

FACER FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

EDILAINÉ MACHADO DA SILVA



Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

**DISPUTA DA GUARDA DE DESENTENTES NO ÂMBITO DO
DIREITO INTERNACIONAL**

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA-GO

2012

FACER FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO



EDILAINÉ MACHADO DA SILVA

**DISPUTA DA GUARDA DE DESCENDENTES NO ÂMBITO DO
DIREITO INTERNACIONAL**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER- como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Pós. Dra. Denise Helena Monteiro de Barros Carollo.

5-38898

Tombo nº	19188
Classif.:
Ex.:	1
.....
.....
.....
Origem:	d
Data:	14-02-13

RUBIATABA-GO

2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

EDILAINE MACHADO DA SILVA

**DISPUTA DA GUARDA DE DESCENDENTES NO ÂMBITO DO
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientadora _____
Denise Helena Monteiro de Barros Carollo.
Pós - Doutora em Direito

1º Examinador: _____
Jaqueline José Silva Oliveira
Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (Área de Concentração
Mercado Ambiental)

2º Examinador _____
Rogério Gonçalves de Lima
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

RUBIATABA, 2012.

DEDICÁTORIA

Ao meu esposo meu esposo que caminhou ao meu lado, me dando força e coragem para seguir em busca de meus objetivos

Aos meus pais e familiares, que me deram incentivos sendo minha fonte de inspiração, pois sem todos eles nada disso teria sentido.

E finalmente a professora mestre Pós-Dra. Denise Helena Monteiro de Barros Carollo, que me orientou durante toda pesquisa, com muita dedicação e profissionalismo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, Nosso Pai, toda sabedoria, toda força e paz emanam de Vós,

Ao meu esposo pelo o amor, carinho, paciência e apoio nesta caminhada.

Aos meus pais que torceram com as minhas vitórias e me confortaram para superar todos os desafios.

Enfim aos meus colegas de sala do curso de direito pela a grande amizade.

RESUMO

O presente trabalho encontra-se elaborados três capítulos do tema em questão, integralmente. O primeiro capítulo está dedicado apresentar filhos em disputa na ordem internacional. O segundo capítulo encontra-se voltado a questões oriundas da disputa da guarda de descendentes no âmbito do direito internacional privado. Busca refletir sobre o instituto de busca e apreensão de menor em sua face própria do direito internacional privado. Esse segue disposto frente à sua configuração no direito brasileiro. O capítulo registra a presença de polêmica na jurisprudência brasileiras em torno dos termos próprios, da *Convenção de Haia de 14 de abril de 1980*. Há ponderação nos tribunais do país a respeito de soluções que, de fato, sejam as mais adequadas ao menor sob disputa. No terceiro capítulo apresentamos questões de irregularidades na adoção nacional, apontamos os riscos e imprevisão de riscos, decorrentes desta. O que podem a final ocasionar uma disputas de guarda de filhos entre família natural e adotiva.

Palavras-chaves: Guarda. Adoção. Tráfico internacional, Disputa, Paz.

ABSTRACT

The present work to find oneself elaborate in the three chapter of the subjetiv in question, unabridged. The first chapter is devoted presentation son in disput on order international. The second chapter to find oneself turned up the native questions of the dispute of the keep of descendent in the ambit of the right international private. Quest consider of minor in your face own of the right international private. That follow disposed fore at the your configuration in the Brazilian right. The chapter envoll the presence of polemic on Brazilian jurisprudence in mec hathe 14 of april of 1980. The consideration in the respect of solution, of actuality, ben the more adequacy at the minor below disput. In the third chapter presentation question of irregularity in the acoption national sharpen, past from this. What may the cause a dispute of keep of son between natural family and adotive. Key words: son in disput on order international adoption national, and traffic international: chances foreseen and unpredictable of chances.

Keywords: Guard, Adoption, Traffic Internationale, Contention, Peace.

LISTA DE ABREVIATURAS

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

ECA- Estatuto da Criança e do adolescente

SAP- Síndrome da Alienação Parental

Art. – Artigo

p. – Página

Vol. – Volume

CPC- Código de Processo Civil

CC- Código Civil

LICC- Lei de Introdução Código Civil

CF- Constituição Federal

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

n. - Número

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DISPUTA DA GUARDA DE DESCENDENTES NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	13
2.1– Filhos em Disputa na Ordem Internacional.....	13
2.2– Aspectos do Direito Internacional Privado.....	13
2.3 – Divórcio e Guarda de filhos.....	18
2.4 – Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional.....	23
3 QUESTÕES ORIUNDAS DA DISPUTA E GUARDA DE DESCENDENTES NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....	28
3.1 – Sequestro Internacional de Menor.....	28
3.2 – A presença de Relações Socioafetivas na Disputa de Guarda.....	32
3.3 – Alienação Parental: desdobramento e possível término de uma sociedade conjugal.....	36
4 ADOÇÃO INTERNACIONAL E TRÁFICO INTERNACIONAL: RISCOS PREVISTOS E IMPREVISÃO DE RISCOS.....	39
4.1 – Autoridades em Monitoramento.....	39
4.2 – Tráfico Internacional de Menores.....	41
4.3 – Traficantes em Ação no Brasil.....	43
4.4 – Tráfico de Migrantes e Mecanismo para seu Combate.....	46
5 CONCLUSÃO.....	50
6 REFERÊNCIAS.....	53
7 ANEXO.....	57

INTRODUÇÃO

O presente estudo está voltado a refletir sobre o quadro que cerca o divórcio de pais de nacionalidades diversas, uma delas brasileira, no tocante a guarda de descendentes.

A questão não se restringe aos casamentos realizados no território brasileiro. Não são raros os casos envolvendo divórcio em que uma das pessoas busca, com o retorno à sua pátria, levar consigo o(s) filho (s) de sua antiga união.

Diante de tal quadro, decidir quem tem direito de ficar com a guarda dos filhos é questão que ultrapassa as normas brasileiras. Cada País possui seu ordenamento jurídico soberano e, conseqüentemente, cada um dos ex-cônjuges objetiva que a causa seja decida sob as leis de seu País de origem.

Dessa forma, o objeto geral do tema é trazer a consideração casos de desconstituição da sociedade conjugal, que envolvem disputa de guarda de filhos, em que os progenitores são de nacionalidade diversa, sendo a de um deles a brasileira. Os objetivos específicos são: identificar como são solucionadas lides de tal natureza em nossos tribunais, apontar as dificuldades oriundas aos pais pela a guarda dos descendentes, apresentar questões de irregularidades na adoção nacional, apontando os riscos e imprevisão de riscos decorrentes destas que podem a final ocasionar uma disputa de guarda de filhos entre família natural e adotiva.

Ainda pretende-se identificar como são solucionadas lides de tal natureza em nossos tribunais, apresentando os princípios que norteiam estas questões que ocasionam de uma disputa pela guarda de filhos em que os pais são de nacionalidade diversa e um deles reside no Brasil, e o outro em país estrangeiro.

A justificativa tem como intuito destacar de modo geral como questões de disputa de guarda de descendentes de filhos cujos os pais são de nacionalidades distintas podem ocasionar, uma disputa de ordem internacional, inserindo-se normas do direito internacional privado e como são aplicadas dentro do Estado nacional.

Prende-se assim, apresentar as regras que encontram-se nos sistemas jurídicos dos Estados Nacionais suficientes para solucionar tais conflitos, bem como apresentar

sua relação jurídica. O presente estudo aponta a legislação a ser aplicada frente a estes conflitos. Neste, estarão necessariamente em questão elementos dos ordenamentos jurídicos de diferentes Estados Soberanos. Também, o procedimento de execução de sentença prolatada por magistrado de um desses Estados frente àquela emanada por juiz do outro Estado Nacional.

Nota-se que são aplicadas normas destinadas a regular interesses entre particulares em disputa no plano internacional. A lei do Estado Nacional apresenta os próprios elementos de conexão¹, por via dos quais o direito internacional privado disciplina regras que podem ser aplicadas nas relações entre indivíduos nas causas internacionais. Em situações como estas, verifica-se um conflito de leis no espaço vigorando, então, o princípio da extraterritorialidade.² Este enseja aplicação de normas estrangeiras em Estados soberanos, obedecendo as limitações e os critérios de cada um deles.

Por força da Lei 12.036/09, que modificava o teor do §6º, do art. 7º do Decreto lei n. 4.657, de 04.9.1942 – Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), o Brasil passava a submeter-se ao princípio da territorialidade mitigada. Este registra aplicação da lei brasileira no território brasileiro, excepcionalmente ficando permitida aplicação da lei estrangeira.³

Na busca de esclarecer a alteração, segue abaixo o dispositivo da Lei n. 12.036/09.

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto- Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, para adequá-lo à Constituição federal em vigor.

Art. 2º o §6º do art. 7º do Decreto, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com, a seguinte redação:

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1:teoria geral do direito civil- Ed. rev. atualizado. de acordo com o novo Código civil (Lei n. 10. 46, de 10.1.2002) e projeto de Lei n. 6.960/2002 – São Paulo, Saraiva 2006- Lei de Introdução ao Código Civil p. 58 e 59.

² SOARES, Claudio. **Introdução ao Comércio Exterior**. Fundamentos do Comércio Exterior – São Paulo, Saraiva 2004, Capítulo 3 (conflito de leis no espaço e Extraterritorialidade das leis), p- 85 e 86.

³BRASIL- Decreto Lei n. 4657 de 04.09 de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil – divórcio- cônjuges – brasileiros – separação judicial – Superior Tribunal de Justiça – efeitos legais – alteração**. Nota explicativa- atualmente LICC- denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro em 2010, redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010. . Disponível in: www.jurisdoctor.adv.br/legis/intcivil. Acesso em 19.06.2012. Acesso em: às 15h e 47 min.

§6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.

Brasília, 1º de outubro de 2009, 188º da Independência de 121º da república.

A respeito deste princípio, há também a emenda constitucional n. 45 que alterou o art. 105, I, "i" da Constituição Federal da República Federal do Brasil de 1988 (daqui em diante referida como CF/88). Em se tratando de divórcio no âmbito internacional, no presente estudo ter-se-á de considerar o que estabelece essa nova redação constitucional. Assim, cabe ao STJ a prerrogativa de homologar ou não sentença prolatada no exterior pelo Judiciário.

São diversos os documentos internacionais que se ocupam explicita ou implicitamente do assunto, uma vez que se trata da disputa internacional da guarda dos filhos em caso de divórcio, versando o âmbito do direito internacional. Tais documentos seguem registrados e analisados no presente estudo.

A monografia foi desenvolvida em compilação através do método lógico-dedutivo, dotando-se como referencial teórico a legislação, revistas, publicações, e as doutrinas encontradas, inclusive por meios eletrônicos. Na formação do trabalho obedece-se às normas da ABNT em consonância com as normas aplicadas pela Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba-GO.

2 DISPUTA DA GUARDA DE DESCENDENTES NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL

2.1 - Filhos em Disputa na Ordem Internacional

As relações jurídicas de ordem internacional privada são reguladas por meio de tratados e convenções. Ambos representam espécies de acordos internacionais, se ratificados por Estados-soberanos.⁴

O direito internacional privado é aplicado em causas conexas de relações privadas entre povos de nacionalidades diversas, em que prevê a aplicação de leis estrangeiras dentro do território nacional, vigorando o princípio da extraterritorialidade das leis.⁵

2.2 – Aspectos do Direito Internacional Privado

A história do direito internacional privado teve como marco a influência de três grandes doutrinadores. Esses, durante os séculos XVIII e XIX ocupavam-se em aplicar às causas de conflitos civis de diferentes povos regras sobre o direito do estrangeiro⁶.

Nos Estados Unidos da América do Norte, Joseph Story (1779-1845) acreditava que o direito internacional privado era, na realidade, direito nacional, e que a aplicação de direito estrangeiro dependeria, exclusivamente da vontade do legislador pátrio.⁷

Joseph em 1834 atuava como juiz na Suprema Corte Americana, e também como professor na “*Harvard Law School*”.⁸ Suas obras sobre direito internacional

⁴ RECHESTEINER, Walter Beat. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, 8. ed.rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47.

⁵ Idem. Ibidem, p. 5.

