

RECURSO ESPECIAL N. 1.315.342-RJ (2012/0057779-5)

**Relator:** Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

**Recorrente:** J M C de A

**Advogados:** Marcus Vinicius Souza Mamede, Mateus Peixoto Terra e outro(s), Christiano Mourão Desousart

**Recorrido:** T R B

**Advogado:** Lucas Leite Marques e outro(s)

**Recorrido:** União

EMENTA

Direito Internacional. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Art. 3º do Decreto n. 3.413/2000. Residência habitual que, neste caso, deve ser entendida como a Noruega. Recorrente que se submeteu à jurisdição estrangeira para definição da guarda das crianças e, após decisão desfavorável, retornou com os filhos ao Brasil, sem o consentimento de quem detinha a guarda legal dos menores. Indispensabilidade do cumprimento da convenção, com o retorno dos menores ao país estrangeiro. Ausência de qualquer situação descrita no art. 13 do Decreto n. 3.413/2000. Recurso especial desprovido.

1. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 3.413/2000, prevê a promoção de medidas judiciais tendentes à restituição ao País de sua residência habitual os menores ilicitamente transferidos para o território de outro País; isso porque, considera-se essa situação - subtração indevida, ainda que por pai ou mãe - de criança, do seu País de residência habitual, privando-a da convivência do outro genitor, prejudicial ao seu desenvolvimento psíquico e ao seu equilíbrio físico e emocional, ferindo o seu direito subjetivo de manter contato e conviver com ambos os pais, pois os dois são igualmente importantes na formação de seu caráter e personalidade.

2. A devida aplicação dessa Convenção passou a fazer parte das obrigações do Brasil no plano internacional, na qualidade de signatário de vários tratados nesta área, entre as quais a Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças, de 20.11.1989.

3. A controvérsia a ser dirimida por esta Corte não esbarra na Súmula n. 7-STJ; os fatos estão bem delineados pelo acórdão regional e demais decisões encartadas nos autos, e podem ser assim resumidos:

*(a) as partes se casaram em 3.8.1999 e se separaram em julho/2003; as crianças nasceram na Noruega em 15.1.2000 e 13.4.2002 e residiram naquele País, até julho/2004, quando vieram para passar um período de férias no Brasil, com a mãe;*

(b) na ocasião, a guarda dos meninos tinha sido definida pela Justiça Norueguesa: a do filho mais velho era compartilhada pelo casal, e ele morava uma semana por vez com cada um dos pais; a do mais novo, foi entregue à mãe, com várias disposições relativas às visitas, entre elas que a mãe teria o direito de levar as crianças para o Brasil cerca de um mês por ano, contanto que ela informasse o pai sobre a data de partida e chegada pelo menos um mês antes da viagem; havia previsão de revisão do acordo de guarda em agosto/2004, mas ele prevaleceria até que fosse substituído por outro ou por decisão com força de lei;

(c) de comum acordo, os pais decidiram fazer uma experiência de vida no Brasil, vindo ambos a residirem no Rio de Janeiro, por aproximadamente 5 meses;

(d) segundo o que foi apurado, no processo de guarda instaurado na Noruega, e, também, pela Justiça Brasileira, havia um acordo verbal de que, se não houvesse a adaptação do genitor ao Brasil, este poderia voltar à Noruega com as crianças;

(e) em dezembro de 2004, o pai saiu com os filhos sob o pretexto de um passeio a Búzios-RJ, mas retornou a Noruega, sem o conhecimento ou o consentimento da mãe;

(f) a mãe voltou à Noruega em maio de 2005, submetendo-se à Justiça daquele País, onde processou-se a demanda referente à guarda das crianças, que foi concluída em junho 2006, favoravelmente à manutenção dos meninos naquele País, agora sob a guarda exclusiva do pai, ocasião em que foram estabelecidas as condições para visitação; em outubro de 2006, todavia, a ré, em uma dessas visitas à Noruega, retornou ao Brasil com as crianças ao arripio de autorização paterna, o que resultou no presente pedido de cooperação internacional.

4. Como constou do voto condutor do acórdão recorrido, mesmo considerando a atitude paterna, de voltar com as crianças para a Noruega sem avisar à mãe, o fato é que, naquela ocasião, ainda seria a Justiça Norueguesa a competente para decidir sobre eventual alteração da situação da guarda dos menores, porque o breve período em que passaram no Brasil, dentro das circunstâncias, não teria o condão, por si só, de alterar a situação quanto à residência habitual dos infantes.

