

MED. CAUT. EM MANDADO DE SEGURANÇA 28.524 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO
IMPTE. (S) : UNIÃO
PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
IMPDO. (A/S) : RELATOR DO HC N° 101.985 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança (fls. 2-26), com pedido de liminar, impetrado pela União contra o ato do relator do HC n.º 101.985/RJ, Ministro Marco Aurélio, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), que liminarmente determinou a "suspensão da eficácia do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0, do qual resulta a ordem peremptória de entrega do paciente ao Consulado americano na cidade do Rio de Janeiro em 48 horas" (fl. 37).

Preliminarmente, a União sustenta o cabimento do presente writ (fls. 3-4), por entender não existir recurso cabível ou possibilidade de correição do ato impugnado, nos termos da Lei n.º 12.016/2009 (art. 5º, II), do Regimento Interno do STF (art. 201, II), do Enunciado da Súmula 267 e da jurisprudência desta Corte (HC n.º 94993 MC-AgR/RR, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 12.02.2009).

A impetrante destaca que, na decisão ora impugnada, proferida em sede de *habeas corpus*, deferiu-se medida liminar para impedir a entrega do paciente ao Consulado americano na cidade do Rio de Janeiro, até julgamento final daquele processo. Dessa forma, houve a suspensão do acórdão de apelação prolatado pelo TRF da 2ª Região, nos autos da Ação Ordinária de Busca, Apreensão e Restituição n.º 2009.51.01.018422-0, ajuizada pela União em desfavor do padrasto do referido paciente.

Para demonstrar a plausibilidade do direito líquido e certo invocado, na exordial alega "*a teratologia da decisão liminar ora atacada*" (fl. 13), sustentando que o HC impugnado e a respectiva liminar deferida revelam-se manifestamente incabíveis, "*posto que não se vislumbra ilegalidade ou abuso de poder que justifique sua*

impetração, conforme já decidiu essa Excelsa Corte" (fl. 17) no HC n.º 99.945/RJ (DJ 05.08.2009), que tratou anteriormente do caso em questão.

A impetrante assevera que a manutenção da decisão impugnada poderá implicar o descumprimento da Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia de 1980) pelo Estado brasileiro e a imposição de sanções no âmbito internacional (fls. 13-23).

Alega, ainda, que as instâncias ordinárias, por meio de sentença e acórdão em sede de apelação, determinaram, após ampla cognição de fato e de direito de todos os elementos do caso, a restituição do paciente ao seu pai biológico e a impossibilidade de o referido *habeas corpus* (acolhido liminarmente) ser manejado como sucedâneo recursal.

Afirma que as premissas adotadas na fundamentação da decisão impugnada destoariam dos elementos de fato e de direito fixados no acórdão suspenso, por não incidir nenhuma das exceções previstas pela Convenção de Haia de 1980 para se deixar de repatriar o paciente aos Estados Unidos (fls. 18-23), inclusive quanto à questão de ter sido o paciente ouvido durante os trabalhos periciais (fls. 19-20).

No tocante ao *periculum in mora*, a impetrante aponta que o eventual descumprimento da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças pelo Brasil poderá prejudicar diversos outros cidadãos brasileiros, na medida em que os demais países poderão negar cumprimento aos pedidos brasileiros de assistência jurídica internacional no âmbito do referido Tratado, por violação ao princípio da reciprocidade (fls. 23-25).

Ainda quanto a esse aspecto, a União relata já existir petição em desfavor do Brasil, apresentada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em face da "*demora do Poder Judiciário brasileiro em entregar definitivamente prestação jurisdicional em caso de subtração ilícita de menores*" (fl. 25), por descumprimento da Convenção de Haia.

Por fim, aponta o potencial efeito negativo e multiplicador da decisão impugnada nas demais situações em que se invoca a correta aplicação da referida Convenção de Haia (fl. 26), pleiteando o seguinte:

"Ante o exposto, a União requer a **concessão de liminar**, em caráter de urgência, a fim de que sejam suspensos os efeitos da decisão proferida nos autos do HC n.º 101.985/RJ - e restabelecida a eficácia do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0, do qual resulta a ordem de retorno do menor S.R.G. ao convívio de seu pai biológico, mediante apresentação do primeiro ao Consulado americano na cidade do Rio de Janeiro, no prazo de 48 horas." (fl. 26)

Passo a decidir.

Preliminarmente, cabe perquirir o próprio cabimento do presente mandado de segurança.

A orientação deste Supremo Tribunal Federal é no sentido do não cabimento do mandado de segurança contra ato jurisdicional da Corte. Nesse sentido o julgado nos seguintes precedentes: MS 25.413-AgRg, de minha relatoria, Pleno, DJ 14.6.2007; MS 22.515-AgRg, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 4.4.1997; MS 22.626-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.96; MS 21.734-AgRg, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 15.10.93.

No entanto, em hipóteses excepcionais, esta Corte já admitiu a impetração de mandado de segurança contra atos jurisdicionais irrecorríveis e exarados monocraticamente por Ministros do STF.

Refiro-me ao MS 24.159-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ 31.10.2003. Na ocasião, o Plenário deferiu a liminar em mandado de segurança para reformar a decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Marco Aurélio, que, reconsiderando a decisão do Presidente que o antecedeu (Min. Carlos Velloso), negava a Suspensão de Segurança n.º 1962/RJ.

Tendo em vista que a decisão que nega a suspensão não era passível de recurso e que havia grande risco de grave lesão à impetrante, o Plenário entendeu por bem admitir o mandado de segurança contra ato de Ministro do

Supremo Tribunal Federal. A ementa desse acórdão assim dispõe:

"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICIONAL. EXCEPCIONALIDADE. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA DENEGADA. EVIDÊNCIAS DE RISCO DE LESÃO À ECONOMIA E À SAÚDE PÚBLICAS. PIS E COFINS. LEI N.º 9.718/98 E MP 1.991/00.

1. Hipótese excepcional em que se conhece de mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional da Presidência que, revogando despacho concessivo anterior, recusou a suspensão de segurança pleiteada.
2. Indícios claros de litigância de má fé, ante a semeadura de pedidos semelhantes em diversas Varas Federais e obtenção de resultado favorável em juízo aparentemente incompetente. Sentença que garantiu à empresa distribuidora de combustíveis salvo conduto contra a atuação das autoridades fazendárias, em todo o território nacional.
3. Ausência de plausibilidade jurídica da pretensão acolhida pela sentença. Suspensividade do recurso cabível recusada pela 2^a instância. Suspensão de segurança denegada pela Presidência do Tribunal Regional Federal.
4. Evidências de risco de lesão aos cofres da Seguridade Social, dadas as características de fragilidade patrimonial e societária da empresa beneficiada com a liberação (ao menos parcial) de recolhimento das contribuições.
5. Liminar deferida."

Hipótese semelhante ocorreu no MS n.º 25.024, impetrado contra a decisão monocrática proferida na ADI n.º 3.273, rel. Ministro Carlos Britto. O Ministro Nelson Jobim, então Presidente, concedeu a liminar requerida no mandado de segurança para suspender a decisão lançada na referida ADI, tendo em vista não ser cabível decisão monocrática no caso, "salvo no período de recesso" (Lei n.º 9.868/99, art. 10, caput).

Na oportunidade, o Ministro Presidente ressaltou que a ADI n.º 3.273 havia sido distribuída e conclusa ao Relator no dia 9.8.2004, recebida em gabinete no dia 10.08.2004, e que foi realizada sessão plenária no dia 12.08.2004. Entretanto, a medida cautelar foi parcialmente deferida pelo Ministro Carlos Britto em 16.8.2004 (*DJ* de 23.8.2004), tendo sido suspensa, no dia seguinte, pela decisão do Ministro Presidente no MS n.º 25.024, haja vista

que seria realizado leilão naquele mesmo dia. Em 02.05.2005, o ministro Eros Grau, relator do MS n.º 25.024, o julgou prejudicado em face de o Plenário do STF ter julgado improcedente a ADI n.º 3.273.

Portanto, mais uma vez, constatou-se a viabilidade excepcional, de acordo com a jurisprudência desta Corte, de se impetrar mandado de segurança contra decisão monocrática de Ministro do STF.

Nessa mesma linha, o relator do MS 25853/DF, Min. Cezar Peluso, concedeu a liminar para "suspender os efeitos da decisão liminar proferida no MS n.º 25.846, restabelecendo o teor do decisum exarado pelo Min. Celso de Mello, na ACO n.º 840".

Na ocasião, o mandado de segurança impugnava decisão liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio nos autos de outro mandado de segurança (MS 25.846/DF), que obrigava a União a conceder garantia para empréstimo internacional obtido pelo Governo do Distrito Federal. A liminar no segundo mandado de segurança restou deferida, tendo em vista suas características excepcionais e a ausência completa de outro remédio, nos seguintes termos:

"(...)

E, conforme velha e aturada jurisprudência da Corte, é, em princípio, inadmissível mandado de segurança contra pronunciamento de natureza jurisdicional oriundo de órgão da Corte, seja ele o Pleno, uma de suas Turmas, ou um de seus Ministros, à medida que tais atos decisórios podem reformados por meio dos recursos previstos, ou, em se tratando de julgamento de mérito, com trânsito em julgado, por meio de ação rescisória (MS n.º 24.399, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 09.04.2003; MS n.º 24.885, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 18.05.2004; MS n.º 23.715-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 26.06.2000; MS n.º 22.515-AgR, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 04.04.1997; MS n.º 21.734, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 15.10.1993; MS n.º 24.056, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 12.09.2001; MS n.º 24.483, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 02.04.2003; MS 25.008, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 09.08.2004). Nesse sentido venho decidindo (MS n.º 25.380, DJ de 06.06.2005; MS n.º 25.070, DJ de 28.03.2005; MS n.º 25.026, DJ de 08.09.2004; MS n.º 25.452, DJ de 10.11.2005).

Não há outra via expedita para remediar a situação, que envolve risco manifesto de dano jurídico à

impetrante, senão o uso excepcional do mesmo mandado de segurança.

E não custa ponderar, em reforço, que a liminar ora impugnada guarda evidente caráter satisfativo, pois exaure as questões postas no mandado de segurança.

3. Do exposto, defiro a liminar, para o fim de suspender os efeitos da decisão liminar proferida no MS n.º 25.846, restabelecendo o teor do *decisum* exarado pelo Min. CELSO DE MELLO, na ACO n.º 840. Notifique-se a autoridade coatora, para que preste informações no prazo de 10 (dez) dias (arts. 7º, inc. I, da Lei n.º 1.533, de 31.12.1951 e 203, do RISTF). Determino à Secretaria que extraia cópias de fls. 375-378 (decisão do Min. CELSO DE MELLO) e de fls. 380-388 (Informação do Ministério da Fazenda) dos autos da ACO n.º 840, juntando-as a estes autos. Após, dê-se vista à PGR (arts. 103, § 1º, da CF, e 52, inc. IX, do RISTF)." (MS 25.853/DF, decisão monocrática, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 9.3.2006)

Ressalte-se que o Plenário não cassou esta segunda liminar que suspendia os efeitos da primeira, mas deliberou por reunir os feitos sob a mesma relatoria, em acórdão assim sumariado:

"Mandado de segurança contra ato de Ministro do Supremo Tribunal: singularidade do caso concreto, que leva à afirmação de competência, por prevenção, do relator dos Mandados de Segurança 25.846 e 25.853." (MS 25.846-QO, red. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.9.2007).

No caso, entendo que a presente controvérsia reúne condições excepcionais que justificam o cabimento deste mandado de segurança, nos termos dos precedentes acima mencionados.

Com efeito, o ato impugnado é irrecorrível e não há remédio expedito para superar a situação de grave dano à impetrante.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser incabível o recurso de agravo regimental de decisão judicial que defere ou indefere pedido de medida liminar em sede de *habeas corpus* (cfe. HC 94.993 MC-AgR/RR, Rel. Celso de Mello, Pleno, DJ 13.2.2009; HC 91.927 AgR/MG, Rel. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 17.4.2009; HC 93.531/SP, Rel. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 30.5.2008;

HC 93.494 MC-AgR/PR, Rel. Eros Grau, 2^a Turma, DJ 25.4.2008; HC 89.837 MC-AgR/DF, Rel. Celso de Mello, 2^a Turma, DJ 16.2.2007; HC 89.649 MC-AgR/SP, Rel. Cezar Peluso, 2^a Turma, DJ 1º.12.2006).

Não sendo cabível qualquer recurso judicial ou administrativo, o mandado de segurança configura via idônea para impugnar a decisão monocrática, nos termos da Súmula n.º 267 do STF.

É preciso enfatizar, em reforço à excepcionalidade ora afigurada, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou mais de uma vez sobre o tema de fundo da presente impetração, seja no *habeas corpus* n.º 99.945/RJ (decisão singular), seja no bojo do referendo de medida cautelar na ADPF n.º 172/RJ (decisão plenária), cujas decisões assentaram o imperativo de observância das vias ordinárias como regra essencial para o adequado deslinde da controvérsia em análise.

Portanto, conheço da impetração.

Vislumbro a presença dos requisitos para o deferimento do pedido de liminar neste *writ*.

Constata-se dos autos a inadequação da via do *habeas corpus* para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.

Revela-se, ainda, na existência de decisões anteriores do STF que apontam para necessidade de efetivo cumprimento das decisões de mérito e a impropriade jurídica de seguidas medidas judiciais que provocam tumulto processual.

Saliento também que o fato novo referente ao acórdão em apelação do TRF da 2^a Região, de 16.12.2009, reforça o entendimento de inadequação do *habeas corpus* impugnado, e não o contrário, na medida em que conclui em sentido oposto a todas as alegações da decisão impugnada.

Em síntese, apontam-se aqui os fundamentos que autorizam o deferimento desta medida liminar:

(1) peculiaridade de o caso já ter sido debatido, de forma explícita, pelo Plenário desta Corte (na ADPF n.º 172/RJ), com manifestações claras no sentido de cumprimento do que decidido pelas vias ordinárias;

(2) impetração que decidiu situação identidade à contida no HC n.º 99.945/RJ (STF) - pendente de recurso desde agosto de 2009 -, em que se negou seguimento ao *habeas corpus* por ser este incabível para rever fatos e provas e para servir como meio de reforma de decisões de mérito;

(3) ausência de demonstração de ilegalidade ou de abuso de poder exigíveis para a concessão da medida liminar deferida no *habeas corpus ora impugnado*;

(4) inadequação da via estreita do *habeas corpus* para o revolvimento de fatos e provas, conforme a jurisprudência desta Corte;

(5) inadequação da via eleita como sucedâneo de recurso, conforme a jurisprudência desta Corte;

(6) existência de sentença e acórdão, que definem no mérito a situação jurídica dos autos, com determinação de entrega imediata do menor S.R.G. ao pai biológico e o problemático tumulto processual evidenciado nos autos.

O ato atacado, dessa forma, não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte.

Não-observância da jurisprudência do STF

Em primeiro lugar, há explícita manifestação do Plenário desta Corte, sobretudo nos votos do julgamento do

referendo em medida cautelar na ADPF n.º 172/RJ, de reforço veemente à impossibilidade de se desprestigar o que decidido pelas vias ordinárias, especialmente por meio de medidas processuais diversas que desvirtuem o processo estabelecido a partir da Convenção de Haia de 1980, como aparente o presente caso.

O Ministro Marco Aurélio, relator no caso, deferiu medida liminar na referida ADPF em 02 de junho de 2009, com base em um poder geral de cautela, a fim de suspender a tutela antecipada deferida na sentença do processo de busca, apreensão e restituição do menor S.R.G..

Naquela oportunidade, o Ministro Marco Aurélio afirmou, inclusive com fundamento no que decidido no HC n.º 69.303-2/MG, o seguinte: a “irreversibilidade das repercussões psicossociais que as idas e vindas poderiam ocasionar [...]”, “impondo-se a manutenção do menor no seio da família onde se encontra há praticamente cinco anos [...]”, “sem adentrar, por ora, o acerto ou o desacerto da longa e cuidadosa sentença proferida pelo Juízo - de 82 laudas - considerados fundamentais da Constituição Federal e até mesmo o enquadramento do caso nas exceções contempladas na referida Convenção de Haia, defiro a liminar pleiteada. Suspendo, submetendo este ato ao Plenário, a eficácia da aludida sentença.”

Assim, deferiu a medida liminar que suspendeu a sentença de mérito, entendendo, em síntese, inexistir certeza jurídica suficiente ao deferimento da tutela antecipada.

Contudo, ao encaminhar a questão para referendo do plenário do STF, o Ministro relator reviu a sua análise acerca do conhecimento da referida ADPF, ressaltando que apenas concedera a liminar para acautelar situação que à época se revelava de urgência. Assim, no próprio julgamento do referendo da medida cautelar, o Ministro relator reconheceu o não cabimento da mencionada ação para o caso.

É fundamental ressaltar aqui que o colegiado desta Corte, naquele momento, tomou amplo conhecimento do caso ora debatido, ainda que sob os limites da discussão de cabimento da referida ADPF, com diversas manifestações de

reforço à impossibilidade de se desprestigar o que decidido nas vias ordinárias.

Essa orientação está explicitada nos votos de diversos ministros desta Corte, em relação ao julgamento do referendo em medida cautelar na ADPF n.º 172/RJ, ocorrido em 10.06.2009. Nesse julgamento, o Plenário do STF assentou, por unanimidade: (1) a existência de outros meios processuais aptos a combater o ato judicial impugnado; (2) a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental; e (3) a sua inadequação para o caso, com prejuízo do exame da medida acauteladora anteriormente deferida.

Destaque-se, por exemplo, o brilhante voto da Ministra Ellen Gracie, ao explicitar a vigência da Convenção de Haia de 1980 no Brasil e a necessidade de seu cumprimento de forma célere pelas instâncias judiciais e administrativas brasileiras:

"O compromisso assumido pelos Estados-membros, nesse tratado multilateral, foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais como judicial.

[...]

A **Convenção** também **recomenda** que a **tramitação judicial** de tais pedidos se faça **com extrema rapidez e em caráter de urgência**, de modo a causar o menor prejuízo possível ao bem-estar da criança.

[...]

Infelizmente, o caso concreto que subjaz à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, desatende a todas essas recomendações. Por desconhecimento do texto da Convenção, a Justiça Estadual do Rio de Janeiro foi induzida a, repetidas vezes, dispor sobre caso que lhe foge inteiramente à jurisdição. Com isso e a seqüência de recursos e medidas defensivas de uma das partes o caso se alonga para além de todo o razoável.

[...]

E conforme notícia a Advocacia-Geral da União em seu memorial, parece já terem sido submetidos ao TRF-2 pelo menos três diferentes instrumentos de contenção dos efeitos da sentença ora atacada: um habeas corpus, uma ação cautelar e um mandado de segurança.

[...]

Chega-se, ao meu ver, às raias do absurdo ao se tentar, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, demonstrar os equívocos das conclusões do laudo pericial de avaliação psicológica utilizado na fundamentação da manifestação decisória em tela. O que está evidente, assim, é a pretensão de rediscussão e de reforma do julgado, não a

demonstração do descumprimento de preceitos fundamentais." (grifo nosso)

O Ministro Ricardo Lewandowski também asseverou em seu voto não haver óbice ao trâmite da questão pelas vias ordinárias, ao ressaltar que:

"[...] a máquina judiciária está funcionando perfeitamente e não há por que, a meu ver, de a Suprema Corte intervir no feito, pelo menos neste momento processual."

E, no voto do Ministro Cezar Peluso, também constou o seguinte:

"A mim me parece, Senhor Presidente, com o devido respeito, que **ato de poder público, aqui, não pode ser compreendido como qualquer decisão judicial sujeita a recurso - como a do caso -, isto por várias razões.**

[...]

Ademais - e este é mais um motivo da inadmissibilidade, Senhor Presidente -, é que **outra inteligência subverteira toda a ordem jurídico processual, permitindo trazer diretamente a esta Corte, sem observância dos graus de recurso, causas que não cabem na competência originária desta Corte e que são de descendência constitucional.**

[...]

Aqui me atendo, vamos dizer, mais especificamente a um motivo fundamental nessa extinção liminar no processo, não obstante eventual apelação contra a sentença - que não confirmou, mas concedeu, depois de uma cognição completa da causa, a antecipação de tutela - não ter efeito suspensivo: **o caso encontra e encontrou remédios jurídicos processuais eficazes.**" (grifo nosso)

A comprovar a inadequação desta medida processual para a reforma da sentença de mérito, ressalte-se que a decisão foi tomada por unanimidade de votos.

A despeito desse entendimento, firmado em 10 de junho de 2009, a decisão liminar impugnada acolheu fundamentos de fato afastados pela instância ordinária, em especial a desnecessidade de oitiva do menor S.R.G., por haver laudo pericial, para suspender a execução não mais da sentença, mais grave, do acórdão que a confirmou no TRF da 2ª Região.

Se, naquele momento, esta Corte se deparava com a discussão do cabimento da ADPF em relação à impugnação de sentença, o que se dizer, agora, em que há acórdão prolatado pelo TRF da 2ª Região, o qual revisa, em ampla cognição, todos os elementos de fato e de direito e assenta a correção da sentença em seus fundamentos, a exigir, inclusive, a não postergação do cumprimento das consequências previstas no mencionado tratado (de repatriação da criança).

É importante considerar, inclusive, que o acórdão do TRF da 2ª Região assentou a configuração de retenção ilícita do menor S.R.G., nos termos do tratado internacional. A repercussão jurídica, política e social - sobretudo em âmbito internacional - é de extrema gravidade. Assim, não há como se negar a ilicitude da conduta de manutenção da criança no Estado brasileiro.

Ademais, não se pode olvidar que esta Corte - particularmente em razão do papel que exerce no ordenamento jurídico brasileiro - tem posição assente de seu plenário de repúdio à postergação de processos judiciais pela via de medidas meramente protelatórias - inclusive ações constitucionais - utilizadas como sucedâneo recursal, consoante parece evidenciar o presente caso.

Para tornar evidente, uma vez mais a ilegitimidade da medida liminar ora impugnada, basta confrontar os fundamentos para a concessão da medida liminar proferida, à época, pelo Ministro Marco Aurélio no âmbito da ADPF n.º 172-MC/RJ, com os argumentos expendidos na concessão do HC n.º 101.985/RJ, também de sua relatoria, no presente momento.

A partir de um simples cotejo analítico, constata-se que são utilizados exatamente os mesmos argumentos, a saber: apoio no que decidido no HC n.º 69.303-2/MG desta Corte; dúvida quanto à existência ou necessidade de manifestação da vontade da criança; possibilidade de reversão da decisão de mérito (sentença ou acórdão) pelas vias recursais próprias; e dúvida sobre a ilicitude da conduta de manutenção da criança junto à família materna (brasileira).

Ora, vê-se que, em suma, tomam-se como premissas argumentos de ordem fática e de ordem jurídica que já foram, de forma percuente, cotejados e valorados tanto pela sentença, quanto pelo acórdão do TRF da 2ª Região. Assentada a certeza jurídica, sobretudo em relação às premissas de fato, não há mais como contestá-las pela via ordinária, quiçá pela via extraordinária.

É o que se evidencia nas manifestações trazidas pelo Ministro Marco Aurélio quanto às questões de fato e de prova apontadas tanto no julgamento da ADPF, como no julgamento da HC n.º 101.985/RJ, quando afirma, neste último, que, em momento algum, a criança foi ouvida, diretamente, por órgão investido de ofício judicante, apesar da insistência da defesa em alcançar esse objetivo.

O acórdão do TRF da 2ª Região é expresso nesse aspecto:

"No caso, restou claro, pelo que consta do laudo pericial, que o menor não está apto a decidir sobre o que realmente deseja, seja pelas limitações de maturidade inerentes à sua tenra idade, seja pela fragilidade de seu estado emocional, seja, ainda, pelo fato de já estar submetido a processo de alienação parental por parte da família brasileira.

