

RECURSO ESPECIAL Nº 1.393.755 - SP (2013/0225046-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRENTE : **E A R**
ADVOGADO : **ULISSES BORGES DE RESENDE E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **UNIÃO**
INTERES. : **J J M**
ADVOGADO : **ALCIONE MIRANDA FELICIANO E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. INTERNACIONAL. RECURSOS ESPECIAIS. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I, DO CPC. CONTRADIÇÃO INTERNA. CONFIGURAÇÃO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. PRECEDENTES DO STJ. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL DE EAR; PREJUDICIALIDADE DOS DEMAIS TÓPICOS DO RECURSO E DO RECURSO ESPECIAL DO MPF.

DECISÃO

Trata-se de recursos especiais interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e por EAR, ambos com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR. REQUISITOS. RETENÇÃO ILEGAL DE MENOR NO BRASIL. FORO COMPETENTE PARA A DISCUSSÃO DA GUARDA. LOCAL DE RESIDÊNCIA E NACIONALIDADE DA MENOR.

1. A Lei n' 1.060/50, em seu art. 4º, instituiu o benefício da Assistência Judiciária gratuita, mediante simples afirmação do exequente no sentido de não possuir recursos para arcar com as despesas processuais.
2. Retenção ilícita de menor no Brasil, por parte da mãe, que possuía a guarda compartilhada com o pai. Devida a restituição da menor, nos termos da Convenção de Haia, incorporada à ordem jurídica brasileira por meio do Decreto nº 3.413/2000.
3. Da detida análise dos autos, pode-se verificar que a menor foi retirada de seu país de origem sem que seu pai tivesse ciência de tal mudança, configurando-se, assim, a transferência ilícita.
4. Não há a menor evidência de que a criança sofre, ou corre o risco de sofrer, mal físico ou psíquico, quando do retorno à Alemanha. Do depoimento da recorrente extrai-se, claramente, o estado de animosidade comum às ações deste porte. A depoente procurou imputar uma série de fatos pejorativos ao seu ex-marido. Referido depoimento não encontra escoramento no conjunto fático-probatório trazido aos autos.
5. Nos termos do art. 16 da Convenção de Haia, o foro competente para decidir as questões de guarda da criança é o local de sua residência habitual.

Superior Tribunal de Justiça

6. Apelações e agravo regimental improvidos.

Houve a oposição de embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo Tribunal de origem, com a seguinte ementa (fl. 1.937):

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. EFEITO INFRINGENTE. REEXAME DO MÉRITO. INADMISSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão embargado, obscuridade, contradição, quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal ou, por construção jurisprudencial, erro material.
2. Os embargos declaratórios não são o remédio processual adequado ao reexame de mérito do julgado, que somente pode ser perseguido por meio de recursos próprios previstos na legislação em vigor.
3. Não é obrigatório o pronunciamento do magistrado sobre todos os tópicos alegados pelas partes, razão pela qual não se pode falar em contradição quando a decisão se encontra devida e suficientemente fundamentada, solucionando a controvérsia entre as partes.
4. Embargos de declaração improvidos."

A recorrente E. A. R. alega, além de divergência jurisprudencial, que o aresto recorrido negou vigência aos arts. 330, 332, 420, 535 do Código de Processo Civil, 12 e 13 da Convenção de Haia. Defende que apesar da oposição de embargos de declaração, houve negativa de prestação jurisdicional em razão de omissões de tópicos relevantes e contradições entre as proposições do julgado; b) cerceamento de defesa em razão da necessidade de produção probatória essencial ao deslinde controvérsia, especificamente a oitiva das testemunhas arroladas e a realização de laudo psicossocial; c) nulidade do processo em razão da negativa de tradução dos documentos juntados e desrespeito à concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita; d) necessidade de proteção aos interesses da menor de integração ao novo meio e em razão das situações de violência doméstica e familiar existentes no caso concreto. Requer o provimento do recurso para anular ou reformar o aresto recorrido.

O Ministério Público Federal sustenta, além de dissídio jurisprudencial, que o julgado recorrido violou os arts. 1º, III, 4º, II, 5º, LIV, LV e LXXIV, §§ 1º, 2º e 3º, 226 e 227 da Constituição Federal, 13, b, da Convenção de Haia, promulgada pelo Decreto 3.413/2000; 9º e 19º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24.9.1990 e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21.11.1990, 4º da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, promulgada pelo Decreto 1973/1996, 3º e 7º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, promulgada pelo Decreto 6.949 de 25/08/2009; 15, 17, 18, 70 e 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e 22, IV, V, § 1º, § 2º, § 3º, § 4º, 23, I, II, III e IV da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Requer o provimento do recurso a fim de que "*os autos retornem à primeira instância para a produção das provas indispensáveis ao deslinde do caso, em especial a prova documental com tradução juramentada e perícia psicossocial, ou para julgar improcedente a demanda, em face das violações aos dispositivos constitucionais, bem como dos tratados internacionais acima citados, determinando-se o imediato retorno ao Brasil da criança, tendo em vista o interesse maior da criança*" (fl. 2.170).

