

URGENTE

Excelentíssimo Senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal

Supremo Tribunal Federal

MS 0028524

0775028-20.2009.1.00.0000

18/12/2009 18:33



A UNIÃO, pessoa jurídica de Direito Público interno, devidamente representada por seu Advogado-Geral (art. 4º, III da Lei Complementar n.º 73/93), vem, à presença de Vossa Excelência, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA

com pedido de medida liminar

inaudita altera parte

em caráter de urgência

contra ato do relator do HC n.º 101.985/RJ, em tramite perante esse Supremo Tribunal Federal, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir articulados:

I. DA ADMISSIBILIDADE DA VIA MANDAMENTAL

O ato coator apontado nos presentes autos refere-se à decisão liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio, em 17 de dezembro de 2009, nos autos do Habeas Corpus n.º 101985, impetrado por Silvana Bianchi Carneiro Ribeiro em favor do menor S.R.G.

O rito mandamental é, *in casu*, a única via adequada para suspender os efeitos lesivos à esfera jurídica da União, ante o patente descumprimento de compromissos internacionais firmados, em decorrência da não efetivação da ordem de entrega do paciente nos autos do processo de Busca, Apreensão e Restituição.

Cumpra registrar que as normas contidas na Lei n.º 12.016/09 (art. 5º, II), no RISTF (art. 201, II) e no Enunciado da Súmula n.º 267 do Supremo Tribunal Federal, vedam a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial, apenas nas hipóteses em que ainda “*caiba recurso, ou que seja suscetível de correção.*”

No caso vertente, a decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, concessiva de ordem liminar, não é suscetível de interposição de **recurso idôneo**, em virtude da ineficácia de eventual interposição de agravo ou pedido de reconsideração em face da liminar deferida no HC em questão¹. Não se pode descuidar, ainda, do início do recesso dessa Excelsa Corte, situação atípica que influi no deslinde do presente caso. (Portaria STF

¹ A propósito, confira-se ilustrativo precedente: “*HABEAS CORPUS*” IMPETRADO ORIGINARIAMENTE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MEDIDA LIMINAR DENEGADA, PELO RELATOR DA CAUSA, EM DECISÃO PLENAMENTE FUNDAMENTADA - INTERPOSIÇÃO CONTRA REFERIDA DECISÃO, DE “AGRAVO REGIMENTAL” - INADMISSIBILIDADE - (...) RECURSO DE AGRAVO NÃO CONHECIDO - Não se revela suscetível de conhecimento, por incabível, recurso de agravo (“agravo regimental”) contra decisão do Relator, que, motivadamente, deferiu ou indeferiu pedido de medida liminar formulado em sede de “habeas corpus” originariamente impetrado perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes (...) HC 94993/MC-AgR / RR. Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe- de 12.02.2009

nº 424/2009). Tampouco é cabível a via correicional, pois não se cuida de ato sujeito a controle interno.

Ademais, diante do manifesto não cabimento de Habeas Corpus contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que apenas reconheceu a prejudicialidade de outro HC lá impetrado, em decorrência do julgado no HC nº 99945, Rel. Min. Gilmar Mendes, revela-se teratológica a decisão atacada.

Nesse contexto, o único remédio apto a suspender os efeitos lesivos ao direito líquido e certo da União é o *mandado de segurança*, remédio jurídico encartado como preceito fundamental na Constituição da República e regulamentado pela Lei nº 12.016/09.

Na linha de precedente relatado pelo Ministro CEZAR PELUSO, *“Não há outra via expedita para remediar a situação, que envolve risco manifesto de dano jurídico à impetrante. senão o uso excepcional do mesmo mandado de segurança.”*²

Os fundamentos que sustentam o pedido de segurança são relevantes o bastante para justificar a medida extrema adotada pela União,

II. DOS FATOS

Trata-se de Habeas Corpus impetrado por Silvana Bianchi Carneiro Ribeiro em favor do menor S.R.G, contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 141.593.

² MS nº 25.853/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ de 09.03.2006

O ministro Marco Aurélio **deferiu** a liminar pleiteada em *decisum* assim proferido:

“A Assessoria, em 15 de dezembro de 2009, prestou as seguintes informações: Este habeas corpus, com requerimento de liminar, foi impetrado por Silvana Bianchi Carneiro Ribeiro em favor do menor S.R.G. A impetrante, avó materna do paciente, informa ser ele filho da brasileira Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro Lins e Silva com o cidadão norte-americano David Goldman, tendo nascido, em 25 de maio de 2000, no Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América, com registro no Consulado Brasileiro em Nova York e na 1ª Circunscrição do Registro Civil de Pessoas Naturais na Ilha do Governador, Rio de Janeiro, adquirindo, com isso, a nacionalidade brasileira. Em 2004, Bruna viajou ao Brasil trazendo consigo a criança, com autorização do pai. Aqui, resolvendo dissolver o vínculo conjugal, ajuizou ação de divórcio. Em meados de 2005, contraiu nupcias com João Paulo Lins e Silva. No dia 21 de agosto de 2008, veio a falecer, depois de dar à luz a C., filha de João Paulo. Com fundamento em relação de paternidade socioafetiva, em 28 de agosto de 2008, João Paulo Lins e Silva requereu ao Juízo de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro a guarda do menor, o que lhe foi deferido. Em 26 de setembro de 2008, a União Federal, depois de acionada pela Autoridade Central Administrativa Federal – ACAF, órgão encarregado de fazer observar a Convenção de Haia no Brasil, pleiteou, perante a 16ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ, a busca, apreensão e restituição do paciente. Estando em curso duas ações distintas, ambas tratando da guarda do mesmo menor, suscitou-se conflito de competência no Superior Tribunal de Justiça. A Corte declarou competente o Juízo Federal, para onde foram remetidos os autos do processo em tramitação na 2ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro/RJ. O processo de busca, apreensão e restituição do paciente teve regular andamento. Realizou-se perícia visando a estabelecer as condições psicológicas do menor e os impactos decorrentes da eventual transferência de domicílio para os Estados Unidos da América. As partes foram ouvidas e houve gravação de entrevista com o menor. No laudo, ficou consignado, em diversas passagens, que a criança, ao ser indagada sobre a permanência no Brasil ou a mudança para os Estados Unidos da América, teria respondido “tanto faz”, ou seja, pouco lhe importava viver aqui ou lá.

