



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

Processo n.º 2005.51.01.009792-9

AÇÃO ORDINÁRIA DE BUSCA E APREENSÃO

AUTORA: **UNIÃO**
Advogados da União: Dr. Milton Nunes Toledo Junior
Dr. Dílson P. Pinheiro Teles
Dr. Vladimir Bravo Colly

LITISCONSORTE AUTOR: **J.L. (O PAI)**
Advogados: Dr. Paulo Malta Lins e Silva
Dr. João Paulo B. Leal Lins e Silva

RÉ: **I.L.B. (A MÃE)**
Advogados: Dr. Flávio Andrade de Carvalho Britto
Dr. André Rodrigues Cyrino
Dr. Lauro da Gama e Souza Junior

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: **Dr. MAURICIO RIBEIRO MANSO**
Dra. LISIANE C. BRAECHER
Dr. ALEXANDRE RIBEIRO CHAVES

SENTENÇA

RELATÓRIO

Trato de ação condenatória com processo pelo rito comum ordinário, proposta, originariamente, por UNIÃO em face de I.L.B. (A MÃE), ambas qualificadas na fl. 02, com que a autora pede a busca e apreensão do menor L.B.L. (A CRIANÇA), qualificado nas fls. 06/07, para ser posteriormente encaminhado ao Canadá.

Como causa de pedir, a UNIÃO sustenta que, em outubro de 2004, o referido menor foi ilicitamente subtraído à guarda paterna, e trazido ao Brasil, pela ré, uma situação que alega estar tipificada na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças – promulgada, no Brasil, com os Decretos n.º 3.413/2000 e 3.951/2001 –, e que, enseja o retorno do menor ao País de residência habitual, *in casu*, o Canadá.

A petição inicial está instruída com os documentos de fls. 19/132.

Intimado por efeito do despacho de fl. 133, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL manifestou-se, nas fls. 136/139, favoravelmente à antecipação dos efeitos da tutela condenatória postulada.

O provimento antecipatório foi proferido, nos termos de fls. 141/143, mediante decisão em que, também, foi determinada a tramitação do processo sob sigilo de justiça, com fundamento no inciso II do artigo 155 do Código de Processo Civil.

Com a peça de fl. 157, instruída com os documentos de fls. 158/160, o genitor do menor, J.L., postulou ingresso no feito, o que foi deferido, com a decisão de fl. 161, a título de intervenção litisconsorcial voluntária, com fundamento no artigo 54 do Código de Processo Civil.

Na fl. 163, I.L.B. (A MÃE) postulou vista dos autos, para interpor o recurso de agravo contra a decisão antecipatória, cuja cópia está nas fls. 176/205.

O E. Tribunal Regional Federal da Segunda Região atribuiu efeito suspensivo ao mencionado agravo, com a r. decisão de fls. 207/210, da lavra do Exmo. Desembargador Federal Dr. ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO. O recurso foi, afinal, provido, nos termos da r. decisão cujas cópias estão nas fls. 340, 379 e 586/596.

Instruída com os documentos de fls. 241/266, a contestação de I.L.B. (A MÃE) está nas fls. 212/240. A ré excepciona pela ineficácia, no Brasil, da sentença cuja cópia está nas fls. 119/129 – com que a Justiça canadense declara a ilicitude da remoção do referido menor, pela ora ré, para o Brasil –, por ausência de homologação do ato jurisdicional estrangeiro pelo E. Superior Tribunal de Justiça. E, no mérito, bate-se pela improcedência do pedido, ante a suposta inobservância dos requisitos legais para o deferimento da pretensão formulada, a saber: 1. a ausência de violação, pela ré, do direito de guarda paterna, que não estaria mais sendo exercido, efetivamente, pelo Sr. J.L. (O PAI), à época da remoção da criança para o Brasil; 2. a existência de risco para a saúde física e psíquica do menor, se devolvido ao convívio paterno, pelo fato de o Sr. J.L. (O PAI) comportar-se de maneira desregrada e padecer do vício de alcoolismo; 3. a incompatibilidade entre a pretensão deduzida em juízo e os princípios fundamentais do Estado brasileiro, mais precisamente, o da dignidade da pessoa humana – pelo aspecto da proteção integral da criança, inclusive, no que toca ao direito à vida, à educação e a um ambiente familiar sadio –, e o da proporcionalidade dos atos estatais – já que, ao ver da ré, a devolução do menor não serviria, senão, ao atendimento do direito de um pai ausente, notoriamente incapaz de educar e cuidar do filho, e viciado em alcoolismo; e, 4. a necessidade de uma filtragem constitucional das normas da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, já que, na opinião da ré, as vedações dos artigos 16 e 17 do mencionado diploma acarretam ofensa aos princípios constitucionais da proteção integral da criança, da amplitude do acesso à justiça e do respeito à coisa julgada. Com tais argumentos, a ré defende, ainda, a inexistência, *in casu*, das condições legais para a antecipação dos efeitos da tutela.

Com a peça de fl. 268, I.L.B. (A MÃE) postulou a juntada do documento de fls. 269/332 – que denominou de “parecer”, posto seja da lavra de seu próprio advogado (fl. 547) –, e especificou provas.

A réplica da UNIÃO está na fl. 336 – lacônica reiteração dos termos da petição inicial.

Nas fls. 342/349, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL apresentou parecer, com que opina pela superação da questão preliminar formal suscitada pela ré, a abertura de vista ao litisconsorte ativo posterior, para apresentação de réplica, e a remessa do feito à seção de Distribuição, para registro do ingresso do pai do menor, no processo, como litisconsorte autor.

Nas fls. 354/358 e 360/365, J.L. (O PAI) e I.L.B. (A MÃE) requereram a juntada de novos documentos, e na peça de fl. 367, a ré postulou o deferimento de medida cautelar incidente, o que foi indeferido, com a decisão de fl. 368.

A ré apresentou a petição de fls. 390/396, com que sustentou ser incontroversa, nos autos, sua alegação quanto à condição clínica do pai do menor, e postulou a juntada de mais documentos, apresentados às fls. 397/416.

As partes e o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL foram intimados, às fls. 417v., 420, 423 e 426, da audiência de conciliação designada na fl. 386, e cujo termo está nas fls. 430/431.

Em audiência, foi colhida a réplica do litisconsorte autor, juntada nas fls. 433/435, e deferida a suspensão do processo, por sessenta dias (fl. 431), para viabilizar eventual conciliação entre as partes.

Registrado, pela SEADI, o ingresso do litisconsorte autor nos autos (fl. 440v.), as partes requereram, na fl. 441, a dilação do prazo de suspensão do processo, o que foi deferido, com a decisão de fl. 443, por mais quarenta e cinco dias.

As partes esclareceram, porém, que não alcançaram acordo quanto ao objeto da lide (fls. 464/471 e 475).

Nas fls. 484/486, 488, 493, 495 e 498 v., as partes e o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL especificaram provas.

A decisão de saneamento do processo está nas fls. 499/500, no segundo volume.

Com a petição de fls. 520/522, a ré postulou o adiamento da audiência de instrução e julgamento designada na decisão de fls. 499/500, e a expedição de carta rogatória para a intimação do litisconsorte autor, o que foi indeferido, com a decisão de fl. 537, após a manifestação de fls. 537/539, com que a UNIÃO ofereceu, também, rol de testemunhas.

A audiência de instrução e julgamento ocorreu de acordo com o consignado nas assentadas de fls. 553/557 e 673/675, que estão instruídas com os termos de declarações de fls. 558/570 e 676/688, e os documentos de fls. 571/672.

Por efeito da decisão proferida em audiência, as partes apresentaram memoriais, nas fls. cujos números atuais são 675/682, 684/705 e 713/722 (a numeração está incorreta, após a fl. 689, porque a página seguinte recebeu o n.º 670, em lugar de 690).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL apresentou parecer nas fls. 725/734 (atuais), no desempenho de intervenção processual que considera protetiva do interesse do incapaz: opina pelo reconhecimento da improcedência do pedido, com fundamento na norma do artigo 20 da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, combinada com o disposto nos artigos 1º, inciso III, da Constituição da República, e 3º da Lei n.º 8.069/1990. Na visão ministerial, o menor já se encontra integrado ao Brasil e à família materna. Entende, assim, que, o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo aspecto da integral proteção do menor, recomenda, a título de cautela e prudência, que se vislumbre, *in casu*, possível prejuízo ao bem estar do menor, resultante de seu eventual retorno ao Canadá – algo que, ao ver do MINISTÉRIO PÚBLICO, deve ser considerado, quando do julgamento do pedido, a despeito da ilicitude da remoção do menor para o Brasil, já que a criança não pode ser punida pelo erro cometido por sua mãe, ora ré.

