

**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  
São Paulo, primavera de 2012  
quartierlatin@quartierlatin.art.br  
www.quartierlatin.art.br

## II. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E GUARDA DE FILHOS: METODOLOGIA, JUSTIÇA E PERMEABILIDADE A VALORES

### 1. ESTRUTURA DA NORMA, MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E PREOCUPAÇÃO COM O DIREITO SUBSTANCIAL: ANÁLISE TEÓRICA APLICADA ÀS RELAÇÕES FAMILIARES

Léo Raape, nos idos de 1934, ministrou curso na Academia de Direito Internacional da Haia sobre as relações jurídicas entre pais e filhos, enfocando notadamente o problema da legitimação dos filhos naturais<sup>154</sup>. Sua intenção foi a de demonstrar que muitos dos antigos e dos novos problemas fundamentais ao direito internacional privado poderiam ter como ponto de partida para sua explicação sistemática aquele tipo de relação jurídica.

O avanço de uma série de fatores sociais e as revoluções culturais por que passou o mundo nas últimas décadas do século XX refletiram de forma assoladora na constituição da família. Seu conceito deixou de ser entendido, ao menos nos países ocidentais, em função da relação de prevalência dos pais em face dos filhos ou do marido em face da mulher. A família patriarcal, como visto no capítulo precedente, perdeu espaço em razão das alterações dos valores sociais e em seu lugar surgiu nova estrutura familiar chamada eudemonista, em que o grupo familiar passa a ser encarado como o *locus* privilegiado para a realização pessoal de cada um dos indivíduos que a compõem, o que se faz em razão de um desiderato comum que se consubstancia na funcionalidade que tal família passa a exercer. A família passa a ser, então, um instrumento de realização de cada indivíduo em particular. Já não é mais o indivíduo que existe em função e para a família, mas é a família que passa a existir em função e para a realização pessoal do indivíduo<sup>155</sup>.

Tal mudança se reflete na visão que a comunidade internacional tem da família e na dicotomia essencial que a cerca, ou seja, na visão que dela atualmente se tem no sentido de constituir uma associação coesa de pessoas autônomas (eudemonismo), ao mesmo tempo em que continua a ser encarada como um grupo de indivíduos que deve necessariamente submeter-se a regras, mormente as de estrutura. Tal dicotomia essencial acaba por se refletir na proteção jurídica que o direito internacional procura a ela dispensar.

154 RAAPE, Léo. Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé. *Recueil des Cours*, Paris, v. 50, pp. 402-544, 1934.

155 JAYME. Diritto di famiglia..., cit., pp. 295-304.

*"Although international treaty law salutes the family as the basic unit upon which society is organised the family is a concept in transitional development. There is an essential dichotomy surrounding the family: it is conceptualised both as a cohesive association of autonomous people and as a group of individuals subject to a higher law which protects competing claims. Unlike the definition of child international law lacks a treaty definition of family and it would be too simplistic to conclude that part of the problem is that there is no Convention on the Rights of the Family. The fundamental issue of definition would still have to be resolved."<sup>156</sup>*

As relações interpessoais ganham, assim, dinâmica própria, caracterizada pela multiplicidade de fatores correlacionados presentes nas mais diversas formas de relacionamento jurídico. Diante de tal realidade social complexa, as normas clássicas de direito internacional privado que normalmente são redigidas segundo um grau de abstração e generalidade que não se pode negligenciar, parecem não se coadunar mais com a estruturação familiar vivenciada na medida em que, hodiernamente, a origem nacional ou os locais de domicílio ou residência habitual dos membros da família podem não coincidir e os antigos critérios de prevalência da lei do marido ou do pai perderam, no mais das vezes, sua razão de ser. Consequência dessa constatação é a descoberta de lacunas no sistema que exigem do intérprete do direito internacional privado uma submissão mais ou menos rigorosa ao esquema de regras e exceções, exigindo – por vezes – extensa atividade criativa<sup>157</sup> na construção de normas aptas a emprestar dinamismo e pertinência à resolução dos conflitos de lei no espaço.

