesse e a proteção de guarda de menores.

Assim, este artigo visa contribuir com o debate acerca do sequestro/restituição internacional de crianças, situação que necessita de mais visibilidade e pesquisas que proporcione, decisões judiciais efetivas e consonantes para maior segurança jurídica internacional e efetivo enfrentamento à questão.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádya de. (2018). **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira (De acordo como o Novo CPC)** (7ª ed. rev.atual. e ampl. ed.). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.
- BORGES, Érico. de Oliveira. **As limitações da Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças para solucionar os casos de retenção ilícita de menores**. 2018. (J. E. Orientador: Paes, Ed.) Acesso em 05 de dez de 2020, disponível em Universidade Católica de Brasília. UCB. Dissertação (Programa Stricto Sensu em Direito): <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/tede/2532>
- BRASI.STJ. **Ação de busca, apreensão e restituição de menores proposta pela União**. 2019. Acesso em 11 de dez de 2020, disponível em Jurisprudência do STJ. REsp 1788601/SP: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>
- BRASIL. **Direito Internacional Privado no mundo e no Brasil**. (1980/1989). Acesso em 13 de dezembro de 2020, disponível em DIP - Convenção de Haia sobre aspectos civis do sequestro internacionalde menores e Convenção Interamericana de Restituição de menores e : <https://ava.portalambra.com/course/view.php?id=2503>
- BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de Julho DE 1990**. (1990). Acesso em 03 de dez de 2020, disponível em Estatuto da Criança e do Adolescente - Planalto. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm
- BRASIL STJ. **Manutenção das menores no Brasil**. Maio 2017. Acesso em 11 de dez de 2020, disponível em Jurisprudência do STJ. REsp 1387905/RS: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>
- BRASIL. STJ. **Ação de busca, apreensão e restituição de criança**. (8 dez 2017). Acesso em 11 de dez de 2020, disponível em Jurisprudência do STJ. REsp 1698691/BA: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>
- BRASIL.STJ. **Convenção da Haia: repatriação de menor ilicitamente retido**. Fonte: Jurisprudência do STJ. REsp 1390173/RJ: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp\(25 de fev de 2015\)](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp(25 de fev de 2015)).
- BRASIL.STJ. **Repatriação de menor ilicitamente retido**. Acesso em 11 de dez de 2020, disponível em Jurisprudência do STJ. REsp 1727052/MG: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> (20 de novembro de 2018)
- BRASIL.STJ. **Repatriação de criança para o México**. Acesso em 11 de dezembro de 2020, disponível em Jurisprudência do STJ. REsp 1880584/SP : <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> (18 de novembro de 2020)
- DOLINGER, Jacob., & Carmen, Tiburcio. **Direito internacional privado** (15 ed. ed.). Rio de Janeiro, Brasil: Forense. (2020)
- DUARTE, Marcos. **Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda** (1ª ed. ed.). Fortaleza: Leis & Letras, 2010.

FÁVERO, Eunice. Teresinha, PINI, Francisca. Rodrigues Oliveira & SILVA, Maria Liduina de Oliveira. **ECA e a proteção integral de crianças e adolescentes** (1ª ed.). São Paulo: Cortez, 2020.

FERNÁNDEZ, Antônia Monge. **El delito de sustracción de menores: Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales**. J.M Bosch, 2017.

FERREIRA, Filho & GONÇALVES, Manoel. **Direitos humanos fundamentais** (15 ed. ed.). São Paulo: Saraiva, 2016).

HOLANDA, Gabriela Ferreira Pinto de. **A proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes nos casos de sequestro internacional : uma análise acerca dos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro entre os anos de 2007 e 2017**. Disponível <<http://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/8602>>. Acesso em 06 de dez de 2020.

LORENZON, Luíza Boff. **Os aspectos civis do sequestro internacional de menores na ótica da cooperação jurídica internacional**. Disponível em: <<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/1844/1/PF2020LuizaBoffLorenzon.pdf> >. Acesso em: 27 de novembro de 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional privado** (4 ed. ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Gabriel de. Souza. **ECA: estatuto da criança e do adolescente**. *eBook Kindle*. (17 de dez de 2018)

SCHAFRANSKI, Sílvia Maria Derbli. **Direitos humanos & seu processo de universalização: análise da convenção americana**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

Recebido em: 09 de abril de 2021;
Controle de plágio: 12 de abril de 2021;
Decisão editorial preliminar: 01 de julho de 2021;
Retorno rodada de correções: 21 de agosto de 2021;
Decisão editorial final: 16 de setembro de 2021.

Editor: ABRANTES, V. V.
Correspondente: RIBEIRO, M. E. A.