Estimados, na atual fl. 735, os honorários da intérprete nomeada para officiar, como auxiliar do juízo, na audiência de instrução e julgamento, os autos vieram à conclusão, para a prolação de sentença.

É o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARMENTE

Como aludido no relatório, a ré excepciona, na peça de contestação, pela ineficácia, no Brasil, da sentença cuja cópia está nas fls. 119/129, por suposta inobservância da norma do artigo 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição da República.

A natureza jurídica da questão é a de objeção preliminar formal de incompetência absoluta da Justiça Federal, para o processo e julgamento do pedido formulado – por cogitar da competência originária do E. Superior Tribunal de Justiça, para a homologação de ato jurisdicional estrangeiro tendente a produzir efeito no território nacional.

E, essa alegação foi objeto da r. decisão de fls. 499/500, da lavra de S. Exa., o Juiz federal Dr. DARIO RIBEIRO MACHADO JUNIOR, que assim se manifestou, acerca do tópico em referência:

“A ação autuada no presente processo tem por fundamento jurídico a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada com o Decreto Presidencial n.º 3.413/2000, cuja incidência, no âmbito dos países signatários do referido tratado, independe de anterior decisão jurisdicional referente à situação do menor subtraído de seu domicílio originário. Assim, e tendo em vista que o pedido não guarda relação alguma com efetivação de sentença estrangeira, rejeito, data venia, a preliminar formal de incompetência absoluta da Justiça Federal, suscitada no item 4 de fls. 220/223.”

Com efeito, o contexto da demanda em exame é o da cooperação judiciária internacional, que não se exprime, apenas, mediante o cumprimento de cartas rogatórias, ou de atos jurisdicionais estrangeiros, após o referendo do Superior Tribunal.

Esses são institutos de cooperação judiciária internacional indireta – que se caracteriza pela atribuição de eficácia a um ato jurisdicional estrangeiro no território nacional.

Ela não exclui, porém, a possibilidade de cooperação judiciária internacional direta. De previsão cada vez mais freqüente, em tratados ou convenções internacionais de natureza contratual, essa última modalidade de cooperação jurídica tem por característica a adoção, pelo país signatário, de iniciativas no âmbito de seu próprio território – como a propositura de ações judiciais –, tendentes a efetivar obrigações assumidas com outros países – e dispensada, por isso, a existência de ato jurisdicional estrangeiro prévio.

Essa é, justamente, a modalidade de cooperação judiciária em exame, resultante da disciplina da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, promulgada, no Brasil, com o Decreto Presidencial n.º 3.413/2000.

É elucidativa a exposição da eminente Professora Nádia de Araujo, a respeito do tema:

“O Direito Internacional Privado sempre foi considerado o *locus* adequado para tratar do tema da cooperação interjurisdicional, ou cooperação jurídica internacional. Significa, em sentido amplo, o

intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes (...) de um Estado estrangeiro. Presentemente, observa-se maior cooperação jurídica entre entes administrativos, mediante uma nova modalidade de cooperação, a assistência direta ou auxílio direto. (...) novidade cada dia mais freqüente é a utilização de autoridades centrais, uma criação da Conferência de Haia para o Direito Internacional Privado, que se espalhou pelas convenções mais modernas e procura assegurar que o intercâmbio se faça de maneira rápida. (...) No âmbito do direito de família, há dois exemplos marcantes dessa nova modalidade de cooperação: o primeiro resulta da Convenção de Nova York sobre execução e reconhecimento de obrigações alimentares. Nesse caso, a autoridade central é o Ministério Público Federal, e os pedidos vindos do exterior são a ele endereçados. Em seguida, o pedido de alimentos, promovido pelo MPF, é feito diretamente a um juiz federal. O segundo exemplo, é a convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. O pedido do exterior é enviado à autoridade central, que poderá dar início a um procedimento requerendo a volta do menor, também diretamente ao juiz federal do local onde este se encontra. Em ambos os pedidos, o requerimento é feito de forma direta, ao juiz local, pela autoridade central encarregada da Convenção no Brasil." (Araujo, Nadia. Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 265-271).

Considero oportuno, também, apresentar os esclarecimentos acerca do assunto, prestados pela Dra. Maria Rosa Guimarães Loula, ex-Coordenadora de Tratados e Foros, no Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, e pela Dra. Susan Kleebank, Chefe da Divisão Jurídica do Itamaraty:

"A 'assistência direta' é um novo mecanismo de cooperação jurídica internacional que não se confunde com a carta rogatória e nem com a homologação de sentença estrangeira. Trata-se de um procedimento inteiramente nacional, que começa com uma solicitação de ente estrangeiro para que um juiz nacional conheça de seu pedido como se o procedimento fosse interno. Ou seja, a autoridade ou parte estrangeira fornece os elementos de prova para a autoridade central que encaminha o caso para o MPF (penal) ou AGU (civil) propor a demanda desde o início. Por isso a assistência direta difere da carta rogatória. (...) A assistência direta começou nos países de Common Law (...). Este procedimento está bem descrito no acordo bilateral BR-EUA e no Protocolo de São Luís, Mercosul". (Loula, Maria R. G. apud Araujo, Nadia. Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 270).

"À primeira vista, o conceito da cooperação judiciária parece simples: são procedimentos para que a Justiça de um país solicite auxílio da Justiça de outro para medidas necessárias ao encaminhamento de processo sob sua jurisdição. Na cooperação judiciária não há, por definição, conflito de jurisdição. Há contatos entre as Justiças de dois Estados soberanos, que são regulados por normas de Direito Internacional Público (acordos, convenções, leis domésticas) e que

são referentes ao processo, e não ao mérito ou substância dos casos tratados. Mas esses conceitos podem encobrir matizes: (1) no caso instituto da extradição, por exemplo, Gilda Russomano observa que há autores que colocam o tema na esfera do Direito Internacional Privado; (2) outro matiz: geralmente, a cooperação judiciária ocorre por meio do contato entre Justiças, intermediado pelo Executivo, mas é possível que seus pólos sejam Autoridades Centrais do Poder Executivo previstas em instrumento internacional (...)." (Kleebank, Susan. Cooperação judiciária por via diplomática, in Seminário cooperação judiciária internacional. São Paulo: AJUFE e ANPR, 2001, p. 64).

A iniciativa da UNIÃO, deduzida no presente processo, trata, pois, de **cooperação jurídica internacional direta**, situação diversa da hipótese de incidência da norma da alínea *i* do inciso I do artigo 105 da Constituição da República.

Não há notícia, nos autos, de interposição de recurso contra a mencionada decisão interlocutória, proferida nas fls. 499/500.

Assim, preclusa a objeção formal analisada, passo, diretamente, ao exame do mérito da causa.

MÉRITO

A SUBTRAÇÃO DO MENOR L.B.L. (A CRIANÇA)

Como referido no relatório, a UNIÃO sustenta que, em outubro de 2004, o menor L.B.L. (A CRIANÇA) teria sido ilicitamente subtraído à guarda paterna, e trazido ao Brasil, por sua mãe, ora ré, em infração à norma estabelecida com o artigo 3º da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças.

Pelo que dispõe a aludida norma, a caracterização da ilicitude da transferência do menor para outro País implica a demonstração da existência de um direito de guarda efetivamente exercido pelo genitor que tiver permanecido no país da residência habitual da criança.

Para facilitar a compreensão das razões do presente julgado, transcrevo, com a devida vênia, a norma em exame:

"Artigo 3º

A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado".

Ora, pela análise das evidências produzidas no feito, verifico que estão presentes, no episódio sob julgamento, todos os elementos legais apontados, para a tipificação da conduta da ora ré aos termos dessa norma.

Em primeiro lugar, é incontroverso, nos autos, que o país de residência habitual do menor, no período imediatamente anterior à sua transferência para o Brasil, era o Canadá. As declarações colhidas na audiência de instrução e julgamento (fls. 558/570 e 673/688) e as peças técnicas apresentadas no feito (fls. 02/17, 212/240, 336, 433/435 e as atuais fls. 675/682, 684/705 e 713/722) são uníssonas em admiti-lo.