Alegando-se jamais ter sido dita a referida expressão e apontando-se a existência de discrepância e a parcialidade das peritas, impugnaram-se os laudos e requereu-se a oitiva do paciente para dele colher a opinião a respeito da ida a outro País e, desse modo, sanar a dúvida. O Juízo Federal rejeitou a pretensão, afirmando a confiança na excelência do trabalho desenvolvido pelas técnicas nomeadas. Contra o mencionado ato

foi interposto agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso. No Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o Juiz não acolheu o pleito relacionado ao implemento de efeito suspensivo ao agravo, mas afirmou que a decisão de primeira instância poderia, alfim, ser submetida a amplo controle em segundo grau de jurisdição, estando descaracterizado o risco de grave lesão e de difícil reparação. Antes do julgamento final do recurso, o Juiz Federal, após a manifestação do Ministério Público Federal, ao proferir sentença favorável ao pai biológico, David Goldman, determinou o "retorno imediato do menor (...) aos Estados Unidos da América", fixando a data de 3 de junho de 2009 para a apresentação da criança perante o Consulado Americano no Rio de Janeiro, com expedição de mandado de busca e apreensão caso a entrega espontânea não ocorresse. Contra o referido ato foi formalizado habeas corpus no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Buscou-se a declaração de nulidade da sentença, por não ter sido colhido o depoimento do menor. O pedido foi liminarmente indeferido. A defesa interpôs agravo regimental, objetivando a sequência do processo. A Quinta Turma daquele Tribunal manteve a decisão. A seguir, houve a protocolação de recurso ordinário em habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça — de nº 141.593 — e formalização de habeas corpus no Supremo, autuado sob o nº 99.945/RJ. O Ministro Gilmar Mendes, no período de férias forenses, negou seguimento à impetração, por entender inadequado o habeas ao intento perseguido pela impetrante. Ressaltou que, "ausente hipótese de ilegalidade ou abuso de poder, eventual inconformismo com a sentença (...) deverá ser debatido nas vias ordinárias e pelos meios e recursos previstos na lei processual civil" (folha 325 a 330). Presente essa decisão, a Ministra Nancy Andrighi, relatora do mencionado recurso, em tramitação no Superior Tribunal, julgou prejudicada a pretensão lá deduzida (folha 306). Segundo alega a impetrante, apesar da interposição do recurso cabível contra a sentença, é efetivo o risco de se remeter o paciente aos Estados Unidos da América em decorrência do julgamento da apelação, a ser realizado amanhã, 16 de dezembro de 2009, pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Reitera, então, a tese da ilegalidade perpetrada pelo Juiz Federal, que indeferiu a colheita do depoimento do menor, considerado o disposto no artigo 13 da Convenção de Haia, no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança e no inciso II do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Diz estar em jogo o direito de ir e vir do paciente, razão pela qual se apresenta admissível a impetração, sendo indispensável a providência cautelar ante o fato de a decisão proferida pelo Presidente do Supremo ter sido objeto de agravo regimental, ainda pendente de apreciação. Pede a concessão de liminar, no sentido de afastar, até o julgamento final desta impetração, o cumprimento da determinação judicial relacionada à entrega do menor (folha 33). No mérito, pleiteia o reconhecimento da ilicitude do citado ato, levando em conta o fato de não ter sido colhido o depoimento da criança. Registro

que o Agravo Regimental interposto no Habeas Corpus nº 99.945-0/RJ foi encaminhado à residência, com minuta de relatório. No dia imediato, a Assessoria informou mais uma vez. Petição/STF nº 142.918/2009 A impetrante requer a juntada da cópia do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região na apelação interposta contra a sentença prolatada pelo Juízo da Décima Sexta Vara Federal da Circunscrição Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. O Tribunal proveu parcialmente o recurso, mas determinou a entrega do menor ao pai biológico, em 48 horas, sem qualquer transição e em oposição ao que estabelecido no laudo pericial da União e ao contemplado na sentença. Reitera o pedido de concessão de liminar, por ser agora iminente o risco de dano irreparável ao direito de ir e vir do menor. O habeas acima mencionado encontra-se na residência, para apreciação do pedido cautelar.

2. A criança, cujo direito de ir e vir, de opinião e expressão, assegurados pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90 (ECA) - e pela Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, nascida em 25 de maio de 2000, caminha para completar dez anos e revela vida alcançada por desígnios insondáveis. Com autorização paterna, veio com a mãe, Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro Lins, para o Brasil aos quatro anos de idade. Os pais separaram-se, ficando o genitor americano nos Estados Unidos. A mãe, brasileira com família neste País, casou-se com João Paulo Lins e Silva e engravidou. No dia 21 de agosto de 2008, depois de mais de quatro anos residindo com o paciente no Brasil, faleceu em decorrência de complicações no parto. A filha, irmã consanguínea materna do paciente, sobreviveu. Ao lado disso, ocorreu toda sorte de descompassos em relação à guarda, discutindo-se até mesmo a competência judicial para defini-la. Em 11 de fevereiro de 2009, o Ministro Luis Felipe Salomão, no Conflito de Competência nº 100.345, do Superior Tribunal de Justiça, deferiu liminar para suspender os processos em curso, designando o Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro para, em caráter provisório, resolver as questões urgentes. Fixada a da Justiça Federal, deu-se a prolação de sentença em 1º de junho de 2009. Determinou-se a volta da criança aos Estados Unidos da América, para estar no convívio do pai biológico, dispondo-se, inclusive, sobre o período de transição a ser implementado após o deslocamento e a entrega, sob pena de busca e apreensão, até 3 de junho de 2009, às 14h, no Consulado do país de destino na cidade do Rio de Janeiro. O quadro motivou o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 172, da qual fui relator. Nela, deferi a liminar nos seguintes termos: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGISLATIVO, E 3.413.2000, DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - TUTELA ANTECIPADA - RETORNO IMEDIATO AOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - AFASTAMENTO. 1 O Partido Progressista - PP formalizou