Sem razão, pois, o apelante, na medida em que o preceito normativo condiciona a possibilidade de se levar em conta a opinião da criança à efetiva demonstração de que esta tenha discernimento para tanto, o que não ocorre no caso dos autos, na linha do que concluiu o referido laudo pericial." (grifo nosso)

Neste ponto, não há como se extrair do referido acórdão, especialmente na estreita via do *habeas corpus*, qualquer demonstração de ilegalidade ou de abuso de poder - necessários ao deferimento da medida liminar. Ainda que se cogite do acerto ou desacerto do laudo pericial ou da negativa de produção de prova (via depoimento pessoal), daí não se pode constatar qualquer ilicitude de decisão fundamentada, pautada em prova pericial, ressalte-se, realizada por perito judicial, com base em cognição plena de mérito.

Ressalte-se que tudo que se argumenta por meio do *habeas corpus*, nesse caso, resulta na inadequação da via

eleita, por não ser esta medida adequada para a resolução das questões.

Da mesma forma, houve a impetração de *habeas corpus* neste Supremo Tribunal Federal (HC n.º 99.945/RJ) em julho de 2009, no qual se reiteraram os argumentos sobre ser cabível a via do *habeas corpus* para garantir ao paciente o direito de “permanecer” em território brasileiro, corrigindo a ilegalidade caracterizada pelo erro na análise da questão fática (desnecessidade de oitiva do menor por depoimento pessoal e imprestabilidade do resultado de laudo pericial) cometido pelo Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Em 29 de julho de 2009, a Presidência desta Corte negou seguimento à impetração, nos seguintes termos:

“A via do *habeas corpus* não se mostra adequada ao intento perseguido pela impetrante, cabendo negar seguimento à impetração.

É verdade que o *habeas corpus*, embora ostente predominante natureza de procedimento de proteção contra arbitrariedades no âmbito penal e processual penal, serve também à correção de atos atentatórios à liberdade de ir e vir de cunho puramente civil, como é o caso da prisão civil do depositário infiel, **desde que, em qualquer caso, vislumbre-se flagrante ilegalidade ou abuso de poder.**

Nesse sentido encaminha-se a jurisprudência majoritária da Corte, podendo-se colacionar os seguintes excertos:

[...]

Logo, ausente hipótese de ilegalidade ou abuso de poder, eventual inconformismo com a sentença que restou desfavorável aos interesses da família da impetrante deverá ser debatido nas vias ordinárias e pelos meios e recursos previstos na lei processual civil.

Ante o exposto, nego seguimento à impetração, nos termos do art. 21, §1º, do RI-STF.” (grifo nosso).

Houve interposição de agravo para reformar essa decisão, pendente de julgamento nesta Corte, **ressalte-se, desde agosto de 2009, sem que tenha havido julgamento da ação pelo colegiado.**

De forma veemente para o caso em questão, afirmou-se a inadequação do *habeas corpus* para revolvimento de fatos e provas e a existência de infundado inconformismo da impetrante em assegurar, por meio dessa ação

constitucional excepcional, a manutenção dos interesses da família brasileira, que não foram acolhidos na sentença de mérito.

Esse posicionamento, inclusive, manteve-se de acordo com o entendimento proferido em dois *habeas corpus* que o precederam, um no TRF da 2^a Região e outro no STJ; todos afirmando a improcedibilidade de alegações de fato, de prova e de reforma de decisão de mérito como caracterizadores de ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse sentido, acentua-se que, no próprio HC n.º 99.945/RJ acima referido, havia expressa menção à remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nessa questão:

"EMENTA: - Habeas corpus. Guarda de menor. 2. Indicação do Superior Tribunal de Justiça como autoridade coatora. 3. Pretende-se seja assegurado, nesta via, para o menor "o direito de permanecer nos Estados Unidos em companhia da mãe e da irmã, integrado ao núcleo familiar ao qual o infante pertence há mais de três anos". 4. Habeas corpus não é sucedâneo de recurso cabível, não sendo, por esse meio, de pretender-se a solução de questão relativa à guarda de filhos. 5. A *quaestio juris* já se encontra submetida ao Juízo de Direito competente no foro cível. Matéria devidamente equacionada no Juízo da 7^a Vara de Família e Sucessões do Foro Central de Porto Alegre-RS. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC n.º 81.681/RS, 2^a Turma, Rel. MIn. Néri da Silveira, DJ de 29.08.2003).

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. GUARDA DOS FILHOS MENORES. I. - O habeas corpus não se presta a decidir questão ligada à guarda de filhos, matéria a ser tratada no juízo cível. II. - H.C. não conhecido. (HC n.º 75.352/CE, 2^a Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.06.2001).

HABEAS CORPUS NÃO É O MEIO ADEQUADO A APRECIAR O ACERTO DE SENTENÇA QUE DEFERE BUSCA E APREENSAO DE MENOR. CONSTRANGIMENTO DE JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. AGRG IMPROVIDO. (HC n.º 60.482 AgR/RJ, 2^a Turma, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ de 12.11.1982).

HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSAO DE MENOR. MATÉRIA ESTRANHA AO ÂMBITO DO "WRIT". FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. IMPETRAÇÃO DEFICIENTEMENTE INSTRUÍDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (RCH n.º 53.457/RJ, 1^a Turma, Rel. MIn. Rodrigues Alckmin, DJ 03.06.1975)."

Portanto, não há dúvida que o caso relacionado à ação de busca, apreensão e restituição do menor S.R.G. ao

seu pai biológico, já foi analisada por esta Corte, de forma consistente, nas duas oportunidades acima referidas (ADPF n.º 172/RJ e HC n.º 99.945/RJ), em que se buscava indevidamente o revolvimento de fatos e provas e a reforma da sentença de mérito em relação a dados fáticos (oitiva do menor e laudo pericial).

Não-configuração de ilegalidade ou abuso de poder aptos ao deferimento da medida liminar em habeas corpus

Após todas as manifestações do STF acima já mencionadas, que apontaram as vias ordinárias como o caminho legítimo para as discussões de mérito do caso (inclusive sobre a validade do laudo pericial e a necessidade de depoimento pessoal da criança), **impetuou-se novo habeas corpus (atacado neste writ) perante o STF**, com a seguinte motivação:

"Segundo alega a impetrante, apesar da interposição do recurso cabível contra a sentença, é efetivo o risco de se remeter o paciente aos Estados Unidos da América em decorrência do julgamento da apelação, a ser realizado amanhã, 16 de dezembro de 2009, pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Reitera, então, a tese da ilegalidade perpetrada pelo Juiz Federal, que indeferiu a colheita do depoimento do menor, considerado o disposto no artigo 13 da Convenção de Haia, no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança e no inciso II do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Diz estar em jogo o direito de ir e vir do paciente, razão pela qual se apresenta admissível a impetração, sendo indispensável a providência cautelar ante o fato de a decisão proferida pelo Presidente do Supremo ter sido objeto de agravo regimental, ainda pendente de apreciação.