5. A própria recorrente admitiu, perante a Justiça Norueguesa, que durante o período em que todos estavam no Brasil, isto é, no outono de 2004, ela mesma voltou à Noruega para trabalhar, permanecendo, ao todo, naquele País, por 6 semanas.

6. Esse fato já indica que tanto a mãe como o pai estavam ainda ligados àquele País, por vínculos familiares ou de trabalho, e não haviam estabelecido residência com ânimo definitivo no Brasil. A sentença proferida pelo Juízo Norueguês alude ainda à circunstância de que a recorrente continuou a receber benefícios sociais da Noruega durante o período em que esteve no Brasil.

7. Mesmo visualizando a contenda a partir do ano de 2004, e levando em conta os fatos anteriores ao retorno da mãe com os meninos para o Brasil em 2006, como fizeram os doutos julgadores vencidos do TRF da 2ª Região, não há como subsumir a conduta do pai, de voltar com as crianças à Noruega em dezembro de 2004, à Convenção de Haia.

8. Tanto assim, que tal fato não foi alegado pela recorrente em nenhum momento processual, seja no Brasil ou na Noruega. Embora ela tenha mencionado que o pai retornou à Noruega, com os filhos, sem o seu consentimento, não discordou quanto à existência do acordo verbal.

9. A residência habitual, para fins da Convenção de Haia é aquela em que a criança tinha as suas raízes, estava vivendo em caráter de permanência. E, segundo a referida Convenção, é a Lei desse Estado soberano que deve decidir as questões relativas à guarda dos menores. Pelo que dispõe o art. 3º do Decreto n. 3.413/2000, neste caso, mostra-se ilícita a transferência dos menores para o Brasil em 2006, ante a existência de um direito de guarda efetivamente exercido pelo genitor, que tinha a seu favor uma decisão judicial à qual a recorrente, por livre vontade, resolveu se submeter.

10. Ausente qualquer circunstância prevista no art. 13 do Decreto n. 3.413/2000 a desaconselhar o retorno dos menores ao seu País de residência habitual (Noruega).

11. A Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, ao estabelecer como uma de suas finalidades possibilitar o exercício das relações parentais dentro da legalidade e a preservação dos vínculos familiares e rechaçar qualquer atitude unilateral que possa macular o pleno exercício dessas relações, nada mais fez do que proteger os superiores interesses das crianças, preservando-lhes a dignidade que a condição humana lhes garante.

12. Recurso Especial desprovido; medida cautelar julgada prejudicada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial e julgar prejudicada a MC n. 18.538-RJ, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Sustentaram oralmente: Dr. Mateus Peixoto Terra, pela parte Recorrente; J M C de A, Dr. Lucas Leite Marques, pela parte Recorrida; T R B e a Dra. Virgínia Charpinel Junger Cestari, pela parte Recorrida; União.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Napoleão Nunes Maia Filho, Ministro Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Depreende-se dos autos que a União propôs Ação Ordinária de Busca, Apreensão e Restituição de menores, com pedido de antecipação de tutela, em face de J. M. de C. A., com fundamento na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Decreto n. 3.413/2000 c.c. o Decreto n. 3.951/2001).

2. Relatou a inicial que a Autoridade Central Brasileira recebeu de sua congênera norueguesa pedido de cooperação jurídica internacional em matéria civil a fim de restituir àquele País os menores M. C. de A. B. e B. C. de A. B, que teriam sido ilegalmente subtraídos da Noruega.

3. Informou que T. R. B., ora recorrido, de nacionalidade norueguesa e J. M. de C. A., brasileira, contraíram matrimônio do qual advieram dois filhos, o mais velho nascido em 15.1.2000 e o mais novo em 13.4.2002, ambos na Noruega, onde a família possuía residência habitual.

4. Em outubro de 2006, segundo a inicial, a genitora teria trazido as crianças ao Brasil ilicitamente, sem a anuência do pai, que, desde 27 de junho daquele ano, após regular processo, era detentor exclusivo da guarda e responsabilidade parental das crianças, segundo decisão proferida pelo Tribunal Distrital de Slien e Porsgrunn, posteriormente confirmada pela Corte de Apelação de Agder, na Noruega.

5. O Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União acolheram a argumentação da Autoridade Central norueguesa de inexistência do anterior crime de subtração ilícita por parte do genitor, e afirmaram estar configurada a aplicabilidade do compromisso internacional expresso pela Convenção retromencionada, em razão do direito de guarda já atribuído ao Pai, e entenderam que este foi nitidamente violado pela genitora (já que a decisão do Tribunal de Slien e Porsgrunn, de 27.6.2006, é anterior ao traslado das crianças ao Brasil).