Assim, verificada a qualificação que o sistema jurídico brasileiro atualmente dá ao instituto da guarda e àqueles que lhe são correlatos, percebe-se que o que se busca é justamente garantir à criança condições de se desenvolver e de desenvolver sua personalidade segundo os paradigmas desta família eudemonista. Aliás, saliente-se, o avanço experimentado pelos institutos que compõem o objeto de análise desta tese no sistema brasileiro decorrem da implementação, no plano interno, de valores que nascem e se cristalizam no plano internacional relativamente aos direitos da criança.

Como salienta Alegria Borrás,

*"En un mundo cada vez más internacionalizado, ya no es suficiente que las normas materiales internas regulen de forma minuciosa una determinada"*

<sup>156</sup> BUEREN, Geraldine van. *The international law on the rights of the child*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 68.

<sup>157</sup> Assim: SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. Postmodernismo y derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 46, nº 2, pp. 557-585, 1994, p. 581.

*institución protectora del menor (rectius: del niño), acompañada de alguna norma, más o menos detallada, de derecho internacional privado. La diferente nacionalidad o residencia del menor (rectius: del niño) respecto a sus padres por naturaleza (...), etc., son ejemplos claros de supuestos en los que la internacionalidad de la situación debe recibir una respuesta del derecho internacional privado, autónomo o convencional, ya que la normativa material resulta inoperante si no va acompañada de este tipo de regulación.*<sup>158</sup>

Nesse sentido, o que se busca investigar é o grau de aptidão que o direito internacional privado tem para garantir que a lei material a ser afinal aplicada para a resolução das questões que surgem por ocasião da separação dos genitores com reflexos extra-fronteiriços será uma lei que possa espelhar, minimamente, essa nova tendência de valorização da família – e das relações que em seu âmbito se travam – enquanto *locus* apropriado para o desenvolvimento da pessoa humana dos filhos e de sua individualidade, tudo concatenado com a necessidade maior de se garantir o respeito aos direitos humanos fundamentais da pessoa em desenvolvimento.

Como salienta Fausto Pocar, a proteção garantida às crianças não lhes é devida em razão da relação jurídica que entre elas e seus genitores preexiste, mas, antes disso, é-lhes garantida pela comunidade internacional por considerá-los destinatários de uma exigência protetora<sup>159</sup> que se opõe em face de toda a coletividade ou em face de um grupo restrito de pessoas – como os membros da família – mas nunca em função das relações jurídicas preexistente entre as partes – como as relações de parentesco ou tutela<sup>160</sup>. Trata-se de hipótese de aplicação do princípio do melhor interesse da criança que, no campo do direito internacional privado, comporta “la adopción de soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas”<sup>161</sup>.

Indaga-se, portanto, acerca de eventual abertura do direito internacional privado para garantir a aplicabilidade de uma lei material que se mostra adaptada aos resultados que o sistema internacional quer e deve desenvolver por impositivo de suas próprias normas. Não o resultado individual e concreto – se

158 BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegria. El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado (discurs d’ingres). *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, v. 93, nº 4, pp. 915-967, 1994, p. 924.

159 DOLINGER, Jacob. *Contratos e obrigações no direito internacional privado*. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 545 menciona “que a lei mais próxima à parte que queremos proteger é a indicada pelo princípio da proteção”.

160 POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en droit international privé. *Recueil des Cours*, Dordrecht/Boston/Lancaster, v. 188, pp. 339-417, 1984, p. 351.

