

O GENITOR DETENTOR DA GUARDA UNILATERAL DOS FILHOS MENORES TEM O DIREITO DE ALTERAR O DOMICÍLIO DOS FILHOS PARA O EXTERIOR SEM A ANUÊNCIA DO GENITOR NÃO GUARDIÃO?

Diana Geara

RESUMO:

Os problemas decorrentes do exercício da guarda dos filhos permeiam tanto o direito nacional como as relações entre os Estados. São recorrentes as disputas judiciais nas quais um dos genitores discute a decisão do outro de mudança de domicílio dos filhos em comum, tanto para outros estados e municípios quanto para outros países. Neste sentido, o artigo pretende analisar se o genitor detentor da guarda unilateral dos filhos tem o direito de decidir de forma autônoma pela mudança de domicílio dos infantes para outro país. A análise da questão faz-se pertinente diante das recentes inovações legislativas implementadas pelas Leis nº 12.318/2010 e 13.058/2014 as quais tratam, respectivamente, da alienação parental e de assuntos relativos ao poder familiar e à guarda compartilhada. Além disso, as legislações referidas geraram, sem dúvidas, reflexos nas questões relativas ao sequestro internacional de crianças e, conseqüentemente, à aplicação da Convenção de Haia (da qual o Brasil é signatário). Portanto, serão estudadas: a legislação nacional, objetivando dimensionar o poder decisório do guardião unilateral quanto à mudança de domicílio dos filhos; a Convenção de Haia, para a compreensão das hipóteses em que a mudança de domicílio do genitor com o filho para outro país configura o sequestro internacional; bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Palavras chave: Filiação; Guarda unilateral; Domicílio dos filhos; Alteração de Domicílio; Sequestro internacional de crianças.

I. Breve histórico legislativo sobre a guarda e filiação no Brasil

O delinear histórico das questões relativas aos direitos dos filhos, bem como do poder familiar e guarda, está diretamente ligado ao histórico dos modelos

jurídicos de família, mais propriamente da luta pelo reconhecimento das famílias não matrimonializadas e da dissolução da sociedade conjugal.

Por séculos houve a clara discriminação dos direitos dos filhos havidos em relacionamentos diversos do casamento.

Veja-se, ainda, que é comum no Brasil os relacionamentos entre nacionais e estrangeiros, o que resulta também em discussões que permeiam a filiação e guarda no plano internacional, bem como a aplicação da Convenção de Haia no tocante ao sequestro internacional de crianças.

Neste sentido, inicialmente, vale destacar as graduais conquistas dos direitos de filiação e guarda no Brasil a partir do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916 previa “punições” às uniões de fato e, também, aos filhos advindos destas relações ou de qualquer outra forma de filiação não advinda do casamento. Após a realização de um casamento válido, a relação só poderia ser dissolvida pela morte do cônjuge¹.

No que diz respeito à filiação biológica, o legislador classificou a filiação em legítima², legitimada³ e ilegítima⁴.

Diante do cenário exposto, as atribuições dos pais com relação aos filhos poderiam ser decorrentes do pátrio poder (quando da manutenção da relação conjugal) ou como instituto a ser examinado quando do rompimento da sociedade conjugal. Assim, quando do fim do matrimônio, a determinação da guarda levava em conta que pai era o chefe da família e a mãe uma mera auxiliar⁵.

Em não ocorrendo consenso entre os cônjuges, a culpa (que era ponto moderador das questões do desquite) igualmente pautava as decisões relativas à guarda, sendo que o cônjuge inocente, em regra, teria a atribuição da guarda. No caso de não haver inocentes, o segundo critério legal era que as filhas até os seis anos de idade ficassem sob os cuidados da genitora, após a referida idade a guarda

¹ CARBONERA, Silvana Maria. Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 101.

² Decorrente do casamento, sendo que os filhos concebidos durante o matrimônio passaram a ter a presunção *pater is est*.

³ Que detinha direitos iguais aos da legítima, era resultante do casamento dos pais após a concepção do filho

⁴ Resultante de relacionamento não matrimonial dos pais, pelo que apenas os filhos naturais poderiam ser reconhecidos de forma voluntária (o termo de nascimento, escritura pública ou testamento).

⁵ CARBONERA, Silvana Maria. Guarda ..., p. 101/102.

passaria ao pai. Já os filhos homens ficariam aos cuidados do pai independentemente da idade.

Em 1962, a Lei nº. 4.121⁶ enunciava expressamente que o poder familiar, durante o casamento, seria exercido de forma conjunta pelo casal, com a ressalva de que em havendo divergências prevaleceria a decisão paterna. Uma importante inovação quanto à guarda foi a alteração da redação do art. 326 do Código Civil, determinando que nos casos de culpa recíproca os filhos ficariam sob a guarda materna, retirando as distinções sexo e idade entre os filhos⁷.

Em 1977 foi promulgada a Lei do Divórcio (nº. 6.515), que permitia a dissolução do vínculo matrimonial e, em decorrência desse rompimento, a celebração de um novo casamento. Neste sentido, quanto à guarda, foi mantida a previsão já existente para o desquite⁸.

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a nossa atual Constituição Federal, que, inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (no que diz respeito à igualdade e a consideração da família como núcleo fundamental da sociedade⁹), entrou em compasso com a realidade da família brasileira, preceituando a igualdade como direito fundamental.

Faz-se mister ressaltar que a família era tradicionalmente calcada em três pilares: direito matrimonial, direito parental e direito assistencial. A família legal era ainda formada pelo liberalismo, individualismo e patrimonialismo¹⁰.

Portanto, a Constituição abriu caminhos “para além do casamento civil ou do religioso com efeitos civis, apreendendo a união livre, a união estável e a monoparentalidade¹¹”. Houve então a “repersonalização das relações familiares¹²”.

Neste sentido, a Constituição, além de reconhecer a pluralidade familiar – inclusive a monoparentalidade, equiparou o direito dos filhos, independentemente da origem da filiação.

⁶ Conhecida como Estatuto da Mulher Casada.

⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação ..., p. 23/24.

⁸ CARBONERA, Silvana Maria. Guarda ..., p. 109/110.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização...

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 34.

¹¹ Ibid., p.40.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 11 set. 2015.

Em 1992, foi sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente¹³, o qual estabeleceu diretrizes mais precisas quanto à proteção integral dos infantes e adolescentes e quanto à filiação e estabeleceu como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível o reconhecimento ao estado de filiação. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento foi também facilitado, podendo ocorrer a qualquer tempo, em conjunto ou separadamente, no termo de nascimento, por testamento, escritura pública ou qualquer outro instrumento público¹⁴.

A Convenção de Haia, que trata do sequestro internacional de crianças, foi aprovada em 25/10/1980. Contudo, no Brasil ela entrou em vigor quase 20 anos mais tarde, através do Decreto nº 3.413/2000, e apenas em 04/10/2001 houve a regulamentação da autoridade competente para dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção, através do Decreto nº. 3.951/2001.

O Código Civil de 2002 revogou expressamente o Código de 1916 e, em que pese a manutenção da retrograda fórmula do *pater is est*, ampliou o conceito de filiação para além da biológica e da decorrente de adoção – admitindo a socioafetiva e as formas de reprodução assistida¹⁵.

A legislação igualou expressamente os filhos havidos ou não da relação de casamento, bem como os adotivos.

No tocante ao poder familiar, além de ser preceituado como um dever decorrente do casamento e da união estável, o Código menciona de forma clara que seu exercício deve ocorrer de forma conjunta entre os pais, mesmo com o fim do relacionamento familiar.

Em que pese, em sua redação original, o Código preveja unicamente a guarda unilateral, não deixou dúvidas de que o fim do relacionamento dos pais não é causa de perda ou extinção do poder familiar, em atenção aos artigos 1.635 a 1.638.

O artigo 1.584 enunciava que a guarda seria exercida pelo genitor (ou outra pessoa em substituição aos genitores) que revelasse maior compatibilidade com a natureza da medida, levando em consideração o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade, sempre em consideração ao melhor interesse da criança.

¹³ Lei nº. 8569/1992.

¹⁴ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação ..., p. 27.

¹⁵ Ibid., p. 29/30.

Mesmo sem que a legislação assim designasse, em regra, a atribuição da guarda era à genitora – com a fixação de visitas em favor do pai, em razão do histórico da mulher frente à atividade da casa e de criação/educação dos filhos.