6. Em resposta a presente ação, alegou a demandada que de agosto de 2004 até dezembro de 2004, ela e o pai das crianças estavam morando no Brasil, com intenção de aqui fixar residência e ambos, mesmo separados, chegaram a viver por alguns meses no mesmo apartamento; afirmou que ele é que teria levado ilegalmente os filhos para a Noruega, em dezembro de 2004, dizendo que ia passar uns dias em Búzios com as crianças. Asseverou que foi ela, a ré, quem primeiro postulou na Justiça Brasileira, em 17.12.2004, através do Juizado da Infância e da Juventude, que os seus filhos fossem impedidos de sair do Brasil, sem sucesso, e como detinha o direito de guarda, o ato do marido de retirá-los do Brasil configurou o sequestro, requerendo a aplicação ao caso do disposto nos arts. 12 e 13 da Convenção de Haia.

7. No Brasil, requereu a guarda dos menores perante a Justiça Estadual, que foi favorável.

8. Inicialmente, o MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem resolução do mérito, ao entendimento de que o instrumento correto para postular o cumprimento de sentença proferida na Noruega é a carta rogatória (fls. 489).

9. O TRF da 2ª Região deu parcial provimento ao recurso de Apelação da União, para anular a sentença, com a determinação de julgamento do mérito da ação de busca e apreensão. Na oportunidade, consignou o douto Colegiado, com lastro em julgado deste STJ (REsp n. 954.877-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 18.9.2008), que, *em sede de cooperação judiciária direta, não se busca o cumprimento de ordem judicial estrangeira, pretendendo-se, no caso vertente, a obtenção de decisão brasileira de restituição de menores à Noruega, constituindo, destarte, a sentença estrangeira juntada com a inicial elemento de prova, não título judicial cuja execução se persegue* (fls. 543).

10. O MM. Juiz da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, então, deferiu o pedido de busca e apreensão dos menores (fls. 565-574), todavia, a diligência restou infrutífera, conforme certidão de fls. 594-595.

11. Contra essa decisão do MM. Juiz Federal, a ré impetrou mandado de segurança, que teve a liminar deferida, para *assegurar a impetrante o direito de manter sob sua guarda os seus filhos, menores impúberes, enquanto perdurarem os efeitos da sentença prolatada pelo MM. Juízo da 9ª Vara de Família da Comarca da Capital deste Estado, nos autos da Ação de Guarda (Proc. n. 2006.001.157087-9) e Ação de Regulamentação de Visitas (Proc. n. 2007.001.030075-5)* (fls. 622-627); posteriormente, foi denegada a ordem no *mandamus* e cassada a liminar (fls. 752-769).

12. Novo mandado de busca e apreensão foi deferido, restando novamente infrutífera a diligência (fls. 772-788).

13. O pedido da ação de busca e apreensão intentada pela União foi julgado procedente por sentença datada de 19.10.2009 (fls. 875-898).

14. O TRF da 2ª Região, apreciando a apelação da ora recorrente, por maioria de votos, deu-lhe provimento, contra o voto do ilustre Relator, em aresto assim ementado:

Civil. Busca e apreensão de menores sob alegação de que subtraídos ilegalmente da Noruega e retidos ilicitamente em território brasileiro. Convenção de Haia, que trata sobre aspectos civis do seqüestro internacional. Preservação do interesses dos menores. Necessidade de permanência dos menores em território brasileiro.

A União ajuíza ação ordinária de busca, apreensão e restituição em face dos menores (...), forte na Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, promulgada pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000, e Decreto n. 3.951, de 4 de outubro de 2001.

A aplicação da Convenção, ora invocada, deve ser feita com temperamentos, com o escopo de preservação do interesses dos menores (STF, *mutatis*. Sentença Estrangeira Contestada n. 6.729, DJ 15.4.2002; STJ, *mutatis*. REsp n. 954.877, DJ 18.9.2008; STJ, *mutatis* REsp n. 900.262, DJ 8.11.2007) mormente a teor dos artigos 12 e 13 daquele ato internacional que deve, passe-se o truísimo harmonizar-se com o artigo 227, da Constituição Federal, o que faz a meu-sentir, desaguar no acolhimento da apelação, com a improcedência do pleito autoral.

Recurso provido (fls. 1.077).

15. Opostos Embargos Infringentes, a 3ª Seção Especializada do TRF da 2ª Região, ainda por maioria de votos, deu-lhes provimento, para fazer prevalecer o voto vencido. O acórdão foi assim sintetizado:

Embargos infringentes. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Menores que habitavam na Noruega com os pais. Quatro meses de deslocamento para o Brasil. Residência habitual inalterada. Transferência ilícita por parte da mãe, ao Brasil, após decisão judicial norueguesa sobre guarda e visitação. Juízo natural. Aplicação da Convenção.