161 BORRÁS RODRÍGUEZ. El «interés del menor»..., cit., p. 923.

a criança permanecerá sob a guarda do pai ou da mãe (refletindo uma visão patriarcal); se restará sob a guarda do nacional ou do estrangeiro (refletindo uma visão nacionalista); se será mantida em território nacional ou se será levada ao exterior (refletindo a visão territorialista e paternalista do Estado que se considera o único ente internacional apto a proteger aqueles que até então se encontravam sob sua jurisdição<sup>162</sup>) – mas antes o resultado geral e abstrato que se considera o mais importante – se ficará sob a guarda ou jurisdição daquele (genitor, Estado, sistema) que melhor puder garantir um ambiente saudável e hábil para o desenvolvimento da criança enquanto pessoa humana capaz de lidar com a realidade atual, cada vez mais multifacetária, multilocalizada, multicultural<sup>163</sup>. Resultado geral e abstrato este que demonstra “a dignidade da diferença, a compreensão da diversidade, o respeito pelo desconhecido, a tolerância pelo estranho”<sup>164</sup>, em suma, “o reconhecimento de que não existe direito absoluto, assim como não existe verdade absoluta”<sup>165</sup>.

Não, também, o próprio resultado material em si (justiça material), mas o resultado que as normas de direito internacional privado podem e devem garantir e que se pode representar pela aplicação, no caso concreto, da lei – nacional ou estrangeira – que se mostra a mais próxima para a resolução do litígio, garantindo, assim, maior adequação, sem descurar, em absoluto, a necessidade de proteção que vise evitar a aplicação de leis materiais que podem acarretar resultados injustos (justiça conflitual)<sup>166</sup>. Deve-se sublinhar, portanto,

162 Ideia essa muito difundida nos primórdios da disciplina e que Pasquale Stanislao Mancini foi o primeiro a enfrentar, pregando a necessidade de se aplicar a lei nacional para reger as situações pessoais atinentes ao indivíduo. Veja-se, a esse respeito, BATIFFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris: Dalloz, 2002 (fac-símile da edição de 1956), p. 197, quando afirma que Mancini “en déduit que la loi nationale de chaque personne a la compétence de principe pour régir toutes les relations concernant cette personne; la tendance séculaire au territorialisme, qu’il est le premier à attaquer de front, procede, selon lui, de l’idée superficielle que le législateur régit essentiellement les choses, pour en déduire que la compétence primordiale est celle de la loi de la situation des biens”.

163 AMARAL JUNIOR, Alberto do. Entre ordem e desordem: o direito internacional em face da multiplicidade de culturas. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem a Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, pp. 152-165, 1998, p. 152, considera como causas para a perplexidade que o mundo contemporâneo tem gerado quanto aos mecanismos regulatórios internacionais, dentre outros, “a emergência de novos e intensos conflitos entre os sistemas sócio-culturais” e “o crescimento do fenômeno transnacional ilustrado pela proliferação das interações transfronteiriças envolvendo membros de [diversas] agremiações”, dentre as quais poder-se-ia incluir a família.

164 DOLINGER, Jacob. Da dignidade da diferença ao moderno direito internacional privado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n.º 373, pp. 113-120, maio/jun. 2004, p. 115.

165 DOLINGER. Da dignidade..., cit., p. 120.

166 MAYER, Danièle. Évolution du statut de la famille en droit international privé. *Journal du Droit International*, Paris, n.º 2, pp. 447-469, abr-jun 1977, pp. 456 e 461. Sobre os conceitos de justiça material e conflitual, veja-se, *infra*, o que vai no texto.

a necessidade de *certa* independência de critérios para a escolha da lei aplicável e para a regulação material do assunto<sup>167</sup>. Como salienta Fausto Pocar:

*“le contenu du droit étranger désigné par la règle de conflit ne devrait jouer aucun rôle lorsque le choix est effectué. La fonction du droit international privé devrait être distinguée d’une manière rigoureuse de celle du droit matériel: tandis que ce dernier doit fournir la solution concrète du cas d’espèce, le droit international privé se limite à indiquer d’après quel système de droit le juge doit trouver la solution.”*<sup>168</sup>

Mas isso, sem esquecer que:

*“tandis que la fonction d’édicter la réglementation protectrice concrète revient au droit matériel, la tâche du droit international privé est d’indiquer la loi applicable, mais en évitant que la différence du niveau de protection existant dans les systèmes juridiques avec lesquels une situation caractérisée par le besoin de protection d’un sujet a des liens puisse provoquer des solutions injustes pour le faible.”*<sup>169</sup>

Bem por isso, o presente capítulo procura abordar as teorias que perpassaram o desenvolvimento do direito internacional privado tendo como pano de fundo, sempre, as relações entre genitores que deixam de conviver entre si, mas que desejam e devem manter a convivência individual com sua prole. O intuito maior é fornecer subsídios teóricos para que, posteriormente, seja possível proceder à comparação de dois sistemas de determinação da lei aplicável à resolução da guarda e suas consequências a fim de se concluir a respeito da aptidão que cada qual demonstra possuir para a persecução dos valores acima relatados.