Ocorre que, com o decorrer dos tempos, certamente em razão da disseminação da isonomia em todos os campos da sociedade, e a entrada da mulher no mercado de trabalho, o papel do homem e da mulher dentro do relacionamento familiar tem sido cada vez menos predeterminado. Os homens têm realizado papéis mais participativos e as mulheres têm auxiliado das despesas familiares.

Em razão disso, os genitores (homens) têm movimentado o Poder Judiciário, pleiteando, cada vez mais, maior participação na vida dos filhos após a ruptura do relacionamento familiar.

Em atenção aos anseios sociais, a Lei nº. 11.698 de 2008 alterou a redação original do Código Civil, e trouxe à legislação brasileira o instituto da guarda compartilhada. Contudo, a guarda compartilhada vinha sendo aplicada pelo Poder Judiciário apenas quando havia consenso entre os genitores.

II. As importantes alterações implementadas pela “Lei da Alienação Parental” e “Lei da Guarda Compartilhada” e os reflexos para fins da alteração de domicílio dos filhos pertinentes e a convenção de Haia

No ano de 2010, houve mais uma importante Lei aprovada (nº. 12.318), disciplinando a alienação parental e estabelecendo seu conceito: “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

A legislação exemplificou atos de alienação parental dos genitores no parágrafo único do artigo segundo, dentre os quais são importantes ao presente estudo os seguintes: dificultar o exercício da autoridade parental; dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e

alterações de endereço e; mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Importante destacar que, ao definir as condutas acima, as quais estariam, sem dúvidas, configuradas quando da mudança de um dos genitores para o exterior, sem a ciência/anuência do outro, o legislador não fez distinção alguma relacionada ao genitor guardião.

Além disso, o legislador não fez referências a mudanças dentro do ou fora do país, até porque a preocupação externada não é com o local em si, mas sim em como a distância pode dificultar a convivência paterno-filial, em razão inclusive das dificuldades financeiras para o deslocamento.

Aliás, como o Brasil é um país de dimensão continental, a mudança drástica de domicílio dentro do território nacional pode ser uma “manobra” empregada pelo genitor alienador, uma vez que o deslocamento necessário para a manutenção da convivência demanda disponibilidade financeira¹⁶.

Outro ponto que merece ser analisado é a ausência de justificativa para a alteração de domicílio. É claro que uma alteração domiciliar realizada em razão de motivação profissional, ou ainda, do fato de o genitor guardião possuir parentes naquele novo local são plausíveis para a mudança domiciliar.

A pretensão da Lei não é impor a imobilidade do genitor que se dedica aos cuidados dos filhos.

A legislação ainda definiu no parágrafo único do artigo 6º. que “caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar”. Há previsão de outras formas de punição, com intuito pedagógico.

Sendo assim, é certo que a lei não veta a mudança de domicílio do genitor com o filho (seja ele guardião unilateral ou não), mas sim condena a mudança abusiva e injustificada de domicílio.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação Parental: do mito à realidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 298.

Outra nova Lei, que influencia o resultado da presente pesquisa, foi a sancionada em 22/12/2014, nº 13.058, e que tem sido denominada de “Lei da Guarda Compartilhada”¹⁷.

Inicialmente, vale esclarecer que a lei em questão modifica dispositivos já existentes no Código Civil: artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634. Dos referidos dispositivos, os dois primeiros conceituam a guarda compartilhada e dão diretrizes à sua aplicação e exercício.

Como mencionado, o Código Civil já previa o instituto da guarda compartilhada, porém, na prática ela vinha sendo aplicada apenas quando os genitores possuem um bom diálogo. E é justamente neste ponto que a lei inovou, para fins de que a aplicação da guarda compartilhada ocorra como regra.

Para a compreensão exata da alteração legislativa é fundamental a compreensão do instituto da guarda, bem como a distinção entre as suas modalidades: alternada, compartilhada e unilateral.

Segundo MADALENO:

A guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos (art. 1.632 do CC). A guarda é atributo do poder familiar, e compete aos pais terem os filhos em sua companhia e guarda. A custódia decorre da lei, como consequência natural do poder familiar dos direitos da tutela e da adoção.

Portanto, têm os pais o direito de ter consigo seus filhos, para cuidá-los e vigiá-los, e, em contrapartida, têm os filhos a obrigação de viver em casa com seus progenitores, sendo dever dos pais dirigir a formação de sua prole, os encaminhando para uma futura vida adulta e social, e uma vez sobrevivendo a separação dos pais, a guarda dos filhos pode ser conferida a qualquer um dos genitores, podendo ser confiada a terceiro¹⁸.

A guarda alternada¹⁹ estabelece um revezamento dos filhos entre os genitores, por períodos determinados (semanas, meses, anos), com a regulamentação de visitas em favor do outro²⁰.

¹⁷ Análise que já fiz em conjunto com Fernanda Pederneiras, no artigo Guarda Compartilhada: apontamentos sobre a Lei 13.058 de 2014, publicado na Gazeta do Povo, Curitiba, Paraná, em 24 jul. 2015 e no Migalhas, em 04 ago. 2015, disponível respectivamente nos seguintes sites: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/guarda-compartilhada-apontamentos-sobre-a-lei-13058-de-2014-c0xe5jrial19m0azgi7vwbf4j>; <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224471,91041Guarda+compartilhada+apontamentos+sobre+a+lei+1305814>.

¹⁸ MADALENO, Rolf. A Lei de Guarda Compartilhada (Lei 11.698, de 16.06.20089). In: DELGADO, Mário e COLTRO, Matias (Orgs.). Guarda Compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p.315-330; p. 315-316.

¹⁹ Há que se esclarecer que a guarda alternada não está regulamentada no Brasil e é bastante criticada pelos profissionais da psicologia.

²⁰ Ibid. p. 338.

Já na guarda compartilhada, há a manutenção da cogestão da autoridade parental, ou seja, os pais mesmo separados tomarão conjuntamente as decisões relativas à vida dos filhos²¹.

Por fim, a guarda unilateral é a aquela que é atribuída com exclusividade a um dos genitores sem afetar, contudo, o poder familiar do outro.

Importante esclarecer que, mesmo com as inovações legislativas, a aplicação da guarda compartilhada não se trata de regra absoluta pois, os pais devem estar aptos ao exercício do poder familiar. Além disso, o melhor interesse da criança não poderá ser esquecido.

Portanto, a guarda compartilhada deverá ser em regra aplicada, mas nunca sem a necessária avaliação do contexto familiar.

No que diz respeito à regulamentação da convivência entre pais e filhos na guarda compartilhada, a Lei inovou ao inserir o termo “tempo de convívio” e ao delinear que este “deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Sendo assim, a proporcionalidade do tempo de convivência, deverá ocorrer com a análise do caso concreto, vislumbrando o melhor interesse dos filhos.

A lei modificou também o dispositivo sobre o exercício do Poder Familiar (art. 1.634), para fazer constar expressamente relevantes atribuições dos genitores na condução da vida de seus filhos menores, reforçando o direito/dever de ambos, independentemente do vínculo conjugal e do regime de guarda.

O artigo passou a enunciar que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do Poder Familiar – afastando a equivocada ideia de que o genitor não guardião teria o poder familiar reduzido.

Também foram incluídos dois incisos pertinentes ao foco da presente pesquisa. O inciso IV passou a prever expressamente a atribuição dos genitores de conceder ou negar consentimento para viagem do filho ao exterior, situação que na prática, além de estar prevista no art. 83, II do Estatuto da Criança e do Adolescente, já vinha sendo bem conduzida mesmo na esfera extrajudicial, em razão das diversas normativas dos Tribunais locais e do CNJ.

²¹ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 428.

O inciso V incluiu a previsão quanto à autoridade dos genitores em consentir ou não a alteração da residência permanente do filho para outra cidade, o que vem a corroborar com as diretrizes legislativas da Lei de Alienação Parental.

Veja-se que a Lei deixa claro que ambas as decisões (incisos IV e V) se tratam de poderes/deveres e direitos dos genitores no exercício do Poder Familiar, quer sejam guardiões dos filhos ou não.

As referidas inovações evidenciam, também, a obrigação conjunta dos pais na condução da vida do filho menor de idade, independentemente do relacionamento do casal. Entretanto, é certo que os casos de divergência entre os pais quanto à realização de viagens ao exterior e à fixação do domicílio dos filhos terão que ser supridos pelo Poder Judiciário.

Outra baliza aos problemas decorrentes da alteração de domicílio, exclusivamente para os casos de guarda compartilhada, é a disposta do art. 1.583, § 3º, que afirma: “na guarda compartilhada a cidade considerada como base para a moradia dos filhos será aquela que atender melhor os interesses dos mesmos”.