O cerne da divergência dos embargos infringentes consiste na fixação de onde seja a residência habitual dos menores a fim de que seja analisada a aplicabilidade ou não da Convenção de Haia.

Impende registrar a parte introdutória da Convenção *sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*, assinada em Haia, datada de 25 de outubro de 1980 e internalizada no Direito brasileiro através do Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000, ao consignar 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.

Assim, a Convenção será aplicada quando a criança, antes de atingir a idade de 16 (dezesseis) anos, com residência habitual em um Estado de origem, tiver sido deslocada, de forma ilícita, para outro Estado signatário, tendo a sua aplicabilidade refletida no compromisso assumido entre os Estados contratantes, ou seja, o Estado de residência habitual da criança e o Estado no qual se acha retida ilicitamente a criança, os quais se obrigaram a assegurar a devolução da mesma, de forma rápida e eficaz.

Residência habitual, adotada pela Convenção, como regra, para a restituição do menor, refere-se ao local que residia imediatamente anterior à transferência ou retenção ilícita, a teor do que dispõe o seu artigo 3º.

Verifica-se que as duas crianças nasceram na Noruega, em 15 de janeiro de 2000 e 13 de abril de 2002 e viveram grande parte de suas vidas lá, vieram ao Brasil e aqui ficaram quatro meses (de agosto a dezembro de 2004), elementos esses insuficientes para a configuração de alteração da natureza de residência habitual, que era na Noruega.

Depreende-se, ao revés do que faz crer a embargada, que houve, na realidade, durante viagem realizada em agosto de 2004, uma tentativa de experiência de vida no Brasil onde, através de acordo dos pais, os menores passariam um tempo de adaptação, podendo o genitor, a qualquer tempo, retornar à Noruega com os mesmos, valendo ressaltar o que o Juiz de Direito do Foro Judicial de Skien e Porsgrunn afirmou na sentença prolatada, em junho de 2006, ao decidir que o juízo percebe que se aproxima mais da realidade, quando a mãe agora reconhece que o acordo entre eles antes da viagem ao Brasil em agosto de 2004 era o de que o pai provaria se ele se sentia bem lá e que ele poderia voltar com as crianças se ele quisesse depois deste período de experiência. O esclarecimento da mãe aqui ocorre de um comentário de que ambas as partes, num caso assim, se mudariam de novo para a Noruega com as crianças, quando fixadas a guarda e a responsabilidade parental exclusiva ao pai, as visitas e determinada a vedação de saída das crianças da Noruega.

O que restou comprovado nos autos foi uma experiência, temporária, no Brasil, de quatro meses, em 2004, a qual não deu certo, tendo o pai, de acordo com o que havia sido combinado, retornado com os menores para o País de origem.

Acresça-se, ainda, que, se a genitora entendesse que teria havido a retenção ilícita dos menores em 2004, deveria ter alegado tal fato à Justiça da Noruega e assim não o fez. A mãe voltou para lá, submeteu-se à Justiça Norueguesa, constituindo advogado, interpondo recursos e sempre recebeu auxílio do governo.

Em outubro de 2006, é que restou configurado, por parte da ora Embargada comportamento que subsumiu à Convenção de Haia, quando já submetida à Justiça Norueguesa, com decisão desfavorável, inclusive, de Tribunal de Justiça local, que decidiu acerca da questão da guarda dos menores, de forma exclusiva, para o pai, restando configurada a ilicitude do deslocamento dos mesmos, sem autorização do genitor, de sua residência habitual, a teor do que dispõe o artigo 3º, a da referida Convenção.

A Justiça norueguesa, que possui soberania, é que constitui o Juiz Natural para ações dessa natureza, conforme já assentou o Egrégio STJ em diversas oportunidades. Assim, o foro competente para o julgamento de questões como a guarda, pedido de visitas é o local de residência habitual dos menores que, no caso, é na Noruega, não cabendo à Justiça brasileira apreciar questão que compete à jurisdição de outro Estado contratante, a teor do que dispõe o artigo 16 da Convenção.

Competente a Justiça Federal, na espécie, para a apreciação da ação de busca e apreensão dos menores, a qual foi ajuizada pela *União Federal*.