⁶ ARAÚJO, Luíz Ivani de Amorin, *Prefácio in: Florisbal Del’ OLMO, 1941 – Direito Internacional Privado: Abordagens Fundamentais, Legislação, Jurisprudência*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 6 e 7.

⁷ REICHESTEINER, Walter Beat. Op. cit., p. 194.

⁸ Idem, ibidem, p. 195.

privado foram “*Commentaries on the conflict of Laws, Foreign and Domestic, In Regard to Marriages, Divorces, Wills, Sucessions and Jugaments.*”⁹

Em Berlin, Alemanha, destacava-se Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Este era um dos fundadores da Universidade de Berlim e, posteriormente, seu reitor. Havia atuado como Ministro do Estado da Prússia, era também romanista, historiador do direito e um dos grandes mestres clássicos do direito internacional privado, aos 70 anos de idade, no ano de 1949, publicava o famoso oitavo volume do seu “*System des heutigen Romischen rechts.*”¹⁰

Segundo Reichsteiner (2000, p. 196-197):

A doutrina de Savigny abriu todas as portas para uma nova compreensão do Direito Internacional Privado. Savigny, acreditava que o objeto do direito internacional privado deveria ser harmonia internacional das decisões, por ser irrelevante uma sentença proferida por juiz de outro país. Por essa razão, a disciplina não deveria ser vista, tão somente, sob o ângulo nacional, mas orientar-se conforme as exigências das comunidades dos povos.

Reichsteiner (2000, p.197) aponta ainda o italiano Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), para referir um terceiro doutrinador como marco na história do direito internacional privado. Mancini, advogado, professor universitário, Ministro da Educação e, depois das Relações Exteriores, vem apontado como “basicamente o autor do Código Civil italiano de 1866, que tratava sobre o direito internacional privado”.

A sua *Della nazionallita come fondamento del diritto delle genti* (1851) tinha, então, repercussão duradoura na doutrina de direito internacional privado, segundo o autor que vimos seguindo (Idem: 2000, p.194). Em sua visão, as obras de Mancini tiveram impacto sobre “muitas legislações nacionais, bem como as primeiras convenções internacionais, elaboradas na conferência de Haia de Direitos Internacionais” (Reichsteiner: 2000, p.199).

Entre os primeiros organismos que tratavam de normatizar o direito internacional privado, destacava-se, em 1928, o *Código de Bustamante de Direito*

⁹ Idem, ibidem, p. 195.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 196

Internacional Privado. Este resultava da Convenção de Havana, Cuba, de 20.02.1928, sendo um projeto elaborado por Antonio Sanchez de Bustamante y Sirvén, diplomata e mestre internacionalista cubano, aprovado, em 28 de fevereiro de 1928, por quinze Estados, na Conferência Pan-Americana de Havana, o Brasil ratificava-o em 1929, pelo decreto n. 18.871¹¹. "O Brasil havia optado pela não aplicação dos art. 52 e 54 do Código de Bustamante, que tratavam de matérias relacionadas ao divórcio. O que mais tarde vinha a fazer parte da legislação brasileira, trazendo em seu bojo institutos sobre o divórcio."¹²Segue o teor dos arts. 52 e 54 do Código de Bustamante.

Art. 52. O direito à separação de corpos regula-se pela lei do domicílio conjugal, mas não se pode fundar em causas anteriores à aquisição do dito domicílio, se as não autorizar, com iguais efeitos, a lei pessoal de ambos os cônjuges.

Art. 54. As causas do divórcio e da separação de corpos submeter-se-ão à lei do lugar em que forem solicitados, desde que neles estejam domiciliados os cônjuges.

Outro organismo de grande relevância para a uniformização do direito internacional privado é o Instituto internacional para Unificação do Direito Internacional Privado- UNIDROIT, criado em 1929 e reformulado em 1940. E este é uma organização independente sediada em Roma. Tem como objetivo preparar regras uniformes de direito privado, tomando forma de convenções.¹³ Assim no caso do presente estudo, esse organismo internacional encaminhou a realização de convenções cujo resultado são documentos referentes a matérias de direito internacional privado (que estarão em questão mais adiante).

¹¹ AMORIN, Edgar Carlos de. Op. cit. p. 214.

¹²BRASIL- Decreto n. 18.871 de 13 de agosto de 1929- Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil: **Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana**, Tendo sancionado, pelo decreto n. 5.647, de 8 de Janeiro de 1929, a resolução do Congresso Nacional que aprovou a Convenção de direito internacional privado, adotada pela Sexta Conferencia internacional americana, reunida em Havana, e assinada a 20 de Fevereiro de 1928; e havendo-se efetuado o deposito do instrumento brasileiro de ratificação da dita Convenção, na Secretaria da União Panamericana, em Washington, a 3 de Agosto corrente. Disponível em: www6.senado.gov.br/legislação/ListaNormas.action . Acesso em: 05.06.2012 às 7h e 59 min.

¹³ARAÚJO, Nadia de. **Contratos Internacionais: Autonomia da vontade Mercosul e Convenções Internacionais**, 14ª edição ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

Já na década de 40 do século XX, o sistema brasileiro registrava a presença de normas de direito internacional privado, voltadas a nortear conflitos de interesses entre partes naturais de diferentes Estados soberanos.

Assim é que esse sistema está regido, no particular da matéria em questão, pela Lei de Introdução do Código Civil – LICC (decreto – Lei n. 4.457, de 4 de setembro de 1942).

O documento legal não se restringe a estabelecer normas de aplicação ao Código Civil. O seu âmbito de aplicação, alcança o conjunto de Códigos, demais dispositivos legislativos independentemente de sua natureza (pública ou privada).

Nesse sentido, frente às causas que implicam aqueles interesses de particulares de diferentes nacionalidades, ou seja, aquelas próprias do plano internacional, vigorará o princípio da extraterritorialidade das normas de cada ordenamento jurídico em questão. Tal princípio “enseja a aplicação de normas estrangeiras em estados soberanos, obedecendo as limitações de cada um deles”.¹⁴

No caso do Brasil, a LICC/1942, no seu artigo 17, faz notar a presença de uma limitação.

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

O teor do artigo acima permite verificar a não acolhida do elemento volitivo no ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina da LICC. E cabe notar o teor do §6º do art. 7º desta mesma Lei.¹⁵

Segue o respectivo:

¹⁴ RECHSTEINER, Walter Beat. Op. Cit. p.40.

¹⁵ - BRASIL- Decreto Lei n. 4657 de 04.09 de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil – divórcio-
cônjuges – brasileiros – separação judicial – Superior Tribunal de Justiça – efeitos legais –
alteração.** Nota explicativa- atualmente LICC- denominada Lei de Introdução às normas do Direito
Brasileiro em 2010, redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010 . Disponível in:
www.jurisdoctor.adv.br/legis/intcivil. Acesso em: 19.06.2012, às 15h e 47 min.

Art. 7º

[...]

§ 6º. O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 3 (três) anos da data da sentença, salvo se houver sido antecipada se separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Supremo Tribunal federal, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros afim de que passem a produzir os efeitos legais.

No entanto, a matéria “divórcio realizado no estrangeiro” passava, no ano de 2009, a receber um tratamento novo no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Lei 12.036/09. Esta modificava o teor do § 6º do art. 7º, do decreto lei n. 4.657, de 04.09.1942 – Lei de introdução ao Código Civil (LICC). Esta lei de 2009 em questão abria espaço à aplicação da lei estrangeira no Brasil em caráter de excepcionalidade, como vem abaixo.

A Lei 12.036/09, dispõe:

Art. 1º. Esta lei altera o decreto – Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, para adequá-lo à constituição em vigor.

Art. 2º. O § 6º do art. 7º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 7º

[...]

§ 6º. O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1(um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.

Brasília, 1 de outubro de 2009, 188 da independência e 121 da República.^{16,}

E era a emenda constitucional n. 45, de 08.12.2004, que alterava o art. 105, I, "i" da *Constituição Federal da República Federal do Brasil de 1988*. Em se tratando de divórcio no âmbito internacional, definia em seu teor que jurisprudência sobre matérias desta natureza, seriam proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ. Entretanto, seu art. 105, "d" dispõe sobre conflito de competência com outros tribunais, para julgar tais casos, fazendo ressalva ao teor do art. 102, I, "o", da CF/88.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe:

- I- processar e julgar originariamente:
- II-
- [...]

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.”

2.3 – Divórcio e Guarda de Filhos

Frente ao divórcio de pais com nacionalidades diferentes, o eventual conflito de interesses em torno de guarda de descendentes traz ao cenário a disputa destes no âmbito do direito internacional privado em sua acepção estrita (já referida acima). Desse modo, o presente estudo caminhará com a consideração de existência de ordenamentos jurídicos de Estados Soberanos e suas disposições frente às relações jurídicas de direito internacional privado envolvendo pessoas físicas.

No direito internacional privado, essas relações jurídicas estão vinculadas estritamente ao território do Estado no qual os tribunais julgam uma eventual lide corrente entre duas partes.¹⁷

¹⁶ Brasil – Lei 12.036 de 2009 – **Lei de Introdução ao Código Civil – divórcio – cônjuges – brasileiros – separação judicial- Superior Tribunal de Justiça – Efeitos Legais – alteração**. Altera o Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LICC- Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), para adequá-lo à Constituição Federal em vigor. Disponível in: legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao. Acesso em: 19.09.2012, às 17h.

Uma disputa pela guarda de descendentes que ocorre no âmbito do direito internacional privado pode ter início no teor da sentença de divórcio de estrangeiros. Neste caso, cabe mencionar o disposto no Decreto - lei de 1942 (LICC), se houver sido prolatada por magistrado não brasileiro, como segue apresentado.

Art. 15 – Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) ter passado em julgamento e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal (alínea alterada por força da Constituição Federal de 1988, art. 102, I, “i”).

Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas. ”

O exame de casos concretos deve permitir a verificação, contudo, de diferentes entendimentos jurisprudenciais emitidos por tribunais brasileiros, como se verá mais adiante.

São diversos os casos envolvendo divórcio em que uma das pessoas, em retorno à sua pátria, leva consigo os filhos fruto da antiga união, sem o consentimento do outro genitor. Pode ter início, então, constante disputa para que resulte decidido quem tem o direito juridicamente de ficar com a guarda do filho (a).

A solução a respeito é questão que ultrapassa as normas brasileiras, levando-se em consideração que cada País possui seu ordenamento jurídico soberano e, conseqüentemente, cada um dos genitores objetiva que a causa seja decidida sob as leis de seu País de origem.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispõem de diversos casos que julgam fatos de disputas de guarda dos filhos,

¹⁷ REICHSTEINER, Walter Beat, Op. Cit. p. 1.

adotando o direito internacional privado de forma a decidir quem tem o direito, entre os pais divorciados, sobre a guarda da criança.

Tramita no Superior Tribunal de Justiça (STJ) o caso do menino J.L.K.K, nascido em território alemão, filho de M.C.K, alemão e da brasileira C.F.P.¹⁸.

O casal vivia em união estável e possuía residência habitual na cidade de Wurzburg, na Alemanha. Com o fim do relacionamento, firmavam um acordo para exercer a guarda do menino em conjunto, nos moldes da legislação alemã. . A mudança de residência do menor só poderia ser realizada com a anuência do genitor.¹⁹

Este havia autorizado a mãe da criança a viajar com o filho ao Brasil, para uma permanência entre os dias 02 de junho a 01 de julho de 2007. Decorrido o prazo sem o retorno da criança na data prevista, M.C.K ligou para C.F.P, sendo informado por ela que permaneceria no Brasil com a criança até 06.08.2007. Em nova ligação telefônica, a mãe da criança informava-o de que permaneceria no Brasil até 29.08.2007.

Em vinte e nove de agosto de dois mil e sete, M.C.K viria buscar a mãe e a criança, para retornarem à Alemanha. Há duas horas para o embarque, sua ex- esposa informava-o de que permaneceria definitivamente no Brasil. E que havia obtido da Justiça Estadual de Pernambuco liminar, conferindo-lhe exclusividade na guarda provisória da criança , decisão que foi proferida em 28.08.2007.²⁰

Em vinte e três de maio de dois mil e oito, o pai da criança ajuizava ação de Busca e Apreensão e Restituição, com base na “Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Criança,” contra a brasileira C.F.P. Sob o argumentos de a criança haver sido trazida para o Brasil ilicitamente, a presente ação tinha como propósito a repatriação do menor.²¹

Tal Convenção segue tratada logo adiante.