Reconheço, igualmente, que J.L. (O PAI) é co-titular do direito de guarda de seu filho, L.B.L. (A CRIANÇA), compreendido na acepção estabelecida com a alínea a) do artigo 5º da Convenção.

Renovadas as vênias pela transcrição, eis seu teor:

Artigo 5º

Nos termos da presente Convenção:

- a) o 'direito de guarda' compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir o lugar da sua residência;
(...).

Por ser fruto de uma disciplina jurídica de Direito Internacional Privado – resultante, pois, de um consenso mínimo extraído da enorme diversidade cultural verificada entre os vários Estados soberanos signatários da Convenção –, não seria razoável exigir que a norma em epígrafe atribuísse ao direito de guarda o significado que lhe é conferido, usualmente, pelo Direito positivo brasileiro.

Deveras, para os efeitos da Convenção, a situação jurídica que permite a seu titular decidir, entre outros aspectos, quanto à residência da criança é havida como direito de guarda.

E, a evidência de que o Sr. J.L. (O PAI) é co-titular desse direito está produzida, *in casu*, não apenas, pelos claros termos do ato jurisdicional canadense, cuja tradução está nas fls. 119/129 – decisão que, enfatizo, é mero elemento de prova documental, para a formação do convencimento que ora manifesto. Essa afirmação resulta, também, do teor das declarações colhidas em audiência, especialmente, aquelas prestadas pela própria ré.

A Sra. I.L.B. (A MÃE) admite, expressamente, ter recebido autorização do ora litisconsorte posterior para levar L.B.L. (A CRIANÇA) em viagem para os Estados Unidos da América do Norte:

"(...) a depoente pediu duas autorizações a J.L. (O PAI) para viajar com L.B.L. (A CRIANÇA) aos Estados Unidos; a primeira foi em setembro de 2004, mês em que os pais da depoente foram ao Canadá; nessa primeira ocasião, a depoente, seus pais e L.B.L. (A CRIANÇA) foram a Boston e retornaram ao Canadá; a segunda autorização foi pedida em outubro daquele mesmo ano, depois de os pais da declarante terem voltado para o Brasil; essa segunda autorização foi também por prazo determinado" (fl. 565); "(...) a depoente não requereu a autorização de J.L. (O PAI) para que L.B.L. (A CRIANÇA) viesse para o Brasil, em companhia da declarante, porque receava que J.L. (O PAI) não o permitisse" (fl. 569).

Ora, essa declaração é absolutamente incompatível com a tese da defesa, fundada na alínea a) do artigo 13 da Convenção, de que não teria havido violação, pela ré, do direito de guarda paterna, que não estaria mais sendo exercido, efetivamente, pelo ora litisconsorte autor, à época da subtração da criança.

Se o direito paterno de guarda não existisse, ou se não mais fosse exercitado pelo Sr. J.L. (O PAI), as solicitações de autorização paterna para as viagens do menor não fariam sentido algum.

Como lembra o eminente Professor Jacob Dolinger, “o direito de veto (de saída do país), que é garantido mediante pedido de retorno da criança ao país de sua residência habitual (...) é considerado como um aspecto do exercício de posse e guarda sobre a criança, o que, efetivamente, tem sido consagrado pela jurisprudência (...).” (Dolinger, J. Direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 247-248).

Convenho, assim, com que o Sr. J.L. (O PAI) é co-titular e efetivamente exercia o direito de guarda de seu filho, L.B.L. (A CRIANÇA), quando este foi removido, por iniciativa da ré, para o Brasil.

A ALEGAÇÃO DE QUE A DEVOLUÇÃO DO MENOR AO CANADÁ TRAZ RISCO PARA A SAÚDE FÍSICA E PSÍQUICA DO MENOR

Na peça de contestação, a ré sustenta que a eventual devolução de L.B.L. (A CRIANÇA) ao convívio paterno implica a existência de risco para a saúde física e psíquica do menor, pelo fato de o Sr. J.L. (O PAI) comportar-se de maneira desregrada e padecer do vício de alcoolismo.

Com esse argumento, a ré busca utilizar-se da segunda objeção material prevista no artigo 13 da Convenção, no esforço de justificar a subtração de L.B.L. (A CRIANÇA) à guarda paterna.

Sempre com o propósito de facilitar a compreensão das razões do presente julgado, transcrevo, rogata venia, o dispositivo legal mencionado:

“Artigo 13

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

(...)

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 norma em exame trata de uma das exceções à regra da imediata devolução do menor subtraído – contida nos artigos 1º, 11 e 12 da Convenção –, pelo que, deve ser interpretada em sentido estrito. Isso é intuitivo, mesmo, já que, a solução contrária implicaria transformar a exceção em regra, com plena subversão do sistema, e integral frustração da finalidade jurídica por ele tutelada.

Assim, e atento, também, à necessidade de discernir a norma no contexto jurídico em que se apresenta – um imperativo de interpretação sistemática –, cumpro-me perquirir o verdadeiro sentido da eximente sob análise, no âmbito de um diploma que disciplina a remoção internacional de menores.

Em outras palavras: O que significa, verdadeiramente, a situação de grave risco para a saúde física e psíquica do menor, que levou os Estados soberanos signatários da Convenção a admitir, excepcionalmente, a legitimidade da transferência internacional de uma criança?

A resposta é uma só: há de ser uma situação de enorme gravidade, ao ponto de a respectiva solução não poder ser alcançada com uso dos meios ordinários – jurisdicionais – de solução de conflitos!

O contrário implicaria admitir que países como Brasil, Canadá, Estados Unidos, França, Israel, Inglaterra, Japão – todos os signatários da Convenção – legitimassem o êxodo internacional de suas crianças, em situações como a de consumo de drogas, prática de crime, ou mesmo, de prolongado desemprego, que envolvessem um ou ambos os genitores!

Afinal, não é grave que o pai de uma criança cometa um crime, tenha conduta desregrada, ou que padeça de alcoolismo?

Mas, isso autoriza que, em vez de fazer uso dos meios jurisdicionais adequados para a solução do conflito, a mãe transfira essa criança para outro País – que suma e reapareça com o menor no outro hemisfério do planeta?!?

Não. Absolutamente não!

A exceção não pode ser banalizada.

A hipótese de incidência da norma em exame é outra.

Como dito, ela legitima a transferência de uma criança para outro país, apenas, nas situações em que os meios jurídicos ordinários locais não possam ser empregados para resolver o impasse – tais como, conflagrações armadas, epidemias, desastres naturais, ou ainda, nos casos de práticas tradicionais atentatórias contra a dignidade da pessoa humana, como ocorre, por exemplo, em locais que admitem a circuncisão feminina, um procedimento degradante, que, ademais, põe em risco a saúde da paciente.

Felizmente, a situação de L.B.L. (A CRIANÇA) nem sequer se aproxima daquela disciplinada pela alínea b) do artigo 13 da Convenção!

São vários os motivos por que o afirmo:

Em primeiro lugar, não está provado, nos autos, que o litisconsorte autor padeça do vício que lhe é imputado pela ré.

Alcoolismo é uma patologia clínica, marcada por uma dependência química, pelo que, sua demonstração, no processo, não se alcança mediante a produção de prova oral ou documental, como proposto pela ré.

As declarações gravadas no DVD apresentado com a petição de fls. 390/396 – exibido na audiência cujo termo está nas fls. 553/557 –, bem como, aquelas documentadas nas cópias de mensagens eletrônicas de fls. 397/415, foram prestadas por pessoas sem formação técnica para o diagnóstico da aludida enfermidade. Esse é o caso, por exemplo, da Sra. A.S.M.L. e da Sra. E.L. – respectivamente, mãe e irmã do litisconsorte autor –, que, autoras de algumas daquelas declarações, delas se retrataram, nos depoimentos prestados em audiência (fls. 676/684).

E, há documento, nos autos, da lavra de profissional capacitado em Medicina, que atesta a inexistência de objeção médica ao exercício da capacidade parental, pelo pai de L.B.L. (A CRIANÇA), o Sr. J.L. (O PAI), cujo consumo de álcool foi considerado normal, em exame médico preliminar (fls. 571/572 e 575/576).

Em segundo lugar, não há prova, no feito, tampouco, de que o litisconsorte autor tenha conduta social desregrada.