A União apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 2.193/2.207).

Superior Tribunal de Justiça

Nesta Corte Superior, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento dos recursos especiais para anular o julgado, a fim de que os "*autos retornem à origem para a produção de provas indispensáveis ao deslinde do caso, em especial a prova documental com tradução juramentada e a perícia psicossocial, determinando-se o imediato retorno ao Brasil da criança, tendo em vista o interesse maior da infante*" (fls. 2.259/2.266).

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em razão do tema e da respectiva competência interna desta Corte Superior, determinou a redistribuição do recurso a um dos Ministros integrantes da Primeira Seção (fls. 2.268/2.271).

A União apresentou petição e documentos relacionados à atual situação da menor na Alemanha (fls. 2.277/2.285).

Este Relator determinou a intimação da parte contrária (fl. 2.287), a qual se manifestou e requereu o julgamento em caráter de urgência (fls. 2.293/2.400).

É o relatório.

A pretensão recursal merece parcial acolhimento.

O caso concreto está relacionado a busca e apreensão de menor, portadora de Síndrome de Down, e o direito em permanecer em território nacional na companhia da mãe ou o retorno à Alemanha com o genitor, bem como o cumprimento de aspectos civis da Convenção de Haia nos casos de sequestro internacional de crianças.

A recorrente E.A.R., após o julgamento do recurso de apelação, opôs embargos de declaração nos quais alegou, nos termos do relatório do acórdão que analisou o recurso integrativo, os seguintes vícios previstos no art. 535 do Código de Processo Civil (fl. 1.928):

"Os embargantes sustentam a ocorrência de contradição e omissão no acórdão embargado, porquanto teria deixado de se pronunciar a respeito da alegação de violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal e nulidade do processo por cerceamento de defesa, ambos argumentos referentes ao indeferimento da produção de prova ("oitiva de testemunhas chaves e a perícia psicossocial"); aduz contradição e cerceamento de defesa no v. acórdão ao negar a tradução dos documentos juntados; contradição do voto em relação ao conjunto probatório; omissão quanto aos Tratados Internacionais, às normas Constitucionais e Legais, no tocante ao melhor interesse da criança. Requer o conhecimento do recurso para efeito de prequestionamento da matéria."

Inicialmente, é necessário consignar que é pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos expostos pelas partes, desde que adote fundamentação suficiente para o efetivo julgamento da lide. Nesse sentido: REsp 767.250/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 10.6.2009; REsp 977.216/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 24.11.2008.

Especificamente em relação as omissões apontadas, é possível afirmar que o Tribunal de origem analisou, ainda que em sentido contrário a pretensão da recorrente, a alegação de cerceamento de defesa em razão do indeferimento de produção probatória, integração da menor ao novo meio e dispositivos legais, constitucionais e tratados internacionais, o que afasta a presença dos referidos vícios.

Entretanto, no caso concreto, houve contradição no acórdão recorrido ao estabelecer premissas incompatíveis, as quais não foram sanadas apesar de apontadas nos embargos de declaração. Nesse contexto, é importante ressaltar que a contradição que

Superior Tribunal de Justiça

autoriza os embargos de declaração é aquela interna ao acórdão, caracterizada por proposições inconciliáveis entre si, que dificultam ou impedem a sua compreensão.

Especificamente sobre o defeito da contradição, ensejador da oposição de embargos de declaração, a lição de José Carlos Barbosa Moreira (**Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 556/557):

"Verifica-se este defeito quando no acórdão se incluem proposições entre si inconciliáveis. Pode haver contradição entre proposições contidas na motivação (exemplo: a mesma prova ora é dita convincente, ora inconvincente), ou entre proposições da parte decisória, isto é, incompatibilidade entre capítulos do acórdão: v.g., anula-se a sentença definitiva apelada e, em seguida, julga-se o mérito da causa, quando logicamente se deveria determinar a restituição ao órgão inferior, para sentenciar de novo; ou declara-se inexistente a relação jurídica prejudicial (deduzida em reconvenção ou em ação declaratória incidental), mas condena-se o réu a cumprir obrigação que dela necessariamente dependia; e assim por diante. Também pode ocorrer contradição entre alguma proposição enunciada nas razões de decidir e o dispositivo: por exemplo, se na motivação se reconhece como fundada alguma defesa bastante para tolher a pretensão do autor, e no entanto se julga procedente o pedido."