A propósito, precedente do Pretório Excelso acerca da *questio*: A Min. Ellen Gracie, em seu voto, teceu considerações a respeito da Convenção da Haia e sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. Salientou estar-se diante de documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o Brasil, formalmente, teria aderido e ratificado. Disse que esses documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos, pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários (*pacta sunt servanda*) e que a observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre coincidem.

Observou, também, que os tratados e outros acordos internacionais prevêm, em seu próprio texto, a possibilidade de denúncia, isto é, a retirada de uma das partes contratantes se e quando não mais lhe convenha permanecer integrada no sistema de reciprocidade ali estabelecido. Em seguida, asseverou que, atualmente, a Convenção é compromisso internacional do Estado brasileiro em plena vigência e sua observância se impõe. Ressaltou, entretanto, que, apesar dos esforços havidos em esclarecer o conteúdo e o alcance deste texto, ainda não se faria claro, para a maioria dos aplicadores do Direito, o quê seria o cerne da Convenção.

Aduziu que o compromisso assumido pelos Estados-membros nesse tratado multilateral foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais, como judicial e que a Convenção estabelece uma regra processual de fixação da competência internacional que em nada colide com as normas brasileiras a respeito, previstas na Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, o juiz do país de residência habitual da criança foi o escolhido pelos Estados-membros como o juiz natural para decidir as questões relativas a sua guarda. Acrescentou que a Convenção também recomenda que a tramitação judicial de tais pedidos se dê com extrema rapidez e em caráter de urgência a fim de causar o menor prejuízo possível ao bem-estar da criança.

(...).

Concluiu que, para o Estado brasileiro, nos termos do compromisso internacional representado pela Convenção, a única decisão válida, porque proferida por juízo competente, será a da jurisdição original do menor, isto é, onde ambos

os pais residiam anteriormente ao afastamento com ânimo definitivo e sem autorização paterna. ADPF n. 172 Referendo em MC-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 10.6.2009 (ADPF n. 172) (*Informativo* n. 550-STF).

Destarte, e a fim de assegurar a soberania dos países envolvidos, impõe-se a aplicação da Convenção, verdadeiro instrumento globalizado do Direito, cujo resultado esperado, no caso, é a restituição dos menores à Autoridade Central da Noruega, país onde tem sua residência habitual.

A autoridade consular norueguesa, em documento de fl. 1.262, deixa consignado que, no caso de retorno dos menores ao País de residência habitual, adotará todas as providências necessárias para acolher, acompanhar e repatriar os menores.

Por outro lado, na sessão de julgamento dos presentes embargos infringentes, restou ressalvada a observância do que foi declarado, às fls. 945-946, pelas autoridades norueguesas, quanto à mãe dos menores, de que se ela pretender acompanhar os seus filhos até a Noruega (...) não será detida durante a viagem ou a chegada à Noruega, o que foi corroborado pelo próprio embargante, às fls. 935 e 1.257.

Embargos infringentes providos para prevalecer o voto vencido de fls. 998-999 (fls. 1.406-1.410).

16. Opostos Embargos Declaratórios, foram rejeitados (fls. 1.475-1.529).

17. A ré interpôs o presente Recurso Especial, com fulcro nas alíneas a e c do art. 105, III da CF, no qual alegou ofensa aos arts. 535, I e II do CPC, 3º, 8º, 13, 16 e 17 da Convenção de Haia, bem como dissídio jurisprudencial. Sustentou, em síntese, além da existência de omissão na consideração de fatos essenciais ao deslinde da controvérsia, o seguinte:

- malferimento ao art. 3º da Convenção de Haia, tendo em vista que com a transferência da residência habitual dos menores da Noruega para o Brasil, no ano de 2004, qualquer alteração dessa circunstância fática deveria ser feita por meio de acordo entre os genitores ou por manifestação do Poder Judiciário, ambos incorrentes na hipótese;

- ofensa aos arts. 8º e 16 da Convenção da Haia, pois, ao contrário do afirmado no acórdão dos Embargos Infringentes, a ora requerente em momento algum resignou-se com a decisão da Justiça Norueguesa concessiva da guarda exclusiva dos seus filhos ao pai, residente naquele País, tendo tomado todas as providências indispensáveis para reverter essa decisão, por meio de medidas perante as autoridades judiciais e administrativas brasileiras;

- violação ao art. 13 da Convenção de Haia, porquanto os menores sofreriam riscos de danos físicos e psicológicos caso retornassem à Noruega, dado a instabilidade emocional e as tendências depressivas do genitor;

- negativa de vigência ao art. 17 da Convenção de Haia, porque, mesmo que não seja o caso de discutir eventuais decisões de guarda, o bem estar dos menores pode ser avaliado pelo conteúdo das decisões exaradas anteriormente, bem como pelos estudos psicológicos e sociais, que são amplamente favoráveis à permanência dos menores com a requerente.