Muito ao revés, há evidências documentais, no processo, de que o Sr. J.L. (O PAI) tem boa conduta e bons antecedentes sociais (fls. 578/582), e trabalha como Diretor da Carteira de Títulos de Investissement Québec, desde 6 de abril de

1999, função que exerce com assiduidade e dentro das expectativas da Direção da empresa (fl. 577).

O exercício de atividade laboral, pelo Sr. J.L. (O PAI), foi admitido, aliás, pela própria ré – muito embora, ela tenha demonstrado certa reserva quanto ao horário de trabalho do pai de L.B.L. (A CRIANÇA), que ela considera “muito flexível”... (fl. 566).

E, a eventual veracidade, por sua vez, da alegação da mãe de L.B.L. (A CRIANÇA), quanto à existência de um relacionamento extraconjugal do Sr. J.L. (O PAI) com uma senhora de nome E. (fls. 563/564), acarretaria o reconhecimento de um fato – de resto, não evidenciado – que, apesar de reprovável, não é tratado, juridicamente, como sintoma de comportamento social desregrado, para os fins previstos na alínea b) do artigo 13 da Convenção.

Posso, porém, dar um passo adiante, e imaginar – já que não é esse o caso – que os autos contivessem prova da veracidade das alegações da ré – isto é, que o Sr. J.L. (O PAI) fosse, mesmo, uma pessoa dada ao alcoolismo, ausente do núcleo familiar e de conduta social desregrada.

Seria isso motivo para a imediata e abrupta subtração de L.B.L. (A CRIANÇA), do Canadá para o Brasil, por iniciativa da ré? Não seria a hipótese de a ré propor, em juízo, ainda no Canadá, a medida jurisdicional cabível – até, talvez, o deferimento da custódia exclusiva de L.B.L. (A CRIANÇA)! –, para, somente após, conforme o caso, transferir-se com a criança, legitimamente, para o Brasil?

E, há mais.

A própria ré declarou, em audiência, que, quando viajou com L.B.L. (A CRIANÇA) para o Brasil, não tinha o propósito de deixar de residir no Canadá.

Vale conferir:

“em setembro de 2004, já ocorrida a separação, a depoente começou a trabalhar na primeira maior empresa de Québec e terceira do Canadá, no ramo de arquitetura, o que foi motivo de muito orgulho para a depoente; naquele mesmo mês, os pais da depoente foram ao Canadá para dar apoio e lá permaneceram por trinta dias” (fl. 564); “a depoente pediu duas autorizações a J.L. (O PAI) para viajar com L.B.L. (A CRIANÇA) aos Estados Unidos; a primeira foi em setembro de 2004, mês em que os pais da depoente foram ao Canadá; (...) a segunda autorização foi pedida em outubro daquele mesmo ano, depois de os pais da declarante terem voltado para o Brasil; essa segunda autorização foi também por prazo determinado; quando pediu essa segunda autorização, a depoente ainda não havia decidido voltar para o Brasil; essa decisão ocorreu apenas na véspera da viagem, uma sexta-feira; a depoente viajou para os Estados Unidos num sábado e, no mesmo dia, a declarante viajou com L.B.L. (A CRIANÇA) para o Brasil; (...) nesse momento, o que a depoente queria era estar com os pais dela; na ocasião, a depoente ainda tinha esperança de que pudesse reatar a relação com J.L. (O PAI) e voltar para o Canadá; ocorre que a reação de J.L. (O PAI) foi inteiramente diversa do esperado; a declarante pensou que J.L. (O PAI) fosse querer dialogar e procurar novamente a família; J.L. (O PAI), porém, telefonou para a depoente acusando-a de seqüestrar L.B.L. (A CRIANÇA); J.L. (O PAI) fez a polícia ir à residência da irmã mais nova da declarante (...), acusou toda a família da declarante de ser cúmplice de seqüestro e afirmou que levaria essa acusação até o fim; no telefonema, J.L. (O PAI) disse à declarante que havia contratado dois

advogados e que havia ativado a polícia para tomar conta do caso e tudo isso fez a depoente concluir que não havia mais condição de voltar para o Canadá” (fls. 565/566); “a depoente reitera que, quando veio para o Brasil, ainda tinha esperança de que sua família com J.L. (O PAI) e L.B.L. (A CRIANÇA) se restabelecesse no Canadá” (fl. 568); a depoente não propôs ação judicial no Canadá, quando ainda se encontrava naquele país, porque ainda esperava que a relação com J.L. (O PAI) se restabelecesse” (fl. 569) (grifei).

A mesma informação foi prestada, em audiência, pelo cunhado da Sra. I.L.B. (A MÃE), o Sr. S.L., que conduziu a ré e L.B.L. (A CRIANÇA) ao aeroporto, quando da subtração do menor para o Brasil:

“foi o declarante que conduziu I.L.B. (A MÃE) ao aeroporto; nesse momento, I.L.B. (A MÃE) informou ao depoente que desejava voltar ao Brasil apenas por um prazo determinado, mas que queria retornar ao Canadá; I.L.B. (A MÃE) estava muito deprimida com a situação da separação e foi isso que motivou a viagem ao Brasil; o depoente e sua esposa vieram para o Brasil em 2005, com o propósito de aqui permanecer; foi apenas muito tempo depois de I.L.B. (A MÃE) ter voltado para o Brasil, que o depoente soube que a Ré tinha intenção de aqui permanecer” (fl. 685) (grifei).

Ora, as explícitas declarações prestadas, em audiência, pela Sra. I.L.B. (A MÃE) e pelo Sr. S.L. (O CUNHADO), de que a ré não tinha o propósito de deixar a residência familiar no Canadá, por ocasião da viagem – já que, muito ao contrário, a ré desejava restabelecer os laços conjugais e familiares com o pai de L.B.L. (A CRIANÇA) –, são absolutamente incompatíveis com a alegação da defesa, quanto à existência de uma “situação intolerável”, fator de “grave risco” para a saúde física ou psíquica de L.B.L. (A CRIANÇA), que teria motivado a intempestiva remoção da criança para o Brasil!

Na verdade, a suposta “situação intolerável” surgiu, apenas, após a viagem, depois que a ré e o litisconsorte autor conversaram ao telefone – quando a Sra. I.L.B. (A MÃE) se deparou com a reação do Sr. J.L. (O PAI), inteiramente diversa do que ela esperava.

Pelo que extraio das declarações colhidas em audiência – especialmente, aquelas prestadas pelos pais de L.B.L. (A CRIANÇA) (fls. 558/570) –, verifico que a viagem da criança para o Brasil não foi um remédio desesperado, para retirar o menor de uma situação de grave risco. Foi um desastrado instrumento de pressão, equivocadamente utilizado pela ré, para forçar o pai de L.B.L. (A CRIANÇA) a modificar um comportamento conjugal que incomodava a ré, e que, talvez, levasse à separação do casal. E, o erro é tanto mais desastroso, porque, implicou jogar com a vida de uma criança, como cartas ou dados em um tabuleiro.

Em vista das evidências colhidas no feito, considero *muito provável* que a Sra. I.L.B. (A MÃE) ainda ame o Sr. J.L. (O PAI) – mas que se ressinta, também, de uma possível ausência de um compromisso efetivo do pai de L.B.L. (A CRIANÇA), com a manutenção e o desenvolvimento daquele pequeno e precioso núcleo familiar composto pelo casal e seu rebento.

E, é *possível*, também, que, depois de anos de luta para reaver o filho, enfrentando o obstáculo da distância e o sofrimento – inclusive de seus pais – para restabelecer a relação com L.B.L. (A CRIANÇA), abruptamente interrompida pela desastrada conduta da ré, noticiada na peça de demanda, o Sr. J.L. (O PAI) tenha

passado a reconhecer o valor dos laços familiares, que sobrepujam, largamente, as efêmeras vantagens da alardeada liberdade de solteiro – e, assim, esteja pronto para assumir o necessário compromisso com aquele mesmo e precioso núcleo familiar.

O que sobressai, porém, das evidências produzidas dos autos – muito além do simplesmente *provável*, ou do meramente *possível* –, é a absoluta inexistência, *in casu*, de qualquer das situações tipificadas, no artigo 13 da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, como eximentes da efetiva ilicitude da remoção de L.B.L. (A CRIANÇA), do Canadá para o Brasil.

