

Sumário

Introdução	4
Seção 1 - Guarda de menores brasileiros	8
1. Disputa de guarda pelos pais em meio a separação/divórcio (brasileiros residentes no exterior e/ou casados com estrangeiros)	8
1.1 Terminologia utilizada na legislação brasileira.....	8
1.2 Legislação, jurisprudência e práticas no Brasil	14
1.2.1 Mudança de domicílio e autorização de viagem de menor	22
1.3 Cumprimento no exterior de decisão do Judiciário brasileiro sobre guarda e visitação ...	26
1.4 Prevenção de disputas no Brasil: formas de evitar a judicialização da disputa pela guarda	28
1.5 Órgãos competentes no Brasil.....	29
1.6. Retirada da guarda ou do poder familiar do menor brasileiro no exterior pelas autoridades estrangeiras à revelia dos pais	32
1.6.1 Terminologia utilizada na legislação brasileira.....	32
1.6.2 Legislação, Jurisprudência e práticas no Brasil para decisão judicial de extinção do poder familiar	34
Seção 2 - Subtração internacional de crianças	40
2.1 Terminologia utilizada na legislação brasileira.....	40
2.1.1 Motivos mais comuns da subtração internacional	41
2.1.2 Barreiras à subtração internacional de crianças: emissão de passaportes e controles de fronteira	43
2.1.3 Consequências jurídicas da subtração – Medidas de cooperação internacional	44
2.2 Subtração entre países-membros da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças	46
2.2.1 Quem pode requerer restituição da criança: direito de guarda	47
2.2.2 Como funciona a cooperação entre os países membros da Convenção	48
2.2.3 Casos de subtração que não ensejarão o retorno da criança: exceções previstas	49
2.2.4 Procedimentos conforme o fluxo da subtração	53
2.3 Subtração envolvendo um país não-membro da Convenção da Haia (de um país membro para um não membro ou vice versa ou entre dois países não-membros)	65
2.4 Direito de Visitas à luz da Convenção	67
Seção 3 - Violência de gênero	69
Seção 4 – Endereços úteis	74

Introdução

Em situações de normalidade, cabe aos pais, independentemente de seu estado civil, exercerem conjuntamente o poder familiar em relação aos filhos, tomando as decisões referentes à sua criação conforme previsto em leis internas e convenções internacionais. Havendo divergências quanto aos rumos que devem ser dados à vida dessas crianças e adolescentes, abre-se espaço para a atuação de órgãos estatais, como Conselhos Tutelares e o Poder Judiciário.

As divergências entre os pais costumam ser decorrência de desentendimentos graves, situações de violência doméstica e separação. Os conflitos assumem, no entanto, consequências ainda maiores ao envolverem a disputa pela guarda de filhos menores e quando os genitores têm nacionalidades diferentes e/ou um deles ou ambos residem fora de seu país de nacionalidade.

O assunto afeta seriamente parcela significativa das comunidades brasileiras no exterior. Diferenças culturais, tensões originadas por fatores diversos e violência doméstica destroem muitos relacionamentos de imigrantes brasileiros, seja com outros brasileiros ou com estrangeiros. Consequências comuns da deterioração do ambiente doméstico são os efeitos deletérios sobre os menores e os litígios com relação à sua guarda. À luz da legislação mais intrusiva de vários países nessa matéria, é comum que genitores brasileiros se sintam extremamente

inseguros. Se casados com cidadãos estrangeiros, temem a possibilidade de que a guarda dos filhos seja atribuída de forma exclusiva ao genitor que é cidadão do país onde a questão está sendo arbitrada; mesmo em obtendo guarda compartilhada, é possível que a mudança de residência para o Brasil seja obstaculizada (significando que o genitor brasileiro terá de seguir residindo no exterior, muitas vezes precariamente, se quiser manter contato regular com o filho). Em casos mais graves, temem que o Estado estrangeiro tome a guarda da criança e venha até mesmo a colocá-la para adoção por outros casais (com direitos de visitas muito espaçadas que provavelmente resultarão na perda dos laços parentais e afetivos com o menor).

O temor se justifica em muitos casos, em razão do escasso conhecimento das leis locais, da insuficiente fluência no idioma do país de residência, da inserção precária no mercado de trabalho local e de outros fatores. Desconhecimento da cultura local, por sua vez, pode gerar uma avaliação negativa do genitor brasileiro por parte das autoridades estrangeiras competentes: muitas vezes, é o comportamento do genitor brasileiro nos contatos com assistentes sociais e representantes de conselhos tutelares e em audiências judiciais, por exemplo (por vezes interpretado como combativo, desrespeitoso ou excessivamente emotivo), que decidem as autoridades estrangeiras a lhe negarem a guarda do menor.

Alguns casos seguem rumo diverso ao da perda da guarda, porém igualmente grave: pessimistas quanto às suas efetivas chances de obterem decisão judicial no

exterior que lhes dê a guarda dos filhos, os genitores brasileiros decidem trazê-los de volta para o Brasil sem permissão ou mesmo conhecimento do outro genitor. Esse ato, que é visto por muitas brasileiras (normalmente mulheres atribuladas em meio a relacionamentos conjugais conflituosos e violentos) como uma solução, um retorno ao porto seguro de seu país natal. Esse ato, aparentemente inocente e preventivo, poderá ser caracterizado, contudo, como subtração de menores, permitindo ao genitor que ficou para trás acionar os mecanismos de cooperação internacionais existentes e, em muitos casos, obter da Justiça brasileira a devolução da criança para o exterior.

Ciente desse problema, que atinge muitos brasileiros envolvidos em relações conjugais com estrangeiros e/ou desenvolvidas fora do Brasil, a área consular do Ministério das Relações Exteriores, em coordenação com sua rede consular, produziu a presente cartilha de orientações gerais. O texto, redigido em parceria com os demais órgãos brasileiros competentes (Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria de Políticas para Mulheres, Defensoria Pública da União e Advocacia Geral da União), estará complementado, no sítio eletrônico de cada posto consular localizado em país onde já existem comunidades brasileiras residentes consolidadas, por informações específicas sobre a legislação e as práticas vigentes na respectiva jurisdição. Desse modo, estarão complementadas as informações sobre a norma internacional, a legislação brasileira e a dos países onde residem comunidades brasileiras, com esclarecimento sobre a aplicação de cada uma. À luz da extrema interdependência entre si, a cartilha abrange os temas da

disputa de guarda (Seção 1) e subtração de menores (Seção 2) e da violência doméstica (Seção 3).

Esta cartilha, redigida de forma mais completa e pormenorizada, destina-se à capacitação de agentes multiplicadores – funcionários consulares, advogados e psicólogos, membros dos conselhos de cidadãos/cidadania e outras lideranças brasileiras envolvidas no apoio aos conacionais no exterior.



Seção 1 - Guarda de menores brasileiros

1. Disputa de guarda pelos pais em meio a separação/divórcio (brasileiros residentes no exterior e/ou casados com estrangeiros)

1.1 Terminologia utilizada na legislação brasileira

* **Poder familiar** (chamado, anteriormente, de pátrio poder): inclui a relação de dever (sustento, cuidados com a saúde, educação e outras necessidades) e poder que os pais têm sobre os filhos menores de 18 anos não emancipados. Ressalte-se que os pais são responsáveis pelo sustento dos filhos até completarem a maioridade civil (18 anos, segundo o Código Civil de 2002) ou, se for o caso, até que concluem o ensino superior.

Artigo 1634 do Código Civil: Compete aos pais, no exercício do pátrio poder:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhe, ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autenticado, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou sobrevivo não puder exercitar o pátrio poder.

V – representa-los, até 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que em que forem partes, suprindo o consentimento.

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenham.

O poder familiar consiste, portanto, em um conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais (independentemente de terem ou não a guarda), para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

A igualdade completa no tocante à titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges só se concretizou com advento da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 226, § 5º dispôs: os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Em harmonia com aludido mandamento estabeleceu o Estatuto da Criança e Adolescente:

Art. 21 O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo qual pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de em caso de discordância recorrer à autoridade judicial competente para solução da divergência.

Artigo 1630 do Código Civil: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores”. O dispositivo abrange a todos os filhos, reconhecidos ou adotivos, menores, ou seja, os que não atingirem dezoito anos ou não forem emancipados.

O poder familiar pode ser suspenso temporariamente ou perdido definitivamente em decorrência de decisão

judicial, caso um genitor (ou ambos) seja julgado incapaz de assumir as responsabilidades pertinentes. O poder familiar não é, portanto, absoluto, sendo seu exercício fiscalizado pelo Estado. Caso ambos os genitores da criança ou adolescente percam o poder familiar, será necessária a nomeação de um curador especial.

Segundo o Código Civil, a separação ou divórcio dos pais, a contração de novas núpcias ou estabelecimento de união estável posterior não modifica em nada a situação do poder familiar dos dois genitores. Nesse caso, deverá apenas ser decidida a guarda, a qual será atribuída àquele que oferecer melhores condições de desenvolvimento ao menor; em caso de divergência entre os pais, deverá qualquer deles recorrer ao juiz para solucionar o desacordo.

* **Guarda:** consiste no direito de posse de menor. É considerada como um dos atributos do poder familiar, concernente à convivência, proteção e satisfação das necessidades de desenvolvimento do menor. Trata-se, na prática, de uma guarda "física", embora não se utilize no Brasil essa expressão ("guarda física"). Pelo Código Civil brasileiro de 2002, a guarda pode ser unilateral ou compartilhada:

- **guarda unilateral** (de caráter exclusivo, embora não se utilize no Brasil a expressão "guarda exclusiva"): é atribuída a apenas uma pessoa (um dos genitores ou terceiro); o genitor sem a guarda costuma manter, contudo, o poder familiar sobre o menor.

- **guarda compartilhada:** é atribuída simultaneamente a ambos os genitores. Pode ser compreendida como uma guarda parcial, embora não se utilize no Brasil o termo "guarda parcial".

* **Guarda provisória (ou cautelar):** é concedida pela autoridade judiciária em caráter provisório, geralmente até que seja proferida uma decisão definitiva. É possível a concessão de guarda provisória para afastar o menor de ambiente de violência doméstica.

* **Tutela legal:** quando não resta ao menor nenhum genitor responsável legal, o Estado pode nomear um "tutor" (geralmente parentes ou padrinhos) até que ocorra a adoção ou até o menor atingir a maioridade. A tutela ocorre na hipótese de falecimento dos genitores, ausência, ou de destituição, de ambos, do poder familiar.

* **Custódia:** a legislação brasileira não utiliza a expressão "custódia" para se referir às crianças e adolescentes, mas guarda. Em linguagem corrente, é utilizada como equivalente à guarda provisória dada pelo próprio responsável legal a um terceiro, normalmente por fatores como doença, viagem e outros.

* **Abrigamento institucional:** trata-se do termo utilizado para a "guarda" de um menor pelo Estado.

Terminologia utilizada na legislação espanhola:

PATRIA POTESTAD

Tradução: Poder Familiar

Na Comunidade Autônoma da Catalunha, o poder familiar é denominado “responsabilidade parental”.