esta arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro no Processo nº 2009.51.01.018422-0, que tem, como autora, a União e, como réu, João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva. Fê-lo ante a conclusão sobre o retorno do menor Sean Richard Goldman aos Estados Unidos, implicando a sentença a ordem de busca e apreensão caso, presente a tutela antecipada, o menor não venha a ser apresentado ao Consulado Americano na cidade do Rio de Janeiro, no dia de amanhã, até às 14h. Consta da inicial, a) capítulo referente à prevenção considerado o Agravo de Instrumento nº 728.785-8/RJ; b) exposição da controvérsia em face da Convenção de Haia, do texto constitucional e da situação envolvendo o menor Sean; c) a viabilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental presente a tutela antecipada; d) a ocorrência de transgressão à Constituição Federal mediante o ato formalizado pelo Juízo, e) ser fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Discorre-se sobre o quadro, apontando-se haver prevalecido o interesse político, nas relações internacionais, em vez das garantias constitucionais. Com isso, em plano secundário vieram a ficar, segundo as razões expendidas, a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos, mitigando-se o interesse do próprio menor. Articula-se com o disposto no artigo 3º, cabeça e inciso IV, artigo 4º, cabeça e incisos I e II, artigo 5º, cabeça e incisos X, XI, XV, XLI, XLVII a LI, LIV e LV e § 1º, do Diploma Maior, asseverando-se que, a preponderar a decisão proferida, ficará prejudicado o menor diante da privação da convivência com a irmã e os avós maternos. Alude-se ao direito social à proteção à infância previsto no artigo 6º, cabeça, da Carta da República, evocando-se, mais, o artigo 227 nela contido. Menciona-se lição do saudoso Professor Celso de Albuquerque Mello sobre a obrigação de o Estado proteger os nacionais, buscando-se demonstrar a lesão específica, a lesão concreta, a direitos fundamentais do menor decorrente de ato do poder público. A peça veicula enfoque considerado o alcance da Constituição Federal, salientando-se a circunstância de, quando da entrevista com sociólogos, o menor haver afirmado preferir morar neste País. Pretende-se revelar a percepção da criança, hoje com nove anos, e a permanência no Brasil por quase cinco anos. Cita-se como precedente o Habeas Corpus nº 31.449-DF, no qual foi designado redator para o acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki, deixando-se ressaltado o dever de resguardar os interesses da criança, isso presente a interpretação sistemática da Convenção de Haia e da Lei Fundamental. No mesmo sentido é feita referência ao desprovimento do Recurso Especial nº 900.262/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, registrando a ementa, em cautelar a envolver o próprio menor Sean, o fato de a Convenção de Haia possuir o viés do interesse prevalente do menor no que voltada a proteger crianças quanto a condutas ilícitas. Aborda-se a necessidade de ponderarem-se princípios – o da cooperação internacional e os relativos aos direitos

fundamentais - , vindo-se a interpretar a Convenção de Haia em conformidade com o texto constitucional. Sob o ângulo da liminar, após se dizer da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o quadro, aponta-se o caráter irreversível do alcance da tutela antecipada, com prejuízo para a formação psicossocial do menor. Afirma-se a existência de quadro assemelhado ao sequestro que a Convenção de Haia busca impedir. O pleito de concessão de medida acauteladora visa a sustar a eficácia da sentença prolatada bem como de qualquer ato ou pronunciamento judicial a implicar a observação da Convenção de Haia e a contrariedade à vontade e aos interesses do menor, reconhecendo-se, alfm, a prevalência do direito fundamental deste de ver respeitada a vontade de permanecer no Brasil. A petição inicial veio subscrita pelo Presidente do Diretório Nacional do Partido Progressista — PP, Senador Francisco Dornelles, e pelo profissional da advocacia Herman Barbosa. O processo deu entrada no Gabinete no dia de hoje, às 18h08 (folha 175). À folha 176, formalizei a seguinte decisão. 1. Segue em fita magnética a fundamentação deste ato. 2. A sentença proferida revela ordem de apresentação de criança, ao Consulado Americano na cidade do Rio de Janeiro, para encaminhamento aos Estados Unidos da América, com a maior brevidade possível, no dia de amanhã — quarta-feira, 3 de junho de 2009, até às 14 horas. 3. Aciono, ante a exiguidade de tempo, o artigo 5º, § 1º, da Lei 9882/99 e suspendo a eficácia da sentença proferida, no processo 2009.51 01.018422-0 do Juízo da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. 4. Providenciem as comunicações cabíveis. Brasília, Gabinete do Supremo, 2 de junho de 2009 — 20h30. 2. Dispõe a Constituição Federal ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 227. Sob o aspecto da dignidade do menor, a Segunda Turma do Tribunal concedeu, em 30 de junho de 1992, ordem no Habeas Corpus nº 69.303-2/MG — no qual fui designado redator para o acórdão, publicado no Diário da Justiça de 20 de novembro de 1992 —, assentando que, em idade viabilizadora de compreensão suficiente dos conturbados caminhos da vida, assiste ao menor o direito de ser ouvido e de ter as opiniões levadas em conta quanto à permanência neste ou naquele lugar, neste ou naquele meio familiar, e, por consequência, de continuar na companhia deste ou daquele ascendente se inexisterem motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Consignou-se configurar constrangimento ilegal a determinação de, peremptoriamente, como se coisa fosse, voltar o menor a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. Constatou da ementa que o direito à guarda não se sobrepõe ao dever do próprio titular de preservar a formação do menor que a letra do

artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Então, a ordem foi concedida para emprestar à manifestação de vontade dos menores efeito maior, sobrepujando a definição da guarda, que sempre possui color relativo e, por isso mesmo, passível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem. Pois bem, o fato de cuidar-se de criança de nove anos que mora no Brasil – trazida pela genitora, falecida após parto – há praticamente cinco anos, a completarem-se em 16 do corrente mês, a qual revelou o desejo de ficar com a família materna, indica a relevância da articulação, estando o risco de manter-se o quadro decisório, presente a tutela antecipada para a entrega do menor, até às 14h de amanhã, no Consulado Americano na cidade do Rio de Janeiro, não na irreversibilidade de encaminhamento imediato aos Estados Unidos da América, mas nas repercussões psicossociais que as idas e vindas podem ocasionar. De qualquer forma, o poder de cautela insito ao Judiciário, além de visar ao afastamento de lesão a direito fundamental, tem como base garantir campo propício à concretude de eventual pronunciamento do Supremo favorável ao pedido formulado. Se, de um lado, veio o Juízo a formalizar tutela antecipada com a imediatidade vista, fazendo-o para observação após 48 horas do julgamento da ação de busca e apreensão, de outro, com maior fundamento, impõe-se, no âmbito do Supremo, providência que viabilize a manutenção do menor no seio da família onde se encontra há praticamente cinco anos para, no exame final desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, dizer-se da procedência, ou não, do que asseverado quanto à impossibilidade de potencializar-se o que previsto na Convenção de Haia, de 25 de outubro de 1980, aprovada mediante o Decreto Legislativo nº 79/99 e promulgada pelo Decreto da Presidência da República nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Vale notar que o objetivo maior do entendimento entre os países não é outro senão preservar o interesse do menor presente a respectiva formação. Contando a discussão sobre a guarda com cinco anos e com pronunciamentos favoráveis, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, à permanência do menor no Brasil, não haverá prejuízo algum se prevalecer a manifestação da criança de continuar com a família brasileira, o que, aliás, autoriza, ante a própria Convenção de Haia, conclusão no sentido de afastar-se o retorno à origem – artigo 13, letra “b”, parte final –, tudo isso visando ao erivo da mais alta Corte do País no tocante ao alegado conflito entre o ato formalizado pelo Juízo e os ditames constitucionais.