Outro caso de disputa de guarda de filhos dirigida ao STJ é o caso do menor Sean Goldman, filho da brasileira Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro Lins e Silva e David George Goldman. A mãe, com a autorização do pai, trazia a criança para o Brasil em

¹⁸ BRASIL- STJ – Superior Tribunal de Justiça – **jurisprudência**- revista eletrônica – *Recurso Especial*, n. 1239.777 – Relatório – relator: Ministro Cesar Asfor Rocha – Disponível in: www.stj.jus.br/cgi/revista. Acesso em 23.05.2012, às 16h e 30 min.

¹⁹ Idem, ibidem.

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ Idem, ibidem.

junho de 2004, para passar férias com a família. Mas Bruna teria decidido não mais retornar aos Estados Unidos e por fim ao convívio resultante do casamento via divórcio. E ajuizava ação para obter a guarda de seu filho. Na época, a Justiça Federal concedia à mãe o direito de guarda, já que o menino tinha dupla nacionalidade.²²

O pai, então, interpunha, no ano 2004, recurso perante a Justiça americana (Suprema Corte de New Jersey, divisão de equidade, vara de Família, comarca de Monmouth) a qual determinava, em 26.08.2004, à mãe levar “imediatamente dentro de 48 (quarenta e oito horas do recebimento, de notificação da ordem) o menor de volta aos Estados Unidos, Estado de New Jersey, Município de Tinton falls”. A Suprema Corte arguia, para tanto, o art. 15 da ‘*Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças*’, que segue abaixo.

Art. 15 As autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do Artigo 3º da Convenção, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidas no referido Estado. As autoridades centrais dos Estados Contratantes deverão, na medida do possível, auxiliar os requerentes a obter tal decisão ou atestado.²³

O Superior Tribunal de Justiça do Brasil julgava improcedente o recurso em outubro de 2005, por considerar aplicável a exceção prevista no art. 12 da Convenção de Haia isto é, por estar provado que a criança já se encontrava integrada no seu novo meio²⁴.

Art. 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,

²² BRASIL - STF – Supremo Tribunal Federal – **Agravo de Instrumento** de n. 728.785, em 18.05.2010, relator Ministro : Marco Aurélio. Disponível em: WWW. STJ.gov.br. Acesso: 05.05.2012, às 13h e 30 min.

²³ Brasil. Organismo Internacional promulgado no Brasil pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000.. **Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis de Sequestro Internacional de Crianças**. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em :15.05.2012 às 10h

²⁴ BRASIL- STJ - Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência - **Agravo de Instrumento** 728.785, Rio de Janeiro. Disponível in: www.stj.gov.br. Acesso em: 05.05.2012, às 10hs e 15 min.

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.²⁵

Aquele recurso era julgado improcedente pela maioria absoluta que compunha a seção julgadora daquele caso no Superior Tribunal de Justiça. Segue abaixo o teor correspondente à jurisprudência do STJ:²⁶

“Este entendeu que a demanda de repatriamento do menor traria-lhe prejuízos, pois àquela altura Sean já estava integrado ao novo meio, o que justificaria a sua permanência no Brasil. Acreditavam que uma ordem de execução judicial, para retirada da guarda da criança de um genitor e entregá-la ao outro traria sérios danos psíquicos a Sean”²⁷. Tal decisão foi fundamentada nos termos da “Convenção Haia Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Criança”, subscrita pelo o decreto de n. 3.413/2000, nos termos do seu art. 13.

Art. 13- sem prejuízo das disposições contidas no artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança, se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

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

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

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

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em

²⁵ Organismo Internacional. Op. Cit. Acesso in: www.stj.gov.br. Acesso em: 15.05.2012 às 10h

²⁶ BRASIL – STJ- Superior tribunal de Justiça. OP. Cit. Disponível in: www.stj.gov.br. Acesso em: 05.05.2012, às 10h.

²⁷ Idem, ibidem.

consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela autoridade central ou por qualquer outra autoridade competente do estado de residência habitual da criança.²⁸

Em 2008, falecia Bruna, mãe do menor, ficando Sean Goldman sob os cuidados dos avós maternos. David Goldman, objetivando fazer valer o pátrio poder, passava, então, a travar uma disputa com a família materna da criança, com a intenção de obter a guarda do filho. Buscava apoio na justiça internacional, usando o argumento de que a criança era trazida irregularmente para o Brasil no ano de 2004. Reiterando o pedido (via recurso extraordinário contra acórdão do STJ), solicitava a sucessão processual, para que o mesmo fosse o detentor da guarda em razão do falecimento da mãe de Sean, o que lhe foi provido, conseqüentemente pedindo a aplicação da “Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis de Sequestro Internacional de Criança”. E em 04.09.2009, o STF determinava o retorno do menor ao Estados Unidos da América²⁹.

No caso do garoto Sean, a Convenção de Haia era utilizada, em um primeiro momento, para assegurar à mãe o convívio de Sean no Brasil, visando a proteger a criança de traumas que lhe poderiam advir do repatriamento (segundo o teor dos artigos 12 e 13 da referida convenção anteriormente mencionados), em razão de o menor já estar adaptado à vida familiar junto aos avós no Brasil.

Na última decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento de n. 728.785, os ministros que compunham a seção julgadora decidiram, com base em Aspectos da Convenção de Haia, o retorno do garoto Sean aos Estados Unidos América, sob os argumentos de que aqueles que estavam com o menor não eram detentores da guarda e que a criança estava ilicitamente no território brasileiro. E o pai requeria a Busca e Apreensão do menor com base na Convenção de Haia que trata dos Aspectos Civis de Sequestro Internacional de Crianças.³⁰

2.4 - Aspectos Civis do Sequestro Internacional

²⁸ Brasil-. Organismo Internacional promulgado no Brasil pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000.. **Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis de Sequestro Internacional de Crianças**. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis de Sequestro Internacional de Crianças de 25.10.1980. Acesso em 15.05.2012 às 10h.

²⁹ BRASIL- STJ- Superior Tribunal de Justiça- Jurisprudência –**Agravo de Instrumento de n. 728.785**, cit., fls. 1483.

³⁰ - Idem.

A já referida Convenção de Haia visa a estabelecer as relações recíprocas entre os Estados-partes, para combater os conflitos causados por pais que objetivam exercer exclusividade o direito de guarda sobre sua prole comum.³¹

A convenção trata de Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças que têm o objetivo de estabelecer a relação jurídica de âmbito internacional entre os estados. O mecanismo foi criado para evitar as dificuldades impostas pelas fronteiras estatais consolidarem a retenção ilícita da criança, estabelecendo que o foro competente para apreciação sobre a guarda de menores é o local onde eles possuem guarda habitual, que a retirada da criança do país habitual sem o consentimento de um co-detentor do direito de guarda é considerada ilícita e exige reparação pelos Estados envolvidos.³²

A ‘*Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*’ de que o Brasil é signatário desde o ano de 1999, pelo o decreto de n 3.413, que passava a vigorar no território brasileiro em 1 de janeiro de 2000. Esta convenção visa a garantir os interesses da criança frente aos efeitos prejudiciais resultantes da retenção ilícita do menor por um dos genitores de forma a estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita³³.

“O sequestro internacional a que se refere a convenção, não se trata do sequestro internacional do direito Penal e sim de um deslocamento ilegal da criança de seu país e a sua retenção indevida em outro local.”³⁴

A referida convenção também tratava de garantir o bem estar do menor. Além da guarda deste, estão em jogo questões ligadas ao seu bem estar, à saúde física e psíquica. Segue o dispositivo da referida Convenção.

Art. 13. Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, autoridade judicial ou administrativa do estado requerido não

³¹ Brasil, Organismo Internacional promulgado no Brasil pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000.. **Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças**. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças de 25.10.1980 . Acesso em :15.05.2012, às 14h e 20 min..

³² Idem.

³³ Idem, ibidem.

³⁴ BRASIL- STF- SUPREMO Tribunal Federal. Artigos- **A convenção de Haia**. Disponível in: [www.stf.jus.br/convenção de Haia](http://www.stf.jus.br/convenção%20de%20Haia). Acesso em: 15.05 de 2012, às 10h.

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, no retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

Essas garantias mencionadas no parágrafo anterior são atribuídas universalmente ao menor, como resultado da Assembleia Geral das Nações Unidas que proclamava e acordava na *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)* e nos *Pactos Internacionais*. Nesse sentido, toda pessoa humana possui todos os direitos neles enunciados. Reconhecendo que a infância tem direito a cuidados especiais, e tendo em conta a necessidade de propiciar a proteção especial à criança foi firmada a Declaração de Genebra Sobre os Direitos da Criança (1924) e a Declaração Sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959.³⁵

Em 24 de setembro de 1990, a *Declaração Sobre os Direitos da Criança* era ratificada pelo Brasil, consagrando o princípio do reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos inalienáveis, de igualdade e liberdade, na Carta das Nações Unidas nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro.³⁶

A *Declaração Sobre os Direitos da Criança (1959)*, atribuía aos estados partes a função de adotar medidas apropriadas, a fim de tornar efetivo o direito do menor. Como segue o dispositivo.

Art. 3º – 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.

art. .9º – Os Estados partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmo, exceto, quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por

³⁵ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o direito Internacional** – São Paulo: Saraiva, 2006, p.428 e 429.

³⁶ ALBERNAZ, Victor Hugo e FERREIRA, Roberto Vaz –Artigo- **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Disponível in: [www. Peg.sp.gov.be](http://www.Peg.sp.gov.br). Acesso em: 15.05.2012, às 09h e 10 min.

exemplo nos casos em que a criança sofre maus - tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando este vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito da criança.”

art. 18 – Art.. Os Estados - partes envidarão os maiores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns na educação e desenvolvimento da criança. Os pais e, quando for o caso, os representantes Legais tem a responsabilidade primordial pela educação e pelo o desenvolvimento da criança. Os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica.”

art. 19- os Estados - partes tomarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a guarda dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.³⁷

A “Convenção de Haia Sobre os Aspectos de Sequestro Internacional de Criança” trata em seu teor a respeito do retorno de crianças que foram ilicitamente transferidas de país, em que pese disputa pela a guarda de descendentes (já apresentados anteriormente por meio de jurisprudência), nos casos dos menores JLKK e Sean Goldman, a CF/88, em seu art. 227 estabelece algumas exceções à sua aplicação, como a comprovação de riscos físicos ou psíquicos graves à criança³⁸.

Segue o referido artigo da CF/88.

Art. 227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta propriedade, o direito à vida, a saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade e ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com base nessas exceções resulta que cada caso deve ser analisado em particular, pois nem sempre, a aplicação de dispositivo da Convenção de Haia Sobre os Aspectos de Sequestro Internacional Crianças. é algo aplicável, como naquele do menino do menino Sean Goldman. Este foi retirado de uma vida habitual, em razão do

³⁷ PIOVESAN, Flavia. Op. Cit. p. 430,433 .

³⁸ BRASIL- AGU- Advocacia Geral da União- *Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis de Sequestro Internacional de Criança*. Disponível in: www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto. Acesso realizado no dia 24.05.2012 às 07h e 30 min.

falecimento da mãe, voltando a residir nos Estados Unidos com o pai. E partir de então, encontra-se privado de contatos com os avós maternos, face àquela decisão do STJ acima.³⁹

Ao lado dos aspectos supra tratados, no tocante a instrumentos internacionais de defesa do direito da criança, há também as previsões de riscos e problemas de diferentes ordens, que podem resultar à criança de pais divorciados com diferentes nacionalidades.

³⁹BRAIL- STJ- jurisprudência- *Recurso Especial-n. 1.239.777*, parecer do Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível in: www.stj.gov.br. Acesso em 15.05.2012 às 23h.

3 QUESTÕES ORIUNDAS DA DISPUTA E GUARDA DE DESCENDENTES NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

3.1 - Sequestro Internacional de Menor

Um dos fatores oriundos das disputa pela guarda de descendentes no âmbito internacional é o sequestro internacional de menor, em que um dos pais leva consigo o filho (a) ao seu país de origem sem o consentimento do outro genitor.