Portanto, conclui-se que as inovações trazidas pela “Lei da Guarda Compartilhada” implementaram significativas alterações que impossibilitam o genitor detentor da guarda de decidir com autonomia pela mudança de domicílio do filho consigo para o exterior, sem a anuência do genitor não guardião.

Outrossim, é certo que, em havendo divergência entre os genitores, deverá ser ponderado em que consiste o interesse do infante, e mais, ponderada a existência de justa motivação para a alteração de domicílio.

III. As disposições da convenção de HAIA quanto ao sequestro internacional de Crianças

Como dito, a Convenção de Haia, que trata do sequestro internacional de crianças, entrou em vigor quase 20 anos após a sua aprovação²².

Cabe destacar que os estudos feitos pela Conferência de Haia sobre o rapto de crianças iniciaram-se em 1970, quando majoritariamente os problemas eram

²² SIFUENTES, Mônica. Sequestro Interparental: a experiência brasileira na aplicação da convenção de haia de 1980. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n.25, p.135-2009, 2005. p. 137.

decorrentes do sequestro realizado pelo genitor, diante da insatisfação com as decisões judiciais que beneficiavam as mães²³.

Destaque-se que a Convenção diz respeito aos aspectos cíveis da subtração internacional de crianças, a ser evitada/combateda em cooperação pelos países signatários, para a devolução dos infantes (com até 16 anos de idade²⁴) ao Estado de origem. Aliás, para que as regras da convenção sejam aplicadas, o país de residência habitual da criança deve ser contraente.

Neste sentido, o artigo 1º da Convenção delimita seus objetivos, quais sejam: a) assegurar o retorno imediato das crianças ilicitamente transferidas para outro Estado ou neles retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva os direitos de guarda e de visita existentes no outro Estado contratante.

Portanto, “a Convenção possui duas ideias-força: a retirada ilícita provoca uma ruptura na vida do menor, que é negativa, e as autoridades do país de sua residência habitual são as que estão em melhor posição para tomar uma decisão sobre quem deve manter a guarda da criança e o local onde o menor deve viver²⁵”.

Em sendo assim, a determinação do retorno imediato da criança deve ocorrer o mais breve possível, para mais tarde haver os debates dos demais aspectos da causa.

Veja-se que a “Convenção protege, também, o direito de visita, que é a contrapartida dos direitos de guarda (artigo 21). Desta *forma*, também pode ser utilizada para tornar efetivo o *direito de visita* de um dos pais ou parente, através dos mecanismos postos à disposição das autoridades centrais de cada Estado Contratante²⁶”.

Ademais, no art. 3º., a Convenção estipula as hipóteses de configuração do rapto internacional de crianças, quais sejam: a) “a violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção²⁷”; e igualmente quando b) “esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou

²³ ARAÚJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 554.

²⁴ Em que pese haver doutrina que defenda a aplicação até os 18 anos de idade.

²⁵ ARAÚJO, Nadia de. Direito, p. 557.

²⁶ Ibid. p. 557/558.

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação, p. 300.

em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido²⁸”.

Em sua parte final, o artigo ainda dispõe que o direito de guarda referido na alínea “a” pode ser resultante de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Resumidamente, o sequestro internacional “tanto pode se dar quando da retirada efetiva da criança de seu Estado de residência habitual, que é, na maioria das vezes, o Estado da residência habitual de quem exerce legalmente a guarda, como no caso de retenção arbitrária dessa criança em território diverso daquele que residia²⁹”.

No entanto, é válido citar que a convenção também prevê exceções à regra de devolução imediata da criança ao seu país de domicílio habitual, nos artigos 12, 13 e 17. Ao analisar as citadas exceções, ARAÚJO elucida:

“As exceções ao retorno da criança estão previstas nos artigos 12, 13 e 17. Na primeira procura-se preservar o bem-estar do menor, que depois de algum tempo já está adaptado à nova vida no Estado requerido. Para que o artigo 12 seja utilizado como exceção, é necessária a comprovação do tempo decorrido e das condições de adaptação do menor à sua nova vida. Na segunda exceção, cuida-se da análise das condições do exercício da guarda pelo progenitor requerente e a existência de um grave risco para a criança caso seja restituída ao Estado de sua residência habitual. A condição da letra (a) envolve a comprovação da situação jurídica da criança, segundo o direito de sua residência habitual, ao passo que a letra (b) novamente exige prova firme do alegado, utilizando, inclusive, informações fornecidas pela autoridade central. Outra questão que precisa ser comprovada adequadamente diz respeito à manifestação do menor, se tal for possível, a respeito de sua permanência no Estado requerido. Por fim, o artigo 17 trata da exceção da ordem pública, sob o prisma dos direitos fundamentais, que tem cunho essencialmente jurídico, mas exige também a comprovação de fatos subjacentes à situação concreta para embasar a alegação³⁰”.

As exceções, devem ser aplicadas com bastante moderação, para que o foco da Convenção não seja desvirtuado.

Ante o breve estudo da Convenção, percebe-se que seu conteúdo “(...) é diverso da grande maioria dos tratados sobre direito internacional privado, porquanto não estabelece regras sobre o direito aplicável³¹”. A peculiaridade da Convenção é

²⁸ Id.

²⁹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Guarda internacional de crianças. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 147.

³⁰ ARAÚJO, Nadia de. Direito, p. 562/563.

³¹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Guarda..., p. 147.

justamente respeitar a legislação interna dos Estados membros com relação aos direitos de guarda e filiação.

Portanto, a Convenção de Haia “(...) não tem competência nem o objetivo de decidir sobre o direito de guarda da criança. A decisão sobre a guarda da criança caberá à jurisdição do país de sua residência habitual³²”.

No que diz respeito à possibilidade de o genitor detentor da guarda exclusiva dos filhos poder decidir de forma autônoma pela mudança de domicílio para outro país (diferente do de domicílio habitual), da análise da Convenção, conclui-se que:

“O direito de guarda pressupõe, segundo disposição da convenção, o direito de fixar a residência habitual da criança. Assim, se o genitor guardião decidir deixar o Estado onde tem sua residência habitual, para se fixar em outro Estado, haverá alteração, consequentemente, da residência habitual da criança. Como já ressaltado *supra*, o genitor não guardião não poderá reclamar o retorno da criança ao Estado de sua residência habitual, a menos que também ele seja, de fato ou de direito, detentor da guarda. Mas havendo uma decisão judicial, administrativa ou convencional, que atribua a guarda unilateral, será lícito alterar a residência da criança, mesmo se esta alteração dificultar o exercício do direito de visitar e ser visitado³³”.

Desta forma, verifica-se uma incongruência entre a Convenção de Haia e a Lei nº. 13.058/2014. Isso porque a Convenção entende que o genitor detentor da guarda unilateral não comete ilícito ao decidir de forma autônoma pela mudança de domicílio permanente do filho para o exterior. Contudo, o art. 1.634 do Código Civil, além de prever que para a realização de viagem ao exterior faz-se necessária a autorização do genitor (seja ele guardião ou não), diz que é atributo do poder familiar (independentemente da guarda) conceder ou negar consentimento para que o filho mude sua residência permanente para outro Município.

IV. Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação da convenção de Haia, nos casos de Guarda Unilateral

A pesquisa de jurisprudência realizada no banco de dados eletrônicos do STJ objetivava averiguar seu posicionamento sobre a possibilidade de o genitor que detém a guarda unilateral do filho mudar-se para o exterior, com o infante e, sem

³² TONIELLO, Fernanda. A aplicação...

³³ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Guarda ..., p. 151/152.

configurar o ilícito descrito na Convenção de Haia³⁴. Todavia, não foram encontradas decisões relativas ao objeto da presente pesquisa.

Sendo assim, optou-se por demonstrar alguns posicionamentos do STJ quanto à aplicação da Convenção.

Uma das causas mais típicas das enfrentadas está retratada pelo acórdão proferido Recurso Especial sob o nº. 1315342/ RJ³⁵:

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

Neste caso, decidiu-se em conformidade com a Convenção, pelo que se considerou ilícita a atitude da genitora.

Outra discussão repetitiva no STJ é a de tentativa dos genitores de aplicar as exceções à regra da Convenção de Haia. O requerimento mais comum é de tentativa de realização de avaliação psicossocial da criança, para fins de comprovar a sua adaptação ao novo país de domicílio.

No entanto, o STJ tem respeitado a Convenção no que diz respeito à aplicação das normas de exceção e, assim, mantém as decisões das instâncias inferiores que indeferem a realização de provas relativas às condições psicossociais, quando o genitor que requer a restituição do filho age dentro do lapso temporal legal de 1 ano, conforme exemplifica a decisão proferida no Recurso Especial sob o nº. 1351325/RJ³⁶.

Portanto, conclui-se que o Brasil tem respeitado a Convenção de Haia.

Conclusão

³⁴ Considerando as falhas de sistema e as metodologias indicadas no artigo de VEÇOSO, Fabiana Fernandes Carvalho, et al. A Pesquisa em Direito e as Bases Eletrônicas de Julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 25, p 105-139, jan. 2014.

³⁵ REsp 1315342/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012.

³⁶ REsp 1351325/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 16/12/2013.

Conforme desenvolvido, as normas relativas aos direitos de guarda e filiação no Brasil têm sido objeto de constantes alterações, com o escopo de atender os anseios sociais das famílias.

Neste sentido, verificou-se que as Leis nº. 12.318/2010 e 13.058/2014 implementaram significativas modificações no que tange à possibilidade de o genitor guardião poder (ou não) alterar o domicílio do filho para o exterior.

Veja-se que a Lei nº. 12.318/2010 prevê expressamente que configura alienação parental a mudança de domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor.

Além disso, diante da Lei 13.058/2014, o Código Civil passou a prever expressamente a autoridade dos genitores em consentir ou não com a alteração da residência permanente do filho para outra cidade, quer sejam guardiões dos filhos ou não.

Em contrapartida, a Convenção de Haia, em que pese afirmar que são as regras do Estado contraente que devem prevalecer, dispõe que a transferência da criança pelo genitor é ilícita somente quando violar o direito de guarda atribuído (individual ou conjuntamente) pelo Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção.

Assim, é possível compreender que para Convenção o direito de guarda pressupõe o direito de fixar a residência habitual da criança.

E, conseqüentemente, seria possível afirmar que a Convenção não considera ilícita a mudança de domicílio dos filhos para o exterior, com o genitor guardião, em atenção ao seu art. 3º.

Uma segunda conclusão admissível seria a de que a Convenção, ao prever que a legislação do Estado signatário (de domicílio habitual da criança) é que irá regular as questões relativa à guarda e filiação, entende ser ilícita a conduta contrária ao que a legislação local contempla como referente à guarda. Assim, haveria confluência entre a nova redação do 1.634 do Código Civil e o texto da Convenção.

Por fim, uma terceira conclusão admissível é a de que, há um conflito de normas, o qual deve ser objeto de minuciosa análise.

Neste sentido, em apreciação primária, entende-se que “o tema da proteção à criança inclui-se no âmbito dos estudos de direitos humanos³⁷”, já que “sua regulamentação, mesmo nos aspectos privados, não perde de vista este viés, ligado aos direitos fundamentais³⁸” E, em sendo assim, a Convenção de Haia poderia ser considerada norma constitucional, pelo que a legislação infraconstitucional divergente pode ser considerada inconstitucional.

³⁷ ARAÚJO, Nadia de. Direito, p. 551.

³⁸ Id.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nadia de. A conferência de haia de direito internacional privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 35/2012, p. 189-211, out/dez/2012.

_____, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CARBONERA, Silvana Maria. Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação. São Paulo: Atlas, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação Parental: do mito à realidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 11 set. 2015.

MADALENO, Rolf. A Lei de Guarda Compartilhada (Lei 11.698, de 16.06.20089). In: DELGADO, Mário e COLTRO, Matias (Orgs.). Guarda Compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p.315-330.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Guarda internacional de crianças. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil. Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_mcelina.html. Acesso em 10 set. 2014.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos Constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSA, Patrícia Fontanella. União Estável: a eficácia temporal das leis regulamentadores. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

SIFUENTES, Mônica. Sequestro Interparental: a experiência brasileira na aplicação da convenção de haia de 1980. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n.25, p.135-2009, 2005.

TONIELLO, Fernanda. A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1>. Acesso em 14 set. 2015.

VEÇOSO, Fabiana Fernandes Carvalho, et al. A Pesquisa em Direito e as Bases Eletrônicas de Julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 1, n. 25, p 105-139, jan. 2014.