3. Sem adentrar, por ora, o acerto ou o desacerto da longa e cuidadosa sentença proferida pelo Juízo – de 82 laudas – considerados preceitos fundamentais da Constituição Federal e até mesmo o enquadramento do caso nas exceções contempladas na referida Convenção de Haia, defiro a liminar pleiteada. Suspendo, submetendo este ato ao Plenário, a eficácia da aludida sentença. 4. Deem conhecimento desta decisão aos envolvidos no Processo nº 2009.51.01.018422-0, da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Colham, após possíveis manifestações dos interessados,

o parecer do Procurador-Geral da República. 5. Imprimam preferência ao trânsito desta arguição, visando, em prazo razoável, ao julgamento final do Plenário. 6. Publiquem. Brasília, Gabinete do Supremo, 2 de junho de 2009, às 20h30. Ao submeter a decisão ao Plenário, pronunciei-me pela inadequação da medida, sendo acompanhado pelos integrantes da Corte. A essa altura, já havia providência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região mantendo o menor no Brasil até o julgamento do recurso cabível contra a sentença — a apelação —, o qual, conforme consta do relato elaborado pela Assessoria, foi desprovido. Na oportunidade, ficou afastado o período de transição previsto em sentença e determinada a entrega da criança. Novamente, consignou-se a busca e apreensão, com acionamento da Polícia Federal, da Rodoviária Federal e da Militar do Estado do Rio de Janeiro, caso o menor não seja apresentado espontaneamente ao Consulado americano existente na cidade maravilhosa. Assinou-se prazo em horas — 48. A situação mostra-se emergencial, a ditar, em face da relevância do que articulado e do risco a saltar aos olhos, a concessão de liminar. Sob o ângulo da adequação da via eleita, reporto-me ao que assentado no julgamento do Habeas Corpus nº 69.303-2/MG. **HABEAS-CORPUS – A CRIANÇA E O ADOLESCENTE – PERTINÊNCIA.** À família, à sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, com prioridade, à criança e ao adolescente, 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, e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão – artigo 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e por conseqüência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar à manifestação de vontade dos menores – de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe – eficácia maior, sobrepunando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem. (Segunda Turma – redator para o acórdão. Ministro Marco Aurélio, publicado no Diário da

Justiça de 20 de novembro de 1992). Pende de exame na Primeira Turma, em razão de agravos regimentais interpostos, o Habeas Corpus nº 99.945/RJ, formalizado contra ato do Superior Tribunal de Justiça em idêntica medida – de nº 141.593/RJ –, que veio a ser declarada prejudicada ante manifestação da Presidência do Supremo, nas últimas férias de julho, assentando a impropriedade do pedido. Mais o acórdão proferido por força da apelação está sujeito a recurso. A esses dados soma-se a problemática de a espécie envolver criança que, em momento algum, foi ouvida, diretamente, por órgão investido do ofício judicante, apesar da insistência da defesa em alcançar esse objetivo. Faz-se em jogo uma vida em plena formação. Fazem-se em jogo o direito de ir e vir, o direito de opinião e expressão bem como a dignidade humana, assegurados, repito, pela Constituição Federal, pela Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, e pela própria Convenção referida no que voltada à proteção da criança e do adolescente, glosando, de modo peremptório, é certo, sequestro internacional de crianças, o que não se verificou, conforme se depreende do quadro retratado neste processo, no caso, ainda pendente de decisão definitiva. Está em jogo o crivo do Supremo, porquanto ainda não ocorreu o exame de habeas corpus por meio do qual se busca garantir o direito de a própria criança, de início em idade suficiente para fazê-lo, pronunciar-se quanto ao retorno aos Estados Unidos, passados mais de cinco anos de convivência com a família brasileira, ou à permanência no Brasil considerado o ambiente de formação. Nesse aspecto, vale frisar que até mesmo a Convenção que serviu de base ao pedido julgado pela Justiça Federal prevê a manifestação da criança e a recusa à entrega quando essa deixar de ser compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido ligados à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais - artigos 13 e 20. A toda evidência, cumpre marchar, em prol do paciente, sem açodamento, aguardando-se o julgamento do Habeas Corpus nº 99.945/RJ, ainda em curso nesta Corte e anterior a este, 3. Defiro a liminar para manter, por ora, a situação fática de permanência do menor no País. Afasto, assim, a eficácia do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Apelação Cível nº 2008.51.01.018422-0, do qual resulta a ordem peremptória de entrega do paciente ao Consulado americano na cidade do Rio de Janeiro em 48 horas. 4. Apensem este processo ao do Habeas Corpus nº 99.945/RJ. 5. Colham o parecer da Procuradoria Geral da República. 6. Publiquem. Brasília – residência –, 17 de dezembro de 2009, às 8h15. Ministro MARCO AURÉLIO Relator”

É, portanto, em face dessa decisão que se maneja o presente mandado de segurança, ante a inexistência de recurso idôneo que ampare o

direito líquido e certo da União, bem como em face do manifesto não cabimento do Habeas Corpus no presente caso, razão pela qual evidencia-se, também, a teratologia da liminar ora atacada.

III. DO DIREITO

III.1 Do interesse manifesto da União

A União é parte autora na Ação Ordinária de Busca, Apreensão e Restituição nº 2009.51.01.018422-0³, tendo em vista ser o Brasil signatário da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças⁴. Assim, é evidente o seu interesse jurídico na fiel execução das respectivas decisões, **tendo em vista que o não cumprimento do mencionado acordo implicará a imposição de sanções, além de comprometer a imagem do Brasil perante a comunidade internacional.**

III.2 Do total descabimento do *habeas corpus* ora atacado

Com efeito, nos **autos HC nº 99945** esse Supremo Tribunal Federal **entendeu como incabível o manejo de Habeas Corpus** no caso que se cuida. Veja-se a decisão proferida (DJ de 05.08.2009):

DECISÃO: Cuida-se de habeas corpus com requerimento de liminar impetrado por Silvana Bianchi Carneiro Ribeiro em favor do menor S.R.G.

Alega a impetrante que o paciente é filho de sua filha, a brasileira Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro Lins e Silva, com o cidadão norte-americano David Goldman, tendo nascido em 25 de maio de 2000 no Estado de Nova Jersey, EUA, com registro no

³ Processada pelo juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, cuja sentença de procedência parcial **foi confirmada, à unanimidade**, pela 5ª Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no último dia 16/12/2009 (Apelação Cível nº 2008.51.01.018422-2).

⁴ Ratificada pelo Decreto Legislativo nº 79 de 15.09.1999 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.413 de 14.04.2000.

Consulado Brasileiro em Nova York, EUA, e na 1ª Circunscrição do Registro Civil de Pessoas Naturais na Ilha do Governador, Rio de Janeiro, com isso adquirindo a nacionalidade brasileira.

Em 2004, Bruna viajou ao Brasil trazendo consigo o ora paciente, com autorização do pai, aqui, porém, resolvendo separar-se deste, seguindo-se ação de divórcio que culminou com o fim do casamento.

Em meados de 2005, Bruna assumiu relacionamento com João Paulo Lins e Silva, contraindo núpcias com o mesmo e 2007 vindo a falecer, entretanto, no dia 21 de agosto de 2008, depois de dar à luz sua filha C., nascida de sua relação com João Paulo. Com fundamento em relação de paternidade sócio-afetiva, em 28 de agosto de 2008 João Paulo Lins e Silva requereu junto ao Juízo de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro a guarda do menor, o que lhe foi deferido. Em 26 de setembro de 2008, a União Federal, depois de acionada pela Autoridade Central Administrativa Federal – ACAF, órgão encarregado de fazer observar a Convenção de Haia no Brasil e que, por sua vez, fora instada a tanto por congênere norte americana, requereu a busca, apreensão e restituição do paciente perante a 16ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – RJ. Face à coexistência de duas ações distintas tratando da guarda do mesmo menor, suscitou-se conflito de competência que restou resolvido pelo Superior Tribunal de Justiça, declarando-se competente o Juízo Federal, para onde foram remetidos os autos do processo que tramitava junto à 2ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro – RJ. O processo de busca, apreensão e restituição do paciente teve regular andamento, com realização de perícia para estabelecer as condições psicológicas do menor, culminando com sentença favorável ao pai biológico, David Goldman, no mesmo ato deferindo-se antecipação de tutela, determinando o “retorno imediato do menor (...) aos Estados Unidos da América”, fixando-se a data de 3 de junho de 2009 para apresentação do mesmo perante o Consulado Americano no Rio de Janeiro, com expedição de mandado de busca e apreensão caso a entrega espontânea não ocorresse. Inconformado, o réu daquela ação de busca, apreensão e restituição, João Paulo Lins e Silva, interpôs recurso de apelação, recebido no efeito meramente devolutivo, o que motivou a interposição de agravo de instrumento junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao qual foi deferida antecipação da tutela recursal pelo Relator, Desembargador Fernando Marques, em ordem a suspender a entrega do menor. Sobreveio agravo interno da parte contrária, cujo julgamento iniciou-se em 30 de junho de 2009, mantendo o Relator a decisão suspensiva da executoriedade da entrega do paciente para encaminhamento aos Estados Unidos da América e votando pelo parcial provimento do agravo interno o Desembargador Cruz Netto. Ao final, restou suspenso o julgamento face ao pedido de vista do Desembargador Castro Aguiar. Paralelamente, ante a ordem de entrega do menor ao Consulado dos Estados Unidos da América no Rio de Janeiro, foi impetrado habeas corpus junto ao

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sendo a petição inicial indeferida, mediante decisão confirmada em posterior julgamento de agravo interno, conforme a seguinte ementa. AGRAVO INTERNO - HABEAS CORPUS - AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR - CONVENÇÃO DE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS - INADEQUAÇÃO DA VIA - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DO WRIT. - Em regra, afigura-se inadmissível o manejo do habeas corpus como sucedâneo de recurso processualmente cabível (STJ, AgRg no HC nº 74.920/SP, HC 26.705 e HC37.704/SP), aceitando-se a impetração do writ somente em hipóteses onde seja verificada a manifesta ilegalidade do ato atacado. - Hipótese em que não restou configurada tal excepcionalidade, sendo certo que a via estreita do habeas corpus não permite, in casu, a verificação da ocorrência do alegado error in procedendo, já que, para tanto, seria necessário o amplo revolvimento de matéria fático-probatória. - Agravo interno improvido. Ato contínuo, impetrou-se habeas corpus junto ao Superior Tribunal de Justiça, sendo a liminar indeferida pela Ministra Laurita Vaz nos seguintes termos: Sem embargo dos laboriosos argumentos trazidos na inicial acerca do apontado error in procedendo do douto magistrado de primeiro grau, não verifico, neste juízo prelibatório, a possibilidade de deslinde da controvérsia na estreita via do habeas corpus, que, como é sabido e consabido, não se coaduna com a dilação probatória, aparentemente necessária para saber se, afinal, foi ou não observado os direitos do menor na decisão impugnada no juízo cível. Cumpre ainda ressaltar a falta de urgência do pedido de liminar deduzido na impetração, na medida em que, como anotou a inicial, a decisão que autoriza a saída da criança do território nacional está suspensa por determinação da Corte Regional. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de liminar. Daí a impetração do presente writ substitutivo, no qual reitera a impetrante argumentos sobre ser cabível a via do habeas corpus para garantir ao paciente o direito de "permanecer" em território brasileiro, corrigindo a ilegalidade caracterizada pelo erro na análise da questão fática cometido pelo Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Nesse passo, afirma a impetrante que o Juízo monocrático recusou-se a colher o depoimento pessoal do ora paciente, negando-lhe a oportunidade de expressar sua vontade a respeito de sua entrega ao pai biológico, tal como prevê o art. 13 da CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS, promulgada pelo Decreto nº 3.413/2000, bem como o art. 12 da CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, ratificado pelo Decreto nº 99.710/1990, além do art. 16, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. De outro lado, argumenta que o laudo pericial sobre as condições psicológicas do menor e os impactos de eventual mudança para os Estados Unidos da América não reflete a realidade das entrevistas com o ora paciente, anotando discrepância entre o relato das peritas