O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, consignou (fls. 1.742/1.743 e 1.746/1.751, respectivamente):

"No que tange ao alegado cerceamento de defesa suscitado pela apelante, em virtude do indeferimento da produção de provas, consistente na tradução de documentos trazidos aos autos no idioma alemão, tal assertiva não merece prosperar.

Isso porque, não restou demonstrado o nexó entre a ausência do ato e o efetivo prejuízo suportado pela parte. No processo civil pátrio, vigora o princípio processual do pas de nullité sans grief, não há nulidade sem prejuízo.

Para que seja declarada a nulidade do ato processual, necessário que a parte demonstre satisfatoriamente o prejuízo alegado e o nexó entre o ato aferível e o respectivo dano suportado pela parte.

Ainda, em que pesem aos argumentos espostos, constitui entendimento consolidado que a aplicação do direito com fundamentos diversos das razões postas no pedido não implica julgamento "extra petita".

Com efeito, oportuno salientar que o julgador não está vinculado aos fundamentos apresentados pela parte. Cabe-lhe aplicar o direito com a moldura jurídica adequada, com fundamento nos princípios "Mihi factum dabo tibi ius" e "jura novit cúria".

(...)

Portanto, não há que invocar-se suposto cerceamento de defesa hipoteticamente suportado pela recorrente, uma vez que o Juízo não está adstrito às provas requeridas pelas partes, ao revés, cuida-se de ofício do magistrado proceder ao correto enquadramento jurídico do caso posto em deslinde." (**sem destaques no original**)

"Cumpre registrar, neste momento, que as únicas hipóteses que autorizam a autoridade judicial a não ordenar o retorno da criança, de acordo com a Convenção de Haia, estão previstas em seu art. 13, in verbis:

Superior Tribunal de Justiça

(...)

Na presente hipótese, consoante tudo o que já foi expandido, verifica-se que não se aplica a alínea 'a' do art. 13, uma vez que a guarda da menor era compartilhada entre seus genitores, bem como não ter sido concedida autorização para a mudança de residência.

Resta, pois, perquirir a aplicação da alínea 'b', a qual impede o retorno da menor caso exista "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 outra exceção diz respeito à suposta existência de risco grave para a criança, em virtude de seu retorno ao país de origem, de ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica.

Não há a menor evidência de que a criança sofre, ou corre o risco de sofrer, mal físico ou psíquico, quando do retorno à Alemanha. Do depoimento da recorrente extrai-se, claramente, o estado de animosidade comum às ações deste porte. A depoente procurou imputar uma série de fatos pejorativos ao seu ex-marido. Referido depoimento não encontra escoramento no conjunto fático-probatório trazido aos autos. Segundo a recorrente, embora o pai tenha empurrado a apelante, jogando-lhe contra a parede e desferindo-lhe vários socos contra o estômago, em nenhum momento procedeu a uma dessas práticas na presença da menor.

Registre-se que inexistem nos autos qualquer outro registro formal que relate violência doméstica por parte do pai da menor.

In casu, é necessária a realização de perícia psicossocial que ateste, minimamente, a eventual ocorrência ou ameaça de lesão à integridade física ou psíquica da menor.

No caso dos autos, por duas vezes, em datas recentes, nos dias 16 e 18 de janeiro de 2012, na fl. 915, a psicóloga logrou observar o comportamento do pai perante a menor, objeto da presente cautelar, atestando não haver constatado perigo para a mesma.

(...)

Ademais, no relatório psicossocial produzido nos presentes autos (fls. 915/916), restou constatado, nas visitas monitoradas, contato afetivo da menor, quer com a apelante, quer com o apelado, não havendo qualquer intercorrência sugestiva de que a menor estivesse com sua integridade física em risco, quando sob os cuidados do pai.

O relatório juntado pela perita juramentada, na fl. 916, declara o seguinte:

As visitas ocorreram em uma das salas nas dependências da Justiça Federal da comarca de Jundiaí, e foram realizadas nos dias 16/01/2012 e 18/01/2012 no período das 14:00 as 17:00, não havendo nenhuma intercorrência.

Durante esse período de visita, mãe e filha se relacionaram muito bem; brincaram de jogos, a mãe leu histórias em quadrinhos a ela, desenharam, jogaram vôlei com bolinha de papel. O contato afetivo também foi bom, se abraçavam e se beijavam.

As observações feitas entre pai e filha, antes e depois das visitas também eram positivas, conversavam e também abraçavam e se beijavam, a menor demonstra ter um contato afetivo com ambos.

Tais fatos referem-se às visitas assistidas, realizadas pela recorrente e autorizadas judicialmente.

Com efeito, dos fatos narrados pela perita, não se depreende qualquer sinal de que a menor sofra qualquer risco à sua integridade física, quando na presença do pai.