Assim, terminada essa abordagem teórica, proceder-se-á (na segunda parte da tese) à análise dogmática do sistema de direito internacional privado brasileiro e do sistema desenhado pela comunidade internacional, principalmente no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, organização internacional essa que, no âmbito dos direitos da criança tem cumprido expressivo papel na tentativa de adensá-los relativamente às relações privadas internacionais<sup>170</sup>.

167 BORRÁS RODRÍGUEZ. El “interés del menor”..., cit., p. 921, chama tal mecanismo de busca de “una ‘localización’ protectora para alcanzar una solución globalizadora que, en aras de la protección, abarque derecho material interno y derecho internacional privado”.

168 POCAR. La protection..., cit., p. 353.

169 POCAR. La protection..., cit., p. 357.

170 PARRA-ARANGUREN. La tarea complementaria..., cit., pp. 51-67; DYER, Adair. A Conferência da Haia completa cem anos de trabalho no campo do direito dos menores. Trad. Teresa Trigo de Sousa.

A análise de ambos os sistemas permitirá compará-los a fim de se justificar eventual ratificação da *Convenção sobre competência, lei aplicável, reconhecimento, execução e cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção de crianças*, firmada na Haia, em 1996. Mais do que avançar na busca de sistema coerente e coeso para a proteção das crianças em suas relações privadas no plano internacional – representada pelas convenções de 1980 sobre sequestro, 1993, sobre adoção, 1996, sobre medidas de proteção (dentre as quais a guarda) e 2007, sobre alimentos<sup>171</sup> – busca-se demonstrar a falência do sistema brasileiro de direito internacional privado da família – e das relações entre pais e filhos em particular – e sua discrepância relativamente às disposições de direito material a respeito, em nítida afronta ao princípio da harmonia material ou interna que “postula a uniformidade de valoração das mesmas situações dentro de cada ordem jurídica”<sup>172</sup> e “a coerência na regulação das situações da vida, o que obriga à eliminação de contradições normativas ou valorativas, designadamente através da adaptação”<sup>173</sup>. Tais discrepâncias, no mais das vezes, podem ocasionar a lesão de interesses legítimos dos envolvidos, produzindo resultados materiais injustos e mesmo inconstitucionais<sup>174</sup>.

Não se olvida que a incorporação do direito convencional – que aqui se vai defender – gera dificuldades para sua aplicação. Dificuldades para se atingir a necessária interpretação uniforme entre os Estados parte a fim de atender os objetivos visados pela convenção, aliada ao constante desconhecimento dos agentes internos do Estado a respeito de seu teor e vigência e as dificuldades para a alteração das disposições convencionais quando se verifica seu “envelhecimento”<sup>175</sup>.

Ademais, como é cediço, a ratificação de convenções internacionais – mesmo daquelas que prevêm eficácia *erga omnes*, ou seja, que têm eficácia mesmo quando indicam a aplicação de uma lei estrangeira proveniente do sistema jurídico de um Estado que não é parte na convenção<sup>176</sup> – não implica revogação da legislação interna. Nesse sentido a ideia de Erik Jayme:

---

*Infância e Juventude*, Lisboa, nº 3, pp. 9-33, 1993; DYER, Adair. Os direitos da infância no direito internacional privado. Trad. Teresa Trigo de Sousa. *Infância e Juventude*, Lisboa, nº 2, pp. 9-37, 1992.

- 171 DOLINGER. Da dignidade..., cit., p. 118 pergunta, após constatar que das mais de 30 convenções assinadas na Haia sobre direito internacional privado apenas duas foram aprovadas pelo país: “será mesmo que nenhuma outra das convenções da Haia deveria ser ratificada pelo Brasil?”.
- 172 PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, p. 239.
- 173 PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, p. 240.
- 174 GANNAGÉ, Léna. *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé: étude de droit international privé de la famille*. Paris: L.G.D.J., 2001, pp. 42-43.
- 175 JAYME. Identité culturelle..., cit., p. 68.
- 176 BORRÁS RODRÍGUEZ. El “interés del menor”..., cit., p. 932.

*“Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent.”<sup>177</sup> +*

Bem por isso, entende-se necessária essa comparação pelos benefícios que, acredita-se, poderá a ratificação da convenção produzir relativamente ao sistema interno brasileiro.

### 1.1. NORMATIVISMO, CLASSICISMO E SEGURANÇA JURÍDICA

As relações de família com elementos estrangeiros representaram desde os primórdios do desenvolvimento do direito internacional privado campo fértil para o florescimento e a evolução da disciplina, permitindo, de um lado, a elaboração de um método fundado na escolha geral e abstrata da lei aplicável para a resolução dos conflitos de lei no espaço<sup>178</sup>, o chamado método conflitual<sup>179</sup> e, de outro, a origem dos princípios do reenvio, do conflito de qualificação, da ordem pública, da fraude à lei e dos direitos adquiridos<sup>180</sup>, aptos a evitar a aplicação das leis indicadas pelo método clássico, como forma de se proceder a certa flexibilização do resultado alcançado pelas regras de conexão, fixas e técnicas<sup>181</sup>.

O método conflitual, desde Friedrich Carl von Savigny, vem procurando fixar as relações intersubjetivas em sua sede territorial, designando a lei vigente

177 POCAR. La protection..., cit., p. 357.

178 Mas não foi só essa a reação das entidades políticas frente às relações privadas com elementos estranhos à jurisdição local, nos primórdios do desenvolvimento do direito internacional privado. Salientam HOLLEAUX, Dominique; FOYER, Jacques; GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud. *Droit international privé*. Paris: Masson, 1987, pp. 162-164, três reações que deram origem a três diferentes métodos para lidar com o problema. A primeira reação alinhada pelos autores diz respeito à recusa absoluta em lidar com elementos de nacionalidade diversa da do foro, desencadeando sistema que acabava por negar juridicidade ao elemento estrangeiro. A segunda foi representada pela aceitação, ainda que parcial, do elemento estrangeiro e implicou na construção de normas jurídicas materiais específicas para a questão, refletindo, então, o grau de aceitação da situação fática ou relacional (veja-se, por exemplo, o problema da adoção internacional, tratada pela Constituição brasileira como adoção por estrangeiros). A terceira, por fim, representada pela tentativa de banalização do que fosse estrangeiro ao foro, procurou dotar de natureza nacional a norma de regulação estrangeira eventualmente aceita no foro, pregando que sua aplicabilidade só era possível dada a genérica autorização do sistema interno a sua aplicação.

179 MAYER. *Évolution...*, cit., p. 447.

180 DOLINGER. A evolução do direito..., cit., p. 336.

181 DOLINGER. A evolução do direito..., cit., p. 340.



em tal território para reger tais relações<sup>182</sup>. É sabido que a teoria savigniana do direito, na esteira da filosofia kantiana, procurou estabelecer um novo dado teórico que explicaria juridicamente a persecução, pelas pessoas, de seus interesses sociais e econômicos por meio da autonomia privada e de uma concepção individualista<sup>183</sup>. Trata-se da relação jurídica, estrutura abstrata que procura explicar o fenômeno jurídico a partir de categorias pré-estabelecidas e considerada pelo autor atributos da pessoa<sup>184</sup>.

No âmbito do conflito espacial de normas, as diversas espécies de relações jurídicas deveriam permitir a determinação da lei aplicável com o recurso a princípios universalmente aceitos aos quais se poderia chegar explorando-se a verdadeira essência de tais relações. Rui Manuel Moura Ramos, ao narrar o pensamento savigniano, chama a atenção do leitor para a inspiração kantiana da teoria ao afirmar que os princípios universais decorrentes da busca da sede das relações jurídicas seriam verdadeiras emanações da razão pura e, nesse sentido, poderiam e deveriam ser aceitos por todos os Estados<sup>185</sup>. Com isso, Savigny buscava voltar a garantir certa harmonia entre as decisões tomadas nos diversos Estados europeus, não mais pela aplicação de um direito material uniforme – o direito romano recebido – mas, antes, pelo acordo que deveria se formar entre os vários Estados nacionais acerca da aplicação de seus princípios universais para a determinação da sede das relações jurídicas<sup>186</sup>. “Acordo esse que seria possível dado o carácter universal de tais critérios e princípios que derivariam forçosamente da natureza das coisas”<sup>187</sup>, formando verdadeira comunidade de direito. E nessa comunidade de direito, aplicar-se-ia o direito estrangeiro em

182 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 140, afirma: “a sede da relação jurídica determina o direito local a que está sujeita” O mesmo autor, adiante, chama a atenção para a realidade atual e lembra que hoje a escolha do elemento de conexão se faz “por classes ou grupos de questões de direito ou zonas de regulamentação normativa (...) e não por categorias de relações jurídicas” e chama a atenção para a frequência com que o direito internacional privado distingue e recorta, “na mesma situação jurídica, diferentes aspectos ou perfis” (p. 141)

183 AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 31.

184 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano atual*, v. 8 [System des Heutigen Römischen Rechts]. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 38.

185 MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Direito internacional privado e Constituição: introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 16.

186 MARQUES DOS SANTOS, António. Direito internacional privado. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 29-55, 2005, p. 40 salienta que “as normas de conflito bilaterais (ou multilaterais), como as do CC português, determinam o âmbito de aplicação da lei estrangeira nos mesmos termos que o da lei do foro, como manifestação do princípio internacionalista da igualdade entre lei do foro e lei estrangeira, que decorre directamente dos princípios formulados por Savigny, o qual visava, antes de tudo, a harmonia internacional de decisões, fosse qual fosse o sistema em que a questão jurídica fosse apreciada”.

187 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 16.

atenção à verdadeira *Weltanschauung* estabelecida entre os Estados europeus. No entanto, essa suposta harmonização entre os diversos sistemas jurídicos no que respeita à determinação da sede das diversas relações jurídicas, em que pese ser coerente e teoricamente bem estruturada, dependia excepcionalmente das normas jurídicas de natureza interna. “Deixava pois de ser possível uma solução única e passava apenas a ser viável”<sup>188</sup>, caso assim o entendessem os Estados.

A teoria savigniana sofreu, ademais, duro golpe com o avanço do positivismo e sua vocação para a “exaltação romântica da ciência”<sup>189</sup> na medida em que qualquer referência a valores perdia espaço na concepção jurídica. Assim, os princípios universais utilizados para a determinação da sede das relações jurídicas, ao se assentarem em valores superiores aos Estados e às ordens jurídicas concretas, deixaram de ser instrumento dos sistemas, que se reduziram a um estrito legalismo, indiferente a quaisquer considerações valorativas<sup>190</sup>. Somou-se a isso uma gana codificadora que se alastrava pelos diversos países europeus e o resultado foi a obtenção de sistemas autônomos para a determinação da lei a aplicar na resolução dos conflitos de lei<sup>191</sup>. Daí a famosa dicotomia cunhada por Jitta que procurava separar um método universal e um método individual de direito internacional privado. Nos dizeres de Jacob Dolinger, caberia ao conjunto de Estados – membros, de resto, da sociedade internacional, desenvolvimento da comunidade jurídica do gênero humano, de Jitta, que é, por sua vez, *sucessora* da comunidade jurídica dos povos, de Savigny – “o dever de assegurar, mediante regras positivas e mediante uma organização internacional da administração da justiça, o reinado do direito nas relações sociais que se formam entre os indivíduos”<sup>192</sup>. Não foi essa, no entanto, a postura que logo se adotou. Ao contrário, o positivismo radical levou à concepção de que cada ordenamento interno era regido pelas características essenciais da exclusividade e da universalidade, bastando-se. E ao se bastarem, poderiam abusar da designação da *lex fori* para a regência dos casos conectados com mais de um ordenamento jurídico, inclusive com recurso a normas jurídicas materiais desenhadas especialmente para reger os casos com elementos estrangeiros. Esse ensimesmar-se por que passaram os ordenamentos nacionais levaria o direito internacional privado, decerto, a uma situação bastante desconfortável, como

188 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 18.

189 ABBAGNANO, *apud* MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 19.

190 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., pp. 19-20.

191 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 21.

192 DOLINGER. *Direito...*, cit., p. 148.

se sua própria existência fosse posta em causa e como se, num jogo de xadrez, o xeque-mate estivesse prestes a se avizinhar.

E é assim que, na esteira de Rabel, passa-se a salientar, primeiramente na Alemanha, que o direito internacional privado persegue fins diversos do direito material interno, “é movido por outra lógica e assenta em quadros que se bem que em larga medida coincidentes com os das instituições internas possuem todavia um outro e mais amplo conteúdo”<sup>193</sup>. Surge a concepção do direito internacional privado enquanto sobredireito, direito de aplicação do direito (*Rechtsanwendungsrecht*) que busca “traçar a esfera de aplicabilidade das ordens jurídicas” e que, atuando “quase exclusivamente através de regras de conflitos”, antes de escolher a *melhor lei*, deve indicar a *lei melhor colocada* para intervir na questão<sup>194</sup>. Com isso, passa a ser visto como um ramo do jurídico cujas normas possuíam “natureza superior às regras materiais”<sup>195</sup>. De conteúdo rígido, vinculam o juiz a utilizar um elemento de conexão pré-determinado ou determinável segundo critérios descritos na própria norma. São, por isso, chamadas de *hard-and-fast Rules*<sup>196</sup>.

Se tal concepção foi responsável pela fuga que se empreendeu do rigor metodológico construído pelo positivismo nacionalista, foi também responsável por uma cisão no conceito de justiça. Com efeito, ao delinear funções diversas para o sobredireito e o direito material, tal doutrina logo tratou de sublinhar que também as ideias de justiça do direito internacional privado e do direito material deveriam ser diferentes. As regras de conexão, ao estatuírem um tipo específico de justiça, livravam-se, por ora, da crítica que contra elas tinha sido levantada no sentido de serem regras às quais faltava sensibilidade para imperativos éticos<sup>197</sup>.

No entanto, o apego ao método savigniano de determinação abstrata da lei a aplicar obtido pela conjugação da situação juridicamente relevante a um elemento localizador da relação no espaço, tornava bastante limitada, inclusive, a realização da justiça conflitual<sup>198</sup>. Com efeito, valendo-se de um juízo *a priori*,

193 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 26.

194 FERRER CORREIA, António. Principais interesses a considerar na resolução dos conflitos de leis. *Direito internacional privado – Estudos Jurídicos III*. Coimbra: Atlântida, pp. 84-92, 1970, p. 84.

195 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., pp. 27-28.

196 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 142. Segundo BORRÁS RODRÍGUEZ. El “interes del menor”..., cit., pp. 940-941 as normas rígidas com critério de conexão único não permitem, em termos de direito das crianças, valorar onde realmente se encontra o interesse da criança.

197 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 29.