Essa transferência ilícita sob os aspectos do direito internacional, é tratada como Sequestro de Criança. Entretanto não se trata do sequestro tipificado no direito nacional do Código Penal, sendo na verdade uma abdução ou retenção do filho (a) por um dos genitores para país diferente daquele de sua residência habitual, objetivando assegurar a guarda da criança.⁴⁰

O Sequestro Internacional de crianças, objeto da *Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (25 de outubro de 1980)*, era incorporado pelo Brasil ao ordenamento jurídico nacional por meio do decreto n. 3.413, em 14 de abril de 2000, sendo resultado da convenção de Haia de realizada em 25 de outubro 1980.⁴¹

A referida convenção tinha por objetivo assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer estado contratante ou nele retidas indevidamente.⁴², “a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando houver violação de direito ou atribuído a instituição ou qualquer outro

⁴⁰ DIAS, Fernando Correia— Artigo –**Sequestro Internacional de Crianças: Aspectos Cíveis ou Remoção Indevida no Âmbito Internacional**. Disponível in : www.fasadvocacia.com.br/artigos. Acesso em 24.06.2012, às 21h e 30 min.

⁴¹ Brasil, Organismo Internacional promulgado no Brasil pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000.. **Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis de Seqüestro Internacional de Crianças**. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis de Seqüestro Internacional de Crianças de 25.10.1980. Acesso em 24.06.2012 ,às 23h

⁴² Brasil, Organismo Internacional promulgado no Brasil pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000.. **Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis de Seqüestro Internacional de Crianças**. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis de Seqüestro Internacional de Crianças de 25.10. Acesso em: 24.06.2012 ,às 23h e 20 min.

organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do país onde a criança tiver residência habitual, também é exigido o direito maculado.”⁴³

A luz da convenção de Haia em questão (1980), o presente trabalho traz acima os casos do menino San Goldman, de pai natural dos Estados Unidos da América do Norte e do menino JLKK de pai com naturalidade alemã, de respectivas mães brasileiras. No primeiro caso, já falecida, Bruna Bianchi Carneiro. No segundo caso, a mãe é C.F.P e viúva, quando era impetrado o referido recurso especial n. 1.239.777-PE ao Superior Tribunal de Justiça.

Assim como no caso do menino Sean Goldman, neste Recurso Especial do estado de Pernambuco os tribunais superiores davam (naqueles anos) aos pais de ambas as crianças ganhos causas, determinando a busca e apreensão dos respectivos filhos em território brasileiro.

Com relação a este mencionado instituto Jurídico, segue apresentado um pronunciamento da Ministra relatora do recurso especial de Pernambuco, Maria Isabel Gallotti.

A jurisprudência define busca e apreensão de menor no âmbito internacional, como um meio pelo o qual um dos descendente obterá a guarda da criança, tem caráter satisfativo que garante o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, que objetiva dar efetividade ao acordo de cooperação judiciária entre Estados, sob a forma de assistência direta. Possui juízo de cognição pleno, cujo o estado esperado é, unicamente, a determinação de retorno da criança ao status quo ante.”(STF- Agravo de Instrumento. Ação de Busca e Apreensão de Menor fundada sobre os Aspectos Cíveis da Convenção de Haia).⁴⁴

⁴³ DIAS, Fernando Correia – Artigo – **Sequestro internacional de Crianças: Aspectos Cíveis ou a Remoção Indevida no Âmbito Internacional**. Disponível in: www.fasadvocacia.com.br/artigos. Acesso em: 24.06.2012, às 12h e 30min.

⁴⁴ BRASIL- STF- Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. **Ação de busca e Apreensão de Menor Fundada na Convenção de Haia**. Acesso in:www.stf.gov.br. acesso em 15.05.2012, às 14h e 30 min.

O referido recurso foi proferido pela ministra em seu pronunciamento à jurisprudência do Superior Tribunal Federal. E encontra-se em questão um conflito de interesses internacionais no âmbito do direito internacional privado, razão pela qual o seu objeto é “dar efetividade ao acordo de cooperação judiciária entre Estados”, conforme registrado acima.

Parece oportuno ao presente estudo estabelecer a diferença entre o instituto pelo da busca e apreensão no ordenamento jurídico brasileiro e o enfoque de tal instituto pelo direito internacional privado.

A busca e apreensão é um procedimento cautelar, com a finalidade de assegurar um bem ou uma pessoa por prevenção ou segurança, onde exista perigo iminente em face da pretensão. Este meio pode ser utilizado para modificação de guarda em casos de separação judicial, a qual define qual dos cônjuges deterá a guarda dos filhos (a).⁴⁵

No Brasil a busca e apreensão de coisas ou pessoas segue os termos do Código de Processo Civil brasileiro, que traz em seu (art. 839):

Art. 839 – O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

O referido procedimento de busca e apreensão de menores no âmbito do direito internacional, visa a restituição do menor ao país de sua residência habitual, por meio de ação própria e autônoma, ensejando o amplo aspecto probatório e não exigindo a propositura de ação de conhecimento. Esta segue os termos da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças. Diversamente, no caso de busca e apreensão normatizada dentro do território nacional há como objetivo específico dar garantia de uma retenção por procedimentos cautelares ou por meio de medida liminar, que sempre será um pedido que visa garantia preventiva, busca a garantia de um direito por meio de uma medida antecipatória.⁴⁶

A busca e apreensão por meio da referida convenção é aplicada em casos de transferência ou retenção ilícita de uma criança, que tenha havido violação ao direito de guarda atribuído a uma pessoa ou instituição ou organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse residência habitual, podendo

⁴⁵ JUNIOR, Theodoro Humberto - **Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família, Volume VI, São Paulo: Saraiva 2005, p. 286.

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de novembro de 1973, Código de Processo Civil. Disponível in: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 23.05.2012, às 10h.

ser um direito pleno adquirido por meio convenção entre Estados .⁴⁷ Como se pode verificar, os registros acima de Fernando Correia Dias encontram-se fundamentados na presente jurisprudência.

Nesse sentido segue os dispositivos da “Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças”:

Conforme aponta seu art. 2º, cabe aos Estados-partes agirem com brevidade em defesa do menor.

Nos termos do art. 3 “a” da referida convenção, a transferência de uma criança de sua residência habitual e dos cuidados pela pessoa física que tenha a sua guarda é considerada violação de direito.

Nota-se que a convenção não se aplica aos menores que atingirem dezesseis anos de idade conforme o disposto no art. 4 da referida convenção . O direito de guarda implica em assegurar a responsabilidade dessa pessoa por assumir todos os cuidados que uma criança requer. E o lugar de residência dessa será deliberado pelo o detentor de guarda da criança. Já “direito de visita” envolve limitação no tempo em localidade diversa daquela de residência habitual do menor.

O entendimento de que a residência habitual do menor, referida nos art. 3, alínea “a” e 4, é para a criança lugar mais conveniente que para ela esteja sob guarda não é ponto pacífico na jurisprudência brasileira. Assim é que um parecer do ministro Cesar Asfor Rocha do Superior Tribunal de Justiça, deixa transparecer a discordância acima referida. Pois observa-se no julgado dúvidas quanto a eficácia da justiça ao deferir o repatriamento do infante.

A norma internacional, não obstante contundente na reprimenda ao sequestro e na determinação de retorno imediato do menor ilicitamente transferido, revela, de forma equilibrada, grande preocupação com o bem-estar do infante, assegurando-lhe, sobretudo o equilíbrio emocional e a integridade física.

“Nesse contexto, não de ser sopesados, sem dúvida em árdua tarefa, os valores envolvidos nessas delicadas situações trazidas ao crivo do judiciário. De um lado, o acordo internacional de que o Brasil é signatário que, de forma escoreita, visa coibir as transferências

ilícitas para outros países e de outro, interesse do menor, cuja integridade deve ser preservada em todos os aspectos.”⁴⁸

Ao que se nota, a corrente dessa jurisprudência tende-se a colocar em questão decisões prolatadas cujo tópicos recorrente é o acerto no retorno do menor ao País de sua residência.

3.2 - A presença de Relação Socioafetiva na Disputa de Guarda

Frente ao pai ou a mãe biológicos em disputa pela guarda de menor poderá ocorrer, em caso de falecimento de um deles, a solicitação em juízo de terceira pessoa em torno dessa guarda.

Esse era o caso de João Paulo Bagueira Lins e Silva, segundo marido, com naturalidade brasileira, da falecida mãe de Sean Goldman caso que se segue abaixo:

O espólio de Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro Lins e Silva era representado pelo viúvo João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva. Este requeria habilitação nos autos de guarda de Sean Godman. Entretanto, o pai do menor, David Godman, impetrava agravo de instrumento. Argumentava em sua defesa ser a guarda da criança um direito personalíssimo da falecida mãe. E aduzia que aquele que estivesse com o menor deveria ajuizar ação requerendo a guarda, como o meio de obter a tutela ou adotar a criança, requeria frente à essas argumentações a Busca e Apreensão fundado na Convenção de Haia.⁴⁹ Reservando ao viúvo o direito de ajuizar ação, para requerer guarda do menor, obter a tutela deste ou sua adoção.

O fragmento do recurso ao superior Tribunal Federal abre espaço a que se traga à consideração um aspecto eleito como central na noção família no Brasil. Essa eleição vem enfocada por autores dedicados ao campo do direito de família no Brasil.

Segundo COSTA, Everton Leandro:

Na atualidade, os valores relacionados a família estão ligados ao sentimento, a afeição, ao amor.

E em contraposição à noção paternidade anterior, na qual para o homem restava cumprir o papel de provedor de família, ou seja, a

⁴⁸ BRASIL- STJ- Superir Tribunal de Justiça -**Recurso Especial** n. 1.239.777- PE- Ministro Cesar Asfor Rocha, p. 6 e 7. Disponível in: www.stj.com.br. Acesso em 23.05.2012, às 1h e 30 min.

⁴⁹ BRAILS- STF- Superir Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento, n. 728.785 – RJ** - Ministro Marco Aurélio – Disponível in: www.stf.jus.br/portal/cms/listarnoticiaultima.asp. Acesso em: 23.05.2012 às 13h.

paternidade era para o homem apenas um fato, ao invés de sê-lo também ato.

No mesmo sentido, o vínculo afetivo vem destacado no conceito de família na atualidade da legislação brasileira. Tal vínculo tem como objetivo resguardar a dignidade e os interesses da criança. A filiação soaioafetiva é compreendida como uma relação jurídica de afeto com o filho de criação, deixando de lado os vínculos biológico, os pais criam uma criança por mera opção, velando-se de amor e cuidados.

a paternidade, era para o homem apenas um fato, ao invés de sê-lo também em ato.⁵⁰

No fragmento supra citado traz a expressão *socioafetiva* como um novo sentido família, bem presente na atualidade.

O ano de 1990 está marcado no Brasil com o direito de aquisição por crianças e adolescentes de direitos de convivência em família, tanto de forma natural como a substituta.

Assim é que o *Estatuto da Criança e do Adolescente-* (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, conhecido como ECA), traz dispositivos que resguardam o direito de ambos serem criados para além do interior de sua família biológica em uma *família substitua*, como segue.

art. 19 – toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias e entorpecentes.⁵¹

E o ordenamento jurídico brasileiro, expresso no *Estatuto da Criança e do Adolescente* indica como considera realizada a inclusão da criança ou adolescente em *família substituta*.

O ECA (art. 28), traz a definição dessa modalidades de família:

Art.28- a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente nos termo da lei.

A disputa pela guarda de descendente(s) com pais de nacionalidades distintas também podem enfrentar o dilema da disputa deste(s) frente à uma relação socioafetiva, arguida contra um dos ascendentes biológicos do menor. Como já observado, no

⁵⁰ COSTA, Everton Leandro da. **Atribuição da guarda e suas consequências em Direito Internacional Privado**. Tese de doutorado USP. Disponível in: WWW.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/ed30062009-141850/ptb. Acesso em : 25.06.2012 às 2h e 29 min.