Pede a concessão de liminar, no sentido de afastar, até o julgamento final desta impetração, o cumprimento da determinação judicial relacionada à entrega do menor (folha 33). No mérito, pleiteia o reconhecimento da ilicitude do citado ato, levando em conta o fato de não ter sido colhido o depoimento da criança." (fls. 29-30 - grifo nosso)

De fato, em 16.12.2009, sobreveio o acórdão do TRF da 2ª Região, em que se julgou parcialmente procedente a apelação de J.P.B.L.L.S. apenas para reformar a tutela antecipada antes deferida.

Mas o referido acórdão manteve a sentença de mérito em todos os seus termos, à exceção da forma como seria concedida a tutela antecipada. Assim, as instâncias ordinárias definiram o mérito da demanda, determinando a ocorrência de retenção ilícita de menor e de descumprimento do tratado internacional, bem como assegurando a validade do laudo pericial e a desnecessidade de oitiva do menor S.R.G. (por depoimento pessoal), pois constatada a sua inaptidão para decidir o que seria melhor para si.

O acórdão mencionado afastou todas as preliminares recursais e manteve os seguintes fundamentos da sentença: (1) impropriedade da alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, de imprestabilidade de laudo pericial e do direito de guarda no âmbito daquela apelação; (2) constatação da situação jurídica de ilicitude (art. 3º c/c art. 15 da Convenção de Haia de 1980); (3) inexistência de exceções convencionais à repatriação do menor S.R.G.; (4) constatação pericial de inaptidão da criança em decidir sobre o que realmente deseja.

Dessa forma, houve duas grandes mudanças em relação ao decidido em sentença.

Em primeiro lugar, revogou-se o regime de transição (em face de acordo de visitação fixado no STJ - CC n.º 100.345/RJ).

Neste ponto, é imprescindível enfatizar que a decisão do STJ no conflito de competência supramencionado assegura um acordo de visitação entre os parentes brasileiros e americanos, evidenciando-se a garantia do fomento da continuidade das relações familiares.

Este aspecto está expresso no acórdão do TRF da 2ª Região:

"De outro lado, dispensável fixação de regime de transição, por quanto a possibilidade de convivência do menor com seu pai biológico se encontra assegurada, desde 09 de fevereiro de 2009, por força dc acordo de visitação firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 100.345/RJ, permitindo, desde então, readaptação ao convívio de seu genitor"

Em segundo lugar, modificaram-se os demais efeitos da antecipação de tutela concedida na sentença, para, em síntese, "fixar ao apelante o prazo de 48 horas para apresentação voluntária do referido menor ao Consulado Americano na cidade do Rio de Janeiro.

É contra o referido acórdão que se impetrhou o habeas corpus n.º 101.985/RJ, aqui impugnado, o qual teve a medida liminar deferida, com base nos seguintes argumentos:

- (1) adequação da via eleita em sintonia com o precedente do HC n.º 69.303-2/MG desta Corte;
- (2) pendência de julgamento de agravos regimentais no mencionado HC n.º 99.945/RJ;
- (3) o acórdão em apelação está sujeito a recurso;
- (4) o caso envolve "criança que, em momento algum, foi ouvida, diretamente, por órgão investido de ofício judicante, apesar da insistência da defesa em alcançar esse objetivo", e de que a criança teria direito a tanto;
- (5) inexistência de sequestro internacional de crianças no caso.

Enfatizo mais uma vez que todas essas questões foram alegadas, mas refutadas em todos os *habeas corpus* anteriormente impetrados e na referida ADPF (sempre apontadas como incabíveis para discussão na via eleita), inclusive em relação ao HC n.º 99.945/RJ, que tramita nesta Corte.

Nota-se, assim, a ausência de demonstração de qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato atacado, que contraria duas decisões de mérito no processo principal (sentença e acórdão do TRF da 2ª Região). Não se verifica, nem de forma implícita, a demonstração dos requisitos mencionados, revelando-se completamente incabível o HC n.º 101.985/RJ.

Na decisão do HC n.º 101.985/RJ, invoca-se o julgamento do HC n.º 69.303-2/MG (STF, 2ª Turma, DJ de 02.12.1992) como fundamento que legitimaria a adequação da

via eleita. Todavia, essa afirmação não se sustenta, por se discutirem questões fáticas distintas. Colhe-se do voto condutor do acórdão no HC n.º 69.303-2/MG, *verbis*:

"[...]

Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. **Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais.** O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. **Concede-se a ordem para emprestar à manifestação de vontade dos menores - de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe - eficácia maior,** sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem. (Segunda Turma - redator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio, publicado no Diário da Justiça de 20 de novembro de 1992)."

São diversos os fundamentos adotados nas mencionadas decisões. No acórdão tomado como paradigma, o tribunal defrontou-se com um litígio em que prestigiado na fase de cognição o interesse dos genitores, decidindo pela necessidade de pautar-se a decisão no interesse dos menores. A crítica feita ao processo que corria nas instâncias ordinárias era a de que os menores não foram jamais considerados, tendo-se atentado precipuamente para as relações jurídicas entre os cônjuges.

Obviamente, este não é o caso dos autos, em que durante a instrução o interesse do menor recebeu a devida consideração, inclusive com a realização de perícia, a fim de identificar se teria condições de decidir o que deseja.

Ademais, a decisão ora impugnada não leva em consideração a identidade fático-jurídica que motivou a decisão proferida no HC n.º 99.945/RJ, que, em suma, tratou da mesma controvérsia, inclusive sob o ângulo do cabimento da ação constitucional. Menciona-se apenas a existência de

agravos interpostos neste HC, pendentes de apreciação pelo STF.

Entretanto, deve-se registrar que os mencionados agravos foram interpostos em agosto de 2009 e não foram levados a julgamento até a presente data. O *habeas corpus* contestado nesses agravos se volta contra decisão que já não subsiste em face da prolação do acórdão, inclusive com nova concessão de tutela antecipada. No mais, já há no referido HC n.º 99.945/RJ parecer da Procuradoria-Geral da República, datado de 08 de outubro de 2009, opinando pelo desprovimento do agravo.

Dessa forma, verifica-se que os fundamentos adotados no HC n.º 101.985/RJ para deferir a medida liminar não demonstram a ocorrência de qualquer ilegalidade ou abuso de poder. Não há sequer uma assertiva que, mesmo de forma implícita, aponte para a presença de tais requisitos.

Pelo contrário, constata-se mera reiteração dos fundamentos rejeitados pelo plenário nos fundamentos da ADPF n.º 172/RJ, dando amparo a expedientes processuais inadequados para retardar o regular processamento da ação de busca, apreensão e restituição do menor.

Em segundo lugar, carece de plausibilidade jurídica, para efeitos de concessão de medida liminar em *habeas corpus*, os fundamentos atinentes à possibilidade de recurso contra o acórdão proferido em apelação.

A existência de recursos cabíveis ou pendentes de julgamento, no caso, não demonstra qualquer ilegalidade ou abuso de poder. Na verdade, há decisão de mérito de todas as instâncias ordinárias, que define de forma uniforme o deslinde da controvérsia, ainda que contrário aos interesses da impetrante do HC n.º 101.985/RJ.

Não se torna possível o manejo do referido *habeas corpus*, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pela vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do *habeas corpus* para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o *habeas corpus* como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2^a Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2^a Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2^a Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2^a Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1^a Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2^a Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1^a Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2^a Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2^a Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1^a Turma, DJ 21.8.2009).

É evidente o tumulto processual decorrente das impetrações de *habeas corpus* e de outras medidas processuais inadequadas, como ressalto aqui, em breve relato das principais ocorrências processuais que precederam o presente *writ*, as quais evidenciam a excepcionalidade do caso.

O tumulto processual no cumprimento da ação de apreensão, busca e restituição do menor S.R.G

O paciente do HC n.º 101.985/RJ, impugnado neste mandado de segurança, é o menor S.R.G. - filho da cidadã brasileira Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro Lins e Silva e do cidadão norte-americano David Goldman -, nascido em 25.05.2000, no Estado de Nova Jersey (EUA), com registros no Consulado Brasileiro em Nova York (EUA) e na 1^a Circunscrição do Registro Civil de Pessoas Naturais na Ilha do Governador, Rio de Janeiro, possuindo, assim, nacionalidade brasileira.

Em 2004, Bruna viajou ao Brasil trazendo consigo S.R.G., com autorização do pai pelo período de férias.

Contudo, aqui resolveu separar-se dele, ajuizando ação de divórcio que culminou com o fim do casamento.

No mesmo ano, o pai biológico, David Goldman, ajuizou uma primeira ação de busca e apreensão do menor contra Bruna (processo n.º 2004.51.01.022271-9), que tramitou, originariamente, perante a 6ª Vara Cível da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, e, posteriormente, perante a 6ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região.

Contra o acórdão foi interposto o Recurso Especial n.º 900.262/RJ perante o STJ, cuja 3ª Turma, por maioria, não conheceu do recurso em razão de óbices processuais. Em seguida, foi interposto recurso extraordinário, não admitido. Contra essa decisão interpôs-se, perante o STF, o Agravo de Instrumento n.º 728.785, que foi julgado prejudicado pelo relator Ministro Marco Aurélio em 15.06.2009, em razão do superveniente falecimento da agravada, a mãe. A questão pende de julgamento em agravo regimental.

Em meados de 2005, Bruna iniciou relacionamento com João Paulo Lins e Silva, contraindo núpcias em 2007. Contudo, faleceu no dia 21.08.2008, depois de dar à luz sua filha C., nascida de sua relação com João Paulo.

Em 28.08.2008, João Paulo Lins e Silva ajuizou ação declaratória de paternidade socioafetiva, cumulada com posse e guarda do menor, perante o Juízo de Direito da 2ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro. Os pedidos foram deferidos.

Após ser provocada pela Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) - órgão encarregado de fazer observar a Convenção de Haia no Brasil e que, por sua vez, fora acionado pelo órgão correspondente nos Estados Unidos -, a União, em 26.09.2008, requereu a busca, apreensão e restituição do menor perante a 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (**processo n.º 2008.51.01.018422-0**).

Em seguida, suscitou-se, perante o STJ, o Conflito de Competência n.º 100.345/RJ, entre o Juízo Federal da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro e o Juízo de Direito da 2ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro/RJ. A excepcionalidade do caso também se revelou naqueles autos, conforme se constata da designação de audiência de tentativa de conciliação entre as partes para o dia 06.02.2009, na sala de audiências do STJ (decisão do relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 11.12.2008).

No mérito, a 2ª Seção do STJ, à unanimidade, declarou a competência do Juízo Federal da 16ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro para processar e julgar os dois processos (CC 100.345/RJ, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 18.03.2009).

O processo teve regular andamento, com realização de perícia para averiguar as condições psicológicas do menor. Em 1º.06.2009, foi proferida sentença favorável ao pai biológico, David Goldman, e deferida a antecipação de tutela, para determinar o “*retorno imediato do menor (...)* aos Estados Unidos da América”, fixando-se a data de 03.06.2009 para a sua apresentação espontânea perante o Consulado Americano no Rio de Janeiro ou, subsidiariamente, expedição de mandado de busca e apreensão.

Inconformado com a sentença de mérito na ação de busca, apreensão e restituição, João Paulo Lins e Silva, réu naquele processo, interpôs apelação. Como o recurso foi recebido no efeito meramente devolutivo, foi interposto agravo de instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao qual o Relator deferiu antecipação da tutela recursal para suspender a imediata entrega do menor.

Sobreveio agravo interno da parte contrária, cujo julgamento iniciou-se em 30.06.2009. O Relator votou pelo desprovimento do recurso, mantendo a decisão que suspendia a entrega do menor para encaminhamento aos Estados Unidos da América, e o Desembargador Cruz Netto votou pelo parcial

provimento do agravo interno. O julgamento restou suspenso em razão de pedido de vista do Desembargador Castro Aguiar.