18. Nos autos da MC n. 18.538-RJ, deferi o efeito suspensivo requerido pela mãe dos menores, para manter as crianças no Brasil até o julgamento do presente Recurso Especial. Na ocasião, também determinei que fosse restabelecido o contato imediato dos filhos com o pai, o que foi feito, com a intermediação da Assistência Social do Juízo.

19. O MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Hugo Gueiros Bernardes Filho*, manifestou-se pela manutenção do acórdão recorrido (fls. 1.815-1.826), em razão do óbice da Súmula n. 7-STJ.

20. É o que havia de relevante para relatar.

#### VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A questão discutida nos presentes autos é daquelas tão importantes, que exigem do Julgador, mais do que conhecimento técnico da Lei ou da jurisprudência, uma sensibilidade especial; qualquer decisão a ser tomada, certamente, sob uma ou outra ótica, não será totalmente satisfatória ou justa.

2. Discute-se, aqui, direito fundamental dos mais importantes e caros a qualquer um que conhece a felicidade e as angústias da maternidade/paternidade: o direito de convivência com os filhos e do exercício pleno do pátrio poder, sabidamente indispensável para a garantia do equilíbrio físico, emocional, psíquico e social do indivíduo.

3. Em casos tão delicados e cercados de sentimentos apaixonados e conflituosos de ambas as partes, não se pode perder de vista o aspecto crucial que a lei, a Constituição e a própria Convenção de Haia objetiva preservar, quando se fala dos direitos de crianças, qual seja, *o seu bem estar e integridade física, psicológica e emocional*.

4. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 3.413/200, prevê a promoção de medidas judiciais tendentes à restituição ao País de sua residência habitual, os menores ilicitamente transferidos para o território de outro País; isso porque, considera-se essa situação - subtração indevida, ainda que por pai ou mãe - de criança, do seu País

de residência habitual, privando-a da convivência do outro genitor *extremamente prejudicial ao seu desenvolvimento psíquico e ao seu equilíbrio físico e emocional*, pois ela tem direito subjetivo de manter contato e conviver com ambos os pais, pois os dois são importantes na formação de seu caráter e personalidade.

5. Ademais, a criança *sequestrada*, ainda que por um dos pais, passa a viver em situação de insegurança absoluta, presencia conflitos incompreensíveis para sua idade, não raro é obrigada a mudar várias vezes de residência ou escola, prejudicando o estabelecimento de elos estáveis com familiares e amigos, além de ser subtraído um direito seu, que é manter os laços com ambos os seus pais.

6. A devida aplicação dessa Convenção passou a fazer parte das obrigações do Brasil no plano internacional, na qualidade de signatário de vários tratados nesta área, entre as quais a Convenção da ONU sobre os direitos das crianças.

7. Já restou assentado nesta Corte tanto o interesse da União na promoção das medidas tendentes ao retorno de crianças ilegalmente retiradas de seu País de origem e residência habitual que ingressaram ilicitamente no Brasil, como a orientação de que em sede de cooperação judiciária direta, não se busca o cumprimento de uma ordem judicial estrangeira simplesmente; a sentença estrangeira constitui um elemento inicial de prova, competindo ao Poder Judiciário Brasileiro verificar, no melhor interesse dos infantes, a viabilidade desse pedido de retorno (REsp n. 954.877-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 17.9.2008).

8. Anoto, primeiramente, que a controvérsia a ser dirimida por esta Corte, ao meu sentir, não esbarra na Súmula n. 7-STJ, como concluiu o douto representante do *Parquet* Federal. Os fatos estão bem delineados pelo acórdão regional e demais decisões encartadas nos autos, e podem ser assim resumidos:

(a) as partes se casaram em 3.8.1999 e se separaram em julho/2003; as crianças nasceram na Noruega em 15.1.2000 e 13.4.2002 e residiram naquele País, até julho/2004, quando vieram para passar um período de férias no Brasil, com a mãe;

(b) na ocasião, a guarda dos meninos tinha sido definida pela Justiça Norueguesa: a do filho maior era compartilhada pelo casal, e ele morava uma semana por vez com cada um dos pais; a do menor, foi entregue à mãe, com várias disposições relativas às visitas, entre elas que a mãe teria o direito de levar as crianças para o Brasil cerca de um mês por ano, contanto que ela informasse o pai sobre a data de partida e chegada pelo menos um mês antes da viagem; havia previsão de revisão do acordo de guarda em agosto/2004, mas ele prevaleceria até que fosse substituído por outro ou por decisão com força de lei;