⁵¹ BRASIL- **Conselho Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente, 2010** – Estatuto da criança e do adolescente (Lei federal n. 8. 069, de 13 de julho de 1990).

capítulo anterior o processo de disputa pela guarda de descendentes (s) no âmbito internacional é fruto do descontentamento de um dos cônjuges quanto à sua vida conjugal. Este cônjuge, conseqüentemente, retorna ao seu estado de origem, trazendo consigo o filho (a), fruto desta relação, sem o consentimento do outro genitor. Tal ato de abdução de criança acaba sendo considerado ilícito pelo fato de a criança ter como residência habitual o país em que se encontrava anteriormente.

A criança, quando levada para outro Estado, poderá habitua-se a um novo convívio familiar e integrar-se a uma nova cultura que, no decorrer da disputa pela guarda entre os genitores, poderá não mais reconhecer um de seus ascendentes, por estar inserido em uma nova família, formada ou pelos parentes de seu genitor (a), ou por companheiro (a).⁵²

No caso do menino Sean Goldman, sua mãe Bruna Bianchi Ribeiro Lins veio para o Brasil. Trazia consigo o menino, mesmo estando ilicitamente, este permanecia junto à sua mãe em território brasileiro. Bruna Lins, em outubro de 2005, ganhava na justiça brasileira a guarda provisória de Sean, sob os termos de que a criança encontrava-se habituada ao novo meio. ⁵³

A mãe do menor havia contraído novo casamento com o advogado João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva. E estavam casados havia dois anos no Brasil, onde este tinha um relacionamento de paternidade socioafetividade, pois desde de que a mãe do menor havia separando-se do pai biológico Sean não tinha contato com o pai. E este entretanto, ainda disputava na justiça a guarda do menino. Em 2008 Bruna falecia, e o padrasto do menino, requeria na justiça brasileira habilitação nos autos para ser polo passivo no processo de guarda do menor, objetiva conseguir definitivamente ter a guarda da criança. ^{54 55}

Portanto, apesar de ter Laços de socioafetividade com o menino, não era o detentor da guarda, a sua habilitação aos autos era negada, sob os argumentos que a guarda de uma criança só poderia ocorrer por transmissão hereditária, e se caso o mesmo quisesse ter a guarda do menor, deveria requerê-la por meio de adoção.⁵⁶ O pai do menino Sean, David George Goldman, requeria junto a justiça brasileira e americana, a busca e apreensão do filho, com base na *Convenção de Haia Sobre os*

⁵² CRISTO, Alessandro –Consultor Jurídico. Artigo. **Disputa envolve lei brasileira, americana e tratado**. Disponível in: www.conjur.com.br. Acesso em :14.04 de 2012 às 9h.

⁵³ BRASIL- STF- Supremo Tribunal Federal – **Agravo de Instrumento**, n. 7728.785 rio de janeiro, 2010.Relator Ministro Marco Aurélio. Acesso in: www.stf.gov.br. Aceso em 15.05.2012 às 10h.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Veja: anexo A

⁵⁶ Ide

Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças alegava que a seu direito sobre a guarda do filho era personalíssimo e que é assim que a criança deveria voltar aos Estados Unidos, com base nos artigos. 17 e , cujos registros seguem.

Art. 17- o simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta convenção, mas autoridades judiciais ou administrativas do estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente convenção.

Art. 19- qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente convenção, não afetam os fundamentos do direito de guarda.

Os laços socioafetivos do padrasto com Sean Goldman não foram suficientes para garanti-lhe a guarda do menor. Nos termos da Convenção de Haia, o pai era o detentor legal da guarda do filho. Em 04.09.2009, o STF, determinava o retorno do menor aos Estados Unidos da América.⁵⁷ Atualmente, os laços socioafetivos ligados ao menor no Brasil encontram-se restringidos até mesmo aos avós maternos, pois o pai não permite ligações afetivas da criança com a família brasileira, utilizando-se dos argumentos de que protege o filho de danos psicológicos. Entretanto, os avós maternos ainda lutam na justiça, para ao menos conseguirem poder falar com o neto.⁵⁸

No caso do menor J.L.K.K, não foi diferente. Ao ser deferida a repatriação do menor à Alemanha, era deferida por sentença prolatada pelo STJ. Feita a entrega do menor ao pai alemão, o menor já não o reconhecia como tal, mas sim ao companheiro atual da mãe no Brasil. Quando retornasse ao seu país de origem, este deveria ser acompanhado pelo serviço social e psicológico do país (Alemanha), de forma a dirimir possíveis dificuldades emocionais que decorriam, da separação do menor de sua mãe e de seu padrasto, pois a criança já havia estabelecido novos vínculos socioafetivos.⁵⁹

Segundo o Ministro Cesar Asfor Rocha (jurisprudência recurso especial n. 1239.777)

“Por mais que a Convenção de Haia Sobre os Aspectos civis de sequestro Internacional, tenha como objetivo resguardar o direito da criança, não ficam afastados a possibilidade de graves danos físico e psicológicos, em razão da criança ter criado novos vínculos

⁵⁷ Idem, ibidem.

⁵⁸ CRISTO, Alessandro – Consultor Jurídico. Artigo. **Família Sean**. Acesso in: www.conjur.com.br. Acesso em 14.04 de 2012 às 9h.

⁵⁹ BRASIL -STJ – Superir Tribunal de Justiça- Jurisprudência – **Recurso Especial n. 1239.777**, relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Acesso in: www.stj.com.br. acesso em 21.05.2012 às 7h e 30 min.

socioafetivos, devendo os casos serem analisados com mais precisão”.⁶⁰

O fragmento extraído do Recurso Especial traz à tona novamente o Ministro Cesar Rocha e o questionamento de parte da jurisprudência para a guarda do menor no plano internacional.

3.3 – Alienação Parental: desdobramento e possível término de uma sociedade conjugal

A definição de guarda de descendente(s) pode acarretar-lhe a denominada Alienação Parental. Esta caracteriza pelo fato do guardião ou genitor desencadear um processo de afastamento do convívio do filho alienado frente ao outro genitor como uma forma vingativa do término da união. Conhecida como Síndrome de Alienação Parental –SAP, atualmente constata-se no Brasil que 80% dos filhos de casais separados sofreram de algum mal relacionado a SAP.⁶¹

As vítimas da SAP estão propensas a apresentarem distúrbios psicológicos, como depressão, ansiedade e pânico, cometerem suicídio, utilizar de drogas ou álcool, apresentar baixa estima, não possuir uma relação estável quando adulta. A criança alienada passa a ter um sentimento de ódio e repulsa pelo outro genitor.⁶²

Esta alienação surgirá da disputa entre pai e mãe pela guarda dos filhos que poderá acarretar sérios problemas no desenvolvimento social emocional e psicológicos dos filhos.⁶³

No ordenamento brasileiro a SAP é regulamentada pela Lei n. 12.318 de 26 agosto de 2010 que visa proteger a criança dos abusos praticados contra o genitor o guardião.

Segue o dispositivo :

Art. 3º- a prática da alienação parental fere o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o

⁶⁰ Idem.

⁶¹ CLAWA,S.S;RIVIN, B.V. (Children Held Hostage: Dealing with programmed and Brainwashed children. Chicago, American Bar Association, 1991. Dados da organização Splith Two Should Evaluators use in Child – Custody Disputes? American Journal of family Therapy. March 2202; 30(2):93-115. **Alienação Parental.** Disponível in: www.Alienaçãoparental.com.br. Acesso em: 25.06. 2012 , às 10h.

⁶² Alienação parental. Disponível in: www.alienaçãoparental.com.br. Acesso em: 25.06.2012, às 10h.

⁶³ Idem.

adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela e guarda.⁶⁴

Segundo TOSTES (caso Sean Goldman) “O primeiro sinal da alienação parental se manifesta com um dos genitores tentando desmoralizar o outro, por meio de um conjunto de ações que interferem no pensar e no agir da criança, causando transtornos que deixarão marcas pelo o resto de sua vida”.

E o mesmo autor observa mais adiante o que se segue.

“A alienação parental está diretamente ligada à guarda dos filhos e por causa dos efeitos devastadores das separações, os legisladores preocuparam-se em criar lei de forma proteger os filhos vítimas dessas relações”.(Sergio TOSTES – Caso Sean Goldman. Disponível em :[www. original123.com.br](http://www.original123.com.br). Acesso em 25.06.2012, às 16h e 30 min.).

Frente aos casos apresentados principalmente o de Sean Goldman, as transformações ocorridas em sua vida podem ser enquadrar em uma serie de problemas psicológicos e emocionais no desenvolvimento, um deles é ausência da mãe e o outro é a decisão de David Goldman ao impedir de todas as formas a visitação dos avós brasileiros ao menino, que pode ser enquadrada na síndrome de alienação parental.

Em 22 de setembro de 2010, os avós brasileiros concordavam em desistir de todas as ações impostas contra o pai pela guarda do menino, com o objetivo de ter contato com o neto.⁶⁵

Seguem trechos de reportagem na mídia falada do Brasil – Fantástico (Rede Globo) – entrevista de David Goldman e Sean Goldman – programa da rede Americana Dateline – emissora NBC:

Apresentadora: “Quando foi a última vez que Sean viu a avó materna?”

David: “No Brasil.”

Apresentadora: “Porque não a deixa encontrá-lo.”

David: “quem disse isso.”

Apresentadora: “Ela diz que você não a deixa vê-lo.”

⁶⁴ Brasil- Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível in: [www. alienação parental.com.br](http://www.alienação-parental.com.br). acesso às 10h.

⁶⁵ TOSTES, Sergio – Artigo- **Caso Sean Goldman** . Disponível in: [www. Original123.com.br](http://www.Original123.com.br). Acesso em 25.06.2012, às 21h.

David: “Ela pode vir e visitá-lo quando quiser desde que cumpra alguma exigências que seria estúpido da minha parte eu não pedir. Por que se fosse por ela, eu nunca voltaria no Brasil. Ela precisa deixar de lado o processo na Justiça, e ela precisa ir ao nosso terapeuta, o terapeuta do Sean, e discutir como ela deve se portar.”⁶⁶

O menino, alvo de uma batalha internacional pela sua guarda, atualmente pode estar sendo vítima de alienação parental.

No contexto da SAP, a adoção pura e simples de postura mediadora entre o ex-casal poderia significar o descaso frente à hipotética presença de uma patologia a desenvolver-se. Neste caso, manipulações e mentiras do ex-cônjuge e terceiros que possa estar envolvidos na disputa concorrem para dificultar a própria mediação em curso. Para mais, pode confundir profissionais da área da saúde, restando a sua necessária intervenção.

⁶⁶ Entrevista de David Goldman. , para rede Americana Dataline – NBC- Transmissão, para **Reportagem Fantástico** – Edição de 29.04.2012. Disponível in: www.fantastico.globo.com/jornalismo. Acesso em 11.09.2012 às 11h e 12 min.

4 ADOÇÃO INTERNACIONAL E TRÁFICO INTERNACIONAL: RISCOS PREVISTOS E IMPREVISÃO DE RISCOS

A intervenção das autoridades brasileiras encontra-se presente, quando o assunto é adoção de menores na esfera de relações internacionais. No entanto, o instituto da adoção internacional nem sempre significa a presença de licitude no curso do processo, uma vez que redes internacionais servem-se do tráfico de pessoas também para sua adoção.

A adoção internacional vem conceituada como medida de integração menor em família substituta por estrangeiros, sendo uma medida excepcional admitida na modalidade adoção.⁶⁷ Esta será deferida mediante a impossibilidade de colocar a criança ou o adolescente em família substituta residente no Brasil. O casal ou pessoa estrangeira que queira adotar um menor deverá ser habilitado pela *Autoridade Central Estadual* (CEJA-Comissão Estadual Judiciária de Adoção), órgão vinculado ao judiciário e fiscalizador de casos de adoção que tem por objetivo garantir que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional, participando do sistema de cooperação sob os Aspectos da Convenção de Haia (*Convenção Relativa à Proteção das Crianças e a Cooperação em Matéria Internacional*, concluída em Haia, em 29 de maio de 1999, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999).⁶⁸

4.1 - Autoridades em Monitoramento

Os requisitos necessários para permitir que uma criança seja adotada por estrangeiros estão previstos no art. 4º da Convenção de Haia, realizada em 29.05.1993 em Haia, a 17ª conferência internacional. Esta era ratificada pelo Brasil em 21.06 de 1999 por meio do Decreto de n. 3.087.