oficiais e gravações efetuadas pela assistência técnica da parte ré, o que motivou impugnação rechaçada pelo Juízo. Temendo a iminente retomada do julgamento do agravo interno sobre a suspensão da ordem de entrega do paciente ao Consulado dos Estados Unidos da América no Rio de Janeiro, o que pode culminar com a devolução da executoriedade da tutela antecipada deferida pelo Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, requer liminar para que seja sobrestado o cumprimento da aludida determinação judicial. No mérito, pede a concessão de ordem para que seja "...reconhecida a ilicitude da decisão atacada, pois foi proferida sentença determinando a saída de [S.R.G] do território nacional, sem que ele fosse ouvido diretamente pelo juízo de primeiro grau e seja determinada a prolação de outro veredicto, depois de ser ouvido o paciente pela autoridade impetrada mediata,..." **Passo a decidir. A via do habeas corpus não se mostra adequada ao intento perseguido pela impetrante, cabendo negar seguimento à impetração. É verdade que o habeas corpus, embora ostente predominante natureza de procedimento de proteção contra arbitrariedades no âmbito penal e processual penal, serve também à correção de atos atentatórios à liberdade de ir e vir de cunho puramente civil, como é o caso da prisão civil do depositário infiel, desde que, em qualquer caso, vislumbre-se flagrante ilegalidade ou abuso de poder. Nesse sentido encaminha-se a jurisprudência majoritária da Corte, podendo-se colacionar os seguintes excertos: EMENTA: - Habeas corpus. Guarda de menor. 2. Indicação do Superior Tribunal de Justiça como autoridade coatora. 3. Pretende-se seja assegurado, nesta via, para o menor "o direito de permanecer nos Estados Unidos em companhia da mãe e da irmã, integrado ao núcleo familiar ao qual o infante pertence há mais de três anos". 4. Habeas corpus não é sucedâneo de recurso cabível, não sendo, por esse meio, de pretender-se a solução de questão relativa à guarda de filhos. 5. A quaestio juris já se encontra submetida ao Juízo de Direito competente no foro cível. Matéria devidamente equacionada no Juízo da 7ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central de Porto Alegre-RS. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC nº 81.681/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 29.08.2003). EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. GUARDA DOS FILHOS MENORES. I. - O habeas corpus não se presta a decidir questão ligada à guarda de filhos, matéria a ser tratada no juízo cível. II. - H.C. não conhecido. (HC nº 73.352/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.06.2001). HABEAS CORPUS NÃO É O MEIO ADEQUADO A APRECIAR O ACERTO DE SENTENÇA QUE DEFERE BUSCA E APREENSAO DE MENOR. CONSTRANGIMENTO DE JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. AGRG IMPROVIDO. (HC nº 60.482 AgR/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ de 12.11.1982). HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSAO DE MENOR. MATÉRIA ESTRANHA AO ÂMBITO DO "WRIT". FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL.**

IMPETRAÇÃO DEFICIENTEMENTE INSTRUIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (RCH nº 53.457/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 03.06.1975). Logo, ausente hipótese de ilegalidade ou abuso de poder, eventual inconformismo com a sentença que restou desfavorável aos interesses da família da impetrante deverá ser debatido nas vias ordinárias e pelos meios e recursos previstos na lei processual civil. Ante o exposto, nego seguimento à impetração, nos termos do art. 21, §1º, do RI-STF. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 29 de julho de 2009 Ministro GILMAR MENDES Presidente (Art. 13, VIII, RI-STF)”

Sendo assim, revela-se **manifestamente incabível o HC ora atacado**, bem como sua liminar deferida, posto que **não se vislumbra ilegalidade ou abuso de poder que justifique sua impetração**, conforme já decidiu essa Excelsa Corte.

Por essa razão, teratológica a liminar ora atacada, razão pela qual se evidencia o direito líquido e certo da União.

IV – DA RELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA IMPETRAÇÃO . RAZÕES DE MÉRITO DO PROCESSO DE BUSCA E APREENSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO

IV.1 A Convenção da Haia de 1980 — Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

Os objetivos da Convenção da Haia de 1980 – um preventivo (desencorajar transferências/retenções ilícitas) e o outro voltado à obtenção da restituição imediata da criança ao seu entorno social habitual – respondem, em seu conjunto, a uma concepção determinada do que seja o “melhor interesse da criança”. Essa expressão, contida na Convenção da ONU de 1989, tem seu conteúdo especificado pela Convenção da Haia de

1980, quanto às questões afetas ao sequestro internacional de crianças. Resolve-se o problema, da vagueza da fórmula “melhor interesse da criança”, ao menos quanto ao tema de sequestro. Na sistemática da Convenção da Haia de 1980, o retorno do menor ao país de residência habitual é, em princípio, a solução que melhor atente aos interesses de crianças ilicitamente transferidas ou retidas em outro Estado.

Entretanto, embora a premissa convencional seja a de que o regresso, ao local de residência habitual, de um menor transferido (ou retido) ilicitamente seja a medida que atende ao “melhor interesse da criança” – cumprindo, exemplarmente, os ditames do artigo 3º da Convenção da ONU de 1989 – admite-se que transferência/retenção de um criança para país diferente daquele onde habitualmente residia pode estar estribada em razões objetivas, relacionadas com a pessoa do menor ou com o entorno que lhe era próximo.

Por essas razões, a Convenção reconhece a legitimidade de certas exceções à obrigação geral assumida pelos Estados de garantir o retorno imediato das crianças transferidas ou retidas de forma ilícita. Também essas exceções não são mais do que manifestações concretas do princípio que proclama que o interesse do menor é o critério vetor da matéria.

São exceções ao retorno da criança, segundo a Convenção da Haia de 1980, aquelas previstas em seus artigos 12, 13 e 20, a seguir analisadas.

IV.2 Da não incidência de quaisquer das exceções previstas para a repatriação do menor

Em primeiro lugar, o artigo 12 da Convenção permite que, caso tenha passado mais de 1 (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 onde a criança se encontrar, a ordem de retorno pode ser negada, comprovado que o menor encontra-se absolutamente integrado ao novo meio.