Do voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 172/RJ, extrai-se que foi impetrado o Mandado de Segurança n.º 2009.02.01.008575-0 perante o TRF da 2ª Região, o qual chegou a "conceder liminar para que o período de transição - adaptação do menor à nova convivência - ocorra não nos Estados Unidos da América, mas no Brasil, tal como preconizado pelo Ministério Público".

Paralelamente, ante a ordem de entrega do menor ao Consulado dos Estados Unidos da América no Rio de Janeiro, foi impetrado o **Habeas Corpus** n.º 2009.02.01.008630-3 perante o TRF da 2ª Região. A petição inicial foi indeferida, mediante decisão confirmada em posterior julgamento de agravo interno, conforme a seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO - HABEAS CORPUS - AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR - CONVENÇÃO DE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS - INADEQUAÇÃO DA VIA - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DO WRIT.

- Em regra, afigura-se inadmissível o manejo do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso processualmente cabível (STJ, AgRg no HC n.º 74.920/SP, HC 26.705 e HC37. 704/SP), aceitando-se a impetração do writ somente em hipóteses onde seja verificada a manifesta ilegalidade do ato atacado.

- Hipótese em que não restou configurada tal excepcionalidade, sendo certo que a via estreita do *habeas corpus* não permite, *in casu*, a verificação da ocorrência do alegado *error in procedendo*, já que, para tanto, seria necessário o amplo revolvimento de matéria fático-probatória.

- Agravo interno improvido.

Ato contínuo, impetuou-se, perante o Superior Tribunal de Justiça, o **Habeas Corpus** n.º 141.593, cuja liminar foi indeferida pela Ministra Laurita Vaz em 10.07.2009, nos seguintes termos:

"Sem embargo dos laboriosos argumentos trazidos na inicial acerca do apontado *error in procedendo* do douto magistrado de primeiro grau, **não verifico, neste juízo prelibatório, a possibilidade de deslinde da controvérsia na estreita via do habeas corpus, que, como é sabido e consabido, não se coaduna com a diliação probatória, aparentemente necessária para**

saber se, afinal, foi ou não observado [sic] os direitos do menor na decisão impugnada no juízo cível.

Cumpre ainda ressaltar a falta de urgência do pedido de liminar deduzido na impetração, na medida em que, como anotou a inicial, a decisão que autoriza a saída da criança do território nacional está suspensa por determinação da Corte Regional.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de liminar." (grifo nosso)

Contra essa decisão houve a impetração de **novo habeas corpus neste Supremo Tribunal Federal (HC n.º 99.945/RJ)**, reiterando-se os argumentos sobre o cabimento do *habeas corpus*, tendo em vista que o paciente teria o direito de "permanecer" no território brasileiro.

Também contra a referida sentença foi ajuizada a **ADPF n.º 172/RJ** pelo Partido Progressista. O relator Ministro Marco Aurélio, em 02 de junho de 2009, deferiu medida liminar na referida ADPF, com base no poder geral de cautela, a fim de suspender a antecipação da tutela concedida na sentença do processo de busca, apreensão e restituição do menor.

Assim, constata-se que a questão já foi amplamente debatida, o que evidencia que o *habeas corpus* não é medida adequada para a revisão do acórdão do TRF da 2ª Região.

No tocante ao *periculum in mora*, a impetrante demonstrou que o descumprimento reiterado do que decidido pelas vias ordinárias está comprometendo o Estado brasileiro quanto ao regular cumprimento da Convenção de Haia de 1980, inclusive com a informação de já haver petição junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em relação ao caso dos autos, o que poderá acarretar graves sanções ao Brasil.

Ao mesmo tempo, evidencia-se a ocorrência de dano inverso, na medida em que a impetrante demonstra a alta possibilidade de efeito negativo e multiplicador da manutenção da decisão impugnada em relação aos demais cidadãos brasileiros que se valem do Tratado para reivindicar a assistência jurídica internacional - que poderá ser negada por outros países, dada a relevância do

princípio da reciprocidade como vetor interpretativo central nesses casos.

De todo o exposto, resulta:

a) que já houve sentença e acórdão de mérito nos autos da ação de busca, apreensão e restituição do menor e que a jurisprudência desta Corte já assentou, na ADPF n.º 172/RJ e no HC n.º 99.945/RJ, competir às instâncias ordinárias a resolução do caso;

b) que o ato atacado em sede de *habeas corpus* não demonstra qualquer ilegalidade ou abuso de poder, restringindo-se a atacar os contornos fáticos definidos pelas instâncias ordinárias;

c) que a única alteração do quadro fático, desde o julgamento da ADPF n.º 172/RJ e do HC n.º 99.945/RJ, foi a prolação do acórdão em favor da União, mantendo-se o mérito decidido pela sentença;

d) que o acórdão do TRF da 2ª Região assentou que, nos termos do julgamento do CC n.º 100.345/RJ (STJ), assegura-se um acordo de visitação entre os parentes brasileiros e americanos, para a garantia do fomento da continuidade das relações familiares.

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do *habeas corpus* para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.

Demonstradas as peculiaridades do caso, que evidenciam o seu caráter excepcional, apto a ensejar o cabimento da presente medida como único meio idôneo de reversão da decisão impugnada no presente momento, bem como constatada a ausência de comprovação inequívoca dos requisitos autorizadores do deferimento de medida liminar em *habeas corpus*, faz-se mister o deferimento da presente medida liminar, pois presentes os requisitos de *periculum in mora* e de *fumus boni iuris*.

Ante o exposto, defiro o pedido liminar para sustar os efeitos da decisão liminar proferida pelo Ministro relator do HC n. 101.985/RJ, do Supremo Tribunal Federal, restaurando-se os efeitos da decisão proferida

pelo Tribunal Regional Federal da 2^a Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Notifique-se a autoridade coatora, para que preste as informações no prazo legal.

Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República.

Brasília, 22 de dezembro de 2009.

Ministro **GILMAR MENDES**
Presidente
(art. 13, VIII, RI-STF)