⁶⁷ CARVALHO, Dias Messias. *Adoção Internacional. De acordo com a lei n. 12.010/2009 (Nova Lei de Adoção)*, ed. Del Rey, Belo Horizonte, p. 53.

⁶⁸ SOUZA, Herbt de -*Adoção Internacional*. Disponível in: www.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas. Acesso em: 16.12.2012, às 20h e 52min.

Art. 4º As adoções abrangidas por esta convenção só poderão ocorrer quando as Autoridades competentes no Estado de Origem:

- a) tiverem determinado que a criança é adotável;
- b) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança;
- c) tiverem-se assegurado de:
 - 1) que as pessoas, instituições e autoridades, cujo consentimento se requeira para a adoção, hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das consequências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem;
 - 2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legalmente prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito
 - 3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e
 - 4) que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e
- d) tiverem assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de:
 - 1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as consequências de seu consentimento à adoção, quando este é exigido;
 - 2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança;
 - 3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito;
 - 4) o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie.⁶⁹

Com base no art. 4º da Convenção sobredita, há comprometimento do poder Público do País de nacionalidade da criança a quem considere "adotável" em País estrangeiro, se não for possível a adoção dessa no seu País de origem. De todo modo, seja no Estado de origem, ou no estrangeiro, o requerimento para adoção de menor necessita encontrar-se precedido de esclarecimentos aos pleiteantes da adoção, às instituições e às autoridades públicas a respeito do conjunto de decorrências da concretização da adoção. E que haja também de sua parte consentimento livre, sob previsão legal e por escrito, a respeito dos desdobramentos do ato de adoção, em termos

⁶⁹ BRASIL, Presidência da República. Decreto- Lei n. 3.087, de 21 de junho de 1999. **Convenção Relativa a Proteção e a Cooperação em Matéria Internacional** (Haia, 29.05.93). Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm. Acesso em 16.09.2012, as 23h e 25min.

do direito sucessório, uma vez que a criança perderá todos os seus vínculos com sua família biológica.

No tocante ao consentimento, este não pode decorrer de interesses de natureza material, bem como de uma segunda tentativa de adoção da criança, em razão de a anterior haver sido revogada. Só após o nascimento da criança é que sua mãe pode manifestar-se por dá-la em adoção, em Estado em que lhe for exigido o cumprimento de tal requisito.

E a própria criança, em função de sua idade e maturidade emocional, tem de estar livremente ciente dos desdobramentos da adoção e de seu próprio consentimento, livre de intento comercial e manifestado por escrito, se necessário for. Em forma escrita nos Estados em que a lei exige-lo.

No Brasil a adoção internacional está prevista na Lei. 12.010/2009 (Nova Lei de Adoção, art. 51) e pelo *Estatuto da Criança e do Adolescente* (art. 31), encontrando-se sob enfoque mais adiante. Porém, nem sempre a adoção é realizada aos moldes da legislação brasileira, pois atuam entre os continentes redes de tráfico de pessoas.

4.2 - Tráfico Internacional de Menores

Se estas pessoas forem crianças, o seu tráfico representa um fator capaz de acarretar disputa pela guarda de descendentes no âmbito do direito.

O tráfico internacional de crianças movimenta-se no mundo inteiro e suas vítimas são crianças das periferias de países como Brasil, México, Estados Unidos, entre outros dos continentes africano e asiático.⁷⁰

Há sobre o assunto o *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças*, adotado nos Estados Unidos da América, na cidade de Nova York, em 15 de outubro de 2000. O documento era ratificado pelo Brasil em 2003, por meio de decreto n. 231, promulgado em 2004 através do Decreto n. 5.017. Tal instrumento traz em seu teor a definição de tráfico de pessoas.

⁷⁰ JESUS, Damásio de – **Trafico Internacional de Mulheres e Crianças: Brasil: Aspectos Regionais e Internacionais** – São Paulo, Saraiva, 2003, p. 148.

Art. 3º

Definições

Para efeitos do protocolo:

- a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea ao do presente Artigo;
- d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.⁷¹

A presente Convenção conceitua (em seu art. 3º), o tráfico de pessoas como sua transferência ilícita para outro país, submetendo-as à atividades ilícitas e criminosas ocorridas no âmbito internacional. Em especial a maioria das vítimas são mulheres e crianças, subordinadas a atividades tais como: exploração sexual, trabalhos forçados em condições análogas à escravidão ou até mesmo submetidas à remoção de órgãos

Segundo Jesus (2003, p.142):

Foram realizadas pesquisas internacionais pela UNICEF, que apontaram a dimensão do tráfico de crianças com o fim de serem adotadas irregularmente e que eram alarmantes os casos de crianças

⁷¹ BRASIL, Presidência da República, Decreto 5.017 de 12 de março de 2004, **Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Disponível in: www.planalto.gov.br/ccivel_03/_ato_2004.../decreto/d5017.htm. Acesso em: 21.10.2012, às 18h e 24 min.

brasileiras adotadas por famílias dos Estados Unidos da América e Europa nos anos de 1980 e 1990.⁷²

No Brasil, o governo federal apurava, a partir de levantamentos referentes ao tráfico sob enfoque, “19.017, crianças adotadas, na década de 1980 por famílias americanas e europeias, e sua situação, após a adoção, era simplesmente uma incógnita.”⁷³

O desconhecimento ocorria sem maiores esforços, uma vez que a adoção efetuava-se de maneira não regular⁷⁴ por aliciadores de mães ou crianças de famílias pobres. Esses aliciadores recebiam casais estrangeiros e intermediavam negociações em torno das adoções dessas crianças.⁷⁵

4.3 - Traficantes em Ação no Brasil

O elevado número de adoções levou a Polícia Federal brasileira a averiguar a possível existência de uma rede tráfico de crianças. Entre os anos de 1995 e 1996, vinham a público, via investigações, oito casos de bebês brasileiros que foram enviados para Itália e França.⁷⁶

Um caso recente e de grande repercussão nacional era apresentado no dia 14.10.2012, na emissora de notícias Rede Globo,⁷⁷ no programa de reportagens “Fantástico”. Se trata do caso de 5 crianças de uma mesma família, retiradas dos pais por determinação judicial e dadas para adoção no sertão da Bahia na cidade de Monte Santo. O antigo Juiz titular da Comarca de Monte Santo, Vitor Xavier Bezerra, determinava no ano de 2011 a adoção dos 5 filhos de Gerônimo de Brito Souza e Silvânia da Silva. Na reportagem, os pais afirmam que seus filhos foram levados para adoção por determinação judicial, sem ao menos terem sido ouvidos. Também eram

⁷²72 JESUS, Damásio de – **Trafico Internacional de Mulheres e Crianças: Brasil: Aspectos Regionais e Internacionais** – São Paulo, Saraiva, 2003, p. 142.

⁷³73 SILVA, Eduarda Barros e MOLD, Cristian Fetter. Artigo- **Aspectos da Adoção Internacional** . Disponível in:www. Ibdfan. org.br, Acesso em 29.08.012, às 23h e 30 min.

⁷⁴74 Idem.

⁷⁵75 Idem. Ibidem.

⁷⁶76 Idem. Ibidem, p. 145.

⁷⁷77 Reportagem Rede Globo, Fantástico. **As crianças de Monte Santo**. Disponível in: www.Youtube.com. Acesso em 22.10.2012 às 8h.

entrevistados professores e familiares, cujas visões eram de serem crianças bem cuidadas pelos pais.

O Juiz atual da cidade Monte Santo relatava constatarem no processo diversas irregularidades, e suspeitava-se que as crianças poderiam ter sido vítimas de uma rede de tráfico de crianças no sertão.⁷⁸

Em resposta no dia 15.10.2012, a corregedoria da Justiça, representada pelo Ministro Falcão, após denúncia de suposta existência de quadrilha para traficar crianças, determinava que fosse instaurado procedimento administrativo, para investigar as supostas irregularidades em processos de adoção em Monte Santo/BA. E era determinado o prazo de 60 (sessenta) dias para conclusão da investigação contra o antigo juiz Titular da Comarca de Monte Santo, Vitor Xavier Bezerra.⁷⁹

O Ministério Público de Monte Santo, representado pelo promotor de Justiça Luciano Ghignone, afirmava que apresentou denúncias sobre a existência de uma quadrilha atuante no Estado da Bahia, desde o primeiro semestre do ano de 2012. As denúncias tinham sido apresentadas à Procuradoria do Crime antes mesmo de o caso das crianças de Monte Santo vir à mídia.⁸⁰

O Juiz de Monte Santo (BA) Roberto Cappio determinava no dia 27.11.2012 que as crianças fossem devolvidas aos pais biológicos, após constar-se irregularidades na adoção das crianças.

O caso ainda continua sendo investigado pela a CPI – (Comissão Parlamentar de Inquérito) do Tráfico de Pessoas (Câmara Federal), à suspeitas da existência de uma quadrilha de tráfico de pessoas atuante na região na região de Monte Santo, e que as cinco crianças Monte Santo, que foram dadas à adoção, poderiam ter sido vítimas.⁸¹

Além do caso anteriormente relatado, o "Fantástico" registrava, no dia 21.10.2012, outros casos de crianças vítimas das irregularidade no sistema de adoção

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ CNJ- notícias – Corregedoria Investiga Irregularidades na Bahia. Disponível in: WWW.cnj.jus.br/noticias/cnj/21619. Acesso em 22.10.2012, às 8h e 47 min.

⁸⁰ RODRIGUES Alex, artigo de 19.10.2012, EBC. **Ministério Público da Bahia Investiga Tráfico de Crianças**. Disponível in: www.ebc.com.br.2012. Acesso em 28.10.2012, às 7h e 18 min.

⁸¹ REPORTAGEM G1. **Juiz determina retorno de Crianças após adoções irregulares na Bahia**. Disponível in: G1.globo.com/Bahia/noticia/2012/11. Acesso em 12.11.2012 às 5h e 50 min.

nessa mesma cidade, onde autoridades federais e estaduais já investigam a existência de um suposto esquema de tráfico de pessoas⁸².

Em Monte Santo no dia 21.10.2012, o Fantástico noticiava outros casos de adoções irregulares. Um dos casos, apresentado pelo repórter José Raimundo, é o de Marivalda de Souza Santos, mãe de quatro filhas, solteira, com 25 anos de idade. Afirmava essa, na reportagem que concordou em dar a filha caçula para adoção, iludida da possibilidade de que poderia rever a filha. E já faz 3 (três) anos que esta não tem notícias de sua filha.⁸³

O outro caso é o de Eunice de Jesus, que afirmava ter entregado sua única filha, sob promessa de que a criança não sumiria de sua vida. Em outro povoado na região de Monte Santo, o repórter José Raimundo também entrevistava Odília Barbosa. Esta afirmava que seus dois filhos foram levados, sendo uma menina de 2 anos de idade e um menino ainda bebê, sob ameaça de ser presa, porque seu companheiro era usuário de drogas.⁸⁴

Na reportagem, o promotor Luciano Ghignone afirmava serem ilegais todos os casos relatados sem o necessário processo de adoção. Também, não ter dúvidas que há uma associação criminosa que atua na região de Monte Santo, voltada ao agenciamento de crianças.⁸⁵

Frente aos casos relatados, nota-se que os fatos não se limitam a crianças brasileiras. Há suspeitas da atuação de uma rede de tráfico com integrantes brasileiros, em países que fazem fronteiras com o Brasil. No dia 02.11.2012, o Jornal Nacional noticiava o caso de um bebê de 11 meses que era vítima de negociações. O caso era apresentado por uma emissora paraguaia, sediada em Cidade Leste do Paraguai. O flagrante naquela região consistia negociações entre a mãe da criança de origem indígena e os aliciadores. A mãe havia recebido dinheiro em troca da criança. O suspeito de comprar a criança era João Batista Lourenço. Jornalistas testemunhas do caso chamaram a polícia. Os suspeitos João Batista Lourenço era de nacionalidade brasileira e Adriana da Silva, era dupla de nacionalidade paraguaia e brasileira. Com os

⁸² RAIMUNDO José, *reportagem do programa de notícias da Rede Globo Fantástico do dia 21.10.2012. Mães de Famílias Pobres São Alvos de Quadrilha que Atua no Tráfico de Crianças*. Disponível in: www.fantastico.globo/jornalismo. Acesso em : 28.10.2012 às 22h.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.Ibidem.

⁸⁵ RAIMUNDO José, *reportagem do programa de notícias da Rede Globo Fantástico do dia 21.10.2012. Mães de Famílias Pobres São Alvos de Quadrilha que Atua no Tráfico de Crianças*. Disponível in: www.fantastico.globo/jornalismo. Acesso em : 28.10.2012 às 22h.

suspeitos era encontrado uma certidão de nascimento da criança falsificada, de que constava o nome de João⁸⁶ Batista como pai do menor.

Desde a década de 1990 havia relatos de irregularidades em adoções realizadas no Brasil. Entre as denúncias destacam-se as de adoções internacionais.⁸⁷

Em 1991, o Brasil integrava-se o UNDOC- *Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime Organizado Transnacional e Contra a Corrupção*, programa contra o tráfico de seres humanos, em colaboração com o *Instituto das Nações Unidas de Pesquisa sobre Justiça e Crime Inter Regional* (UNICRI). Através da integração o UNDOC, o Brasil ratificava, então instrumentos internacionais, de combate aos crimes transnacionais, um deles era o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, por meio de decreto n. 5.017, em 12 de março de 2004. E também o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo ao tráfico de Migrantes via Terrestre, Marítima e Aérea, este por meio do decreto n. 5.016, em 12 de março de 2004.⁸⁸ . Os referidos instrumentos dispõem sobre os objetivos no combate ao tráfico de migrantes entre Estados Internacionais.

4.4- Tráfico de Migrantes e Mecanismo para seu Combate.

Toma parte deste combate aquele instrumento acima referido, ratificado no ano de 2004 (decreto 5.016). No presente protocolo vem registrado o Combate ao Tráfico de Migrantes por via terrestre, marítima e Aérea⁸⁹.

Segue dispositivos do referido protocolo.

⁸⁶ FERRARI Izabella. Redação do Jornal Nacional. Brasileiro é detido no Paraguai Suspeito de Tráfico nacional de Crianças. Edição de 0.2.11.2012. Disponível in: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/11/brasileiro-e-detido-no-paraguai-suspeito-de-traffic-internacional-de-criancas.html>. Acesso em 06.11.2012.

⁸⁷ JESUS Damásio,- *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças-Brasil- Aspectos Regionais e Nacionais* São Paulo, Saraiva, 2003, p. 145.

⁸⁸ Mathiasen BO – *Tráfico de Pessoas e contrabando de Migrantes*. Disponível in: WWW.undoc. org. Acesso em: 29.10.2012 às 11h.

⁸⁹ BRASIL – Protocolo A Adicional a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime organizado Transnacional, relativo ao combate ao Tráfico de Migrantes via, terrestre e Marítima. Disponível in :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm. Acesso em 01.10.2012, às 11h.

Art. 2º

Objetivo

O objetivo do presente Protocolo é prevenir e combater o tráfico de migrantes, bem como promover a cooperação entre os Estados Partes com esse fim, protegendo ao mesmo tempo os direitos dos migrantes objeto desse tráfico.

O presente dispositivo define em seu teor o vínculo entre os Estados- partes frente ao combate e a prevenção ao tráfico de pessoas.

O art. 3º do instrumento sob enfoque revela ser possível haver vinculação entre tráfico de migrantes e casos como os da cidade de Monte Santo, no estado da Bahia.

Art. 3º

Definições

Para efeitos do presente protocolo:

a) A expressão “tráfico de migrantes” significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente,

b) A expressão “entrada ilegal” significa a passagem sem preencher os requisitos necessários para a entrada legal no Estado de acolhimento.⁹⁰

Os casos apresentados no nordeste do Brasil (BA), se for comprovado pelas autoridades e justiça brasileiras como tráfico de pessoas, estará presente o traço interno ou internacional de encaminhamentos dados, via intermediários, a crianças brasileiras nesse estado.

No Brasil, o Legislador brasileiro tem se preocupado ao máximo à assuntos relacionados a proteção de menores submetidos a adoção, em especial por pessoas

⁹⁰ BRASIL. *Acordo internacional, ratificado pelo Brasil por meio de Decreto n. 5.016/2004- Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea*. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5016.htm. Acesso em: 29.10.2012, às 12h.

estrangeira criando normas no ordenamento jurídico nacional que visam proteger os interesses do menor adotado. Um dos instrumentos utilizados foi a elaboração da Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009 (*Lei da Adoção Internacional*), incorporava-se a *Convenção Relativa à Proteção das Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional* (de 29 de maio de 1993), também conhecida como “*Convenção de Haia*”. Assim como a lei nacional, a convenção acima trouxe também importantes princípios e objetivos à proteção da criança e seu interesse superior, e à manutenção da família natural ou extensa, permitindo a adoção internacional.⁹¹

A referida Convenção tem como objetivo a cooperação internacional entre autoridades centrais mundiais para monitorar os casos de adoção. Quanto a esta, há relatos de práticas ilícitas de pessoas ligadas ao tráfico de menores, que ocorriam por inobservância das autoridades judiciárias ou por irregularidades.⁹²

Frente aos constantes problemas no campo da adoção internacional, a atenção das autoridades brasileiras encontra-se hodiernamente, voltada a erradicar o tráfico internacional de crianças. Para tanto, o legislador brasileiro preocupa-se em “modernizar” o instituto, fazendo com que várias etapas tornem-no seguro, para se chegar a sentenças de adoção.⁹³

Uma dessas etapas correspondia à instituição do ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). O seu teor traz cujo teor dispositivos regulamentadores da adoção feita por pessoas estrangeiras no Brasil.

Esse é o caso dos art. 50 e dos §1º e 2º, do art. 51, como segue.

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1º a adoção internacional de crianças ou adolescente brasileiros ou domiciliados no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:

I- Que a colocação em uma família substituta é a solução adequada ao caso concreto;

⁹¹ SILVA, Eduarda Barros e MOLD, Cristian Fett. Disponível in :www. Ibdfam. Org.br, acesso em 29.08.012 às 23h e 30 min.

⁹² JESUS Damásio,- **Tráfico Internacional de mulheres e Crianças-Brasil: aspectos regionais e nacionais** São Paulo, Saraiva p. 148.

⁹³ Idem.

II- Que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da crianças ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastro mencionados no art. 50 desta lei.

III- Que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §1º e §2º do art. 28 desta Lei.

§ 2º os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional.⁹⁴

Esta lei adota princípios da proteção e interesse dos menores. E para regulamentar a adoção era estatuída a Convenção relativa à Proteção das Crianças à Cooperação em Matéria de adoção Internacional (Haia de 29.05. 1993), e promulgada pelo decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999, que traz em seu teor os princípios sociais e jurídicos aplicáveis à proteção e ao bem estar das crianças, com especial referência às práticas em matéria de adoção e colocação familiar no plano nacional e internacional.⁹⁵

Nesse sentido, RIZZARDO Arnaldo (2006, p.563 e 564) afirma:

“A adoção por estrangeiro, residente ou domiciliado fora do país, representou, em certo momento, um dos assuntos que vários problemas trouxe às autoridades públicas, colocando em suspeita esta forma de filiação.”⁹⁶

Com base no autor, nota-se que há uma grande preocupação das autoridades públicas no direcionamento das adoções por estrangeiros, se estas estariam seguindo o seu curso que é adoção de um menor, ou se estariam estes sendo vítimas de práticas criminosas.

Os instrumentos e normas apresentados no presente estudo, visam a combater as irregularidades no sistema de adoção, como também combater e prevenir crimes, tais como tráfico de crianças no território nacional.

Dentro do que é exigido nos termos da Convenção de Haia (1993), artigo 4º, alínea C, I, acima referidos, “pessoas, instituições e autoridades” têm de estar comprovadamente autorizado por autoridade competente para adotarem crianças ou adolescentes alteração no plano internacional .

⁹⁴ Brasil _ Lei 8.069 de junho de 1990 – **Estatuto da Crianças e do Adolescente**

⁹⁵ Decreto Legislativo nº 63, de 1995. Disponível em www.tjd.jus.br. Acesso em 30.08.2012 às 17h.

⁹⁶ RIZZARDO Arnaldo. **Direito de Família**. Lei n. 10. 406, de 10.10.2002. Editora Forense. Rio de janeiro 2006, p.563 e 564.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo está voltado a refletir sobre o quadro que cerca o divórcio de pais de nacionalidades diversas, uma delas brasileira, no tocante a guarda de descendentes. Apontando a existência de conflitos de normas a serem aplicadas nesse casos que envolvem políticas governamentais, haja vista que cada país possui seu ordenamento jurídico soberano e conseqüentemente, cada um dos ex-cônjuges objetiva que a causa seja decidida sob as leis de seu País.

Dessa forma, o objeto geral do tema é trazer a consideração casos de desconstituição da sociedade conjugal, que envolvem disputa de guarda de filhos, em que os progenitores são de nacionalidade diversa, sendo a de um deles a brasileira. Os objetivos específicos são: identificar como são solucionadas lides de tal natureza em nossos tribunais, apontar as dificuldades oriundas aos pais pela a guarda dos descendentes, apresentar questões de irregularidades na adoção nacional, apontando os riscos e imprevisão de riscos decorrentes destas que podem a final ocasionar uma disputa de guarda de filhos entre família natural e adotiva. Para chegar aos objetivos foi necessário, fazer pesquisas em jurisprudências, periódicos, revistas, reportagens televisivas, e pesquisas utilizando-se de meios eletrônicos, etc.

O presente trabalho foi desenvolvido em compilação através do método lógico-dedutivo, dotando-se como fonte primária, tratados acordos, convenções, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Código Civil Brasileiro e a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC de 1942) e jurisprudências. Diante desse método pude colher informações a respeito do tema proposto, bem como caso concretos que relatam uma realidade de todo o contexto.

Ao elaborar a pesquisa observa-se que as maiores dificuldade para resolver lides frente aos temas apresentados, é o fato de estarem presente no ordenamentos jurídico de cada estado soberanos a lei que vigora dentro de seu território. E por se tratar de questões entre particulares de natureza privada de estados distintos o que faria ligação entre ambos é a existência de um elemento de conexão. Este elemento de conexão dependeria de uma norma em comum para se definir o litígio entre os dois Estados.

Entretanto, para se definir, a possibilidade normas de outro estado terem eficácia frente ao Estado nacional, há a necessidade que ambos fossem vinculados por tratados internacionais.

No presente estudo, percebe-se que a questão estende-se da disputa de guarda entre pais de nacionalidades diversas, tem grandes características das relações familiares que se oriunda do de divórcio. Estas estão relacionadas a afetividade da criança envolvida, interferindo no desenvolvimento psicológico e social do menor, caracterizadas por sequestro de menor, síndrome de alienação parental e família sócio afetiva.

Nota-se que no estado nacional há leis específicas que visam proteger o menor dessas relações advindas do divórcio dos pais. E nas relações desta natureza entre Estados distintos e soberanos, aplica-se as normas expressas em tratados e convenções, deste de que ambos sejam signatários, como foi apresentado no decorrer do presente estudo.

Como no caso do menino Sean Goldman apresentado no primeiro capítulo, em que houve à aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças, sendo o nosso país signatário por meio do decreto 3.413, de 14 de abril de 2000⁹⁷.

Percebe-se, que além da disputa entre pais biológicos, podem surgir disputas advindas de filhos adotivos, cuja adoção não tenha sido efetuada de forma regular, em que poderá dar início a uma disputa da guarda dos filhos entre os pais biológicos e os pais adotivos. Como foi apresentado no terceiro capítulo do presente estudo, apontando a adoção internacional e tráfico internacional: risco e imprevisão de risco, sendo apresentadas questões sobre famílias que envolvem adoções irregulares ocorridas no território nacional e tráficos de pessoas. Estas questões regem-se por tratados e convenções, sendo o Brasil signatário do. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea pelo decreto n. 5.016 de 12 de março de 2004 e do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime

⁹⁷ Brasil-Acordo Internacional ratificado no Brasil por meio de decreto n. 3. 413 de 14 de abril de 2000. **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980.** Disponível in: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em : 19.12.2012 às 17h.

Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças pelo decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004 ⁹⁸.

No presente estudo, trouxe a ilustração diversos casos em que envolve tráfico de pessoas e suas imprevisões, demonstrando uma realidade contemporânea de grande preocupação das autoridades judiciárias e governamentais no combate e prevenção destas lides.

⁹⁸ Brasil- Acordo Internacional ratificado no Brasil por meio de decreto (5.016 e 5.017) de 12 de março de 2004. **Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças e Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**-.Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm e www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm . Acesso em 19.12.2012, às 15h e 10min.

REFERÊNCIAS

Leis

Lei n. 5. 869, de 11 de novembro de 1973, Código de Processo Civil. Constituição Federal de 1988.

Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990- Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2010-Estatuto da Criança e do Adolescente .

Lei n. 12. 010 de 03 de agosto de 2009 - Dispõe sobre adoção; altera as Leis números 8. 069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 202 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto – Lei n. 5. 452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

Lei de Introdução ao Código Civil, Lei. 12.036. Primeiro de outubro de 2009

Lei 12. 318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

TRATADOS E CONVENÇÕES

Declaração de Genebra Sobre os Direitos da Criança (1924).

Declaração Universal dos Direitos Humanos,(1948).

Declaração Sobre os Direitos da Criança (1959), ratificada no Brasil em 24 de setembro de 1990.

Convenção de Havana - Código de Bustamante de Direito Internacional Privado de 1929, ratificado no Brasil pelo Decreto n. 18.871.

Convenção Relativa à Proteção das Crianças e Cooperação em Matéria Internacional, ratificada no Brasil pelo decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999.

Convenção de Haia- Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na Cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980 - ratificada no Brasil pelo decreto 3.413 de 14 de abril de 2000 .

Protocolo Adicional à Convenção as Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo ao Tráfico de Migrantes via Terrestre, Marítima e Aérea, ratificado no Brasil pelo Decreto n. 5.016 de 14 de março de 2004.

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas em

Especial Mulheres e Crianças, ratificado no Brasil pelo decreto n. 5.017 de 12 de mar, o de 2004.

LIVROS

CARVALHO Dias Messias. **Adoção Internacional**. De acordo com a lei n. 12.0010/2009 (Nova a Lei de Adoção), ed. Del Rey, Belo Horizonte, p. 53.

DINIZ Maria Helena, curso de direito civil brasileiro, v. – São Paulo, Saraiva, 2006, **Brasil Decreto n. 4657, de 4 de setembro de 1942, “Lei de Introdução do Código civil”**.

DEL’OLMO, Florisbal de Souza, **Direito Internacional Privado**, abordagens fundamentais, legislação, Jurisprudência, Rio de Janeiro, Forense 2000.

ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, **lei de Introdução ao código Civil Brasileiro, 2. Ed., Rio de Janeiro; Renovar, 1994.**

FULGÊNCIO, Tito, **Direito Internacional Privado**, 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979

MARINONE, Luiz Guilherme e ARENHART Sérgio Cruz – **Curso Processo Civil– Processo Cautelar**, volume IV, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, p. 240 e 241.

ARAÚJO Luíz Ivani de Amorin, Del’ OLMO *Prefácio in:* Florisbal, 1941 – **Direito Internacional Privado: Abordagens Fundamentais, Legislação, Jurisprudência**, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 6 e 7.

RECHSTEINER, Beat, **Direito Internacional Privado**, 8. Ed. ver. atual. São Paulo, Saraiva, 2005.

RIZZARDO Arnaldo. **Direito de Família**. Lei n. 10. 406, de 10.10.2002. Editora Forense. Rio de Janeiro 2006, p.563 e 564.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 18 ED., São Paulo, Saraiva, 2000.

SOARES, Cláudio César, **Introdução ao Comércio Exterior e Lex Mercatoria**, Ed. LTR, SÃO PAULO, 1996, - 23 ed. São Paulo LTr, 1996,

HUMBERTO Theodoro - **Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, Volume VI, São Paulo:Saraiva 2005, p. 286.

VALADÃO, Aroldo, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

STJ – Superior Tribunal de Justiça – **jurisprudência**- revista eletrônica – *Recurso Especial*, n. 1239.777 – Relatório – relator: Ministro Cesar Asfor Rocha – in www.stj.jus.br/cgi/revista_Acesso em 23.05.2012, às 16h e 30 min.

BRASIL, **Decreto 5.017 de 12 de março de 2004**. Disponível in: www.planalto.gov.br/ccivel_03/_ato_2004.../decreto/d5017.htm. Acesso em: 21.10.2012, às 18h

[www.direito internacional. Blogspot.com.br](http://www.direito.internacional.blogspot.com.br). Acesso realizado no dia 05.06.2012 às 7h e 59 min.

[www. Unidroit.org](http://www.Unidroit.org). acesso realizado no dia 05.06.2012 às 08hs e 33 min.

Fernando Correia DIAS – Artigo – “Sequestro Internacional de Crianças: Aspectos Cíveis ou Remoção Indevida no Âmbito Internacional,” www.fasadvocacia.com.br/artigos. Acesso em 24.06.2012, às 21h e 30 min.

Convenção sobre os Aspectos Cíveis de Sequestro Internacional de Crianças, art. 1. Disponível em: [WWW. Planalto.gov.br](http://WWW.Planalto.gov.br). Acesso em 24.06.2012, às 23h e 20 min.

STJ – Recurso Especial nº 1.239.777 PE – Ministro Cesar Asfor Rocha, p. 6 e 7 – disponível em :[www. stj.com.br](http://www.stj.com.br), acesso em 23.05.2012, às 10h e 30min.

Convenção Relativa a Proteção e a Cooperação em Matéria Internacional (Haia, 29.05.93). Disponível in: www5.tjba.jus.br/infância_ejuventude. Acesso em 16.09.2012, as 23h e 25min.

Agravo de Instrumento nº 728.785- RJ- Ministro marco Aurélio – disponível em: [www. STF.com.br](http://www.STF.com.br), acesso em 23.05.2012.

¹Everton Leandro da COSTA. Disponível in: [www. Ibdfam.org.br](http://www.Ibdfam.org.br). Acesso, em 25.06.2012, às 2h e 29 min.

Alessandro CRISTO (**Disputa envolve lei brasileira, americana e tratado** .- Disponível in: www.jus.br. Acesso em 13.03.2012 às 9h e 30 min.

STF- Agravo de Instrumento. Ação de busca e Apreensão de Menor fundada na Convenção de Haia. Acesso in:www.stf.gov.br. acesso em 15.05.2012, às h e 30 min.e Família, Volume VI, São Paulo:Saraiva 2005, p. 286.

SILVA Barros Eduarda e MOLD Fetter Cristian. **Aspectos da Adoção Internacional** . Disponível in:[www. Ibdfan. org.br](http://www.Ibdfan.org.br), Acesso em 29.08.012, às 23h e 30 min.

Reportagem Rede Globo, Fantástico. **As crianças de Monte Santo**. Disponível in: WWW.Youtube.com. Acesso em 22.10.2012 às 8h.Reportagem Rede Globo, Fantástico. **As crianças de Monte Santo**. Disponível in: WWW.Youtube.com. Acesso em 22.10.2012 às 8h.

Jurisprudência Sobre o Sequestro Internacional de Crianças, de 25.10.2008 – decreto n. 3.413/2000 – **Cooperação Judiciária Internacional – Restituição de menores á Noruega – Precedente dpo STJ e do TRF**. Disponível in : ww.agu.org.br. acesso em: 11.09.2012 às 10h.

CLAWA, S.S.; RIVIN, B.V. Children Held Hostage: Dealing with Programmed and Brainwashed Children. Chicago, American Bar Association, 1991. Dados da organização SplitnTwo [www.splitntwo.org]. Gardner R. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?. American Journal of Family Therapy. March 2002;30(2):93-115. **Alienação Parental**. Disponível in: www.alienação-parental.com.br. acesso em 25.06.2012, às 10h.

Brasil- **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: WWW. alienação-parental.com.br. Acesso 31.08.2012, às 10h.

Sergio TOSTES - Caso Sean Goldman , in WWW.Original123.com.br. acesso em 25.06.2012.

Entrevista de David Goldman, para a rede Americana Dateline – NBC. Transmissão, para **Reportagem Fantástico** – Edição de 29.04.2012. Disponível em : WWW. fantástico. Globo.com/jornalismo. Acesso em: 11.09.2012 às 11h e 12 min.

CNJ- notícias – Corregedoria Investiga Irregularidades NA BA. Disponível in: WWW.cnj.jus.br/noticias cnj/21619. Acesso em 22.10.2012, às 8h e 47 min.

¹ RODRIGUES Alex, artigo de 19.10.2012, EBC. **Ministério Público da Bahia Investiga Tráfico de Crianças**. Disponível in: www.ebc.com.br.2012. Acesso em 28.10.2012, às 7h e 18 min.

¹ RAIMUNDO José, reportagem do programa de notícias da Rede Globo Fantastico do dia 21.10.2012. **Mães de Famílias Pobres São Alvos de Quadrilha que Atua no Tráfico de Crianças**. Disponível in; www. fantástico .globo/ jornalismo. Acesso em : 28.10.20

¹ Mathiasen BO – **Tráfico de Pessoas e contrabando de Migrantes**. Disponível in: www.undoc. org. asesso em 29.10.2012 às 11h.

¹ BRASIL – Protocolo A Adicional a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime organizado Transnacional, relativo ao combate ao Tráfico de Migrantes via, terrestre e Marítima. Disponível in

Decreto Legislativo nº 63, de 1995. Disponível em www.tjd.jus.br. Acesso em 30.08.2012 às 17h.

ANEXO

ANEXO A

Supremo Tribunal Federal

18.05.2010

1º turma

Relatório

Relator: Ministro Marco Aurélio

Agravante(s): David George Goldman

Adv (a/s): Ricardo zamariola e Outros (a/s)

Agravado (a/s): Espólio de Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro Lins e Silva

Adv (a/s): Fernanda Mendonça dos Santos Figueredo

Agravo de Instrumento

DESPACHO

1- Eis as informações prestadas pelo o gabinete.

O Espólio de Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro Lins e Silva, representado pelo viúvo João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva, requer habilitação nos autos. Apresenta procuração e substabelecimento bem como cópia da decisão mediante a qual foi nomeado o inventariante. Protesta pela posterior juntada do Termo de Inventariança, em face da greve dos serventuários do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Sustenta que a ação não versa sobre direito intransmissível e manifesta-se contrariamente ao pleito de extinção da ação formulado pelo agravante.

Ressalta não estar em jogo qualquer direito personalíssimo da mãe da criança, mas os direitos do menor, para decidir se ele deve permanecer no Brasil ou retornar aos Estados Unidos.

Aduz não se discutir, na espécie, o direito de guarda, conforme dispõem os artigos 16,17 e 19 da Convenção de Haia. Alega que a citada Convenção, delimita o polo passivo da ação de busca e apreensão o qual, o qual pode ser ocupado por qualquer pessoa que esteja com a criança.

Afirma que o pedido de extinção da ação é uma tentativa espúria de violar o julgamento de mérito da questão, em vias de se tornar definitivo, aproveitando-se o agravante do trágico óbito da mãe do menor para submeter o tema novamente aos órgãos jurisdicionais e, conseqüentemente, burlar as regras elementares da boa-fé processual.

Por fim, requer o deferimento da habilitação, o indeferimento do pedido de extinção da ação bem como o desprovemento do agravo de instrumento.

David George Goldman, por intermédio das Petições/STF nos 144.361/2008 e 145.367/2008, informou o falecimento da agravada Bruna Bianchi Goldman, conforme certidão de óbito apresentada, e postulou fosse decretada a extinção do processo, sem exame do mérito, nos termos do artigo 267, inciso IX, do Código de Processo Civil, apontando não ser transmissível direito em questão.

Logo em seguida, o advogado Cláudio Araújo Pinho, nas Petições/STF nos 146.332/2008 e 147.987/2008, pleiteou a juntada de substabelecimento e a vista dos autos pelo o prazo legal.

Vossa excelência, em 29 de outubro de 2008, analisando as peças acima referidas, deferiu o pedido de vista e postergou a apreciação do prejuízo do recurso para após o implemento desta- cópia do despacho anexar.

Trata-se de ação de busca e apreensão de filho do agravante e da agravada, visando ao retorno do menor aos Estados Unidos da América.