Não há prova ou quaisquer elementos que comprovem o quanto

Superior Tribunal de Justiça

alegado pela recorrente, de que a menor teria sofrido ou estaria sob ameaça de sofrer qualquer tipo de ameaça à sua integridade física ou psíquica.

Em síntese, as afirmações, suscitadas pela parte e não corroboradas por elementos trazidos aos autos, não tem o condão de configurar a exceção prevista no art. 13, alínea b da Convenção de Haia, posto que tal exceção deve ser aplicada de maneira estritamente criteriosa.

De qualquer forma, a definição sobre a guarda da menor não pode ser resolvida por meio deste processo, uma vez que a competência do Juízo Federal cinge-se à declaração da aplicação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, da qual o Brasil é signatário. In casu, o foro competente para julgamento das questões familiares envolvendo a menor, ora em litígio, é o da comarca de Starnberg, na Alemanha.

(...)

Em sendo assim, diante de todo o exposto, encontram-se presentes os requisitos para que se determine o retorno da menor ao país de origem. Resta apenas mencionar, ainda, que eventuais impactos negativos que possam advir do retorno da menor ao seu país e sua nova adaptação ao mesmo, que tais conseqüências, que já são normalmente decorrentes de processos de mudança, não ensejam a aplicação da exceção prevista no mencionado art. 13 da Convenção de Haia.

O que não se pode admitir, à toda evidência, é que o fato de a criança ter se adaptado à vida no Brasil legitime seu ingresso no país e perpetue a ilegalidade de sua transferência." **(sem destaques no original)**

A hipótese dos autos, essencialmente, é caracterizada pela excessiva litigiosidade entre as partes envolvidas, o que exige do julgador o zelo na condução e na efetiva oportunidade de produção probatória com o objetivo de proporcionar a decisão judicial adequada ao interesse da menor e aos ditames legais relacionados.

A recorrente defende a configuração de cerceamento de defesa em razão do indeferimento de provas, especificamente a tradução de documentos trazidos aos autos no idioma alemão, as quais poderiam comprovar **as supostas** acusações de ameaças físicas e psíquicas praticadas pelo genitor da menor, o que poderia, **em tese**, autorizar o Estado requerido a não obrigatoriedade de ordenar o retorno da criança à Alemanha, nos termos da expressa exceção contida no art. 13, b, da Convenção de Haia.

A análise do acórdão recorrido permite afirmar que a Corte de origem afastou a alegação de cerceamento de defesa por entender que "*não restou demonstrado o nexo entre a ausência do ato e o efetivo prejuízo suportado pela parte*", todavia, ao analisar a comprovação das alegações de risco da menor sofrer mal físico ou psíquico ao retornar ao país natal do genitor, expressamente não reconheceu tais alegações em razão da ausência de provas, o que configura efetiva contradição no julgado.

Houve, portanto, violação do art. 535, I, do Código de Processo Civil, o que impõe o reconhecimento de nulidade do acórdão, bem com a determinação de novo julgamento dos embargos de declaração para que sejam sanados os referidos defeitos.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

"RECURSO ESPECIAL DE SÓ FRANGO PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535, I, DO CPC. CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REJULGAMENTO DOS SEGUNDOS ACLARATÓRIOS. ALEGAÇÕES DE MÉRITO PREJUDICADAS.

1. Embora tenha reconhecido que o Convênio é meramente autorizativo, cabendo a

Superior Tribunal de Justiça

sua regulamentação ao Distrito Federal, e que as Leis Distritais 2.859/01 e 2.860/01 autorizaram a remissão entre 1º de janeiro e 30 de setembro de 2001, o acórdão recorrido concluiu que o benefício somente poderia ser utilizado entre 3 de maio e 30 de setembro de 2001, em aberta contradição entre as premissas e a conclusão adotada.

2. Confirmada a violação do art. 535, I, do CPC, devem os autos retornar à origem para rejuízo dos segundos aclaratórios.

3. Alegações de mérito prejudicadas.

4. Recurso especial provido."

(REsp 1.125.026/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 14.6.2012)

"PROCESSO CIVIL - ACÓRDÃO - CONTRADIÇÃO ENTRE FUNDAMENTAÇÃO E CONCLUSÃO - EXISTÊNCIA.

1. Apontada a existência de contradição interna entre a fundamentação e a conclusão do julgado, ofende o art. 535 do CPC o acórdão que se nega a saná-la.

2. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à origem."

(REsp 1.089.824/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 15.12.2008)

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial de EAR, a fim de determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para novo julgamento dos embargos de declaração, prejudicada as demais questões suscitadas no referido recurso, bem como prejudicada a análise do recurso especial do Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2014.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator