

## Gustavo Ferraz de Campos Monaco

*Professor Doutor do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, desde 2009. Procurador Geral da Universidade de São Paulo, desde 2010. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2004)*

# GUARDA INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 – CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: [quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)

Site: [www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

Editora Quartier Latin do Brasil  
São Paulo, primavera de 2012  
[quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)  
[www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

anças junto do genitor que é, também, um seu nacional. Nesse cenário, as decisões judiciais por vezes, revestem-se de arroubos nacionalistas que nem sempre imprimem a decisão mais favorável aos interesses da criança.

A obra lança um olhar técnico sobre a normativa internacional e a compara com as disposições internas com o intuito declarado de demonstrar ser aquele o sistema mais adequado aos ditames do Direito, em sua acepção mais larga filosoficamente mais justa, mormente estando em jogo interesses de seres que, por incapacazes, mostram-se mais indefesos e infensos aos desejos dos adultos.

O resultado é uma análise desapegada de nacionalismos e adepta da concepção de que o direito internacional tem uma nobre função a cumprir na calização das relações jurídicas de caráter privado, vinculando-as à legislação mais próxima e, por isso, mais justa.

*São Paulo, setembro de 2012*

JOÃO GRANDINO RODAS

*Reitor da Universidade de São Paulo*

*Professor Titular de Direito Internacional Privado*

## INTRODUÇÃO

O método próprio ao direito internacional privado exige prévio reconhecimento das relações jurídicas que demandam sua intervenção pela razão de apresentarem elemento fático que guarda pertinência espacial com um ou mais ordenamentos jurídicos estrangeiros quaisquer. Essa particularidade da relação jurídica faz surgir dúvidas a respeito de qual dos ordenamentos normativos envolvidos merece ser aplicado quando, em tese, ambos se mostrem potencialmente aplicáveis.

A potencialidade de aplicação de mais de um ordenamento jurídico (seja o ordenamento nacional – do foro competente –, seja um dos ordenamentos estrangeiros – estranhos ao ordenamento do foro competente) constitui conflito aparente de normas que merece ser solucionado segundo critérios de segurança e certeza que se ligam, em última análise, à escolha normativa cristalizada após séculos de discussões sobre qual elemento de conexão se deve privilegiar. No entanto, a crescente complexidade das relações sociais e seus reflexos na seara jurídica do indivíduo levam parte cada vez mais considerável da doutrina privatista internacional a considerar certo grau de flexibilização na adoção irrestrita do método puramente normativista, dando vazão, em consequência, a uma série de possibilidades que precisam ser encaradas e discutidas à luz do objeto central do presente estudo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Exemplifique-se, por ora, com a afirmação de JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, Dordrecht/Boston/Lancaster, v. 251, pp. 9-268, 1995, pp. 251-252, no sentido de ser uma das preocupações atuais do direito internacional privado a proteção dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas em relações com elementos estrangeiros, mormente aquele direito à diversidade cultural, podendo-se, por isso, falar com maior adequação em conflito de culturas em vez de conflitos de leis. Defendendo uma visão sociológica do direito internacional privado, DÉPREZ, Jean. Droit international privé et conflits de civilisations - aspects méthodologiques. *Recueil des Cours*, Dordrecht/Boston/Lancaster, v. 211, pp. 9-372, 1988, p. 217, afirma que "mettre en avant l'aspect culturel des conflits de lois, c'est aller très au-delà de la vision habituelle, très juridique, fonctionnelle, mécanique en quelque sorte, du raisonnement conflictualiste". No âmbito das relações entre pais e filhos, presentes as diferenças originadas da diversidade cultural existente entre os genitores, lapidar é a constatação de D'YI R, Adair. Protecting the right to multicultural education. *Revista Española de Pedagogía*, ano 49, nº 190, pp. 411-418, Sep-dic 1991, pp. 411-412: "If the parents live together, the child will easier access to both cultures which contribute to his or her roots. But, if the parents reside in different regions of the same country or in different countries, the process of guaranteeing such access for the child becomes more difficult. This is where international treaties come in. For in the absence of co-operation between countries within a treaty framework, guaranteeing access to both cultures in an uncertain exercise. If the child is sent abroad voluntarily, the parent whom (s)he visits may decide that the child should stay there and may seek a change of custody. The judge before whom the case is brought may have a hard time finding that the child should return to another (foreign) culture. The 'best interest of the child', an indeterminate standard even within one culture, may even become an obstacle to the child's welfare when applied by courts in different cultures, between which the child is being shuttled".

Quer isso significar que, segundo alguns, não incumbe mais às fontes do direito internacional privado, com exclusividade, proceder à eleição de determinado elemento que se faz presente em dada relação jurídica, e que se refere à estrutura fática da relação – e por isso pode ser dito *elemento fático ou relacional* –, para elevá-lo à condição de elemento de conexão, um *elemento normativo*, juridicamente apreciado e considerado como o mais adequado para indicar a regulação material da questão. Assim, conforme essa parcela dos estudiosos da matéria, ao lado dos critérios normativos, dever-se-ia dar espaço à busca de um resultado justo e apto a satisfazer os interesses das partes, transformando o litígio segundo alguns critérios flexíveis e abertos e, por isso, mais próximos do conceito de justiça.

Por óbvio, a escolha normativa não é abandonada definitivamente. Coexistem os sistemas de solução de conflitos. Para Erik Jayme, tratar-se-ia, em verdade, de continuar a aplicar o método normativista, mas com algumas modificações que permitam a escolha, entre diversos elementos possíveis, de um elemento de conexão que se mostre mais apropriado para se conseguir certo resultado material<sup>2</sup>. Sua adequada funcionalidade depende, por certo, da correta análise estrutural da relação jurídica que se esteja a considerar, o que se obtém por meio da qualificação dos fatos sob lide. Isso não significa que a opção deva ser tomada de forma casuística, variável de relação jurídica para relação jurídica, estando aqui configurada a necessidade de certeza e segurança próprias ao direito internacional privado<sup>3</sup>, como forma de se garantir justiça na resolução

de todos os casos que se mostram assemelhados quando analisados do ponto de vista de sua estrutura interna.