É conceituado como o conjunto de deveres, direitos e obrigações dos pais em relação aos filhos menores de idade não emancipados, o qual sempre será exercido em benefício do menor. Entre essas obrigações e direitos, se encontram: alimentação, educação, proteção, cuidado, representação e administração de bens etc.

O poder familiar normalmente se exerce de forma compartilhada entre os genitores, salvo exceções, já que é possível decisão judicial sobre a atribuição ou a suspensão do poder familiar. O poder familiar é um direito que surge do nascimento e que não depende da existência de matrimônio entre os genitores.

GUARDA Y CUSTODIA

Tradução: Guarda e Custódia

Na Comunidade Autônoma da Catalunha, a lei utiliza somente o termo “guarda”.

Na legislação espanhola, guarda e custódia são um conceito único, sendo um direito específico do poder familiar. Presume a custódia física do menor e seu cuidado. Pode ser concedida a apenas um dos genitores, a ambos ou a um terceiro, incluindo a própria Administração Pública.

A guarda e custódia será outorgada sempre tendo em conta o bem-estar do menor, podendo ser proposta de mútuo acordo entre os genitores e ratificada em sentença judicial ou, em caso de conflito entre os genitores, será decidida por um juiz em processo contencioso. Nos dois casos, haverá a presença do “Ministerio Fiscal” (equivalente espanhol ao Ministério Público), que velará pelo menor.

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Tradução: Guarda e Custódia Compartilhada

Na Comunidade Autônoma da Catalunha, a lei utiliza somente o termo “guarda compartilhada”.

Presume que os pais compartilham o tempo e cuidado dos filhos em partes iguais. Os filhos passarão a metade do tempo com cada um dos genitores. Durante esse tempo, o outro genitor terá direito a um regime de visitas. A guarda e custódia compartilhada poderá ser adotada de mútuo acordo entre os genitores ou de forma contenciosa, sendo decidida por um juiz.

Esse tipo de guarda e custódia é cada vez mais habitual e o juiz, para concedê-la, considera: o relatório psicossocial dos juizados; a preferência dos menores; a disponibilidade dos pais; a proximidade dos domicílios; a decisão dos pais em relação à educação dos filhos, etc.

Na comunidade autônoma de Aragão, a lei prevê a guarda compartilhada como opção preferencial. Na comunidade autônoma da Catalunha, a lei não dá preferência expressa à guarda compartilhada, mas é possível deduzir que foi essa a intenção do legislador pela redação dada aos artigos referentes ao poder familiar e ao exercício da guarda.

GUARDA DE HECHO

Tradução: Guarda de Fato

É a guarda exercida sem atribuição judicial, mediante a qual uma pessoa desempenha as funções de cuidador/protetor de um menor. O guardador exerceria de fato as funções tutelares, podendo ser estas supervisionadas judicialmente segundo o estabelecido nos artigos 303 e seguintes do Código Civil espanhol.

1.2 Legislação, jurisprudência¹ e práticas no Brasil

*** Formas de decisão sobre a guarda e base legal:** No Brasil, a guarda de menores pode ser decidida por acordo ou decisão judicial. A mediação para acordo só é recomendável caso não haja histórico de violência doméstica. Em se tratando de decisão judicial, a praxe é utilizar-se a jurisprudência criada no Brasil, com base em alguns itens da seção sobre Direito de Família do Código Civil de 2002.

*** Objetivo final das decisões judiciais envolvendo menores:** Como regra geral, toda ação movida na Justiça brasileira referente à guarda, visita e pensão alimentícia, decorrente de separação de casais, visa a atender ao melhor interesse dos menores envolvidos.

*** Praxe judicial brasileira referente à guarda de menores:** a legislação brasileira estabelece que, não

¹ Jurisprudência é um conjunto das decisões sobre interpretações das leis feitas pelos tribunais de cada país. Com base na experiência dos juízes, as decisões dos tribunais passam a servir em casos seguintes.

havendo consenso entre os genitores, estando ambos aptos a exercerem a guarda, esta será compartilhada. Todavia, tendo em vista atender ao melhor interesse das crianças ou adolescentes envolvidos, é comum que a Justiça brasileira atribua a guarda a apenas um dos genitores, tendo-se como premissa que, no caso das crianças, o melhor interesse é o de ficar sob a guarda da mãe, exceto se tal solução apresente dificuldades específicas. Os motivos para não se conceder a guarda à mãe se devem, normalmente, ao uso de drogas, doença mental, desequilíbrio emocional afetando a educação do menor, atos de violência, negligência e situação familiar emocionalmente instável. Já no caso de adolescentes, a decisão judicial sobre sua guarda costuma levar em conta a vontade manifestada por aqueles menores.

* **Guarda materna:** A regra e a prática da Justiça brasileira é a guarda materna. Todavia deve ser ressaltado que a legislação estabelece como regra formal a guarda compartilhada (art. 1584, § 2º, do CC). A Justiça brasileira não costuma conceder guarda compartilhada a casais que se separam de forma conflituosa e/ou em ambiente de violência doméstica; entende-se que a guarda compartilhada, em tais casos, pode trazer tensão e instabilidade ao cenário familiar do menor. A regra e a prática geral da Justiça brasileira é, portanto, de atribuir a guarda à mãe e direitos de visita ao pai (exceto se este tenha histórico de perpetrar atos de violência doméstica e violação de direitos). Em caso de o filho não ser reconhecido pelo pai juridicamente (estando ausente seu nome, portanto, na certidão de nascimento), a mãe exerce o poder familiar exclusivo.

*** Direitos de visitação e de manutenção de contato:** a praxe da Justiça brasileira (sujeita a negociações entre os pais) é de garantir o direito do pai à visitação em finais de semana alternados, em férias escolares alternadas e Natal ou Reveillon. Busca-se, com isso, maximizar as relações e contatos do menor com ambos os genitores, no entendimento de que qualquer restrição aos contatos do menor com o genitor sem a guarda seria abusiva e que o convívio com ambos os genitores é importante para o equilíbrio emocional do menor (art. 1.634, § 5 do Código Civil). A exceção a essa prática ocorre se um dos genitores apresentar comportamento considerado, pelas autoridades judiciais, inadequado e pernicioso para o menor, a exemplo do cometimento de violência física. Também é frequente o estabelecimento de visitação livre, quando o casal parental tem bom relacionamento e quando os filhos são adolescentes.

*** Pensão alimentícia:** A praxe é que o cônjuge sem a guarda (normalmente o pai) tenha de contribuir para o sustento do menor. Os valores dessa contribuição são estipulados pelo juiz, de acordo com as necessidades específicas do menor e da capacidade econômica do pai. Todavia, a guarda compartilhada não exclui a possibilidade de a fixação de alimentos a ser custeado pelo genitor com melhores condições financeiras.

*** Atribuição de guarda a terceiros (que não os genitores):** ocorre no Brasil apenas em casos excepcionais (uso de drogas, transtornos psiquiátricos, histórico de violência doméstica e problemas afins, ou ainda quando os

pais não têm condições para cuidar do filho). Mesmo nesses casos, os genitores costumam manter o poder familiar e o direito de visitação.

**** Seção a ser introduzida por cada posto consular:
-Legislação, jurisprudência e práticas do país/estado da jurisdição:**

Quando um casamento ou união estável se dissolve, o poder familiar continua a ser compartilhado entre ambos os pais. O poder familiar é irrevogável e irrenunciável, a não ser que um juiz decida pela sua suspensão por causas específicas.

Quando uma sentença outorga a guarda e custódia a um dos genitores ou a ambos, de forma compartilhada, o genitor que estiver na companhia do filho deverá, naquele momento, decidir sobre as questões cotidianas ou urgentes relacionadas ao menor, tendo a responsabilidade de guardá-lo e custodiá-lo. O poder familiar, contudo, continua sendo compartilhado pelos dois genitores.

Até que haja sentença definitiva sobre a guarda, se necessário, o juiz poderá determinar medidas provisórias para defini-la durante o período que durar o processo judicial, sempre levando-se em consideração o bem-estar do menor.

O Código Civil espanhol (Artigos 92 e 156) não define de forma concreta o poder familiar, pelo que se segue o estabelecido no IV Encontro de Magistrados e Juízes de Família e Associações de Advogados de Família de 2009,

quando se definiu que as medidas que não podem ser tomadas unilateralmente pelo genitor que tenha a custódia do menor, sem consultar o outro genitor, são: definição do local de residência do menor e suas posteriores mudanças de domicílio; escolha da instituição de ensino; definição da orientação educativa (religiosa ou laica); decisão sobre submeter o menor de 16 anos a tratamentos e intervenções médicas preventivas, curativas ou cirúrgicas, incluídas as estéticas, salvo os casos de urgência; recurso a terapias psiquiátricas ou psicológicas; realização de atividades extracurriculares – esportivas, lúdicas ou de formação – e todas as atividades que gerem gastos extraordinários que devam ser assumidos por ambos genitores.

No caso de que se outorgue o poder familiar exclusivamente a um dos genitores, este poderá tomar todas as decisões acima especificadas, sem restrição.

A extinção do poder familiar poderá acontecer nos seguintes casos: morte dos pais ou do menor; emancipação do menor; adoção do menor; decisão judicial.

A suspensão do poder familiar geralmente acontece em situações graves como: dependência de drogas; alcoolismo; perturbações mentais; maus tratos; ausência de relação com os filhos; não cumprimento do dever de alimentação; prisão/condenação, etc. A suspensão do poder familiar não é medida definitiva. Em qualquer momento pode-se solicitar a revisão da situação de fato e acordar a recuperação do poder familiar.

Já o chamado “uso exclusivo do poder familiar” não priva o outro genitor de seu direito. Mas outorga-se seu uso exclusivo ao genitor que detenha a guarda e custódia naquele momento.

CATALUNHA

A dissolução do casal não altera as responsabilidades dos genitores em relação aos seus filhos. Em consequência, o poder familiar (responsabilidad parental) mantém seu caráter compartilhado e, na medida do possível, deve ser exercido conjuntamente pelos genitores. Cada um deles deverá apresentar um plano de parentalidade (“plan de parentalidad”), no qual deve indicar a forma com que exercerá sua responsabilidade. A autoridade judicial buscará conciliar os planos propostos, sempre levando em consideração o bem-estar do menor.

O “plan de parentalidad” conterà aspectos como: (a) o lugar onde os filhos viverão habitualmente, com regras que permitam determinar a que genitor corresponde a guarda do menor em cada momento; (b) as tarefas de cada genitor no cotidiano do menor; (c) como serão feitas as trocas de guarda; (d) o regime de comunicação do menor com o genitor que não esteja com a guarda naquele momento; (e) o regime de guarda em períodos de férias e dias festivos; (f) o tipo de educação e atividades extraescolares; (g) como será cumprido o dever de compartilhar-se entre os genitores toda a informação sobre a educação, saúde e bem-estar do menor; (h) forma de se tomar decisões relativas a mudanças de domicílio e outras questões relevantes para os filhos. Ademais, as propostas

de planos de parentalidade podem prever a possibilidade de recorrer-se a mediação familiar para resolver diferenças resultantes da aplicação do plano, ou a conveniência de modificar seu conteúdo para adequar-se às necessidades das diferentes fases da vida dos filhos.

A guarda será exercida de acordo com o proposto no “plan de paternalidad”, a não ser que a autoridade judicial considere-o prejudicial ao menor.

Direitos de visitação:

Na Espanha, o regime de visitas e comunicação entre o menor, seus pais e seus avós pode ser determinado de mútuo acordo entre os pais e, na impossibilidade de acordo, por decisão judicial. Nesse caso, o juiz decide pelo regime de visitas que traga mais benefícios ao menor, tendo em conta todas as circunstâncias familiares. Contudo, tendo em vista que os pais são aqueles que melhor conhecem as circunstâncias e dificuldades de suas próprias vidas, os tribunais tendem a exortá-los a que superem os rancores e busquem chegar a um acordo, sempre pensando no bem-estar de seus filhos.

O procedimento é o mesmo para genitores casados, em união estável ou genitores do mesmo sexo. Caso um dos genitores esteja em outro país, o regime de visitas será aquele que trazer menor prejuízo ao filho. É comum estabelecer-se obrigação de que o genitor que tem a guarda e custódia permita a comunicação habitual entre o filho e o outro genitor.

-Problemas mais frequentes enfrentados no processo de disputa guarda e seus principais motivos; casos envolvendo casais binacionais e domicílios em países diferentes:

a) situações de desequilíbrio após o divórcio dos pais: o genitor brasileiro, após o divórcio, pode ficar em situação migratória irregular na Espanha. A justiça espanhola tende a outorgar a guarda e custódia ao genitor que ofereça melhores condições econômicas e maior estabilidade ao menor. Assim, é comum que a guarda e custódia seja outorgada ao genitor espanhol ou estrangeiro que tenha permissão de residência neste país;

b) viagem do menor ao Brasil e o receio do genitor que fica na Espanha de que o menor não retorne (sequestro internacional). O caso mais comum observado é de mãe que mora na Espanha com o menor e tem receio de enviar o filho para passar as férias escolares com o pai brasileiro no Brasil;

c) solicitação de guarda e custódia por desconhecer-se o paradeiro do outro genitor: nesses casos é necessária decisão judicial que permita que o genitor que detém a guarda de fato exerça o poder familiar sobre o menor (para que possa solicitar passaporte, autorizar viagem, mudar de país etc.). Caso mais comum: mãe brasileira mora na Espanha com o menor e o pai encontra-se supostamente no Brasil, em paradeiro desconhecido. Apenas quando precisa renovar passaporte, a mãe se dá conta da necessidade de obter decisão judicial que lhe garanta o poder familiar sobre o menor. Também são frequentes os

casos em que a mãe afirma que o pai do menor se encontra em paradeiro desconhecido, mas, ao saber que não podemos emitir passaporte sem decisão judicial, “logram” contatá-lo para obter as autorizações necessárias;

-Procedimento legal para que familiares residentes no Brasil do menor disputado (que não seus genitores) possam entrar com pedido de guarda no exterior.

Será necessário constituir advogado e procurador na Espanha para representar os familiares no Brasil em eventual disputa de guarda.

Caso o menor esteja sob tutela do Estado (na Espanha), o procedimento para obter sua guarda pelos familiares no Brasil é administrativo, junto à Comissão de Tutela, sem necessidade de contratação de advogado.

1.2.1 Mudança de domicílio e autorização de viagem de menor

Para que ocorra a mudança da residência permanente da criança ou adolescente para outro Município é necessária prévia autorização de ambos os genitores. Na prática, essa regra pode ser relativizada em situações de emergência, como, por exemplo, contexto de violência doméstica experimentada pela genitora da criança ou adolescente.

Quando um dos genitores residir em outro Município brasileiro, ou no exterior, há regras específicas para o exercício do direito de visitas:

- **dentro do Brasil:** ao se regulamentarem os direitos do genitor sem a guarda no "acordo de regulamentação de visitas", estipula-se o cronograma respectivo das visitas, prevendo viagens interestaduais (não obstante tal previsão, é possível que esta seja um ponto de conflito entre os genitores).

- **para o exterior:** adota-se o mesmo procedimento acima. Não há regras legais sobre quem tem atribuição de arcar com o ônus da viagem ao exterior, podendo ser ou o genitor com melhores condições financeiras, ou o genitor sem a guarda e que deseja realizar a visita. Acrescenta-se aqui, contudo, fator complicador referente à necessidade de se obter a autorização do Judiciário do novo país de residência do menor. Além disso, a emissão do passaporte para menor precisará da autorização de ambos os genitores, substituível apenas por ordem judicial.

* **Regras relativas à autorização de viagem:** (i) Em viagem dentro do território brasileiro, é dispensada a autorização de ambos os genitores se a criança (menor de 12 anos de idade) estiver acompanhada de um dos ascendentes (genitores ou avós) ou colateral maior (tios), até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco. Também é dispensada autorização judicial se a criança estiver acompanhada de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável. Não se exigem tais requisitos para o adolescente (menor entre 12 e 18 anos). É o que estabelece o art. 83 do ECA. (ii) Para viagem ao exterior das crianças e adolescentes é exigida autorização de ambos os genitores ou autorização judicial (art. 84 do ECA).

Na Espanha, a decisão sobre o domicílio do menor é prerrogativa do poder familiar. Assim, mesmo que o genitor possua a guarda unilateral, será necessário acordar a mudança de domicílio com o outro genitor que detenha o poder familiar. Recomenda-se que o acordo seja ratificado pela justiça, que emitirá nova sentença com eventuais alterações no regime de visitas, de acordo com a nova residência do menor.

- Legislação e prática na jurisdição sobre exigências para concessão de passaporte sem a autorização de um dos genitores

Desde junho de 2014, passou a ser necessário o consentimento expresso dos dois genitores para a concessão de passaporte para menores de idade. A autorização de um dos genitores só poderá ser substituída por ordem judicial.

Caso um dos genitores tenha perdido o poder familiar, o genitor que detenha o poder familiar exclusivo não precisará de sua autorização para a emissão do passaporte.

- Serviços disponíveis aos genitores durante o processo de negociação/disputa de guarda (oferecidos gratuitamente pelo estado ou alternativas): assessoramento jurídico de confiança; serviços de tradução em audiências e entrevistas e entendimentos com advogado.

Os Colégios de Advogados de todas as províncias espanholas dispõe de “advogados de ofício” para a tramitação de qualquer procedimento judicial. Ao contrário do Brasil, onde há a figura do defensor público, com dedicação exclusiva, na Espanha todos os advogados devem assumir alguns casos como advogados de ofício, em sistema de revezamento.

Qualquer cidadão estrangeiro – esteja em situação migratória regular ou irregular na Espanha – pode solicitar assessoramento e, se for o caso, advogado de ofício que o represente em processo judicial.

O advogado de ofício designado poderá ser gratuito ou não, a depender da renda comprovada pelo solicitante. Será gratuito para pessoas que não estão integradas em nenhum núcleo familiar, cuja renda bruta mensal não supere 1.065,02 euros. Para unidades familiares de até três membros (casal com um filho menor, divorciado com dois filhos menores, viúvo com dois filhos menores, etc.), a renda bruta não poderá ultrapassar 1.331,28 euros.

Os advogados de ofício estarão à disposição de seus clientes para qualquer questão ou dúvida. Na prática, contudo, nota-se que normalmente esses advogados não realizam um acompanhamento tão próximo da causa como faria um advogado particular. Ou seja, a qualidade da assistência jurídica dependerá do código de conduta de cada profissional, podendo o interessado prestar queixa junto ao Colégio de Advogados caso considere que não está sendo atendido de forma satisfatória.

Para os casos em que o interessado não possua conhecimentos suficientes do idioma espanhol, será designado intérprete para acompanhá-lo a todas as audiências.

1.3 Cumprimento no exterior de decisão do Judiciário brasileiro sobre guarda e visitação

Para que uma decisão (sentença) judicial brasileira tenha valor em outro país, deve, como regra, ser homologada naquele país. O mesmo ocorre com uma sentença estrangeira no Brasil.[2] Isso significa que um pai ou mãe brasileiro que pretenda mudar-se para outro país levando o filho menor – sobre o qual possua guarda unilateral – poderá obter maior garantia jurídica sobre o menor homologando naquele país a sentença judicial brasileira que estipula a guarda e demais condições. Cumpre ressaltar que, uma vez ingressado o menor em outro país na condição de residente, os órgãos tutelares estrangeiros responsáveis passam a ter jurisdição sobre aquele menor, independentemente de o genitor possuir a guarda. Recorde-se, a propósito, que é possível que a guarda sobre uma criança ou adolescente que tenha dupla nacionalidade seja revista a qualquer momento caso as autoridades locais julguem que o genitor está cometendo alguma violação de seus direitos segundo a lei daquele país.

De modo a garantir-se o cumprimento das decisões judiciais obtidas, é importante atentar-se para medidas acautelatórias:

(i) processo judicial realizado no Brasil: importância da homologação da sentença de divórcio (e guarda de menor) no país de residência, de modo a permitir garantias em caso de desrespeito de uma das partes aos termos estabelecidos;

(ii) processo judicial realizado no exterior: importância de fazer constar da sentença estrangeira o consentimento do ex-cônjuge autorizando a homologação da sentença no Brasil.

Para homologar a sentença judicial brasileira no exterior, o genitor brasileiro deverá averiguar quais são os procedimentos específicos para a homologação naquele país, uma vez que os procedimentos não são idênticos em todos os países, sendo necessária, muitas vezes, a contratação de advogado, tradutor e cobertura de outros custos.

As sentenças de divórcio ou aquelas que outorgam a guarda e custódia a um dos genitores, emitidas por tribunal brasileiro, não terão validade automática na Espanha, sendo necessária a homologação da sentença por tribunais espanhóis, mediante procedimento de exequatur.

Para tal procedimento, é necessário contratar advogado e constituir procurador, que podem ser designados de ofício pelo Colégio de Advogados. Toda documentação deve ser original, legalizada e traduzida.

- esclarecimentos sobre a situação do genitor brasileiro com guarda total (emitida pela justiça brasileira) sobre

o filho menor no momento em que fixa residência na Espanha:

O genitor brasileiro que se estabeleça na Espanha com seu filho menor deverá solicitar a homologação da sentença de guarda, conforme o procedimento acima descrito. A homologação poderá ser solicitada de mútuo acordo entre os genitores ou por apenas um deles. Nesse último caso, o outro genitor deverá ser notificado por carta rogatória, para que possa apresentar suas alegações.

Antes da homologação da sentença, o genitor poderá estabelecer-se com o filho na Espanha e matriculá-lo na escola. Apenas após a homologação, contudo, poderá regularizar sua situação migratória (caso o menor não seja cidadão comunitário).

1.4 Prevenção de disputas no Brasil: formas de evitar a judicialização da disputa pela guarda

A legislação brasileira (Lei 13.140/2015, conhecida como Nova Lei da Mediação) permite a mediação de conflitos para causas cíveis, incluindo direito de família (mas não para causas criminais).[3] Tratam-se aqui de meios alternativos e não-adversariais de soluções de conflitos. A mediação consiste em atividade técnica exercida por pessoa imparcial, sem poder de decisão, que auxilia as partes envolvidas a encontrarem soluções consensuais. A mediação ajuda na construção de um acordo entre as partes, sendo mais abrangente do que a conciliação, que busca fomentar um acordo. A idéia subjacente é de que a solução construída em conjunto

pelas partes envolvidas é melhor do que uma solução imposta pelo Judiciário. O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que entrará em vigor em março de 2016 (art. 1.045), estabelece a obrigatoriedade de fase de mediação e conciliação nas ações de família (arts. 693 a 699).

A mediação pode ser judicial (quando as partes passam pela mediação como uma das etapas do processo judiciário), extrajudicial (quando as partes resolvem o conflito sem recorrer à Justiça, optando por serviços privados especializados em mediação) ou pública (quando uma das partes envolvidas no conflito é pessoa jurídica de direito público). Pode ser acionada a partir de petição inicial feita a um juiz, o qual, uma vez aceito o pedido, transfere o caso para a mediação. A mediação pode ficar a cargo de órgãos de apoio dentro do Judiciário ou órgãos parceiros, como faculdades de direito.

1.5 Órgãos competentes no Brasil

* **Juiz estadual da Vara de Família** - decisões referentes a guarda, direitos de visitação e alimentos.

* **Juiz estadual da Vara de Infância e Juventude** - decisões em casos de violações de direitos, incluindo violência.

* **Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher** - decisões de medidas protetivas de urgência em favor da mulher, que podem eventualmente alcançar

também a fixação de guarda provisória, alimentos e proibição de aproximação e contato com os filhos.

* **Conselho Tutelar** - decisões sobre abrigo provisório e custódia provisória. Trata-se de órgão estadual, vinculado à secretaria de direitos humanos ou órgão estadual afim, com membros escolhidos por eleição. Possui a atribuição de acompanhar a situação de crianças e adolescentes.

* **Ministério Público** – intervém em todos os processos judiciais que envolvem menores de idade (crianças e adolescentes); fiscaliza os direitos dos menores. O MP federal cuida de causas federais (como a Convenção da Haia sobre Abdução de Menores) e os estaduais cuidam das demais causas. Pode ser acionado por qualquer pessoa, inclusive mediante denúncia ou ligação para a Central de Atendimento Disque-100.

* **Defensoria Pública da União** – assistência ao cidadão, incluindo orientação e representação jurídica.

* **Superior Tribunal de Justiça** – é competente para processar e julgar, originariamente: a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur (ordem de execução) às cartas rogatórias;" (Art. 105 da Constituição Federal de 1988 e Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Obs: A Justiça Civil decide conflitos relacionados a bens (móveis e imóveis, transações comerciais e indenizações), além de questões de família (casamento, divórcio, guarda e adoção de filhos e herança, entre outros).

Não existem na justiça espanhola meios de prevenção de disputa por guarda e custódia de menores. Caso haja interesse, os genitores poderão procurar entidades privadas de mediação familiar ou centros de ajuda a famílias das próprias Comunidades Autônomas, que oferecerão assessoramento. Ademais, existe a possibilidade de que os advogados das partes cheguem a acordo extrajudicial. Em qualquer caso, a guarda e custódia deverá, posteriormente, ser decidida ou ratificada pela justiça.

- órgãos competentes na jurisdição.

Juzgados de Primera Instancia y de Família (Juizados de Primeira Instância e de Família): órgãos com poder decisório nas disputas de guarda e definição dos regimes de visita.

Ministerio Fiscal (equivalente espanhol ao Ministério Público): responsável por zelar pelos interesses do menor. Em todos os processos de determinação de guarda, haverá um “fiscal” que acompanhará o caso, representando a Administração Pública.

1.6. Retirada da guarda ou do poder familiar do menor brasileiro no exterior pelas autoridades estrangeiras à revelia dos pais

1.6.1 Terminologia utilizada na legislação brasileira

* **Decisão de alteração de guarda:** é o termo utilizado para casos de perda (retirada) de guarda.

* **Suspensão do poder familiar:** é o impedimento temporário ao exercício de alguns ou todos os seus atributos. Pode referir-se unicamente a determinado filho.

Artigo 1637 do Código Civil: Se um dos genitores abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou Ministério Público adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Também será suspenso se condenados os pais por sentença irrecorrível em virtude de crime, desde que a pena não exceda a dois anos de prisão. A suspensão é temporária: uma vez cessado o motivo que a originou, voltarão os pais a exercer o poder familiar. Não existe um limite de tempo fixado em lei para a suspensão, devendo ser levado em consideração os interesses do menor.

* **Perda do poder familiar:** é a perda definitiva do poder familiar de um dos genitores sobre os filhos. Ocorre nas hipóteses do art. 1638 do Código Civil:

Artigo 1638 do Código Civil: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - Praticar atos contrários à moral e os bons costumes;

IV - Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo.

*** Extinção do poder familiar:** O poder familiar se extingue de acordo com art 1635 do Código Civil de 2002, pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade e pela adoção ou por decisão judicial. A perda da guarda não implica necessariamente a extinção do poder familiar.

Pela legislação espanhola (Código Civil, artigo 172), quando a Comissão de Tutela do Menor (entidade pública a quem compete a proteção de menores) constate que um menor está em situação de desamparo, tem legalmente a tutela do mesmo e deve adotar as medidas necessárias para sua guarda, dando conhecimento ao Ministério Fiscal (equivalente ao Ministério Público brasileiro). A decisão administrativa que declare a situação de desamparo é comunicada aos genitores. A assunção da tutela atribuída à entidade pública suspende o poder familiar dos genitores. A Comissão de Tutela do Menor e o Ministério Fiscal podem, também, em alguns casos, promover a privação do poder familiar. A tutela do Estado pode cessar por constituição de tutela ordinária, pela maioridade do menor, sua adoção ou recuperação do poder familiar por parte dos pais.

Na Espanha distinguem-se os termos “situação de risco” e “desamparo”. Em ambos os casos, o desenvolvimento e bem-estar do menor é prejudicado por circunstância pessoal, social ou familiar. O que as diferencia é que nas “situações de risco” é desnecessária a separação familiar para proteção do menor, enquanto, nas de “desamparo”, a separação é necessária. A assunção de tutela pelo Estado (nos casos de desamparo) suspende o poder familiar.

1.6.2 Legislação, Jurisprudência e práticas no Brasil para decisão judicial de extinção do poder familiar

Apenas em casos extremos costumam as autoridades brasileiras destituir o poder familiar de ambos os genitores. Hesita-se em retirar o menor de seu ambiente familiar, com o conseqüente envio para abrigo e colocação para eventual adoção.

Mesmo sem a perda do poder familiar, é possível a alteração da guarda. Se os pais se encontram separados, há menor dificuldade em se alterar a guarda, passando-a de um genitor para outro.

- órgãos locais com poder decisório e descrição das respectivas atribuições:

Conselho Tutelar do Menor: é o órgão da Administração Pública responsável por todas as decisões nos casos de tutela de menores.

Juzgados de Primera Instancia y de Família (Juizados de Primeira Instância e de Família): interferirão nos casos de

tutela apenas se algum dos interessados interpuser recurso judicial nos prazos previstos por lei.

Ministerio Fiscal (equivalente espanhol ao Ministério Público): será notificado dos casos de tutela e acompanhará o processo, podendo intervir, considerando o bem-estar do menor.

- passo-a-passo do processo de retirada da guarda, seguido de audiências judiciais, avaliação por assistentes sociais e outros profissionais, decisão judicial (de caráter temporário ou permanente); prazo de validade de sentenças judiciais; possibilidades de restituição do menor aos genitores; adoção definitiva por outra família.

A existência de uma situação de desamparo determina o início de um procedimento formal que culmina com uma declaração administrativa. O departamento competente, ao tomar conhecimento de uma situação de desamparo, deve iniciar um procedimento legal, podendo antes, estabelecer um período para investigar a situação e avaliar a conveniência do procedimento. O início do expediente deve ser comunicado aos genitores do menor, que terão direito de acompanhar o procedimento e aportar elementos de prova e alegações. As equipes técnicas competentes (serviços especializados de atenção à criança e ao adolescente) devem elaborar um relatório, ao qual os genitores terão acesso. O procedimento é finalizado com resolução motivada que declara a situação de desamparo ou, se for o caso, com o arquivamento do expediente. As resoluções que declaram o desamparo devem ser

comunicadas ao Ministério Fiscal no prazo de dois dias e notificadas aos genitores. É possível que o genitor obtenha assistência jurídica para tentar reverter essa decisão, desde que cumpridos os requisitos para tanto.

A declaração de desamparo, que é administrativa, pode ser impugnada na Justiça Civil em um prazo de três meses.

Já pela via administrativa, os genitores terão o prazo de dois anos após a notificação para solicitar à Comissão de Tutela do menor que se revogue a declaração de desamparo se, por mudança nas circunstâncias que a motivaram, entenderem que podem assumir novamente o poder familiar. Após esse prazo, decai o direito dos genitores de opor-se às decisões ou medidas que se adotem para a proteção do menor, e apenas o Ministério Fiscal poderá opor-se à resolução da entidade pública. A entidade pública pode, por solicitação ou de ofício, revogar a declaração de desamparo e decidir o retorno do menor à sua família sempre que avalie ser o mais adequado para o menor. Durante os dois anos, pode também adotar qualquer medida de proteção, inclusive propôr a adoção do menor, caso exista um prognóstico fundamentado de impossibilidade definitiva de retorno à família de origem.

Se existirem pessoas que, por suas relações com o menor, possam assumir sua tutela em benefício do mesmo, se nomeará um tutor.

- frequência de casos ocorridos na jurisdição de retirada arbitrária do poder familiar dos pais pelas autoridades locais

A perda da guarda de filhos menores por cidadãos brasileiros é bastante frequente na jurisdição do Posto, em situações diversas, envolvendo, inclusive, pais zelosos, mas que passam por situação conturbada no lar, como no caso de violência de gênero. No entanto, não são raros os casos de negligência parental. Em muitas situações que chegam ao conhecimento do Posto, o cidadão brasileiro procura o Consulado para obter orientação de como reaver o filho; em vários casos são os parentes do menor (tios ou avós brasileiros) que tentam obter sua guarda, uma vez que reconhecem as limitações ou contexto problemático dos genitores.

- fatores motivadores da perda da guarda para o país/estado da jurisdição

(diferenças culturais, métodos educativos que envolvem punições físicas, ainda que moderadas, confiança dos menores aos cuidados de outros menores, comportamentos expansivos e/ou emocionais, dificuldades financeiras e outras); conveniência de que o genitor brasileiro busque inteirar-se sobre as diferenças de códigos e comportamentos culturais entre o Brasil e o país de residência:

Conforme a legislação espanhola, são fatores motivadores para considerar um menor em situação de desamparo: o abandono; maus tratos físicos ou psíquicos, abuso sexual, exploração perpetrada ou tolerada pelo responsável; prejuízos graves ao recém-nascido durante a gestação (como ingestão de drogas pela gestante ou mau trato à

gestante); exercício inadequado das funções de guarda que acarrete perigo grave ao menor; dependência de droga; fornecimento de drogas ao menor por seu responsável, ou por ele tolerado; indução à mendicância, delinquência ou prostituição, ou sua tolerância; desatenção física, psíquica ou emocional grave crônica; violência machista ou entorno socio-familiar que prejudique gravemente o desenvolvimento do menor (o que inclui violência de gênero); obstacularização de ações de investigação que ponha em risco a segurança do menor ou negativa em executar medidas adotadas em situação de risco, caso torne crônica ou agrave a situação; situações de risco que por seu número, evolução, persistência ou agravamento determine a privação do menor de elementos básicos para seu desenvolvimento; qualquer situação de desatenção ou negligência que atente contra a integridade física ou psíquica do menor ou a existência de outros fatores que impossibilitem seu desenvolvimento integral.

- atribuições dos Conselhos Tutelares (e órgãos afins) na jurisdição.

O Conselho Tutelar local recebe o nome de “Comissão de Tutela do Menor” (ou seu equivalente nas demais comunidades autônomas) e possui competência para assumir e exercer as medidas de proteção dos menores e demais medidas que devam ser adotadas.

A Comissão de Tutela do Menor possui autonomia para tomar todas as decisões necessárias, incluindo as definitivas. A decisão será levada à via judicial somente se

algun dos interessados entrar com recurso judicial, nos prazos apropriados.

- como se pode garantir o direito de visita ao menor pelos genitores em casos de perda do poder familiar

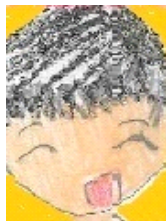
Os pais têm o direito de visita sempre que não percam o poder familiar. A Comissão de Tutela do Menor estabelece o regime de visita em cada caso.

- ajuda que se pode esperar do posto

O Consulado-Geral do Brasil em Madri poderá fornecer assistência psicológica e orientação jurídica nos casos de tutela de menores. Também poderá auxiliar no contato com a família no Brasil (que, em alguns casos, pleiteia e obtém a guarda), além de recomendar instituições locais de apoio a imigrantes em situação de vulnerabilidade.

Perguntas frequentes

**** O consulado ou governo brasileiro pode interferir na aplicação da lei de país estrangeiro? Não, de forma alguma. As normas consulares exigem que seja respeitado o ordenamento jurídico dos outros países.**



Seção 2 - Subtração internacional de crianças

2.1 Terminologia utilizada na legislação brasileira

* **Subtração** (também referida como sequestro) internacional de crianças é o ato cometido por um genitor (pai ou mãe) de transferir ilicitamente um filho menor de idade de seu país de residência habitual para outro país, sem o consentimento do outro genitor. Também é considerado subtração o ato de um genitor de reter o filho menor em um país que não seja seu país de residência habitual sem o consentimento do outro genitor (por exemplo, após um período de férias, mesmo que o outro genitor tenha autorizado a viagem).

* **Genitor subtrator** é aquele que leva a criança de seu país de residência habitual para outro país (ou o mantém retido em outro país) sem autorização do outro genitor, denominado **genitor abandonado**.

* **Criança**, para fins de aplicação da Convenção, é a pessoa com até 16 anos de idade completos.

* **Residência Habitual**, conforme estipulada na Convenção da Haia, é o país/estado onde a criança reside, com intenção de lá permanecer. De modo geral, o país de residência habitual é aquele de onde a criança foi retirada e para o qual deverá ser restituída. No caso de crianças, em especial as mais jovens, o mais comum é considerar como seu local de residência habitual o mesmo dos seus

genitores. O requisito temporal pode variar, não existindo um “prazo mínimo” para sua configuração. A Convenção se funda na premissa de que é no local de “residência habitual” que a criança possui seus vínculos mais robustos e importantes, não somente com seus genitores, mas com o ambiente escolar, linguístico, social, família estendida e outros.

Perguntas Frequentes

**** Tenho a guarda do meu filho. Posso alterar o país de sua residência sem autorização do outro genitor?**

Em geral, a legislação dos países não permite que um dos pais tome sozinho essa decisão, mesmo que ambos tenham a guarda compartilhada ou que um deles tenha a guarda exclusiva. Se ambos os genitores exercem o poder parental, então os dois deverão decidir sobre o lugar de residência habitual, exceto se o Poder Judiciário competente (o da residência habitual) determinar que quem detém a guarda possa tomar essa decisão unilateralmente.

**** Eu tenho autorização de viagem válida por dois anos, posso mudar com o meu filho para o Brasil? Não.**

A autorização de viagem permite apenas o trânsito temporário, mas não dá à pessoa que está autorizada a viajar com a criança poderes para mudança da residência da criança.

2.1.1 Motivos mais comuns da subtração internacional

De modo geral, o genitor que decide retirar seu filho do país de residência habitual sem a autorização do outro genitor toma essa atitude em decorrência de uma crise ou

ruptura no relacionamento conjugal, muitas vezes acompanhada por abusos e maus tratos, físicos e/ou psicológicos, sofridos por ele próprio e/ou pela criança. Isso geralmente ocorre com casais de nacionalidades diferentes, que residem no país de origem de um deles ou em um terceiro país. Nada impede, contudo, que ocorra com casal de brasileiros, residentes no Brasil ou no exterior.

O genitor que planeja retirar a criança do país de residência habitual é quase sempre aquele que não nasceu naquele país, que lá não possui raízes, família, círculo social sólido e nem emprego estável ou satisfatório, não goza de autonomia financeira que permita o auto-sustento, não domina inteiramente o idioma do país, desconhece a legislação local e seus próprios direitos. Em meio à crise familiar, deseja abandonar aquele país onde, mesmo no caso de possuir status migratório regular ou de ser naturalizado, sente-se ainda um estrangeiro, com as vulnerabilidades inerentes àquela condição.

No contexto acima descrito, aquele genitor estrangeiro crê que lhe será desfavorável a decisão da justiça local em caso de disputa da guarda do filho. Acredita (com ou sem razão) que perderá a guarda ou receberá uma guarda compartilhada que não lhe permitirá retornar ao seu país de origem com a criança e lá refazer sua vida. Passa a acreditar, portanto, que a única solução para seu caso é mudar-se com a criança para outro país (normalmente seu país de origem), com ou sem a autorização do outro genitor. Essa solução configurará, contudo, subtração internacional de menor e esse genitor se tornará um

genitor subtrator, expondo-se às consequências jurídicas de seu ato que, nos termos da Convenção, incluem o retorno da criança.

2.1.2 Barreiras à subtração internacional de crianças: emissão de passaportes e controles de fronteira

Muitos países possuem legislação determinando a exigência de autorização de ambos os pais para emissão de passaporte e para viagem de crianças e adolescentes. O Brasil está nesse grupo, estipulando o Decreto 5.978/96, art. 27, I, que o pai e a mãe da criança (ou, alternativamente, o juiz competente) precisam autorizar a emissão do passaporte. Em consequência, nem os postos da Polícia Federal no Brasil e nem os postos consulares no exterior estão autorizados a abrir exceções àquela regra, cuja violação poderia, em muitos casos, ser interpretada como medida de facilitação da subtração.

A lei brasileira exige autorização dos dois genitores ou autorização judicial para a saída de crianças e adolescentes até 18 anos do território nacional, sendo a fiscalização realizada nos postos de fronteira pela Polícia Federal. Cumpre reconhecer, contudo, que essa prática não impede totalmente a subtração de crianças do Brasil para o exterior, havendo registro de saídas pela fronteira seca com os países vizinhos. Entretanto, a situação mais corriqueira é a da retenção ilícita, quando a criança sai do Brasil autorizada pelo outro genitor para passar um curto período no exterior, mas não retorna.

Todos os países adotam igual rigor ao emitirem passaportes para crianças de sua nacionalidade e tampouco efetuam controle de saída de crianças (sobretudo estrangeiros) por seus postos de fronteira. Crianças brasileiras com dupla nacionalidade podem inclusive, em determinados casos, obter o seu passaporte estrangeiro com a autorização de um único genitor.

Perguntas frequentes

**** Eu posso receber apoio do Consulado/Governo brasileiro para conseguir autorização do outro genitor para emissão de passaporte e autorização de viagem?**

A autorização para emissão do documento de viagem deve acontecer na via privada (mediante entendimentos entre os dois genitores) ou suprida por decisão judicial. Os postos consulares podem prestar orientações, mas não poderão interferir nesse processo.

**** O Consulado/Governo brasileiro pode pagar taxa para um pedido de autorização do tribunal estrangeiro que permita a emissão de passaporte brasileiro ou permissão de viagem sem a autorização paterna?** Os postos consulares brasileiros não têm previsão orçamentária de prestação de tal apoio.

2.1.3 Consequências jurídicas da subtração – Medidas de cooperação internacional

Até os anos 1980, atos de retenção/subtração parental internacional de crianças permaneciam frequentemente impunes. Inexistiam mecanismos ágeis para que o genitor abandonado acionasse o governo de outro país com vistas à restituição da criança subtraída. O tempo agia em favor

dos subtratores, uma vez que antes de o processo chegar à conclusão, os filhos menores atingiam a maioridade e o pedido de restituição perdia a validade.

Preocupados com esse quadro, diversos países se dispuseram a estabelecer, no âmbito multilateral, regras e canais para encaminhamento dos pedidos de restituição de crianças. Foi assim que, em 1980, foi adotada a **Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**, a qual se tornou o marco de regras de Direito Internacional Privado para a cooperação entre seus países membros (vide item 2a). Com a entrada em vigor da Convenção em 1983, a retirada das crianças dos países de residência habitual sem autorização do co-detentor do direito de guarda passou a ser considerada um ilícito internacional, exigindo reparação pelos Estados partes. O Brasil é membro da Convenção da Haia.²

São diferentes os procedimentos adotados em casos de subtração de crianças, conforme ocorra entre países membros da Convenção da Haia ou não. Mesmo entre países membros, haverá diferenças nas respectivas legislações locais. No caso de crianças brasileiras, o encaminhamento dos casos será diferenciado, portanto, conforme a subtração ocorra entre dois países-membros³ (item 2a abaixo, incluindo do Brasil para outro país membro ou vice-versa ou entre dois outros países membros) ou não (item 2b, incluindo do Brasil para país

² O Brasil a ratificou em 1999 e a promulgou em 2000.

³ O número de membros é de 93 (dados atualizados em outubro de 2015) e sua lista está disponível no website da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (www.hcch.net).

não-membro ou vice-versa ou entre dois países não-membros).

2.2 Subtração entre países-membros da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

Quando a subtração ocorre entre dois países membros da Convenção, são seguidos em ambos os territórios os procedimentos estipulados naquele instrumento.

A Convenção da Haia é a norma-quadro de cooperação jurídica internacional que estabelece um mecanismo de obrigações recíprocas entre os Estados-Partes destinado a proteger os melhores interesses das crianças, buscando evitar que as dificuldades impostas pelas fronteiras estatais consolidem situações de transferência ou retenção ilícita por um de seus genitores. Elimina, portanto, a garantia de um refúgio além das fronteiras para pais que tenham subtraído seus filhos.

A Convenção parte do princípio de que o foro competente mais adequado para apreciação de questões sobre a guarda de crianças corresponde ao Juízo local do país/estado de sua residência habitual (**ao invés do país de nascimento, de cidadania dos genitores ou onde se encontra residindo no momento do acionamento dos mecanismos da Convenção**). Assim, na aplicação da Convenção, o juiz não levará em consideração a nacionalidade dos envolvidos.

2.2.1 Quem pode requerer restituição da criança: direito de guarda

Somente titulares do “**direito convencional de guarda**” (direitos relativos aos cuidados com a criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência, segundo o artigo 5º da Convenção) poderão requerer a restituição da criança ao seu local de residência habitual. O titular poderá ser pessoa, organismo ou instituição, devendo provar que, de acordo com o Direito (legislação, acordo entre as partes ou decisão judicial) **do Estado de residência habitual** da criança, detinha (e exercia efetivamente) no momento da subtração os “cuidados com a pessoa da criança” ou o “direito de decidir sobre seu local de residência”. É comum que a lei do país/estado de residência habitual considere que ambos os genitores compartilham, em igualdade de condições, os “cuidados com a pessoa da criança” e “o direito de decidir sobre seu local de residência.

O efetivo exercício do direito de guarda pode ser comprovado mediante o envio da legislação nacional vigente sobre o tema, de uma decisão judicial ou administrativa nesse sentido ou de um acordo firmado entre os genitores.

O pedido de restituição é cabível quando houver a violação do direito de guarda. Esse direito pode advir de legislação, acordo entre as partes ou decisão judicial.

No caso de genitores que se encontravam separados no momento da subtração, é comum que a lei do país de

residência habitual determine que, ainda assim, ambos sigam compartilhando, em igualdade de condições, o “poder familiar” (ou “responsabilidade parental”, “autoridade parental”, denominação que dependerá de cada país) – apenas ocorrendo sua destituição por intermédio de decisão judicial (vide informação sobre a legislação e prática brasileira sobre guarda na seção 1).

Perguntas frequentes

**** Eu detenho o poder de guarda e o outro genitor, só o direito de visitas. Posso decidir unilateralmente sobre o local de residência da criança?** Não. Se ambos os genitores exercem o poder familiar, será preciso obter, do genitor que tenha apenas o direito de visitas, autorização para a mudança do local de residência da criança.

2.2.2 Como funciona a cooperação entre os países membros da Convenção

A Convenção estabelece que os pedidos de cooperação jurídica internacional sejam tramitados por intermédio de Autoridades Centrais indicadas por cada Estado-Parte. Cabe a cada Autoridade Central efetuar o trâmite de pedidos de auxílio. Esse mecanismo proporciona o estreitamento das relações entre os países e a simplificação das comunicações, acelerando a tramitação desses pedidos. As principais funções das Autoridades Centrais são:

- localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;

- evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável entre os genitores;
- proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação psico-social da criança;
- fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise ao retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a definição ou o exercício efetivo do direito de visita;
- acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência jurídica por advogado;
- assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno seguro da criança;
- manterem-se mutuamente informadas sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminar os obstáculos à sua aplicação.

2.2.3 Casos de subtração que não ensejarão o retorno da criança: exceções previstas

Embora a Convenção presuma que o retorno da criança ilicitamente transferida ou retida em local diferente daquele de sua residência habitual seja a medida que melhor atende aos interesses das crianças, seus artigos 12, 13 e 20 preveem algumas exceções à sua aplicação. A análise dessas exceções se dá de forma restritiva, não sendo possível uma interpretação ampla desse conceito.

Cabe a quem se opõe ao retorno provar que uma das exceções se aplica ao caso concreto.

Artigo 12 - Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de uma ano (...) deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

O artigo 12 acima é dividido em duas partes. A primeira delas determina que sempre que o pedido de cooperação tenha sido recebido em até um ano da subtração da criança, o retorno deve ser determinado, **não sendo possível arguir sobre a adaptação da criança ao seu novo meio**. A segunda parte, entretanto, determina que se o pedido foi **recebido** depois de um ano da subtração, o retorno ainda assim será a regra, salvo se ficar provado que a criança se encontra adaptada ao seu novo meio. É importante observar que a Convenção é muito clara sobre quando se poderá analisar a adaptação da criança, que é quando houver demora injustificada para se formular o pedido de retorno perante as autoridades competentes. Do contrário, a criança deve ser retornada, salvo se outra exceção se aplicar ao caso.

Artigo 13– (...) 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 já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

O artigo 13 está dividido em três partes. A primeira delas (item a) diz respeito ao efetivo direito de guarda. Conforme já explicado acima, o direito de guarda, para efeitos da Convenção da Haia, é aquele de poder decidir sobre o local de residência da criança, unilateral ou conjuntamente. Portanto, se a pessoa que se opõe ao retorno (o genitor subtrator) provar que o requerente (genitor abandonado) não detinha o direito de guarda nos termos da Convenção ou que não o exercia efetivamente, o juiz poderá negar o retorno. Esse artigo, ainda no item a, também estabelece que o retorno não será a regra se o requerente consentiu com a mudança da residência (prévia ou posteriormente). Também recairá sobre a pessoa que

estiver com a criança o ônus de provar esse consentimento.

Já o item b do artigo 13 trata de qualquer grave risco de ordem física ou psíquica a que estará submetida a criança caso seja retornada. A definição do que seria um “risco grave”, como já explicado, é sempre restritiva, sendo que apenas situações extremas, fora da normalidade, podem ser enquadradas como “risco grave”. É importante ressaltar que as consequências naturais da restituição (como o afastamento entre a criança e o genitor subtrator e a necessária readaptação ao ambiente de origem, por exemplo) não são interpretadas como risco grave.

Obs: O Governo brasileiro entende que a incidência de violência doméstica contra a mulher perpetrada por quem requer o retorno da criança deve ser considerada na avaliação do risco grave. Entretanto, a aplicação desse dispositivo nos casos envolvendo a violência doméstica deve ser devidamente comprovada pela pessoa que se opõe ao retorno (genitor abandonado). Para tanto, nesses casos, o Brasil encoraja seus nacionais em situação de vulnerabilidade que busquem documentar de forma mais completa possível as agressões sofridas, para que esse contexto possa ser considerado em juízo. O objetivo nestes casos é reunir o maior número de provas do ambiente violento (seja pela violência física ou psicológica). Essas provas, para efeitos da Convenção, devem ser colhidas sempre no país de residência habitual da criança. O mais indicado nesses casos é buscar ajuda das autoridades locais e dos consulados brasileiros na jurisdição.

Artigo 20 - O retorno da criança (...) poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

O artigo 20 também é de aplicação restritiva. Na verdade a doutrina atual defende que o juiz poderá negar o retorno, com base nesse artigo, apenas quando ocorrerem situações excepcionais em que exista incompatibilidade quanto à proteção dos direitos humanos. São contextos em que o país de residência habitual permite a mutilação feminina ou o casamento servil, por exemplo, e quando o país onde a criança se encontra retida rejeita essas práticas.

Além disso, conforme estabelece o artigo 4º da Convenção, o tratado deixa de ser aplicado quando a criança atinge a idade de 16 anos. A tramitação dos pedidos em andamento é imediatamente extinta quando a criança atinge essa idade.

2.2.4 Procedimentos conforme o fluxo da subtração

Mesmo entre países membros da Convenção, os procedimentos podem variar, em razão das diferenças nas legislações e procedimentos de cada um. Para fins de orientação a nacionais brasileiros, é necessário diferenciar os procedimentos referentes à subtração conforme ocorram: (i) do Brasil para o exterior, (ii) do exterior para o Brasil e (iii) do exterior para outro país no exterior. Os casos envolvendo crianças brasileiras terão

encaminhamentos diversos se a subtração ocorrer em cada um desses fluxos, conforme segue.

Definições

- **Pedido ativo:** quando se solicita o retorno do menor
- **Pedido passivo:** quando se recebe o pedido de retorno do menor

(i) Subtração do Brasil (país de residência habitual) para outro país membro da Convenção

Há, no Brasil, rigoroso controle da saída de crianças nos portos e aeroportos internacionais, cabendo à Polícia Federal fiscalizar as autorizações necessárias para permitir a saída. Entretanto, ainda são recorrentes casos em que as crianças deixam o Brasil devidamente autorizadas, mas não retornam ao final do período estipulado.

- **Retorno da criança ao Brasil (pedido de cooperação ativo): procedimentos para pedido de restituição pelo genitor abandonado**

O genitor abandonado (no Brasil) deverá levar o caso à Autoridade Central Administrativa Federal brasileira (ACAF)⁴, que verificará se o pedido cumpre os requisitos estipulados na Convenção. A documentação necessária para dar início ao pedido de cooperação jurídica varia de acordo com o caso concreto, costumando incluir:

⁴ A Autoridade Central brasileira para a Convenção da Haia é o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, ente integrante da estrutura do Poder Executivo Federal (Decreto nº 3.951, de 4 de outubro de 2001).

- Formulário de requerimento padrão (fornecido pela ACAF e disponível na página da Internet);
- Informações sobre o local onde a criança residia no país de origem (residência habitual);
- Endereço onde a criança possivelmente será localizada no exterior (incluindo o máximo de informações disponíveis necessárias à localização);
- Documentos que comprovem efetivo exercício do direito de guarda pelo genitor abandonado;
- Cópia de qualquer decisão judicial ou acordo que dê origem ao direito de guarda;
- Documentos que confirmem a transferência ou retenção ilícita da criança (autorização de viagem apenas para passeio, passagens aéreas de ida e volta para o país de origem, entre outros);

Importante: todos os documentos devem ser traduzidos para o idioma do país para onde a criança foi subtraída. A tradução deve ser realizada por profissional capacitado, mas não é necessária a tradução juramentada. Os custos de tradução deverão ser cobertos pelo requerente (genitor abandonado) que, em caso de dúvidas, deverá entrar em contato com a ACAF.

Após examinar a documentação, e em entendendo que o pedido cumpre os requisitos, a ACAF encaminhará o pedido de restituição da criança à Autoridade Central do país em que esta se encontrar retida ilicitamente. A localização da criança no exterior será realizada pela Interpol.

Assim que a criança for localizada, a Autoridade Central estrangeira buscará solucionar a questão de forma amigável. De modo geral, esta costuma ser a solução menos traumática para as crianças, recorrendo-se à negociação ou mediação entre as partes ao invés da via judicial, sempre litigiosa.

Havendo resistência à restituição amigável da criança, a Autoridade Central estrangeira tomará as medidas administrativas ou judiciais visando ao retorno. Cabe ressaltar que cada país tem sua forma específica de prestar cooperação com base na Convenção da Haia. Por exemplo, alguns países fizeram reserva ao artigo do tratado que prevê a gratuidade da assistência jurídica, o que significa que algumas despesas devem ser cobertas pelo genitor abandonado (taxas, custas e honorários, por exemplo). Nos demais casos, o país que não fez reserva a esse dispositivo, prestará assistência jurídica para que o pedido seja protocolado perante o Poder Judiciário estrangeiro.

O tempo de tramitação dos pedidos varia de país a país. Embora haja instrumentos de pressão sobre outros países membros da Convenção (art. 11, por exemplo), não há como garantir os prazos em que a criança será devolvida. Quanto mais o caso demorar a ser concluído, menores serão as chances de restituição da criança. A ACAF acompanha todo o ciclo da cooperação jurídica. Entretanto, após encerrada a cooperação, por qualquer motivo, a autoridade central deixa de realizar o acompanhamento, passando a responsabilidade para a esfera privada das partes.

- problemas mais frequentes observados na jurisdição:

O problema mais frequente observado no Consulado é de cidadão brasileiro que se separou de cônjuge ou companheiro espanhol e deseja voltar ao Brasil com o(s) filho(s) menor(es) do casal, mas não conta com autorização do outro genitor. Muitas vezes essas situações envolvem também violência de gênero. Nesse caso, alerta-se o brasileiro de que, caso viaje com seu filho sem o conhecimento do outro genitor, poderá ser acusado de subtração internacional de menor. A alternativa seria conseguir a guarda exclusiva da criança, o que é difícil na prática, uma vez que o genitor espanhol costuma ter direito à guarda compartilhada e regime de visitas.

- prevenção da subtração internacional de menores:

Considerando ser cada vez mais comum o casamento entre pessoas de distintas nacionalidades e o aumento da saída de menores da Espanha sem consentimento de um dos genitores, adotaram-se, no país, recentemente, medidas legislativas para evitar a subtração de menores. A nova lei espanhola, Real Decreto 411 de 6/6/2014, exige para expedição de passaporte de menores o expreso consentimento de todos os detentores do poder familiar ou da tutela. Esse consentimento é expreso pessoalmente no local onde se emite o passaporte espanhol, ou mediante autorização feita em cartório (espanhol ou estrangeiro com legalização e tradução) ou em consulado espanhol. Ademais, os responsáveis legais, ao tramitarem o passaporte da criança, devem comprovar a relação de parentesco ou de tutela do menor.

- controle de saída fronteiriça de menores:

Não costuma haver, na Espanha, controle fronteiriço rígido para crianças que deixam o país acompanhadas de apenas um dos genitores. A autorização de viagem do genitor ausente pode ser exigida, embora, na prática, essa exigência não costume ocorrer.

- **Consequências para o genitor subtrator (nesse caso, geralmente estrangeiro)**

Caso o genitor abandonado dê entrada em pedido de cooperação internacional junto à ACAF, conforme indicado acima, o genitor subtrator será réu em ação judicial de restituição da criança ao Brasil. Se o processo junto à Justiça do país onde se refugiou com a criança lhe for desfavorável, será determinada a devolução da criança ao Brasil.

O Brasil não criminaliza a subtração internacional de crianças realizada por quem detém poder parental sobre a criança. Entretanto, se o subtrator for terceiro poderá incorrer nos crimes previstos nos artigos 237 e 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e no artigo 249 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Em geral, as despesas do retorno da criança devem ser cobertas por quem cometeu a subtração. Entretanto, como é de interesse do genitor abandonado, este poderá optar por arcar com as despesas para garantir o pronto retorno da criança ao seu país de residência habitual.

- Possibilidades de apoio governamental (no Brasil e no exterior) ao genitor abandonado no Brasil

Tanto a ACAF quanto a Defensoria Pública da União podem prestar orientações iniciais quanto aos pedidos. Quando se deslocar ao exterior, o genitor abandonado poderá contar ainda com a rede consular brasileira, que prestará informações e apoio no âmbito da sua competência, incluindo esforços para realização de visita consular à criança.

Nesses casos, quando o genitor subtrator (no exterior) for nacional brasileiro, o Governo brasileiro não prevê assistência jurídica. Serão aplicáveis eventuais serviços de assistência jurídica no país para onde o menor tenha sido subtraído. A Defensoria Pública da União e outros órgãos brasileiros não terão atuação nesses casos.

(ii) Subtração de país membro da Convenção para o Brasil

- Procedimentos para o genitor abandonado para pedido de restituição da criança para o exterior (pedido de cooperação passivo para o Governo brasileiro)

O genitor abandonado deverá procurar a autoridade central do país de residência habitual da criança para protocolar o pedido de cooperação jurídica. A documentação necessária é, em princípio, a mesma listada no item “ii” acima, podendo haver, contudo, exigências adicionais em alguns países.

Se o pedido cumprir os requisitos estipulados pela Convenção, a autoridade central estrangeira acionará a ACAF brasileira, que analisará o pedido e, caso julgue procedente, assegurará as medidas administrativas e judiciais para o retorno da criança.

Após o recebimento do pedido de cooperação jurídica internacional pelo Estado brasileiro, estando presentes os requisitos administrativos para admissão do requerimento, a ACAF brasileira buscará solucionar a questão de forma amigável, com o envio de notificação administrativa à pessoa que mantém a criança retida no Brasil.

Havendo impossibilidade de solução amistosa, a ACAF encaminhará o caso à Advocacia-Geral da União para análise e eventual promoção de ação judicial cabível para retorno da criança ao exterior. O Ministério da Justiça não terá atuação no caso.

Ressalte-se que, em casos de subtração internacional de crianças, não é competência da justiça comum brasileira adentrar as discussões sobre o direito de guarda. Essa matéria é de conhecimento exclusivo do Poder Judiciário do lugar de residência habitual da criança. O Poder Judiciário brasileiro só terá competência para decidir com quem deve ficar a criança, na Justiça Estadual, se a Justiça Federal decidir pela não aplicação da Convenção ao caso.

O texto da Convenção da Haia (art. 16) deixa claro que questões relacionadas ao direito de guarda de crianças transferidas ou retidas ilicitamente em outros países

somente podem ser decididas pela Justiça do Estado em cujo território a criança possua residência habitual. O objetivo dessa proibição é impedir que o genitor que transferiu ilicitamente a criança se beneficie da jurisdição que lhe é mais favorável, impondo ao outro genitor as dificuldades que um simples cruzar de fronteiras pode gerar para adequada defesa do poder familiar.

A Justiça Federal brasileira, diante de pedido de cooperação jurídica internacional fundamentado na Convenção da Haia, deverá, primeiramente, verificar se estão presentes os requisitos para aplicação do tratado. Analisará a presença ou não de ilicitude na transferência ou retenção, pela verificação de quem é o detentor do direito de guarda para os fins da Convenção e se a permanência da criança no Brasil foi ou não autorizada. Configurada a transferência e/ou retenção ilícita da criança, bem como a titularidade do direito de guarda para os fins da Convenção ao pai ou à mãe que efetuou pedido no exterior, deverá ser determinado o retorno da criança. Como já colocado anteriormente, ainda que a Convenção seja aplicável, é possível que uma das exceções se justifique, obstando o retorno.

- Consequências para o genitor subtrator (nesse caso, geralmente brasileiro)

Caso perca a ação de retorno, o genitor subtrator será obrigado pela Justiça brasileira (com uso da força, se necessário) a restituir a criança ao país de residência habitual. Não será alvo de processo criminal no Brasil, mas poderá, na hipótese de retornar ao território de onde

subtraiu a criança, ser preso e processado naquele país, caso a legislação local criminalize a subtração. Além disso, o país de residência habitual da criança poderá negar futuros ingressos do subtrator em seu território. Nesses casos, haverá risco de perda total do convívio com a criança, ao menos até que atinja a maioridade.

Diversos países criminalizam a subtração internacional de crianças, mas a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado e as autoridades centrais têm orientado os genitores abandonados a não se valer dessa medida. De qualquer forma, cabe exclusivamente ao Estado estrangeiro definir sobre a persecução e responsabilização dos genitores subtratores e sobre os procedimentos migratórios que lhe serão aplicáveis, procedimentos nos quais o Governo brasileiro não pode interferir. Os genitores deverão informar-se se a subtração internacional de crianças é crime no seu país de residência.

A subtração de menores está tipificada no Código Penal espanhol (artigo 225 Bis) e a pena prevista para este crime é de detenção de dois a quatro anos, além de perda temporária de poder familiar (por quatro a dez anos).

Considera-se como subtração: “1º O traslado do menor de seu local de residência sem consentimento do genitor com quem convive habitualmente ou das pessoas ou instituições às quais estivesse confiada sua guarda. 2º A retenção de um menor descumprindo gravemente o dever (obrigação) estabelecido por resolução judicial ou administrativa”. As penas também se aplicam a

ascendentes do menor e parentes do genitor (até segundo grau) que incorram nas condutas mencionadas.

Quando o menor for levado para fora da Espanha ou se exigir alguma condição para restituí-lo a pena aplicada será de 3 a 4 anos. Isenta-se de pena o progenitor caso em 24 horas após a subtração comunique ao outro responsável onde está a criança ou devolva-a neste prazo; a pena será de seis meses a dois anos caso a restituição do menor for concluída em 15 dias a contar da subtração.

Caso o acusado encontre-se na Espanha, se designa advogado de ofício ou particular para sua defesa.

- autoridade central local e demais órgãos com poder decisório e respectivas atribuições:

Ministério da Justiça – Subdireção-Geral de Cooperação Jurídica Internacional: é a Autoridade Central Espanhola responsável pela tramitação de todos os casos de subtração internacional de menores de ou para países signatários da Convenção de Haia. Nos casos de países não signatários, a tramitação se dará pelo mesmo órgão, mas com apoio diplomático do Ministério dos Assuntos Exteriores e Cooperação (MAEC).

Ministério dos Assuntos Exteriores e Cooperação (MAEC): presta apoio diplomático nos casos de subtração de menores de ou para países não signatários da Convenção de Haia. Nos casos de países signatários, o MAEC apenas presta assistência, informando a

Embaixada ou Consulado da Espanha naquele país sobre a situação.

Delegacias de Polícia e Juizados: órgãos que recebem denúncias de subtração de menores.

Perguntas Frequentes

**** O pai do meu filho não paga pensão alimentícia e não visita a criança há muito tempo. Posso decidir unilateralmente mudar o local de residência da criança?** Recomenda-se solicitar autorização a juiz competente do local de residência habitual.

**** Se eu for para o Brasil com meus filhos sem a autorização, a polícia irá atrás de mim?** Em geral não, uma vez que a subtração não é crime no Brasil. Entretanto, se a localização da criança for desconhecida, a Autoridade Central brasileira poderá solicitar o apoio da Polícia Federal (que exerce a função de Interpol no Brasil) para realizar diligências para localização da criança.

- Possibilidades de apoio governamental (no Brasil e no exterior) ao genitor brasileiro (no caso, genitor subtrator)

No Brasil a pessoa que está com a criança e seja réu em pedido de retorno poderá solicitar apoio da Defensoria Pública da União (DPU) ou contratar advogado particular. A DPU tem prestado assistência jurídica **gratuita** de excelência. Para obter auxílio da DPU a pessoa deve buscar uma unidade na cidade em que se encontrar ou pelo site da Defensoria (www.dpu.gov.br). Além disso, nos casos envolvendo violência doméstica contra a mulher, a genitora subtratora poderá ainda contar com apoio da

Secretaria Especial de Políticas para Mulheres (vide seção 3).

(iii) Subtração de um terceiro país para outro país no exterior (ambos membros da Convenção)

O genitor abandonado terá de dar entrada no processo junto à Autoridade Central do país de residência habitual da criança. Caberá a esse órgão acionar seu congênere no país para onde a criança foi subtraída. As autoridades brasileiras não terão papel direto a desempenhar no pedido de restituição. Os postos consulares estarão, contudo, disponíveis para prestar a orientação e o apoio possíveis.

2.3 Subtração envolvendo um país não-membro da Convenção da Haia (de um país membro para um não membro ou vice versa ou entre dois países não-membros)

A Convenção não se aplica, naturalmente, em nenhum desses casos. Dessa forma, as Autoridades Centrais (no caso brasileiro, a ACAF) não terão atuação. Tampouco se aplicarão os conceitos da Convenção da Haia, tais como o critério de país de residência habitual da criança.

- Perspectivas de restituição da criança ao genitor abandonado

Se a subtração tiver ocorrido a partir do Brasil, o genitor abandonado poderá procurar o Judiciário brasileiro ou do país para onde a criança foi levada. Se optar por iniciar o caso recorrendo ao Judiciário brasileiro, e na eventualidade de receber ganho de causa, as autoridades brasileiras competentes (a serem indicadas pelo Juiz) enviarão carta rogatória para o juiz estrangeiro

responsável solicitando o reconhecimento da sentença brasileira. Para ingresso dessa ação, o genitor abandonado poderá contar com a assistência jurídica da Defensoria Pública da União. Será incerto e possivelmente demorado, contudo, o cumprimento da sentença pelo Juiz estrangeiro, podendo o caso arrastar-se durante anos, no meio tempo chegando a criança à maioridade.

Se o genitor optar por dirigir-se diretamente ao Judiciário do país para onde a criança foi levada, o Juiz responsável daquele país avaliará o caso de acordo com as leis locais. O prazo da ação será provavelmente o prazo padrão da tramitação de casos pelo Judiciário daquele país. Nesse caso, as autoridades brasileiras não terão papel a desempenhar (à exceção do apoio e orientações consulares possíveis).

Se a subtração tiver ocorrido a partir de país não-membro para o Brasil, o genitor abandonado poderá procurar o Judiciário brasileiro por meio de advogado particular ou solicitar auxílio da Defensoria Pública da União. O juiz brasileiro avaliará o caso de acordo com leis brasileiras. O prazo da ação será provavelmente o prazo padrão da tramitação de casos pelo Judiciário brasileiro. O genitor abandonado poderá buscar o Judiciário local e se valer dos mecanismos de cooperação internacional.

- Consequências para o genitor subtrator

O genitor subtrator estará sujeito à Justiça local do país para onde subtraiu a criança. Na eventualidade de o juiz local dar ganho de causa ao genitor abandonado ou reconhecer diretamente a sentença judicial brasileira favorável, o subtrator terá de restituir a criança e perderá a guarda.

2.4 Direito de Visitas à luz da Convenção

A Convenção, já em seu preâmbulo, também assegura a proteção ao direito de visita, consignando em seu artigo 1º o objetivo de fazê-lo respeitar de maneira efetiva. Esse direito é autônomo e independe de prévia subtração internacional. Ele está regulamentado no artigo 21 da Convenção e pode ser objeto de pedido de cooperação jurídica internacional.

O artigo 5º, alínea “b”, conceitua o instituto, aduzindo que o direito de visita compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Nesse contexto, se insere a possibilidade da criança ser autorizada a visitar o país do genitor que não detenha a sua guarda física, sendo esta, não raro, a única forma de manter os vínculos afetivos e sociais com todos os membros da família que ficou naquele país.

Não se pode perder de vista que o direito de visita é principalmente da criança. É ela que tem o direito de conviver com ambos os genitores, este é o seu verdadeiro interesse superior. O procedimento para assegurar o direito de acesso à criança é disciplinado no artigo 21, donde se extrai que o pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança. Saliente-se que cabe às Autoridades Centrais a promoção do exercício pacífico do direito de visita, removendo, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.

Vale destacar que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) estipula, em seu artigo 9(3), que os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. Depreende-se, pois, que a Convenção da Haia de 1980 e a Convenção das Nações Unidas de 1989 asseguram indubitavelmente a qualquer dos genitores o direito de visitas, sendo um compromisso assumido pelo Estado brasileiro, ao ratificar referidos tratados, o de assegurar o contato regular de qualquer criança com ambos os genitores.

Perguntas frequentes

**** Quero levar meu filho, que reside no exterior, para conhecer a família no Brasil, mas o outro genitor se opõe. Como devo proceder?** Sugere-se que você compareça a um posto consular brasileiro ou a um notário, para assinar declaração de que a residência habitual da criança é o país onde ele mora. Ao apresentar depois essa declaração ao genitor – ou ao juiz -, haverá maiores possibilidades de que, com essa garantia, ele dê a autorização.

**** Vivo no Brasil e meu filho, no exterior. O outro genitor não me permite exercer meu direito de visita. O que é possível fazer?** Deve-se ingressar com pedido de cooperação jurídica junto ao país de residência, com base no artigo 21 da Convenção da Haia. Esse procedimento independe de ter ocorrido subtração prévia do menor.

Seção 3 - Violência de gênero

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), ratificada no Brasil em 1995, define a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada:

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e

c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

A violência é um fenômeno complexo, controverso e de difícil mensuração, tendo em vista que o reconhecimento de sua ocorrência envolve análises de valores e práticas culturais, como também em seus componentes causais sócio-históricos, econômicos e subjetivos.

Entre os diversos tipos de violência, deve-se destacar a violência doméstica e familiar fazendo alusão à violência ocorrida não somente no âmbito doméstico, mas também de acordo com as relações entre agressor(a) e vítima, podendo ser referente ao parentesco ou à relação de afeto. Desse modo, a OMS reforça que a violência doméstica praticada por parceiro íntimo ou ex-parceiro configura-se como tipo mais comum e universal de formas de violência sofridas por mulheres.

É importante notar que a violência doméstica e familiar contra a mulher envolve uma série de atos que muitas vezes se repetem e costumam se agravar, em frequência e intensidade, ao longo do tempo e envolvem formas de coerção, cerceamento, humilhação, desqualificação, ameaças e agressões físicas e sexuais variadas. Além do medo permanente, esse tipo de violência pode resultar em danos físicos e psicológicos duradouros.

São vários os obstáculos enfrentados pela mulher em situação de violência. Uma delas é a negação social, que ocorre quando elas se defrontam com pessoas despreparadas e desinformadas sobre o problema que elas estão vivendo, especialmente a rede de profissionais que deveria apoiá-la, como médicos, psicólogos, policiais, advogados, servidores públicos que, por vezes, tratam-nas com indiferença, desconfiança ou desprezo, contribuindo para aumentar a violência. Quando isso acontece, as vítimas perdem a esperança de encontrar apoio externo.

Um fator agravante é a distância de seu país de origem e a falta de conhecimento dos serviços disponíveis no país de destino. Por isso, é importante que os postos consulares tenham muita sensibilidade ao receber uma mulher nesta situação e saiba orientá-la sobre as medidas necessárias e os riscos envolvidos em deixar o país.

Perguntas frequentes

**** O que a mulher brasileira deve fazer se sofrer violência doméstica por parte de seu companheiro/marido estrangeiro?** A mulher deve buscar todas as possibilidades de apoio das áreas de assistência social, de assistência psicológica disponíveis na cidade onde reside e buscar informações para viabilizar o registro de ocorrência policial na junto à autoridade policial, e com isso obter ajuda/orientação nos órgãos de assistência à mulher, assistência social ou serviços de saúde existentes na localidade.

Os casos de separação necessitarão ser decididos na justiça local que será a jurisdição competente para o ingresso do processo de divórcio e para a definição da guarda do(s) filho(s).

Caso queira voltar para o Brasil com a criança, independente da situação de violência, faz-se necessária a obtenção da guarda judicial, bem como da autorização do(s) pai(s) da criança para sair do País onde reside. Nestes casos, bem como nos casos em que não haja condições de arcar com custas processuais, o Consulado

brasileiro pode ser procurado a fim de dar suporte e informações e orientar sobre os procedimentos para se recorrer à Justiça brasileira por meio da Defensoria Pública da União (www.dpu.gov.br / tel 55 61 3319 4380), de advogado ou de procurador.

Caso todas essas instituições tenham sido procuradas e não tenha conseguido a guarda e/ou a autorização para voltar para o Brasil com a criança, deve-se alertar que a viagem ao Brasil com a criança poderá incidir em problemas judiciais referentes às legislações em cada País, e, especialmente, a Convenção de Haia.

**** O que a mulher brasileira que foi vítima de violência doméstica no exterior e voltou para o Brasil com a(s) criança(s) sem a autorização do marido/companheiro deve fazer?** Tendo em vista que o Brasil assinou a Convenção de Haia, nos casos de viagem de criança sem autorização de ambos os genitores pode acarretar em denúncia à Autoridade Central do país onde residia a criança. Isso significa dizer que, o pai poderá denunciar à Autoridade Central o sequestro internacional, deste modo a Autoridade Central no Brasil será comunicada e irá acionar a Interpol para encontrá-la juntamente com a(s) criança(s).

Assim, é necessário que a mulher tenha provas contundentes de que sofreu violência no exterior por parte

de seu marido/companheiro. As provas podem ser: registro de ocorrência policial, decisões judiciais de medidas protetivas, atendimento em serviços ou casas-abrigo, acompanhamento psicossocial, testemunhas-chave, fotos, documentos, gravações, etc.

Se a mulher tiver condições de fazer esta comprovação, pode ser acompanhada por advogado particular ou pela Defensoria Pública da União para tentar evitar que a(s) criança(s) seja(m) devolvida(s) ao pai. Além disso, a mulher pode entrar em contato com a Secretaria de Políticas para as Mulheres, por meio de sua ouvidoria.



Seção 4 – Endereços úteis

Autoridade Central Administrativa Federal

Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos
Direitos Humanos

www.direitoshumanos.gov.br

E-mail autoridadecentral@sdh.gov.br

Tel (+55 61) 2027-3755

Secretaria de Políticas para as Mulheres

Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos
Direitos Humanos

www.spm.gov.br

E-mail ouvidoria@spm.gov.br

Tel (+55 61) 3313-7100/01

Defensoria Pública da União

www.dpu.gov.br

E-mail sic.haia@dpu.gov.br

Tel (+55 61) 3319-4380

Divisão de Assistência Consular

Ministério das Relações Exteriores

www.portalconsular.mre.gov.br

E-mail dac@itamaraty.gov.br

Tel (+55 61) 2030 8817/18.