A ALEGAÇÃO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO BRASILEIRO – A SUPOSTA NECESSIDADE DE FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DA CONVENÇÃO

Como exposto, no relatório, a ré se bate, na contestação, pelo reconhecimento do contraste entre a pretensão formulada na peça da demanda e alguns princípios constitucionais que fundamentam o Estado brasileiro – mais precisamente, o da dignidade da pessoa humana, pelo aspecto da proteção integral da criança; o da proporcionalidade dos atos estatais; o do amplo acesso à justiça; e, por fim, o do respeito à coisa julgada. Com base nesses dois últimos princípios, a ré excepciona, inclusive, pela inconstitucionalidade das vedações constantes dos artigos 16 e 17 da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças.

Essa tese de defesa busca a incidência da norma do artigo 20 do referido diploma legal, e encontra eco no parecer do eminente Procurador da República Dr. ALEXANDRE RIBEIRO CHAVES (atuais fls. 725/734), para quem o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo aspecto da integral proteção do menor, recomenda, *in casu*, o indeferimento do pedido inicial, a título de cautela e prudência, ante o possível prejuízo ao bem estar do menor, resultante do pretendido retorno ao Canadá – o que entende deva ser considerado, apesar da ilicitude da subtração de L.B.L. (A CRIANÇA) para o Brasil, cometida pela ré.

Ocorre que, a prevalecer o entendimento da defesa, endossado pelo duto órgão ministerial, não haveria espaço, no Brasil, para a aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças.

As alegações em exame são desenvolvidas de maneira tão genérica, que não me causa surpresa que a parte ré tenha questionado a constitucionalidade de algumas normas do mencionado diploma legal!

Ocorre que, as idéias essenciais que fundamentam o Estado brasileiro são comandos destinados a presidir a realidade jurídica cotidiana no País. Não podem ser tratadas como meras abstrações. O raciocínio quanto aos princípios constitucionais do Estado brasileiro deve pautar-se pelo imperativo de garantir a máxima densidade concreta do princípio em cada situação examinada.

Na situação sob julgamento, isso significa indagar o seguinte: Incontroverso que era no Canadá a residência habitual da criança, quando de sua ilícita remoção para o Brasil, e inexistente qualquer situação intolerável, ou de grave risco para a saúde física ou psíquica do menor, naquele país, qual o atentado ao princípio da dignidade humana resultante do eventual deferimento do pedido?

Atentaria contra a proteção de L.B.L. (A CRIANÇA) permitir que ele retorne ao país de residência habitual, onde se encontram seus familiares paternos,

tão-somente para que sua situação jurídica seja decidida pelo juiz natural, competente na forma da lei, em um processo regular?!?

E, que não se afirme que o risco resultaria da ausência dos familiares maternos! – a uma, porque, no Brasil, L.B.L. (A CRIANÇA) se resente da ausência dos familiares paternos, que não são menos importantes do que aqueles; a duas, porque a decisão de estabelecer o núcleo familiar de L.B.L. (A CRIANÇA) no Canadá, a certa distância física dos familiares maternos, foi tomada pela própria ré, em conjunto com o pai de L.B.L. (A CRIANÇA); e, a três, porque, o retorno ao Canadá não implica uma situação definitiva, já que, como dito, viabiliza, apenas, o julgamento da situação jurídica de L.B.L. (A CRIANÇA) por seu juiz natural.

Ser-me-ia possível obter que, admitir o retorno de L.B.L. (A CRIANÇA) para o Canadá, apenas para que, julgada a questão pelo juízo local – pelo juiz natural! –, conforme o caso, a criança volte com sua mãe para o Brasil, seria submeter L.B.L. (A CRIANÇA) a um indevido vai-e-vem.

Ocorre que, por vontade de seus próprios pais, L.B.L. (A CRIANÇA) é uma criança de duas culturas diferentes, separadas por distância transcontinental. Os elementos sociais e de nacionalidade, tanto brasileiros, quanto canadenses, integram a situação jurídica mínima de L.B.L. (A CRIANÇA) – compõem seu estatuto pessoal. São elementos inalienáveis da personalidade dessa criança, cuja preservação implica o ônus de transitar, periodicamente, entre dois países – pelo menos, até que L.B.L. (A CRIANÇA) opte, se for o caso, por uma de suas nacionalidades. E, a viabilidade dessa eventual escolha depende do efetivo conhecimento das alternativas propostas.

Impedir o contato de L.B.L. (A CRIANÇA) com ambas as vertentes de suas raízes culturais e nacionais é minar, portanto, um direito fundamental dessa criança – sua própria identidade! –, cujo exercício é assegurado, inclusive, na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança – adotada, no Brasil, com o Decreto Presidencial n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990:

“Artigo 8º

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

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

E, lembro, também, que, o objeto do julgamento, nos presentes autos, não é, diretamente, o exame da situação jurídica material de L.B.L. (A CRIANÇA), e sim, o pedido formulado com a peça da demanda, de tornar possível o exame da situação jurídica da criança, por seu juiz natural, o de sua residência habitual – in casu, o juiz canadense.

A ré e o eminente órgão ministerial sustentam, ademais, que o retorno de L.B.L. (A CRIANÇA) ao Canadá pode ocasionar um prejuízo para a criança, que já pode estar ambientada no Brasil.

Cabe hesitar, porém, na escolha entre um prejuízo *atual* – resultante da ilícita subtração de L.B.L. (A CRIANÇA) à família paterna e à residência habitual – e um prejuízo, apenas, *possível* – ainda mais, quando o dano receado pode ser inteiramente prevenido com o simples expediente de garantir a presença da mãe, se quiser acompanhar o retorno da criança?!?

A ré não se ressentida de maior dificuldade em retornar ao Canadá, por breve período de tempo. Ela mesma o declara, na proposta de “acordo”, apresentada nas fls. 466/471 (itens 3.2 e 3.3).

Essa solução privilegia o imperativo de proteção da criança – que é devolvida, com segurança, à sua residência habitual, para posterior decisão acerca de sua situação jurídica, a ser tomada pelo juízo competente: Proporciona a L.B.L. (A CRIANÇA) algo bem melhor do que ele já recebeu, quando foi abruptamente subtraído de seu meio e do contato com seus familiares paternos.

E, o que é melhor, não padece da incoerência, data venia, de admitir a inobservância de um princípio por efeito da incidência de outro.

Explico. Os princípios gerais de Direito são as idéias fundamentais que sustentam e solidarizam as normas jurídicas entre si. Permitem, assim, a existência e o funcionamento do sistema jurídico. Por definição, um sistema não é a mera soma de unidades dispersas. É uma só unidade complexa, orgânica, resultante da interação de seus componentes.

Como admitir, então, que um dos princípios de um mesmo sistema seja incompatível com a incidência de outro?!? Isso equivaleria a admitir a antinomia interna do próprio sistema – fator determinante da inexorável destruição do todo, que não subsistiria organicamente.

Há, na doutrina e na jurisprudência, respeitáveis opiniões que admitem esse conflito. E, propõem soluções – que implicam, geralmente, o emprego de uma ponderação de interesses – que viabilizem a permanência e a funcionalidade do sistema.

Ocorre que, renovadas as vênias, tais opiniões trazem um equívoco de premissa. Se o todo é uma unidade sistêmica, orgânica, a solução eleita há de resultar desse mesmo todo – e, por isso, também de seus princípios, todos eles.

Princípios como os de ponderação de interesses, especialidade e subsidiariedade tratam, na verdade, de técnicas de conciliação de idéias fundamentais – propõem maneiras de interação dos elementos do sistema. Tais princípios interativos são, eles também, fundamentos do todo – vigas entre os pilares de um prédio –, e permitem a conclusão de que, o conflito entre princípios é, sempre, aparente, jamais efetivo.

Esse é o axioma inelutável proposto pela idéia de sistema, que abomina a incoerência.

Como admitir, então, que o princípio da integral proteção da criança pudesse contrariar o postulado, igualmente jurídico, da proibição de auferir vantagem da própria torpeza (fl. 734)?!?

Como concordar com a necessidade de que L.B.L. (A CRIANÇA) tenha acesso a um ambiente familiar, escolar e social saudável – em companhia dos tios, e dos primos e colegas de mesma faixa etária do menor (fls. 566/567, 663/672 e 688), na “confortável casa dos avós, (...) com (...) babá, brinquedos e tudo o mais que uma criança de classe média brasileira precisa” (fl. 671) –, e, em nome do atendimento desse propósito, convir com uma situação em que L.B.L. (A CRIANÇA) seja retirado, abruptamente, de sua residência habitual, e sonogado ao convívio com seu pai e os respectivos parentes, sem que, antes, haja julgamento da questão pelo juiz natural?!?

Saliento, a propósito, que L.B.L. (A CRIANÇA) já manifesta, claramente, a falta que sente do convívio com seu pai:

“nas duas ocasiões em que o depoente esteve no Brasil, ele teve oportunidade de avistar-se com L.B.L. (A CRIANÇA) pessoalmente; L.B.L. (A CRIANÇA) pareceu uma criança feliz, brincando, alegre, mas

ficou nítido para o depoente que L.B.L. (A CRIANÇA) sente falta do pai, o que o declarante notou por vários gestos da criança sempre procurando imitar tudo o que o depoente fazia, como por exemplo, colocando uma faixa na cabeça, para jogar tênis, ou mergulhando, exatamente da maneira e nos momentos em que o pai fazia isso” (fl. 561) (grifei).

Devo ter essa declaração em conta de mentira, apenas porque prestada pelo litisconsorte autor?!? Má-fé não se presume, pelo que, as afirmações do Sr. J.L. (O PAI) merecem o mesmo crédito que dedico ao depoimento prestado pela Sra. I.L.B. (A MÃE), ora ré – até porque, no ponto em destaque, a assertiva do litisconsorte autor está em sintonia com o contexto probatório produzido nos autos, bem como, com as regras da experiência comum, resultantes do que ordinariamente acontece, nas situações em que uma criança é abruptamente afastada de seu pai (artigo 335 do Código de Processo Civil).

E, afinal, qual é o interesse superior da criança? A resposta não admite tergiversação: é o de manter contato com **ambos** os pais. E, a maneira pela qual isso deve ser efetivado há de ser decidida pelo juiz natural – *in casu*, o juiz canadense.

Acentuo que não há incompatibilidade alguma entre a medida cogitada – de garantir o acompanhamento de L.B.L. (A CRIANÇA) por sua mãe, ora ré, quando do retorno da criança ao Canadá – e a natureza da pretensão deduzida em juízo. É o que observa o eminente Professor Jacob Dolinger:

“ (...) se o seqüestrador foi o pai ou a mãe que tinha a guarda da criança anteriormente, concebe-se enviar a criança de volta ao país donde foi retirada, sob os cuidados deste genitor. Isto, naturalmente, para garantir o acesso do outro genitor à criança.” (Dolinger, J. Direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 255).

E, que não se argumente com a inviabilidade jurídica de compelir a mãe de L.B.L. (A CRIANÇA) a acompanhar o retorno do filho ao Canadá, porque, em nenhum momento afirmei a existência, *in casu*, do dever jurídico materno de fazê-lo. Assevero, tão-somente, que, grande parte daquilo que a defesa da ré alega, no processo, para impedir a medida judicial postulada, é a possibilidade de um dano cuja prevenção é viável, sem prejuízo do deferimento do pedido – já que não depende de providência do juízo, e sim, de um mero gesto da mãe da criança.

Em outras palavras: sustentar que o retorno de L.B.L. (A CRIANÇA) ao Canadá pode acarretar um dano psicológico à criança é querer atribuir a outrem – à UNIÃO, ao pai de L.B.L. (A CRIANÇA) ou à Justiça – uma responsabilidade, de todo inexistente, pela eventual ocorrência de um prejuízo cuja prevenção está ao alcance **exclusivo e potestativo** da própria ré.

Isso, sim, é condenado pelo Direito – que proíbe a obtenção de vantagem resultante da própria torpeza –, e atenta contra a efetividade da Justiça, cuja plenitude de acesso é expressamente garantida no texto constitucional (artigo 5º, inciso XXXV).

Saliento, ademais, que a norma do artigo 12 da Convenção inibe, claramente, a eficácia do argumento acerca da ambientação da criança ao novo

meio, na situação em que tenha decorrido lapso menor que um ano entre a data da ocorrência ilícita – a subtração ou a retenção indevidas do menor – e a formulação do pleito de providência administrativa ou judicial para o imediato retorno do infante.

Renovo a solicitação de vênia para efetuar a transcrição da mencionada norma, que considero oportuna:

“Artigo 12

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança” (grifei).

Essa é, precisamente, a situação deduzida nos autos: A subtração de L.B.L. (A CRIANÇA) ocorreu em outubro de 2004 (fl. 565), e, **no mês seguinte** (fls. 32/65), a Autoridade Central **brasileira** já havia recebido a solicitação do ora litisconsorte autor, para a adoção das providências legais cabíveis, tendentes à devolução de seu filho ao Canadá. Proposta em 25 de maio de 2005 (fl. 02), a ação autuada no presente feito foi intentada, também, dentro do referido prazo legal.

Assim, por vários que sejam os motivos de o presente julgamento ocorrer, apenas, dois anos e cinco meses após a indevida remoção de L.B.L. (A CRIANÇA) – inclusive, pelo insucesso da tentativa de conciliação das partes, promovida na longa audiência ocorrida, em 30 de março de 2006 (fls. 430/431), após a suspensão dos efeitos do provimento antecipatório proferido em 13 de junho de 2005 (fls. 141/143) –, a delonga verificada não pode ser atribuída à responsabilidade do Sr. J.L. (O PAI), ora litisconsorte autor.

Isso me parece ainda mais absurdo, quando lembro que as possíveis conseqüências da aludida responsabilidade seriam suportadas, diretamente, pela própria criança – como visto, ilicitamente subtraída ao convívio paterno, já que a situação de L.B.L. (A CRIANÇA) não foi submetida ao exame de seu juiz natural.

Daí a solução apresentada pela segunda parte da norma legal acima transcrita, que permite o deferimento do pedido de devolução da criança, ainda que tenha decorrido prazo superior a um ano entre a subtração e a provocação das medidas para o retorno do menor à sua residência habitual.

Esse, porém, não é o caso dos autos, cuja disciplina, como dito, é a da primeira parte do mencionado artigo 12.

Em sistema com as regras dos artigos 16 e 17 da Convenção, a norma estabelece uma hipótese de **autolimitação** da soberania do Estado signatário requerido – aquele para onde o menor é ilicitamente removido –, que, em atenção a princípios de Direito, tais como, os do interesse superior da criança, da proximidade, da reciprocidade e da cooperação internacional, reconhece, espontaneamente, a incompetência de sua Jurisdição para o processo e julgamento

da situação jurídica material da criança indevidamente subtraída – exatamente, para que essa mui relevante “questão de fundo” seja examinada e decidida pelo juiz da residência habitual do menor, seu **juiz natural!**

Nada há de inconstitucional nisso – nenhuma ofensa ao princípio da plenitude do acesso à justiça. É antiga, no Direito brasileiro, a previsão de hipóteses de incompetência da Jurisdição nacional para o processo e julgamento de “questões de fundo”, em atenção aos mais variados princípios jurídicos. Exemplo disso é a incompetência da Justiça brasileira para o inventário de bens imóveis situados no estrangeiro – conclusão cujo fundamento é a norma do artigo 89, inciso II, do Código de Processo Civil, associada ao princípio da efetividade dos atos de soberania.

Recorro, mais uma vez, ao fundado ensinamento do Professor Jacob Dolinger:

“A convenção deixa bem claro que o estado para onde a criança foi levada, ou onde tiver sido mantida ilegalmente, não tem competência para decidir o mérito do direito de guarda, a não ser quando suas autoridades tiverem decidido não devolver a criança ao país de sua residência habitual, ou se não tiver sido apresentado, em tempo hábil, por qualquer interessado, um pedido de devolução.” (Dolinger, J. Direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 264-265).

Tal é a razão por que, é desprovida de fundamento, outrossim, a alegação da ré, quanto à invalidade constitucional das normas em exame, por suposto contraste com o princípio do respeito à coisa julgada.

Observo, inicialmente, que os elementos objetivos (causa de pedir e pedido) da questão sob julgamento, neste processo, são inteiramente diversos daqueles do processo n.º 2004.XXX, em trâmite perante a Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja cópia está nas fls. 66/114. Daí a não-incidência, *in casu*, da norma resultante da combinação dos artigos 267, inciso V, e 301, parágrafo 3º, parte final, ambos do Código de Processo Civil.

E, adito, em segundo lugar, que o pedido formulado nos presentes autos tem por objeto, na verdade, uma *questão prejudicial externa facultativa* ao pedido de guarda da criança, deduzido perante a Justiça estadual.

Como todos sabem, há situações em que o julgamento de um pedido depende da solução de outra questão. Essa é a *relação de prejudicialidade* – nexos lógico em que, a questão influente denomina-se *prejudicial*, e a influenciada é conhecida como *prejudicada*.

Nos casos de *prejudicialidade externa* – em que aquelas questões se situam em processos distintos –, em geral, o vínculo é de *prejudicialidade facultativa*. Isso porque, ressalvadas as hipóteses excepcionais da chamada prejudicialidade *necessária* ou *obrigatória* – em que há *proibição* do julgamento da questão prejudicada, antes do exame da questão prejudicial –, a lei, apenas, *recomenda* – mas, não impõe! – que a decisão quanto ao pedido (a questão prejudicada) aguarde a fixação de sua premissa lógica: a solução da questão prejudicial.

Isso é, justamente, o que ocorre com o *pedido de guarda* de um menor submetido ao regime da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças: o exame desse pedido (a questão prejudicada) tem por premissa lógica o julgamento da improcedência da pretensão de retorno da criança ao país de residência habitual (a questão prejudicial) – como

estabelece o artigo 16 daquele diploma legal – mas, não há proibição jurídica de que a guarda seja decidida, antes do julgamento da busca e apreensão do menor.

Nas situações de prejudicialidade externa facultativa, previnem-se os julgamentos contraditórios, mediante suspensão do processo da questão prejudicada, até que se solucione a questão prejudicial, com fundamento na norma do artigo 265, inciso IV, alínea a, do Código de Processo Civil.

Se aquela recomendação lógica não for, porém, observada – como admitido, e.g., pelo parágrafo 5º do mencionado artigo 265 –, a eventual incompatibilidade entre os julgamentos das referidas questões tem solução: desconstitui-se o ato judicial que resolve a questão prejudicada. Isso se alcança, com uso dos meios processuais adequados – tais como, a ação rescisória, se houver coisa julgada material; ou, mediante nova decisão harmonizadora, se houver, apenas, decisão interlocutória, ou sentença sujeita a recurso.

Assim, a decisão da questão prejudicada, em contraste com a solução de sua premissa lógica, perde a respectiva eficácia – e, desse modo, o sistema jurídico preserva sua coerência, sem produzir inconstitucionalidade.

Isso é tanto mais evidente, na disciplina da guarda de uma criança, que tem por objeto uma relação jurídica material de trato sucessivo – essencialmente mutável, porque seu desenvolvimento é dinâmico e protraí-se ao longo do tempo –, e, por isso, pode ser alterada, em vista de fatos novos, como o deferimento de um pedido de busca e apreensão do menor sob guarda.

Registro, por oportuno, que, no caso de L.B.L. (A CRIANÇA) – suspensa a decisão declinatória da competência, em prol da Justiça federal (fls. 355/358), nos termos de fl. 362 –, foi provido o agravo n.º 2005.XXX, interposto pela ora ré. Está, pois, sobrestado o processo da ação de guarda, em trâmite perante a Justiça estadual, por decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conduzida pelo voto de S. Exa., a eminente Relatora do agravo, a Desembargadora estadual Dra. NANCY MAHFUZ.

A decisão concessiva da guarda permanece, assim, provisória (fl. 75, 111, 114 e 257/258), e pode ser revista, uma vez julgado o presente processo, sem maior dificuldade, ou ofensa a princípio constitucional algum.

É desprovida de fundamento, ademais, a alegação da ré quanto à inobservância do princípio da proporcionalidade dos atos estatais, em caso de reconhecimento da procedência do pedido formulado com a demanda.

Além de não se ter demonstrado a tese do alcoolismo, antes examinada, não há prova nos autos de que o Sr. J.L. (O PAI) fosse um pai ausente, notoriamente incapaz de educar e cuidar de L.B.L. (A CRIANÇA). Muito ao revés, toda a atitude demonstrada pelo litisconsorte autor, neste feito, é a de um pai cioso, que há mais de dois anos se esforça para que seu filho retorne à residência habitual.

Observo, a propósito – pois não é demais repetir –, que, as alegações deduzidas, neste processo, pela ré, para sustentar a desproporcionalidade da tutela jurisdicional favorável ao pedido, devem ser analisadas, em verdade, quando do julgamento da “questão de fundo”, pelo juiz natural – o que tem por premissa, exatamente, o retorno de L.B.L. (A CRIANÇA) ao Canadá.

Assim diversamente do que sustentado pela ré, a tutela jurisdicional favorável ao pedido, de que ora cogito, não só observa a imprescindível proporcionalidade dos atos estatais – porque precisamente adequada para permitir o julgamento da situação da criança por seu juiz natural –, como também, está em perfeita sintonia com os princípios do interesse superior da criança, da proximidade, e da cooperação internacional, um aspecto da reciprocidade.

A GRANDE DEFESA IMPLÍCITA: O PEDIDO ACARRETA TIRAR UMA CRIANÇA DE SUA MÃE

Posto não tenha sido empregado, de forma explícita, há um grande argumento de defesa, que permeia e avulta, em todas as peças produzidas pela ré no processo: a alegação de que, o deferimento do pedido formulado com a demanda implicaria tirar uma criança de sua mãe.

Certo ou errado, o fato é que a cultura jurídica e social brasileira demonstra enorme aversão a essa possibilidade – circunstância que, associada à convicção nacionalista, quase incontida, de que atende ao melhor interesse da criança ser criada no Brasil, e não no estrangeiro, torna “antipática” a pretensão deduzida nestes autos.

Observo, porém – mais uma vez! –, que o pleito em exame não acarreta, em absoluto, tirar L.B.L. (A CRIANÇA) de sua mãe. Trata, apenas, do retorno da criança ao país de residência habitual – o que pode ser efetuado sob a supervisão materna, como esclarecido no tópico anterior –, para que a situação jurídica material do menor possa ser apreciada por seu juiz natural.

Não é o caso de L.B.L. (A CRIANÇA) perder sua mãe. O que ele precisa é ter o pai de volta. Esse é o superior interesse da criança – e, para isso, é imprescindível viabilizar o exame da situação de L.B.L. (A CRIANÇA) por seu juiz natural.

Essa não é uma possibilidade que possa ser deixada ao alvedrio da mãe do menor – a uma, porque isso seria uma inconcebível omissão estatal, que acarretaria, ela sim, gravíssima lesão à integral proteção da criança; e, a duas, porque, na situação concreta em exame, a despeito do que alardeia no processo, a ré não tem demonstrado maior intenção de incentivar o convívio de L.B.L. (A CRIANÇA) com o pai.

A simples leitura da peça do “acordo” proposto pela ré ao litisconsorte autor, juntada nas fls. 466/471, torna evidente que a Sra. I.L.B. (A MÃE) não possui a intenção de permitir o contato direto de L.B.L. (A CRIANÇA) com o pai, antes de a criança alcançar 14 anos de idade (!) – e, ainda assim, mediante preenchimento de interessante condição potestativa: desde que o “*problema com alcoolismo esteja resolvido*” (!) (item 3.3, fl. 468).

De acordo com os termos da “transação” oferecida, o pai poderia estar com seu filho, *somente* no período diurno, sob supervisão da babá do menor, e, mesmo assim, unicamente, no Brasil, até que L.B.L. (A CRIANÇA) completasse 7 anos (!) (item 3.1, fl. 467). Apenas, a partir dessa idade, L.B.L. (A CRIANÇA) poderia passar a noite com seu pai – mas, em um quarto próprio, no hotel onde o Sr. J.L. (O PAI) estivesse hospedado, no Brasil –, e, sempre acompanhado da babá, até completar 10 anos (!). Nesse período, a ré propôs levar a criança ao Canadá, uma só vez por ano, durante quinze dias, para que o pai pudesse passear com o filho – agora, sob a condição de estar presente a Sra. A.S.M.L., avó de L.B.L. (A CRIANÇA). Ele estaria, ainda assim, proibido de pernoitar com a família paterna (!) (item 3.2, fls. 467/468). E, entre 10 e 14 anos de idade, L.B.L. (A CRIANÇA) poderia pernoitar, livremente, em companhia do pai, sob a condição final de que este último tivesse “*solucionado seu problema de alcoolismo*” (item 3.3, fl. 468)...