Assim, relações jurídicas estruturalmente idênticas ou assemelhadas merecem a escolha de um mesmo elemento de conexão, variando a solução material para a questão *sub judice* conforme as características relacionais envolvidas, ou seja, a resolução material do caso a ser solucionado judicialmente dependerá da verificação de seus elementos fáticos, a fim de se perquirir qual o elemento relacional que preencherá o elemento de conexão indicado pela norma. Um exemplo ajudará na elucidação e na visualização dessa análise. Imagine-se uma obrigação contratual simples. Em tal relação jurídica, há alguns elementos necessários para a sua configuração como relação jurídica obrigacional. Assim, sujeitos, objeto, forma, tempo, lugar, circunstâncias negociais são elementos gerais de qualquer relação jurídica que acabam por individualizá-la pelo preenchimento de seus componentes<sup>4</sup>. Desse modo, uma compra e venda entre duas pessoas individualizadas, relativamente a um objeto determinado, tem o condão de tornar única aquela relação jurídica. Se um desses elementos ou quaisquer outros presentes for preenchido por um elemento estrangeiro, será já o caso de se recorrer ao método próprio ao direito internacional privado a fim de se verificar qual a lei aplicável. Essa verificação se faz pela busca – realizada pelo intérprete – do elemento de conexão indicado pela norma jurídica de direito internacional privado aplicável à hipótese fática<sup>5</sup>. Constatado o elemento de conexão, deve-se retornar à relação jurídica a fim de verificar se o seu correlato elemento fático está preenchido por uma realidade nacional ou estrangeira, para se buscar o direito material (nacional ou estrangeiro) que regulará finalmente a questão. Ou seja, nesse exemplo formulado, se o acordo de vontades tiver ocorrido em local estranho ao do território nacional do juiz competente e o elemento de conexão para a hipótese for o local da celebração da avença, dever-se-á retornar à relação para se perquirir onde, enfim, foi

2 JAYME. Identité culturelle..., cit., p. 47. Também, JAYME, Erik. Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 29, nº 2, pp. 295-304, 1993, p. 301: "Il diritto internazionale privato attuale è caratterizzato di un compromesso tra le tecniche classiche del richiamo alla legge applicabile («Verweisungsrecht») e una certa «materializzazione» delle regole per i conflitti di leggi, soluzioni che mirano ad arrivare ad un certo risultato sostanziale".

3 Como ressalta WATT, Horatia Muir. La codification en droit international privé. *Droits: Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, Paris, nº 27, pp. 149-160, 1998, p. 151, com extrema propriedade, o direito internacional privado é ramo jurídico no qual deve grassar a segurança jurídica, porquanto instrumento de realização de uma forma específica de justiça "fondée sur une hiérarchie d'objectifs ou la prévisibilité et la certitude pèsent plus lourd que l'équité de la solutions atteinte au fond". Por outras palavras, é dizer que o direito internacional privado reconhece e aplaude o novo paradigma de elaboração normativa, baseado nas cláusulas abertas e na possibilidade de se atribuir aos casos concretos a decisão mais justa possível, transformando-se o conflito material havido entre as partes (HOOGSTRATEN, M. H. van. La codification par traités in droit international privé dans le cadre de la conférence de la Haye. *Recueil de Cours*, La Haye, v. 122, pp. 337-425, nº III, 1967, p. 344). Mas esse mesmo direito internacional privado não pode prescindir, para sua correta utilização, de um grau relativamente amplo de segurança, certeza e previsibilidade. Daí por que alguns autores critiquem a adoção do elemento de conexão "laços mais estreitos" ou expressões equivalentes em convenções que tenham por intuito a unificação dos elementos de conexão, pois se trata mais de um princípio ou de uma direção do que, propriamente, de uma verdadeira regra de conflito. A mesma crítica é endereçada às normas codificadas que trazem a previsão de mais de um elemento de conexão aos quais se possa recorrer sem, entretanto, atribuir-lhes qualquer hierarquia ou mesmo critérios

para a opção por um deles. Nesse sentido os argumentos de KESSEDIAN, Catherine. Codification du droit commercial international et droit international privé: de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales. *Recueil des Cours*, La Haye, v. 300, pp. 79-308, 2002, p. 199. WATT. La codification..., cit., p. 158 atribui essa tendência ao legislador que chama de "lunático". Nota cuja origem é a pesquisa que deu origem a RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, pp. 87-88.

4 Tais elementos são chamados por AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, de elementos gerais do negócio jurídico. Ao lado deles, há também os elementos ditos categoriais, que distinguem as várias relações jurídicas umas das outras, admitindo sua classificação ou sua qualificação jurídica.

5 Sobre a qualificação em direito internacional privado, veja-se, *infra*, o item 1 do Capítulo I.

celebrada a obrigação, chegando-se, então, à lei material aplicável, que será aquela do local da celebração.

Obviamente, a escolha do elemento de conexão pela fonte normativa do direito internacional privado leva em consideração uma série de fatores a fim de privilegiar aquele elemento de conexão que guarde maior pertinência e que garanta efetiva proximidade do ordenamento afinal aplicável à relação jurídica que se procura solucionar. Bem por isso, seria absurdo admitir que um único elemento de conexão servisse para a totalidade das relações jurídicas, porquanto cada uma delas, apresentando caracteres específicos e cumprindo cada qual uma função social diversa, não poderia admitir um elemento estanque, apto e condizente com a estrutura de um tipo de relação jurídica, mas absolutamente desapegado da realidade de outros tipos de relações jurídicas. O mesmo se diga quanto à escolha de um único elemento de conexão inflexível e que não admitisse, se necessário fosse, um juízo discricionário capaz de garantir, aos olhos do julgador, maior justiça para o caso concreto.

As fontes normativas do direito internacional privado procuram valer-se de critérios classificatórios para separarem as relações jurídicas em grandes grupos que demonstrem certa homogeneidade temática. Valem-se, tais fontes, dos grandes grupos classificatórios das relações privadas<sup>6</sup>, podendo haver alguma subdivisão em razão da natureza mesma das relações. Assim, para relações de direito de família, optam as fontes por um elemento de conexão genérico, podendo especificar algumas espécies de relações afetas a este ramo do saber civilista para lhes emprestar um elemento de conexão diverso, mas condizente com as especificidades daquelas relações eleitas. E nada impede que, para a mesma relação, apresente a norma conflitual um elemento principal de conexão e outros elementos subsidiários que possam, no caso concreto, cumprir a mesma função de modo mais adequado. Bem de ver que a opção, então, normalmente se estabelece de forma subsidiária e afeta a critérios indicados nas fontes normativas, legais, doutrinários ou jurisprudenciais.

Em decorrência dessa realidade presente e assente no direito internacional privado e em suas fontes normativas e doutrinárias, verifica-se que a análise interpretativa da relação fática e a busca do elemento de conexão não se podem realizar sem um passo intermédio representado pela qualificação daquela relação jurídica que se apresenta e para a qual se busca a normativa aplicável. O

mesmo se diga quanto às escolas doutrinárias flexíveis. Quer isso significar que a descoberta do elemento de conexão e o subsequente retorno à relação jurídica dependerão, *sempre*, da qualificação que se dê para aquela situação juridicamente relevante. Saber se se trata de uma relação de direito de família, de uma relação atinente ao direito obrigacional ou a qualquer outra forma de classificação fará com que a resposta prévia para a solução do litígio possa variar de acordo com a qualificação que àquela relação seja emprestada. Como afirma Lima Pinheiro, “é sabido que esta classificação não obedece a um critério unívoco, nem permite uma inserção adequada de todas as figuras. É uma classificação que reparte as matérias em centros de regulação numa óptica pragmática e que reflecte certos elementos culturais”<sup>7</sup>.

Em razão dessa realidade aqui brevemente sumariada, optou-se pela elaboração da tese em duas partes distintas e correlacionadas, porquanto complementares, e subdivididas em cinco capítulos. A divisão em duas partes se justifica pelo encadeamento dos capítulos e se refere ao método próprio do direito internacional privado. Com efeito, para que se possa atingir o objetivo principal do trabalho, qual seja, a comparação entre o sistema brasileiro de direito internacional privado atinente à atribuição da guarda de filhos e suas normais consequências em relações plurilocalizadas e o sistema sugerido pela sociedade internacional, expresso em uma série encadeada de convenções internacionais que tratam da questão e de seus temas correlatos, sentiu-se a necessidade de estabelecer um pano de fundo a respeito dos problemas teóricos fundamentais relacionados à guarda de filhos em direito internacional privado, sem que se perdesse o foco central da pesquisa.

Acredita-se que somente com tal estudo teórico prévio, que pretenderá detectar os problemas atinentes ao objeto de estudo, será possível adentrar o assunto central com o cuidado e a profundidade que ele exige.

Na primeira parte, então, partindo-se do concreto para o abstrato, buscar-se-á analisar os atuais problemas e as principais perspectivas teóricas que se apresentam para o futuro do direito internacional privado. Uma análise desse jaez não pode prescindir de uma abordagem histórica, ainda que pontual e, por isso mesmo, não muito acurada sobre o assunto. Trata-se, em verdade, do arcabouço teórico sobre o qual há de se estruturar a tese que se pretende defender. Justifica-se, assim, a vastidão do material bibliográfico coligido a respeito dos problemas principais do direito internacional privado, tendo-se levantado material pertinente aos rumos e tendências que se espera possa a

6 Nos países que estruturaram a sua legislação de direito privado segundo a influência alemã, as normas de conflito costumam reproduzir “grosso modo toda a sistemática do Código Civil e, com ela, a classificação germânica das situações jurídicas em obrigações, direitos reais, relações de família e sucessões por morte” PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005, v. 1, p. 395.

7 PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, p. 395.

disciplina enfrentar com a finalidade de apresentar um posicionamento quanto ao seu papel histórico e à sua função primordial, tendo como eixo norteador as relações familiares. Esse o objeto do capítulo II da tese. Sua pretensão é, ao mesmo tempo, analítica e crítica. Não se pretende, no entanto, realizar um exercício prospectivo que vá além daquele relacionado pelos grandes autores do direito internacional privado. Bem por isso, trata-se de um capítulo narrativo que não se esquivava da verificação dessa temática geral, nem das repercussões que causa ou que pode causar relativamente ao objeto central da tese.

Ainda na primeira parte do trabalho, buscar-se-á fazer uma análise da regulação da guarda de filhos e dos institutos correlatos ou afetos àquele instituto central, na perspectiva do ordenamento material brasileiro. Isso se justifica pelo fato de ser o direito internacional privado um ramo didático que se enquadra tradicionalmente no direito público interno dos Estados. Assim, para que a presente tese possa cumprir seu desiderato principal, faz-se mister analisar o instituto na perspectiva nacional, ou seja, dos atores sociais incumbidos da narração, da defesa e da busca de transformação do litígio porventura existente entre os pais das crianças envolvidas, a fim de que possam ter um substrato teórico para sua atuação profissional.

Isso porque a primeira grande questão a se enfrentar diz respeito à competência dos órgãos judiciais brasileiros. À luz do art. 88 do Código de Processo Civil sempre que um dos genitores cogitar requerer a guarda de sua prole e sempre que o réu nessa ação esteja domiciliado no Brasil, ainda que de nacionalidade estrangeira (inc. I), sempre que a decisão judicial implicar a necessidade de cumprimento do dispositivo em território nacional (inc. II), ou sempre que o fato que ensejar o pedido de fixação ou modificação da guarda, do regime de visitas ou do valor fixado para os alimentos se tiver verificado em solo brasileiro (inc. III), competente será o juiz nacional para julgar a demanda, devendo, então, aplicar o direito internacional privado nacional. Não se exclui a possibilidade de que medidas provisórias ou mesmo definitivas relativas à guarda de crianças sejam tomadas por tribunais estrangeiros, devendo aqui produzir a totalidade ou parte de seus efeitos<sup>8</sup>. A prática retrospectiva demonstrava que, diante da concorrência de tais decisões, prevalecia corriqueiramente aquela que tivesse sido tomada no país em que a criança se encontrava<sup>9</sup>. Entender tal realidade e acompanhar a evolução vivenciada no plano internacional é

uma das preocupações que norteia o desenvolvimento de todo o trabalho, mormente em face das disposições convencionais construídas sobre o tema pelos atores internacionais em oportunidades recentes. Além do que, como se terá oportunidade de demonstrar, no direito convencional a repartição de competências assume importante papel na determinação da lei aplicável. Isso porque a *lex fori* assume destaque como fator de conexão na matéria. Nesse sentido, o caminho mais curto para se atingir a justiça material – refletida na necessidade de proteção da parte mais fraca da relação – passa pela fixação da competente jurisdição com absoluta atenção para a necessidade mencionada, vale dizer, deve-se fixar a competência dos Estados envolvidos na questão tendo-se em vista quer a maior proximidade com a questão de fato (realização da justiça conflitual – *internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit*), quer a solução materialmente mais condizente com os fins colimados pelo Direito (realização da justiça material – *materiellrechtliche Gerechtigkeit*).

Percebe-se, assim, que zelar pela aplicação correta do método próprio ao direito internacional privado é algo de grande importância e que passa pela correta qualificação do instituto da guarda e dos institutos que dele decorrem, como a prestação alimentícia<sup>10</sup>, a administração dos bens dos filhos menores, o direito-dever de visitação, ainda que, ao final, se decida pela aplicação do direito estrangeiro<sup>11</sup>. Tal temática, abordada no capítulo I da tese, é enfrentada também de uma perspectiva interdisciplinar, colhendo-se alguns dados e algumas observações de obras próprias a outras searas do saber, mormente da psicologia, da sociologia e da psicanálise<sup>12</sup>. Esse posicionamento justifica-se

8 Veja-se, a respeito, desenvolvimento no capítulo III.

9 Nesse sentido, VERWILGHEN, Michel; HOUTTE, Hans van. *Conflits d'autorités et de juridictions relatifs à la protection de la personne du mineur. Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, v. 15, n.º 2, pp. 397-432, 1980, pp. 407-408.

10 No que respeita à temática das prestações alimentícias, em que pese não se tratar de consequência direta da atribuição da guarda, fato é que, no mais das vezes, são fixadas na mesma oportunidade. Mormente quando todas as questões são decididas no bojo do processo que estabelece a desunião dos pais da criança alimentanda. A questão ganha maior relevo quando se tem em tela a disposição de alguns instrumentos internacionais que determinam o deslocamento da competência para a atribuição da guarda do juízo da residência habitual, em favor do juízo competente para julgar o divórcio *lato sensu*. MARTINY, Dieter. *Maintenance obligations in the conflict of laws. Recueil des Cours*, Dordrecht/Boston/Lancaster, v. 247, pp. 131-288, 1994, afirma, ademais, que "in international cases child support claims are often also connected with status, affiliation or *divorce proceedings*" (destaque inexistente no original). Assim, a matéria é abordada no presente trabalho, sem que apresente qualquer intenção de esgotar o tema que, por si só, comportaria tese própria.