O artigo 13, alínea “a”, por sua vez, reconhece que não há obrigação em determinar o retorno do menor quando o demandante, anteriormente à transferência que se alega ilícita, não exercia de maneira efetiva a guarda que agora invoca, ou quando anuiu posteriormente à ação que agora pretende combater.

A alínea “b” do artigo 13, bem como seu parágrafo 2º, consagra exceções diretamente ligadas ao interesse do menor: a obrigação de retorno cessa diante do interesse primário, de qualquer pessoa, de não ser exposta a um perigo físico ou psíquico, ou colocada em uma situação intolerável. A opinião do menor, quando este demonstrar suficiente grau de maturidade, é a maneira mais concreta de expressão do melhor interesse da criança. Estando em condições psíquicas de livremente manifestar suas opiniões, o menor demonstrará, verbalmente, qual medida melhor atende a seus interesses.

No que pertine à informação utilizada pelo MM. Ministro de que a criança “em momento algum, foi ouvida, diretamente, por órgão investido do ofício judicante”, deve-se insistir que a criança foi efetivamente ouvida, durante os trabalhos periciais, tendo sua manifestação sido considerada pela equipe técnico-pericial que conduziu as diligências, corpo técnico melhor treinado para colher depoimento do menino do que o próprio magistrado ou qualquer das partes.

De acordo com as disposições do ordenamento jurídico pátrio, o peso probatório conferido às afirmações prestadas por incapazes é apenas relativo. **Ademais, as conclusões do laudo, consideradas pelo MM. Juízo a quo, foram no sentido de que não houve manifestação inequívoca do menor de preferir ficar no Brasil.**

O próprio tratado estabelece ser necessário que a criança tenha atingido idade e grau de maturidade suficientes para que suas opiniões sejam levadas em consideração, nos termos do art 13, b, § 1º.

O laudo pericial, categórico, concluiu que: *“as escolhas de Sean não têm valor decisório. Não tem nenhum valor esclarecedor a resposta de Sean com relação a em que país ele quer morar ou com qual dos dois ‘pais’ ele prefere ficar. [...] As escolhas de Sean não podem ser decisórias, não só pela falta de maturidade, própria de sua idade, mas também porque está à mercê de seu estado emocional neste momento. [...] Todos esses elementos tornam-se intensamente exacerbados, ou distorcidos, no caso de a criança estar sob a Síndrome de Alienação Parental, o que, no caso de Sean, é a hipótese mais plausível. [...] Contudo, Sean não tem condições psicológicas ou emocionais para dizer o que realmente deseja.”*

Portanto, a aplicação da exceção do art. 13, b, § 1º (manifestação de vontade do menor) resta afastada.

Nesse sentido, o exame pericial por meio do qual o exame pericial por meio do qual a criança foi ouvida foi efetivamente acolhido pelo juízo a quo do Rio de Janeiro e confirmado pelo TRF da 2ª Região, em decisão prolatada em 16 de dezembro de 2009 (Proc. 2008.51.01.018422-0:

“[...]”

*A aplicabilidade da exceção prevista no artigo 13, alínea “b”, primeiro parágrafo, da Convenção da Haia de 1980, está condicionada à verificação de que a criança tenha atingido idade e grau de maturidade capazes de possibilitar que sua opinião seja levada em consideração, situação que não se verifica in casu, onde, como clara e enfaticamente externado no teor do laudo pericial psicológico elaborado pelas peritas do Juízo, o menor S.R.G. não está apto a decidir sobre o que realmente deseja, seja pelas limitações de maturidade inerentes a sua tenra idade, seja pela fragilidade de seu estado emocional, seja ainda, pelo fato de já estar submetido a processo de alienação parental por parte da família brasileira.
[...]*

Por fim, não é possível negar a restituição de um menor, com arrimo no art. 20 da Convenção de Haia, quando os princípios fundamentais do Estado requerido, em matéria de direitos humanos e liberdades fundamentais, são, com visto, plenamente compatíveis com a medida.

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança⁵, na correta tradução de seu texto em inglês para o vernáculo, indica que o “interesse da criança” é uma das considerações primordiais, não a única. Além disso, como seu conteúdo não foi especificado pela Convenção de 1989, conclui-se adequada a interpretação trazida pela Convenção da Haia de 1980, que indica que o interesse da criança a ser atingido é aquele que diz respeito ao conjunto das crianças coletivamente consideradas, ou seja, que o retorno do menor ao país de residência habitual é a medida que – geralmente – atende ao “melhor interesse da criança”, salvo a ocorrência das exceções previstas na própria Convenção, a serem analisadas pelo convencimento fundamentado do Juízo da causa.

Vale lembrar, Ambos os documentos – Convenção da Haia de 1980 e Convenção da ONU de 1989 – são verdadeiramente tratados “sobre direitos humanos”, aplicando-se, em consequente, o §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

⁵ Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Assim, na linha do pensamento assentado por essa Suprema Corte⁶, forçoso concluir que, tanto a Convenção da Haia de 1980 quanto a Convenção da ONU são normas dotadas de natureza “supralegal”, hierarquicamente superiores a qualquer dispositivo de natureza legal, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil brasileiro e até mesmo o Código de Processo Civil, no que com eles conflitar.

Também não pairam dúvidas quanto à compatibilidade destes diplomas com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo veicula norma constitucional de natureza programática, ou seja, define “objetivos cuja concretização depende de providências situadas fora ou além do texto constitucional”. Sua concretude, portanto, em cada caso, será conferida pela legislação inferior, específica. Na presente situação, a “proteção integral da criança e adolescente”, imposta pela norma constitucional, tem seu conteúdo completado, sendo efetivamente atendida pelas disposições das convenções da Haia de 1980 e da ONU de 1989.

Em conclusão, apesar de, a primeira vista, existir possível contradição entre o artigo 3º da Convenção da ONU de 1989, a Convenção da Haia de 1980 e o artigo 227 da CF/88, quanto ao conteúdo e alcance da fórmula “melhor interesse da criança”, entende-se que a norma de Direito Internacional Privado está em absoluta consonância com a regra de Direito Internacional de Direitos Humanos, bem como com a norma constitucional pátria. A existência de exceções ao retorno de menores, previstas no texto convencional, permite concluir que sua aplicação vai atender, no caso concreto, ao “melhor interesse da criança”. Caso não esteja presente nenhuma causa que autorize a permanência do menor no país para o qual foi trasladado (ou retido) “ilicitamente”, o interesse da criança será atendido pela expedição de ordem que determine seu retorno ao local de residência

⁶ Cf. RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, DJE de 5.6.2009.

habitual.

Por todas as razões expostas, também não se vislumbra, no retorno do menor Sean ao convívio paterno, infração ou incompatibilidade com os princípios fundamentais do Estado brasileiro, “com relação à proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais” .

Aliás, como já acentuado pelo saudoso Min. MENEZES DIREITO, em outra oportunidade⁷, “*o objetivo da Convenção foi exatamente o de evitar a retenção ilícita.*” cuja morosidade na aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro poderia ensejar alegações de uma situação de fato na qual “*não há decorrência de comportamento ou de condições inadequadas do pai*”.

Não dúvida, pois, de que o retardamento da restituição do menor ao seu pai biológico — em **afronta ao direito já reconhecido pelo magistrado de primeiro grau e por mais três desembargadores federais** — vulnera frontalmente o compromisso assumido pelo país.

V. DO PERICULUM IN MORA

Impende registrar, por fim, que a Convenção de Haia é uma via de mão dupla: assim como o Estado brasileiro restitui a outros Estados soberanos menores **retidos ilicitamente em seu território, poderá, com base na mesma Convenção, recebê-los de outros países.**

São ilustrativos, nesse sentido, os dados ofertados pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos sobre o número de menores restituídos por outros países ao Brasil ou cujo direito de visitas foi regulamentado com base na Convenção de Haia em favor de pais brasileiros,

⁷ Voto exarado no RESP nº 900.262/RJ (DJ de 08.11.2007).

no período de 2003 a 2009:

País	Ano	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Total / País
Alemanha							01		01
Argentina		01		01	01				03
Colômbia					01				01
Estados Unidos			01	03	01	01	01		07
Itália							01		01
Israel							01		01
Paraguai			01						01
Portugal			02	01	01			01	05
Suécia				01					01
Suíça						01			03
Total Geral		01	04	06	04	02	04	01	22

Ao deixar de ser um país cooperante, infringindo suas obrigações internacionais, a República Federativa do Brasil corre o risco de não mais ter os seus pedidos de assistência jurídica internacional atendidos, mormente em virtude do **princípio internacional da reciprocidade**. Assim, menores brasileiros que estão em posição similar ao do menor S.R.G., porém em outros Estados, poderão, eventualmente, em razão da condição do Brasil de **país não cooperante**, deixar de ser restituídos aos seus genitores residentes em território brasileiro.

Por outro lado, conforme consignou o Juízo do Estado do Rio de Janeiro, “o que há de mais relevante a demonstrar a premente necessidade de ser ordenar o imediato retorno da criança aos Estados Unidos da América consiste na **informação, clara e convincente**, constante do laudo pericial, no sentido de que SFAN vem sendo submetido a um pernicioso processo de alienação parental.” (fl. 70 da sentença em anexo).

Daí se conclui que “*a possibilidade de sobrevirem danos psíquicos efetivos a esse menor, longe de estar relacionada com o retorno da criança aos Estados Unidos, derivará, na verdade, de sua permanência aqui no Brasil, caso o menino continue sob a posse e guarda do Réu e, por conseguinte, dos demais familiares maternos.*” (fl. 71 da sentença em anexo).

Tais circunstâncias denotam que, na realidade, é a permanência do menor no Brasil que constitui medida perigosa e atentatória aos seus interesses, bem como contra as garantias dos direitos fundamentais tidos por violados na decisão ora atacada.

Percebe-se, assim, que o *periculum in mora*, no caso em exame, é inconteste, porquanto a recusa infundada em restituir o menor a sua residência habitual está a demonstrar contínua transgressão⁸ aos termos da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, o que — além de ocasionar danos à criança — compromete a imagem do país no âmbito das relações internacionais, deixando-o suscetível à aplicação de penalidades.

Vale ressaltar que **já foi apresentada petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil versando justamente sobre a demora do Poder Judiciário brasileiro em entregar definitivamente prestação jurisdicional em caso de subtração ilícita de menores** — já estando em curso, portanto, pleito de responsabilização pelo descumprimento de obrigação internacionalmente assumida pelo país na Convenção da Haia de 1980.

⁸ Vale ressaltar, no ponto, dois comandos específicos da Convenção de Haia acerca da utilização de mecanismos de tutela de urgência:

“Artigo 2. Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência (...)”

Artigo 11. As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retomo da criança” (grifou-se)

Caso essa denúncia venha a ser admitida, o Estado poderá ser submetido, como réu, a processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA.

Finalmente, cabe frisar o potencial efeito multiplicador que eventual confirmação da medida cautelar causará nas demais situações em que se invoca a correta aplicação da referida Convenção de Haia, com reflexos nos processos em andamento e nos vindouros.

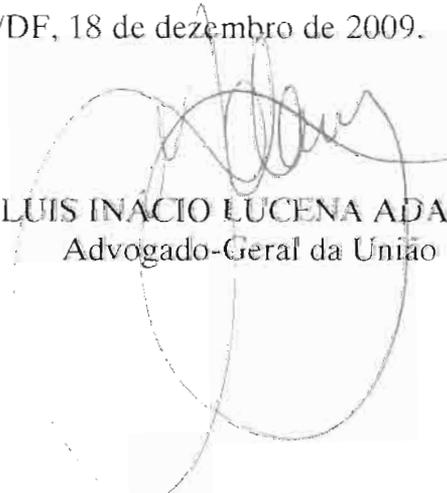
VI. PEDIDO

Ante o exposto, a União requer a **concessão de liminar**, em caráter de urgência, a fim de que sejam suspensos os efeitos da decisão proferida nos autos do HC nº 101.985/RJ — e restabelecida a eficácia do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Apelação Cível nº 2008.51.01.018422-0, do qual resulta a ordem de retorno do menor S.R.G ao convívio de seu pai biológico, mediante apresentação do primeiro ao Consulado americano na cidade do Rio de Janeiro, no prazo de 48 horas.

A União requer, outrossim, a notificação da autoridade tida como coatora, para as devidas as informações.

À causa atribui o valor de 1.000,00 (um mil reais).

Brasília/DF, 18 de dezembro de 2009.



LUIS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União