(c) de comum acordo, os pais decidiram fazer uma experiência de vida no Brasil, vindo ambos a residirem no Rio de Janeiro, por aproximadamente 5 meses;

(d) segundo o que foi apurado, no processo de guarda instaurado na Noruega, e, também, pela Justiça Brasileira, havia um acordo verbal de que, se não houvesse a adaptação do genitor ao Brasil, este poderia voltar à Noruega com as crianças;

(e) em dezembro de 2004, o pai saiu com os filhos sob o pretexto de um passeio a Búzios-RJ, mas retornou a Noruega, *sem o conhecimento ou o consentimento da mãe*;

(f) a mãe voltou à Noruega em maio de 2005, submetendo-se à Justiça daquele País, onde processou-se a demanda referente à guarda das crianças, que foi concluída em junho 2006, favoravelmente à manutenção dos meninos naquele país, sob a guarda exclusiva do pai, ocasião em que foram estabelecidas as condições para visitação; em outubro de 2006, todavia, a ré, em uma dessas visitas, retornou ao Brasil com as crianças, o que resultou no presente pedido de cooperação internacional.

9. Trata-se, portanto, de dar (aos fatos) a qualificação jurídica própria, de maneira a equacionar o conflito posto; anote-se que somente após a definição sobre o pedido de retorno feito com base da Convenção de Haia e a definição de qual seria a residência habitual das crianças é que se poderá estabelecer o juízo competente para analisar as questões referentes à guarda e ao direito de visita; por isso mesmo, as decisões sobre a guarda dos meninos, tanto a proferida pela Justiça Norueguesa quanto aquela do Juízo Estadual do Rio de Janeiro não possuem, ainda, qualquer eficácia (art. 17 do Decreto n. 3.413/2000).

10. Depreende-se dos fatos acima narrados que a questão nuclear passa pela definição a respeito da residência habitual dos menores para o fim de aplicação do art. 3º da Convenção de Haia.

11. E, nesse ponto, após muito meditar e refletir sobre a situação fática apresentada, entendo que não há como afastar a conclusão perfilhada pelo acórdão recorrido, por sua doutra maioria, de que o breve período que os genitores passaram no Brasil não implicou na alteração do domicílio das crianças, até porque havia um acordo verbal de que a permanência delas e do pai estava condicionada à adaptação em terras nacionais.

12. Como constou do voto condutor do acórdão recorrido, mesmo considerando a atitude paterna, de voltar com as crianças para a Noruega sem avisar, o fato é que, naquela ocasião, *ainda seria a Justiça Norueguesa a competente para decidir sobre eventual alteração da situação da guarda dos menores, porque o breve período em que passaram no País, dentro das circunstâncias, não teria o condão, por si só, de alterar a situação quanto à consideração de qual seria a residência habitual dos infantes.*

13. Veja-se que a própria recorrente admitiu, perante a Justiça Norueguesa, que durante o período em que todos estavam no Brasil, isto é, no outono de 2004, *ela mesma voltou à Noruega para trabalhar, permanecendo, ao todo, naquele País, por 6 semanas* (fls. 35).

14. Só esse fato já indica que tanto a mãe como o pai estavam ainda ligados àquele País, por vínculos familiares ou de trabalho, e não haviam estabelecido residência definitiva no Brasil. A sentença proferida pelo Juízo Norueguês alude ainda à circunstância de que a recorrente continuou a receber benefícios sociais da Noruega durante o período em que aqui esteve (fls. 41).

15. Assim, mesmo visualizando a contenda a partir do ano de 2004, e levando em conta os fatos anteriores ao retorno das mãe com os meninos para o Brasil em 2006, como fizeram os doutos julgadores vencidos do TRF da 2ª Região, não há como subsumir a conduta do pai, de voltar com as crianças à Noruega em dezembro de 2004 à Convenção de Haia.

16. Tanto assim, que tal fato não foi alegado pela recorrente em nenhum momento processual, seja no Brasil ou na Noruega. Embora ela tenha mencionado que o pai retornou à Noruega sem o seu consentimento, não discordou quanto à existência do acordo verbal de que assim ele poderia proceder.

17. A residência habitual, para fins da Convenção de Haia é aquela em que a criança tinha sua raiz, estava vivendo em caráter de permanência. E, segundo a referida Convenção, é a Lei desse Estado soberano que deve decidir sobre as questões relativas à guarda dos menores. Pelo que dispõe o art. 3º do Decreto n. 3.413/2000, mostra-se ilícita a transferência dos menores para o Brasil em 2006, ante a existência de um direito de guarda efetivamente exercido pelo genitor, que tinha a seu favor uma decisão judicial à qual a recorrente, por livre vontade, resolveu se submeter.

18. É certo que a interpretação e a aplicação da Convenção de Haia, como toda norma jurídica, deve ser feita com temperamento e sensibilidade. Os seus artigos 12 e 13 bem demonstram, bem como o seu preâmbulo, que o fundamental a ser considerado, em casos como este, é a *salvaguarda do bem estar do menor*, de modo a harmonizá-la, igualmente, com o disposto no art. 227 da CF.

19. O art. 13 do Decreto n. 3.413/2000 prevê algumas hipóteses para o não retorno das crianças em casos de sequestro internacional, assim dispondo:

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

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

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

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

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

20. Não estão presentes, assim, quaisquer das hipóteses citadas no art. 13 do Decreto n. 3.413/2000, mesmo algum indicativo ou indício de que os menores

estariam sujeitos a perigos de ordem física ou psíquica em caso de retorno à Noruega.

21. Os estudos psicológico e social feitos perante o Juízo da 9ª Vara da Família da Capital do Estado do Rio de Janeiro demonstraram a adaptabilidade das crianças a sua vida no Brasil - o que não configura qualquer surpresa e é mesmo óbvio em virtude do tempo em que aqui estão - fato, todavia, que não pode implicar em prejuízo para a parte adversa; caso contrário, o período de tramitação do processo de busca e apreensão baseado na Convenção Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças configuraria sempre um fator a favor da parte que a infringiu, tornando-a vazia de sentido.

22. Tenho refletido e enxergado que a norma escrita, na maioria das vezes e principalmente em situações peculiares e sensíveis como esta que se descortina para a apreciação dessa Turma, não são suficientes para a solução do conflito. O intérprete da lei escrita deve abrir espaço para as preocupações com os efeitos da interpretação e da aplicação da lei, de modo a assegurar o cumprimento da finalidade da norma, que, no caso, é, como antes dito, promover o bem estar dos menores, permitindo-lhes usufruir da segurança nas suas relações familiares, bem como desestimular que cônjuges utilizem desse subterfúgio danoso, ainda que tenham as melhores das intenções.

23. Observo, todavia, que essa conclusão não invalida a necessidade imperiosa da manutenção do convívio dos filhos menores com ambos os genitores. É o próprio Decreto n. 3.413/2000 que define como um dos seus principais objetivos assegurar o *convívio das crianças com ambos os pais*, ao eleger, como um dos seus objetivos a *proteção ao direito de visita*, como se verifica de seu preâmbulo e dos arts. 1º, 2º e 21, do seguinte teor:

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;

#### Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

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

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

#### Artigo 2

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

#### 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 retomo 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.

24. Com efeito, é por demais alardeado pelos estudos de Psicologia e Assistência Social, cujos profissionais mais gabaritados tem insistentemente alertado para os malefícios do que se convencionou chamar *alienação parental*, a importância para o desenvolvimento psicossocial, emocional e psicológico das crianças o partilhar da convivência com ambos os pais. Essa constatação é uma realidade sentida por todos os cidadãos, tenham eles filhos ou não, sentimento este encampado pelo Estado Democrático de Direito quando elegeu a proteção da família e das crianças como um dos seus maiores objetivos (art. 227 da CF).

25. A Convenção de Haia, ao estabelecer como uma de suas finalidades possibilitar o exercício das relações parentais dentro da legalidade e a preservação dos vínculos familiares e rechaçar qualquer atitude unilateral que possa macular o pleno exercício dessas relações, nada mais fez do que proteger os melhores interesses das crianças, preservando-lhe a dignidade que a condição humana lhes garante.

26. Essa observação tem o cunho apenas filosófico, para servir de reflexão na tomada das decisões a serem proferidas pelo Juízo competente quando da análise ou reanálise do pedido de guarda e de visitação; acrescido que a Autoridade Central Norueguesa já se comprometeu, inúmeras vezes, a ajudar de todas as formas possíveis no retorno dos menores, bem como a cancelar qualquer restrição junto à Interpol caso a recorrente deseje retornar com seus filhos à Noruega, retirando as medidas de restrição de liberdade que tenham sido impostas anteriormente.

27. Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao Recurso Especial, para manter o acórdão do TRF da 2ª Região e julgo prejudicado o pedido cautelar, determinando o seu arquivamento.

28. É o voto.