11 Assim, tratando do direito belga: VERWILGHEN; HOUTTE. *Conflits d'autorités...*, cit., p. 398.

12 MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITORIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n.º 764, pp. 11-32, 1999, p. 17 informam que *le retour des sentiments* é uma das características da pós-modernidade. Marcado, de um lado, pela volta de certa "emocionalidade" no discurso jurídico, *le retour des sentiments* representa, ainda, a abertura para o imponderável, a procura por novos elementos sociais ou ideológicos que se encontram fora do sistema. E nesse sentido, o sistema passa "a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto à solução a ser efetivamente encontrada".

pela nova metodologia empregada no estudo do direito de família brasileiro, não sendo raros os posicionamentos doutrinários que pregam tal forma de enfrentamento da realidade familiarista nacional<sup>13</sup>. Ademais, como ficará demonstrado no decorrer da primeira parte, a correta aplicação do método próprio ao direito internacional privado dependerá da tomada de posição que se queira fazer à luz dos recentes posicionamentos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais havidos na Europa, nos Estados Unidos (e no Brasil – se bem que aqui ainda em escala muito diminuta e restrita a parte da doutrina) e que tem deixado os países latino-americanos, outrora na vanguarda da disciplina, em sua retaguarda<sup>14</sup>. Nesse sentido, parece conveniente discutir se o que se busca com a nova estruturação sócio-psíquica da família e sua regulação jurídica poderá ou deverá influir decisivamente na construção de um direito internacional privado efetivamente condizente com as necessidades sociais.

Na segunda parte do trabalho de pesquisa, a tese volta-se para uma perquirição estritamente dogmática, com a tentativa de se construir uma resposta ao conflito de leis, versando sobre a lei aplicável à atribuição da guarda e suas consequências. Como salientou João Grandino Rodas, “frequentemente, o tratamento jusprivatístico é olvidado, tanto pela doutrina quanto, até mesmo, pela jurisprudência. Essa abordagem ainda não usual, certamente, tornar-se-á imprescindível nesta quadra [relações familiares] em que a globalização passa a figurar como inelutável”<sup>15</sup>. Em razão do estágio de desenvolvimento da matéria, tal abordagem será realizada de duas formas, e embasada em duas perspectivas. Em uma perspectiva meramente dogmática, a análise subdivide-se em dois modos de demonstração dos resultados: a lei aplicável de acordo com o sistema jurídico brasileiro de origem meramente interna<sup>16</sup> (capítulo III) e a lei aplicável conforme o sistema jurídico sugerido pela sociedade internacional, que faz

aprovar uma série de textos convencionais a respeito da temática e de suas correlações (capítulo IV)<sup>17</sup>. O capítulo III é, por sua vez, subdividido conforme se trate de casos de manutenção dos membros da família em território nacional e casos de separação transfronteiriça dos membros da família<sup>18</sup>. Em seguida, um terceiro item procura abordar a alteração da situação fática, depois da atribuição da guarda e considerando as consequências que ela gera em seu exercício, bem como no exercício dos direitos correlatos. Os dois primeiros capítulos desta segunda parte prescindem de uma análise jurisprudencial mais acurada. Reconhece-se que a tese seria enriquecida com tal abordagem. Todavia, o fato de se tratar de matéria que fica adstrita ao segredo de justiça tornou dificultoso o acesso às decisões judiciais. No mais das vezes, teve-se acesso a extratos de julgamento ou a ementas que pouco diziam a respeito do raciocínio seguido pela jurisprudência para se fixar os critérios de determinação da lei aplicável<sup>19</sup>. Outras vezes, mesmo o acesso a tais ementas foi impossível em decorrência de uma visão absoluta do segredo de justiça que tornou inacessíveis os dados relativos, por exemplo, ao sequestro internacional de crianças<sup>20</sup>.

Por fim, uma segunda perspectiva é desenvolvida no capítulo V, no qual a tentativa é a de se comparar os ordenamentos de inspiração interna e internacional, demonstrando as consequências que a adoção do sistema sugerido

13 Sem que isso represente a ineficácia ou a inabilidade do direito internacional privado, pois, como afirma JAYME, Erik. O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 21-28, 2005, p. 28, “No umbral do século XXI, a família mudou, porém, o direito internacional privado permanece sempre um instrumento eficaz e justo para indicar a lei aplicável aos casos multiconectados e multiculturais”.

14 Nesse sentido, confira-se DOLINGER, Jacob. A evolução do direito internacional privado no século XX. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, p.335-348, 1997, pp. 336 e 348.

15 RODAS, João Grandino. Prefácio. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 12. Tal obra originou-se do trabalho de iniciação científica realizada pelo candidato com apoio financeiro da Iapesp (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo).

16 O tema não mereceu a devida atenção e sistematização da maior parte dos tratadistas brasileiros da matéria. Exemplifique-se, por ora, com a obra de SIRINGIR, Irineu. *Direito internacional privado*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2005, cuja parte especial é das mais desenvolvidas.

17 Não apenas tratados que tenham por objeto o conflito de leis ou outro dos possíveis objetos do direito internacional privado, mas, também, tratados sobre direitos humanos, porquanto aqueles exerçam, por vezes, importante tarefa complementar relativamente a esses últimos. No que respeita aos direitos das crianças, essa complementariedade não passou despercebida a PARRA-ARANGURIN, Gonzalo. La tarea complementaria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño realizada por las Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas*, nº 106, pp. 51-67, 1998, nem a PFUND, Peter H. The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child: Contributions of the Hague Conference on Private International Law. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 3, pp. 665-675, 1997, p. 674. Também: DOLINGER, Jacob. *A criança no direito internacional*. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2003; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

18 HAESBERT, Rogério. Migração e desterritorialização. In: PÓVOA NETO, Helião; FERREIRA, Ademir Pacelli (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*. Rio de Janeiro: Revan – Faperj, pp. 35-46, 2005, traça a evolução que retirou o migrante em geral da condição de desterritorializado levando-o para a condição de sujeito afeto à multiterritorialidade. A criança que assiste à separação internacional de seus pais apresentará, por vezes, o característico movimento pendular a que o autor chama mobilidade espacial e que empresta aos seus personagens a característica de poderem “reconfigurar sua identidade na própria ideia de movimento, tão valorizada na sociedade contemporânea”. Veja-se, também, NASCIMBENI, Bruno. Il minore straniero e le norme sull’immigrazione. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 25, nº 4, pp. 809-820, 1989.

19 É mesmo quando se teve acesso ao inteiro teor de algumas poucas decisões, por intervenção de Desembargadores do TJSP que solicitaram a pesquisa em meu nome, o material mostrou-se insatisfatório do ponto de vista do conflito de leis.

20 Agradeço ao Professor Hermes Marcelo Huck a sugestão de contatar grandes escritórios de advocacia com atuação nessa matéria. Alguns poucos retornaram, fornecendo ementas de decisões. As sentenças ou acordãos, em seu inteiro teor não foram fornecidas, no mais das vezes.

pela sociedade internacional, por meio da ratificação dos tratados internacionais mencionados, poderá gerar no sistema interno brasileiro. Tal análise far-se-á por meio da busca daquilo que de diferente, de fluido, de especial houver nos sistemas analisados<sup>21</sup>, o que decorrerá, por certo, da análise empreendida nos capítulos precedentes do trabalho. Nesse sentido, trata-se de tese política a que se procura defender. Porém, cientificamente embasada e logicamente concatenada.

## PARTE I

# DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: PROBLEMAS TEÓRICOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À GUARDA DE FILHOS

<sup>21</sup> A respeito, MARQUES, Cláudia Lima. Casos de divórcios japoneses no Brasil: introdução ao método de análise de casos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, número especial, pp. 150-156, set. 2002, p. 151.

## I. A QUALIFICAÇÃO DA GUARDA COMO ANTECEDENTE PARA A APLICAÇÃO DO MÉTODO PRÓPRIO AO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

### 1. QUALIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Como se afirmou na Introdução, a correta qualificação da relação jurídica que apresenta pelo menos um elemento relacional alienígena é o pilar sobre o qual se assenta a aplicação do método próprio ao direito internacional privado, a fim de se resolver o conflito aparente de normas no espaço. Isso se faz pela busca do elemento de conexão indicado pelo legislador do foro, ainda que com a complementar atuação do órgão jurisdicional, que, eventualmente, poderá sopesar as condições materiais da relação jurídica com a intenção de fazer incidir o elemento de conexão que demonstrar possuir maiores ligações com a relação fática que se esteja a analisar.

Nesse sentido, a qualificação da relação jurídica apresenta-se como um *prius* à aplicação do método próprio ao direito internacional privado, seja esse o método que for, conformado por critérios fechados ou abertos. É que, muito embora hoje se admita a variedade de métodos, alguns ligados ainda ao viés estritamente normativista e outros abertos já à possibilidade de se levar em consideração as normas materiais eventualmente aplicáveis, com o escopo de realizar maior justiça, fato é que a qualificação continua a se apresentar como antecedente à busca do elemento de conexão, posto demandar, por exemplo, a interpretação da norma de conflito de leis<sup>22</sup>.

Entretanto, deve-se ter em mente que o modo de se operar a qualificação estará impregnado pelas características metodológicas que o sistema do foro competente adotar. Assim, colocar-se-á em relevo a classificação determinada pela lei do foro (*lex fori*), pela lei material afinal aplicável (*lex causae*) – em verdade, lei que se mostra à primeira vista aplicável –, ou, ainda, pela comparação entre os vários sistemas jurídicos potencialmente aplicáveis a fim de se buscar um denominador comum entre todos que possibilite qualificação satisfatória à luz dos mesmos, dependendo a escolha de tal procedimento, muitas vezes, da estrutura metodológica assente no país para a resolução dos conflitos. O objetivo desse item, assim, é o de dar notícia das várias escolas classificatórias desenvolvidas nos estertores do século XIX e durante todo o século XX,

22 MARQUES DOS SANTOS, António. Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado. In: *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 65.

culminando pela indicação do sistema que vigora do Brasil. Em seguida, o capítulo desenvolve-se com a descrição dos caracteres jurídicos que conformam o instituto da guarda e dos institutos que podem ser considerados como sua consequência, situando-se o objeto do estudo.

A razão teórica para se proceder à qualificação assenta-se na premissa segundo a qual os fatos naturais não apresentam qualquer conotação apriorística no plano jurídico, necessitando, por isso, de uma narrativa minuciosa a respeito de sua conformação, para que se possa decidir se a narração elaborada oferece contato com o sistema jurídico<sup>23</sup>. Até que se encontre a juridicidade da narrativa, esta permanecerá atinente apenas ao plano fático, passando ao mundo jurídico tão-só quando sua conformação se mostrar adequada a algum conceito jurídico determinado<sup>24</sup>. É que apenas os fatos considerados pela sociedade como juridicamente relevantes são por ela regulados com base nos caracteres gerais do sistema jurídico, a saber, sociabilidade, imperatividade e coercibilidade. Ausente um desses caracteres, o fato poderá amoldar-se a outros sistemas de regulação social que não o direito, mas carecerá de acomodação na seara jurídica.

A recondução dos fatos a uma dada categoria jurídica consiste justamente na tentativa de classificá-los juridicamente, demonstrando-se sua adequação estrutural ao esboço abstrato que o legislador desenha para determinar a proteção jurídica do bem – também ele jurídico – que se visa resguardar.

No âmbito do direito internacional privado, o problema da qualificação da situação fática se põe de duas perspectivas coligadas e que se relacionam com a estrutura da norma de conflitos, de um lado, e com o próprio conflito de leis no espaço, de outro<sup>25</sup>.

No que concerne à estrutura das normas de conflito, é sabido que elas são estilizadas pelo legislador segundo um acurado sistema de remissões, cujo objeto principal são as situações da vida ou, ao menos, aspectos de situações da vida transnacional<sup>26</sup>. As remissões estabelecidas pelo legislador têm por origem os

grandes grupos classificatórios das relações juridicamente relevantes, e a parte remissiva da norma se estrutura por meio da opção legislativa por um ou por mais de um elemento de conexão. Assim, desse prisma, o problema da qualificação refere-se ao enquadramento teórico dos fatos juridicamente apreciados em um dos grupos estabelecidos nas normas de direito internacional privado.

Nesse sentido, qualificar a relação jurídica é pesquisar a respeito de sua pertinência teórica a um ou a outro dos grupos relacionais estruturados pelo legislador. Percebe-se, por isso, que a questão está intimamente ligada ao rol das fontes do direito internacional privado, porquanto seja de se esperar que, quanto maior a especialização impressa no sistema pelo legislador, maior será a dificuldade de enquadramento da questão. Com efeito, um sistema normativo como o brasileiro, que se compõe de pouco mais de uma dezena de normas remissivas ou indiretas, acaba por revelar uma opção extremamente genérica por parte do legislador, o que facilita a classificação da relação jurídica em uma das categorias reconhecidas como paradigmáticas. No entanto, um sistema como o que fora estabelecido no Esboço das Leis Civis por Teixeira de Freitas<sup>27</sup>, com uma multiplicidade de normas de conflito disseminadas pelo regramento material, indicando-se o elemento de conexão eleito para cada instituto jurídico regulado, dificulta o trabalho do intérprete se se atentar para o fato de que a norma de direito internacional privado não traz, explicitamente, uma “conceituação legal daquelas categorias genéricas contidas nos textos de DIP”<sup>28</sup>, forçando-o a buscar o conteúdo de tais categorias genéricas em outras fontes. Na hipótese do Esboço, a proximidade local das normas materiais e conflituais levaria o intérprete, com maior facilidade, a recorrer ao conceito estabelecido na lei do foro, em detrimento de outras possibilidades que lhe são abertas, como a *lex causae* e o eventual recurso ao direito comparado, “antítese à clausura nacionalista ocorrida após o advento das codificações”, como salienta Marilda Rosado de Sá Ribeiro<sup>29</sup>.

Nessa esteira de pensamento, Valladão afirma que o aproveitamento de conceitos próprios a determinados ramos jurídicos, fazendo-os incidir, sem crítica, no ramo que os toma de empréstimo, está sujeito à submissão que, por

23 CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. atualizada por ROCHA, Osiris. Rio de Janeiro: forense, 1997. pp. 222-223.

24 “Para enquadrar o fato na norma, há que se ter claramente delineado aquele e bem entendida esta. O fato e a norma, a vida e a lei. Ambos exigem classificação ou caracterização, enfim, qualificação”. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 8. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 364.

25 Da natureza dos conceitos jurídicos, do fato de “serem eles conceitos técnico-jurídicos e não puros conceitos descritivos nascem delicados problemas, pertencentes uns à teoria da interpretação da norma de conflitos, atinentes outros ao momento de sua aplicação. São eles que no seu conjunto constituem a *famosissima quaestio* da qualificação em direito internacional privado”. FERRER CORRÊA, Antônio. *Lições de direito internacional privado I*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 200.

26 PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, p. 392.

27 Adotado, afinal, sem alterações de monta na Argentina e, ao que parece, utilizado como paradigma em normas de direito internacional privado estatuidas ao longo do século XX, com especializações das regras de conflito. Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 255.

28 VALLADÃO. *Direito...*, cit., p. 256.

29 Na esteira de San Tiago Dantas e Jacob Dolinger. Cf. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Importância do direito comparado. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *O Direito Internacional contemporâneo. Estudo em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 679-692, 2006, p. 681.

muito tempo, vigorou para o direito público, que se via impellido a recorrer ao direito privado. Aplaudindo a nova visão doutrinária, relativa à *autonomia dos respectivos conceitos*, e fiel à convicção de constituir o direito internacional privado um sobredireito, afirma o autor:

“Quando em um texto constitucional ou de DIP se usa uma expressão jurídica genérica, a sua definição não pode ser a que lhe dão textos outros, respectivamente, de leis ordinárias ou de leis civis, pois destarte a norma básica ou a de conflitos veria cortados os seus horizontes, desnaturada a sua finalidade e, praticamente, se esvaziaria, ficaria dependendo de outra norma de categoria inferior ou diversa que a alteraria à vontade.

(...)

E a norma de DIP enunciada para reger relação conectada com leis espacialmente em divergência, para optar entre a lei do foro e qualquer outra estrangeira ou mesmo apenas estranha (...) têm perspectivas mais largas do que o direito do foro, do que o seu próprio direito material. Considera o problema jurídico do ponto de vista extranacional, encarando as diversas leis do mundo e harmonizando-as (...) para assegurar a continuidade espacial da vida jurídica das pessoas (...).

Possui, destarte, a norma de DIP os seus conceitos próprios, autônomos, com essa *marca indestrutível de universalidade* que os distingue dos adotados nas normas de direito civil do foro, marca que constitui a base de sua formação, caracteriza a sua personalidade frente aos outros ramos do direito e será o norte para sua interpretação, para os problemas de qualificação.”<sup>30</sup>

Parece que Valladão insurge-se contra a qualificação baseada na *lex fori*, por entender que essa forma de enquadramento da relação fática em uma categoria jurídica vigente no foro poderá não encontrar respaldo na lei material que, afinal, deverá ser aplicada.

30 VALLADÃO. *Direito...*, cit., p. 256 – procedeu-se à adequação das regras de acentuação hoje vigentes. O destaque encontra-se no original compulsado. No mesmo sentido, FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 205, afirma que, “pertencendo a norma de conflitos à *lex fori*, a esta lei tem de pertencer também a sua interpretação. Só que por *lex fori* não podemos nós entender aqui a *lex materialis*, senão a *lex formalis*, o direito internacional privado dessa lei. Como já foi dito, seria erro grave supor que o conteúdo e limites dos conceitos próprios do direito de conflitos se obtêm necessariamente e apenas por via de uma simples referência aos conceitos homólogos do respectivo sistema de preceitos materiais”. Saliente-se, todavia, que o caso português é típico na medida em que assentadas as múltiplas normas de direito internacional privado na doutrina defendida pelo autor. No mesmo sentido: PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, pp. 401-402.

A questão esbarra, portanto, no próprio conflito de leis no espaço e na possibilidade de que as leis em conflito aparente para a resolução da *quaestio juris* estejam a emprestar aos mesmos fatos distintas qualificações. Assim, se dois ou mais ordenamentos jurídicos reivindicam a sua aplicação para a resolução da lide, surge a questão de saber como deve o juiz proceder com a finalidade de encontrar a correta classificação para a relação fática, ou seja, se deve ele procurar enquadrar os fatos narrados em categoria jurídica determinada pela lei do foro ou se deve, ao contrário, procurar o correto enquadramento segundo as determinações da lei material que, em princípio, parece ser a aplicável<sup>31</sup>.

O problema dos critérios a serem seguidos para se proceder à correta qualificação não foi notado na doutrina senão após o estabelecimento de discussões a respeito na jurisprudência. Os casos da sucessão do maltês na Argélia, do testamento hológrafo do holandês formalizado na França e do casamento civil, em jurisdição francesa, de cidadão grego e cidadã francesa<sup>32</sup> levantaram a questão, já que, segundo a qualificação admissível em cada um dos ordenamentos jurídicos envolvidos, chegar-se-ia a soluções diversas.

No que diz respeito a essa dificuldade de se buscar a forma mais adequada de qualificar a relação fática para a qual se busca uma solução jurídica, a todas as teorias que se desenvolveram foram endereçadas críticas mais ou menos veementes.

Da tentativa de se deixar assentada a necessidade de qualificação segundo a *lex fori*<sup>33</sup>, afirma-se ser ela melhor por estar o juiz do foro acostumado ao sistema classificatório vigente em seu país. Ademais, como a regra de conflitos a ser utilizada é aquela que se esculpiu no bojo desse mesmo sistema, é natural pressupor que os conceitos são em si assemelhados e buscam atingir senão o mesmo escopo, ao menos escopo social extremamente aproximado. No entanto, segundo alguns autores, essa forma de iniciar a resolução do conflito de leis acarreta a impossibilidade e a incapacidade de se aplicar, muitas vezes, a lei mais próxima à relação jurídica. Ademais, utilizar um critério classificatório para, em seguida, aplicar a lei de outro ordenamento pode ocasionar a aplicação de uma lei que não se mostra a mais adequada na medida em que, no ordenamento a

31 “Natural a perplexidade do juiz diante das incertezas conceituais da mesma relação jurídica. É um fenômeno que não podemos desmentir, e de valor, porque a eleição do critério da qualificação pode estabelecer decisões diametralmente opostas”. TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, v. 1, p. 295.

32 BARTIN, Etienne-Adolphe. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles du conflit des lois. *Recueil des Cours*, Paris, v. 31, 1930, pp. 562-621. Entre nós: DOLINGER. *Direito...*, cit., pp. 366-367.

33 BARTIN. La doctrine..., cit.

ser aplicado, a mesma relação receberia outra conformação jurídica<sup>34</sup>. Partem esses autores da convicção de que “uma lei nunca é convocada na totalidade das suas regras materiais, mas a norma de conflitos da *lex fori* recorta no sistema a que se refere um sector determinado e localiza nele a competência atribuída a esse mesmo sistema”<sup>35</sup>. Assim, percebe-se que a visão proposta faz coincidir a qualificação pela *lex fori* e a qualificação das regras do direito estrangeiro que podem ser aplicadas para a resolução do litígio. Desse modo, sendo diversa a natureza do instituto envolvido em ambos os sistemas, o juiz do foro restaria sem norma a aplicar, já que, nas normas de mesma qualificação do direito estrangeiro que foram convocadas pelo direito internacional privado do foro, não haveria nenhuma disposição pertinente ao caso em questão, sendo preferível, então, qualificar segundo os desígnios da *lex causae*.

Já ao sistema de qualificação pela *lex causae*<sup>36</sup> costuma-se indicar como empecilho principal a impossibilidade de se saber, de antemão, qual será efetivamente a lei material aplicável, já que ela dependerá justamente da qualificação que se estabelecer segundo a lei estrangeira e seu enquadramento na respectiva norma de direito internacional privado do foro, o que pode causar dificuldades de monta, pois, não raras vezes, a qualificação feita pela lei alienígena poderá forçar ao enquadramento da hipótese fática em uma norma de direito internacional privado do foro que indicará, por sua vez, a aplicação da própria lei material indígena ou de terceira lei, também estrangeira, modificando a ideia preliminar de que a lei usada para a qualificação da questão seria a lei aplicável. É isso porque, corriqueiramente, o juiz será levado à suposta *lex causae* por meio de sua própria lei conflitual, escolhendo-a com base na sua própria qualificação da questão – com base, portanto, na *lex fori*. Cria-se, assim, a possibilidade de que se estabeleça um círculo vicioso<sup>37</sup>, na medida em que a requalificação da questão,

segundo agora os desígnios do direito alienígena ou indígena que a busca anterior tiver demonstrado como aplicáveis, poderá indicar outro ordenamento como o competente para fazer valer as suas normas materiais.

Para evitar o estabelecimento desse suposto e provável círculo vicioso, sugere Ernst Rabel o recurso a mecanismos próprios do direito comparado para se buscar conceitos que possam apresentar notas de autonomia e universalidade capazes de, em médio prazo, fazer desaparecer os conflitos de qualificação. Todavia, justamente por se assentar em conflitos que dificultam a qualificação, é de se esperar que seja extremamente dificultada a busca de caracteres autônomos e universais capazes de dirimir tais conflitos, já que, nesses casos, seriam os mesmos conflitos meramente aparentes<sup>38</sup>. Ademais, como ressalta Magalhães Collaço, o método comparativo está longe de ser uma solução para o problema, sendo preferível encará-lo, como o faz agora o sistema de qualificação português, como um instrumento<sup>39</sup>.

No que concerne ao direito internacional privado brasileiro, é de se notar que o legislador de 1942 fez duas esparsas referências à lei a que se deve recorrer para fins de qualificação, mencionando a necessidade de se valer da *lex causae* sempre que se tratar de qualificar os bens (lei do local da situação dos bens) e as obrigações (lei do local da constituição). Silenciou, todavia, quanto ao estabelecimento de uma regra geral. Nesse sentido, a maioria da doutrina invoca o art. 6º do Código Bustamante, que é explícito ao estatuir a qualificação pela *lex fori*. No mesmo sentido o Projeto de Lei do Senado 269, de 2004, de autoria do senador Pedro Simon<sup>40</sup>, que dispõe:

Art. 17. **Qualificação** – A qualificação destinada à determinação da lei aplicável será feita de acordo com a lei brasileira.

Percebe-se claramente que o sistema brasileiro de direito internacional privado prefere a qualificação de acordo com a *lex fori*. Assim, no que concerne ao desenvolvimento do presente trabalho, procurar-se-á demonstrar como as relações fáticas que ensejam o pedido de atribuição da guarda de filhos, desencadeando suas consequências mais comuns, são reguladas pelo ordenamento nacional, já que a perquirição que se fará posteriormente, ao longo da segunda parte do trabalho, terá sempre em vista o direito internacional

34 “A caracterização *lege fori* (...) é contrária à ideia de paridade de tratamento entre a lei [do] foro e a lei estrangeira. Com efeito, se determinarmos a relevância da situação segundo o Direito material do foro e, nesta base, designarmos uma lei estrangeira como competente, podemos ser levados a aplicar, por força de uma norma de conflitos, normas materiais estrangeiras que não correspondem à categoria normativa utilizada na previsão da norma de conflitos. Isto contraria a justiça da conexão e a ideia de adequação que lhe está insita. O nexo de adequação entre o objecto e a estatuição da norma não seria respeitado”. PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, p. 401.

35 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 209.

36 Doutrina preferida por Despagnet, na França, Pacchioni, na Itália, e Wolff, na Alemanha. Entre nós, Haroldo Valladão. Cf. DOLINGER. *Direito...*, cit., p. 369 e RODAS, João Grandino. *Direito internacional privado brasileiro*. São Paulo: RT, 1993, p. 71.

37 À pergunta a respeito de haver ou não um círculo vicioso nessa busca classificatória por meio da *lex causae*, responde PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, pp. 402-403, que não, afirmando que o procedimento leva em conta um raciocínio hipotético que deve ter em vista “cada uma das ordens jurídicas potencialmente aplicáveis”, incluindo-se a *lex fori*, se esta for uma potencial *lex causae*, o que sucede frequentemente.

38 DOLINGER. *Direito...*, cit., pp. 370-371; FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., pp. 202-203.

39 MAGALHÃES COLLAÇO, Isabel Maria de. *Da qualificação em direito internacional privado*. Lisboa: s/e, 1964, pp. 174 et seq.

40 Saliente-se que o projeto apresentado pelo senador gaúcho é uma atualização do Projeto de Lei 4.905, de 1995, do Poder Executivo, aos ditames do Código Civil. O anteprojeto foi elaborado por Comissão presidida pelo professor João Grandino Rodas e composta pelos professores Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho.

privado brasileiro vigente e o direito internacional privado convencional<sup>41</sup> a que o Brasil tenha emprestado assentimento, bem como aquele que se encontra aberto à participação do Estado brasileiro, participação, todavia, ainda não efetivada.

### 1.1. RELAÇÕES FAMILIARES NO DIREITO BRASILEIRO: INTRODUÇÃO<sup>42</sup>

As famílias se formam normalmente, mas nunca exclusivamente, pela união de duas pessoas<sup>43</sup> que buscam, irmanadas, perseguir o seu desenvolvimento individual, por meio do reconhecimento da entidade familiar que acabam de constituir como aquele espaço privilegiado no qual o suprimento de suas necessidades pessoais pode dar-se de forma mais vantajosa<sup>44</sup>. Trata-se, assim, do espaço em que os projetos e sonhos comuns podem realizar-se mais facilmente<sup>45</sup>, fazendo da família um instrumento, pelo que passa a se apresentar, antes de tudo, como uma família funcional<sup>46</sup>. Daí por que se afirme que o

casamento aproxima-se, hoje, “mais de uma parceria sentimental do que [de] uma instituição impessoal estabelecida pela autoridade marital”<sup>47</sup>, como fora no passado.

Segundo o posicionamento doutrinário mais recente em direito de família, o grupo familiar deve apresentar-se com notas de *afetividade*, *ostensividade* e *estabilidade*<sup>48</sup>. A afetividade se expressa no amor devotado pelos indivíduos que compõem o grupo familiar uns em relação aos outros<sup>49</sup>, amor esse que a Declaração Universal dos Direitos da Criança reconhece, de forma pioneira, como nota característica da família funcional, instrumental, eudemonista<sup>50</sup>. A ostensividade, por sua vez, manifesta-se pela vivência pública entre os membros da família que se tratam como parentes e, demonstrando ou não seu afeto publicamente, são aceitos no grupo social em que convivem, como entidade familiar que formam. A estabilidade, por sua vez, não se manifesta por um termo

41 “No que toca às normas de conflito de fonte supraestadal, *maxime* convencional, a interpretação dos conceitos utilizados na sua previsão (...) tem de ser autônoma relativamente às ordens jurídicas nacionais e assentar numa comparação de direitos.” PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, p. 400. Isso se deve ao fato de tais convenções internacionais buscarem promover a unificação das regras do direito de conflitos de todos os Estados-membros relativamente à matéria de que tratam, o que só pode ser alcançado com base na interpretação extranacional. Também: DOI INCIER. *Direito...*, cit., pp. 383-384, ao analisar uma série de disposições específicas a algumas convenções internacionais de direito internacional privado, mormente assinadas no seio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado ou no âmbito das Conferências Interamericanas especializadas de Direito Internacional Privado (CIDIPs).

42 Uma versão preliminar – e por isso bastante incompleta – da pesquisa relativa a este capítulo (itens 1.1. até 2.2.) foi publicada pelo autor em MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência. In: DEIGADO, Mário; FIGUEIREDO, Jones. *Questões controversas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, v. 3, pp. 105-128. O artigo emprestou estrutura aos atuais tópicos, mas a pesquisa encontra-se, agora, atualizada e ampliada.

43 Normalmente, mas nunca exclusivamente, porquanto não se deva olvidar a possibilidade de constituição das famílias monoparentais. Todavia, nesse caso, não se há falar em atribuição da guarda de *filhos*, muito embora seja possível a atribuição da guarda do parente incapaz a outro membro da família que não o genitor.

44 “Os cônjuges se unem por supostos comuns, quase sempre inconscientes, com a expectativa de serem libertados dos seus conflitos pelo parceiro. (...) O espaço interno do casal (...) nasce do encontro entre os mundos interno e externo dos parceiros.” IÉRES-CARNEIRO, Terezinha; MAGALHÃES, Andrea Seixas. Conjugalidade dos pais e projeto dos filhos frente ao laço conjugal. In: IÉRES-CARNEIRO, Terezinha (Org.). *Família e casal: efeitos da contemporaneidade*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005, pp. 111-121, p. 113.

45 GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 25, chega a falar em *família teto-comum*.

46 O caráter funcionalista da família não é nenhuma novidade. Como ressalta LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 139-140, “os direitos familiares (pessoais) não são direitos subjectivos no sentido estrito, ou seja, direitos de exigir de outrem um certo comportamento no interesse do credor. São, antes, poderes-deveres, poderes funcionais. O titular do poder não o exerce no seu interesse mas, antes, (‘também’) no interesse do «sujeito passivo». (...) a mudança mais significativa traduziu-se no titular do interesse. O titular do interesse era a família, grupo coeso, hierarquicamente organizado que se considerava titular de interesses específicos (...). Hoje, com o abandono de importantes funções da família, sobretudo da sua função de produção económica, e com a perda de parte do seu significado

como veículo de transmissão dos bens e do estatuto social, os membros da família libertaram-se dos «interesses» desta, passando a prosseguir (*sic*) ‘livremente’ os seus interesses pessoais”.

47 DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 18.

48 LÓBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionais: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, nº 12, pp. 40-55, 2002.

49 Os gregos conheceram três vocábulos capazes de traduzir a ideia do amor. *Eros*, *philia* e *agape*. *Philia* designa o amor de amizade e por isso mesmo não serve para se referir à constituição de um grupamento familiar. Para a constituição de uma família é necessária a influência de *eros*, sem que deixe de se fazer presente a *agape*. A família formada por um homem e uma mulher, que deixam os seus grupos familiares primitivos para constituir uma nova unidade social é uma família que deve basear-se em *eros*, enquanto forma de amor “ascendente, ambicioso e possessivo”, um amor que se baseia na retirada do ser humano do seu grupo para a formação de um novo grupo. Mas o *eros*, sozinho, se pode ser a mola propulsora da formação da família, não traduz, ainda, a ideia de afeto enquanto amor devotado, amor “descendente, oblativo, ou seja, a *agape*”, o “amor que se torna, verdadeiramente, descoberta do outro, superando, assim, o caráter egoísta que antes, claramente, prevalecia. (...) Na realidade, *eros* e *agape* – amor ascendente e amor descendente – nunca se deixam separar completamente um do outro. Quanto mais os dois encontrarem a justa unidade, embora em distintas dimensões, na única realidade do amor, tanto mais se realiza a verdadeira natureza do amor em geral. Embora o *eros* seja, inicialmente, sobretudo ambicioso, ascendente – fascinação pela grande promessa de felicidade –, depois, à medida que se aproxima do outro, far-se-á cada vez menos perguntas sobre si próprio, procurará sempre mais a felicidade do outro, preocupar-se-á cada vez mais com ele, doar-se-á e desejará ‘existir para’ o outro. Assim se insere nele o momento da *agape*; caso contrário, o *eros* decai e perde mesmo a sua própria natureza”. BENTO XVI, Papa. *Deus caritas est* – Carta encíclica sobre o amor cristão. (sem indicação do tradutor). São Paulo: Paulinas, 2006, pp. 16-17. Segundo DOLINGER, Jacob. O direito e o amor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 2, pp. 233-245, 1994, p. 236, o amor “singular/singular – o amor que une homem e mulher – será quicá o único que pode capacitar o ser humano a elevar-se às alturas de amar o Divino”. Acredita o autor que seja esta a explicação para a inclusão do Cântico dos Cânticos, “o romântico e erótico poema composto pelo Rei Salomão” na Bíblia Sagrada.

50 A respeito, em uma perspectiva psicológica: ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem* [La famille en désordre]. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.