Ora, diversamente do que afirma a ré – para quem, “a conciliação tentada no presente processo não logrou êxito pelo que a depoente considera falta de interesse de J.L. (O PAI)” (fl. 569) –, a aceitação de um “acordo” formulado nesses termos seria a simples **renúncia de um pai**, não à autoridade, mas **ao inescusável dever parental** – inclusive, mediante submissão da condição paterna à indevida ingerência de pessoa estranha aos laços familiares (a babá), até que a

criança completasse 10 anos! –, **com evidente prejuízo**, não para o litisconsorte autor, mas **para o próprio L.B.L. (A CRIANÇA)**.

Não me surpreende, assim, a grande resistência da ré em aceitar a limitada conciliação parcial, afinal alcançada na audiência de 8 de fevereiro último (fl. 674), por efeito da qual, L.B.L. (A CRIANÇA) pôde passar algumas horas em companhia do pai e da avó paterna – e, sob a supervisão da *indefectível babá!*

Vale-me repetir: Não é o caso de L.B.L. (A CRIANÇA) perder sua mãe. O que L.B.L. (A CRIANÇA) precisa é ter o pai de volta.

E, quem deve decidir como isso há de ser feito é o **juiz natural – o juiz canadense**.

É evidente que isso não significa que a ré vá perder a guarda da criança.

Sou muito cioso do elevado valor da nacionalidade e do patrimônio cultural da Nação brasileira. E, é-me gratificante saber que L.B.L. (A CRIANÇA) compartilha esse valor.

Isso não me leva, porém, à infundada suspeita de que o juiz canadense vá julgar a situação jurídica material de L.B.L. (A CRIANÇA), em detrimento do superior interesse da criança.

É perfeitamente possível, portanto, que, após o exame dos elementos da “questão de fundo” sob julgamento, o juiz canadense decida por atribuir a guarda de L.B.L. (A CRIANÇA) à Sra. I.L.B. (A MÃE).

É preciso viabilizar a cognição do juiz natural! Esse imperativo está em consonância com o devido processo da lei – justamente, o meio mais eficaz de dar pleno atendimento, *in casu*, ao superior interesse de L.B.L. (A CRIANÇA).

Tal é o objetivo da Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças. Ela busca garantir, não a punição do genitor que promove a remoção, e sim, “que a criança possa, no futuro mais próximo possível, manter contato com ambos os pais, mesmo se estes estiverem vivendo em países diferentes. Daí a procura de uma solução para o seqüestro estritamente no plano civil” (Van Bueren, Geraldine, *apud* Dolinger, J. Direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 235 – grifei).

A MEDIDA CAUTELAR INCIDENTE

O presente processo se desenvolve sob rito comum ordinário, pelo que, está sujeito às normas processuais comuns que disciplinam o exercício e os efeitos da função jurisdicional.

Ser-me-ia possível inferir do sistema dos artigos 1º, letra a, 2º, 11, 12, todos da Convenção – cujo nível de validade é o mesmo das normas do Código de Processo Civil –, que o recurso contra a sentença de primeiro grau, que reconhece a procedência do pedido formulado com base naquele Diploma, seria extraordinariamente desprovido de efeito suspensivo. Esse exame é permitido ao juízo *a quo*, pelo que dispõe o artigo 518, *caput*, do aludido *codex* processual.

Em homenagem, porém, à autoridade da r. decisão do E. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, cuja cópia está nas fls. 586/596, convenho com que o recurso cabível, *in casu*, está submetido à norma geral do artigo 520, *caput*, do Código de Processo Civil.

Assim, a efetivação da tutela jurisdicional ora prestada somente será possível, quando não mais couber recurso com efeito suspensivo contra o presente julgado.

Imposto, no entanto, pelo princípio do acesso à justiça, é dever de qualquer juízo garantir a efetividade de suas decisões – e, assim, conforme o caso, adotar a medida assecuratória adequada, como dispõem as normas dos artigos 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil.

Na situação em exame, a par da certeza – não apenas fumus! – da real existência do direito sustentado pela parte autora – convicção que manifesto, no exercício de cognição plena, como exposto nas seções anteriores da presente fundamentação –, convenho, também, com a presença, in casu, do elemento de periculum, haja vista a possibilidade de a ré dificultar o cumprimento do julgado, mediante simples ocultação do menor.

Cumpre-me, pois, assegurar a futura efetivação da tutela jurisdicional ora prestada – para o que, considero bastante a proibição de que L.B.L. (A CRIANÇA) deixe a seção judiciária do Estado do Rio de Janeiro, sem expressa permissão deste juízo.

DISPOSITIVO

Por essas razões, **julgo procedente o pedido inicial.** Defiro a busca e apreensão do menor L.B.L. (A CRIANÇA), qualificado nas fls. 06/07, para ser posteriormente encaminhado à Autoridade Central canadense, de acordo com o que estabelece a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças.

Uma vez preclusa a possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo contra o presente decisum, expeça-se o pertinente mandado.

A medida deve ser efetivada, por dois Oficiais de Justiça – um dos quais, preferencialmente, do sexo feminino –, com as cautelas dos artigos 842 e 843, ambos do Código de Processo Civil.

Garanto à Sra. I.L.B. (A MÃE), ora ré, o direito de acompanhar seu filho L.B.L. (A CRIANÇA), durante o retorno da criança ao Canadá, se assim desejar. Concito a ré, com veemência, a que exerça esse direito – motivo por que, *em princípio*, não considero necessário o concurso de força policial para a efetivação do provimento.

As despesas necessárias ao custeio do retorno do menor ao Canadá devem ser adiantadas pela UNIÃO, ou pelo litisconsorte autor – inclusive, em relação à ora ré, caso decida acompanhar L.B.L. (A CRIANÇA).

Em atenção ao que dispõe o artigo 20, caput e parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 26, parte final, da Convenção, condeno a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e das despesas para a localização e retorno da criança ao Canadá. A ré deverá arcar, também, com o pagamento dos honorários dos Advogados da UNIÃO e do litisconsorte autor, que estimo em 20% (vinte por cento) pro rata do valor atualizado da causa.

Proíbo à Sra. I.L.B. (A MÃE), ora ré, que retire, ou faça retirar, seu filho L.B.L. (A CRIANÇA) da seção judiciária do Estado do Rio de Janeiro, sem expressa permissão deste juízo.

Neste sentido, comunique-se a aludida proibição à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal, à Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro – que exerce a função de Polícia Rodoviária estadual –, e à INFRAERO – neste último caso, para que as companhias de aviação sejam cientificadas da medida cautelar presentemente adotada.

Expeçam-se os ofícios de imediato – inclusive, por *fax* –, e certifique-se, nos autos, o recebimento das comunicações pelas autoridades destinatárias.

Dê-se ciência do inteiro teor da presente sentença, ao douto juízo da Segunda Vara de Família Regional da Barra da Tijuca – para os fins do processo lá autuado sob o n.º 2004.XXX –, bem como, à Colenda Décima Segunda Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em relação ao recurso de agravo lá tombado sob o n.º 2005.XXX.

Oficie-se, também, com o mesmo propósito, à Autoridade Central Administrativa Federal no Brasil (fl. 29), e ao Consulado-Geral do Canadá (fl. 517).

As partes devem ser intimadas do presente julgado, mediante ato do Sr. Oficial de Justiça, no prazo máximo de 48 horas. Nas 24 horas seguintes, os mandados devem ser apresentados à Secretaria da Vara, devidamente cumpridos e certificados, para imediata juntada ao feito.

As partes dispõem do prazo recursal previsto em lei, contado em Cartório. Por conseguinte, nesse período, os autos não poderão ser retirados da Secretaria, senão, momentaneamente, para a extração de cópias pelas partes, observadas as normas do segredo de justiça (fl. 143).

Uma vez decorrido o prazo recursal deferido às partes – e adotadas as providências legais em vista dos recursos eventualmente interpostos –, remeta-se o feito ao profícuo exame do eminente órgão do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Numerem-se, corretamente, as páginas do feito, a partir da fl. 689 (a página seguinte recebeu o número 670), sem, contudo, impedir a leitura da numeração substituída.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 19 de março de 2007.

WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA

Juiz federal

Titular da Décima Sexta Vara Federal do Rio de Janeiro