198 Para uma crítica à distinção entre justiça material e justiça conflitual, veja-se MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul? *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 73/74, pp. 85-125,

o método clássico ou normativo parte da norma jurídica para os fatos, passando pelo elemento de conexão, como salienta Amílcar de Castro<sup>199</sup>. Nesse sentido, sua justiça é realizada quando se consegue determinar a correta localização geográfica dos fatos, fazendo com que seja aplicada a lei material daquele Estado que aparenta apresentar vínculos mais estreitos com a *quaestio iuris decidenda* sem que, entretanto, se pudesse indagar acerca da aptidão que aquela lei teria para produzir um resultado materialmente justo. Restaria ao ordenamento do foro, apenas, a possibilidade de afastar a aplicação da lei estrangeira nas hipóteses em que se configurassem os princípios da ordem pública, da fraude à lei, da instituição desconhecida etc. garantindo a aplicabilidade de uma lei que pudesse causar menores prejuízos ao sistema, mas de novo sem se preocupar com os interesses dos envolvidos na relação fática. Tais princípios, como adverte Moura Ramos, inserem a incerteza no método do direito internacional privado, na medida em que visam proceder à correção na indicação da lei<sup>200</sup>.

Assume-se, então, o direito internacional privado como um ramo do saber jurídico que há de definir as formas de coabitação das ordens jurídicas nacionais, apresentando-se como um direito “tecnocratizado”, despreocupado com o dever-ser, “dispensado de prestar atenção a quaisquer *considerandums* valorativos e apenas preocupado em maximizar a perfeição dos seus mecanismos de atuação”<sup>201</sup> na tentativa de efetivar certo grau de segurança jurídica. António Ferrer Correia, a propósito, fala em “sistema puramente formal, cego para os autênticos valores do direito”<sup>202</sup> que:

“na ortodoxia dos seus dogmas, na sua ‘justiça’ estritamente formal, no positivismo e particularismo nacional da sua concepção basililar tal como o final do século [XIX] no-la transmitiu, na ruptura com a inspiração universalista de um Savigny e de um Mancini, o DIP não estava em condições de bem realizar a tarefa que lhe era assinada pela própria natureza das coisas.”<sup>203</sup>

1998, p. 94, quando afirma que antes que uma espécie distinta de justiça, dita justiça conflitual não é nada mais que justiça *tout court* (geralmente chamada material) relativa às situações com conexão múltipla.

199 CASTRO. *Direito...*, cit., p. 187.

200 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 88.

201 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 98.

202 FERRER CORREIA, António. O método conflitual em direito internacional privado e as soluções alternativas. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, nº 1, pp. 1-24, jul. 1982, p. 3.

203 FERRER CORREIA. O método..., cit., p. 21. Mormente no direito de família essa falta de condições se faz sentir na medida em que o distanciamento da realidade é mais rápida e profundamente sentido, pois os fatos antecedem as regras normativas como ressalta TANAKA, Áurea Christine.

Esse, no entanto, o direito internacional privado que se professa – em geral e ainda – no Brasil.

### 1.2. FLEXIBILIDADE E TENTATIVA DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA POR MEIO DA APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Atenta à distinta concepção de justiça que pode existir na comparação dos escopos do direito material e do direito internacional privado<sup>204</sup>, a doutrina – tanto internacional, como parte da doutrina nacional – buscou proceder a ajustes e correções no comportamento desta disciplina, enquanto ramo de uma ciência social, no campo da realização do direito. É justamente nesse sentido que se levanta a crítica de Moura Ramos à impermeabilização que no direito internacional privado se realizou em face dos valores assentes na sociedade:

“enquanto ramo de uma ciência social, não se entendia a sua alergia aos valores e preocupações que constituem o núcleo distintivo daquelas, a sua indiferença, não já quanto aos resultados concretos da aplicação dos seus comandos, como agora quanto à prossecução de certos fins sociais que a ordem jurídica no seu todo tem em vista e cuja realização promove através dos seus vários sectores. Não se compreendia a sua sistemática não participação nas tarefas de modelação da sociedade que o direito enquanto tal não está dispensado de visar. Não se aceitava a sua insensibilidade à promoção e actuação dos valores jurídicos fundamentais.”<sup>205</sup>

E é justamente na altura em que estas críticas mais veementes são dirigidas ao direito internacional privado de feição abstrata e localizadora que se propõe, de um lado, a sua permeabilidade aos valores sociais e públicos e, de outro, a elaboração de princípios que pudessem garantir à disciplina mecanismos mais eficazes de realização de justiça, ainda que continuasse ocupada em efetivar uma justiça eminentemente conflitual.

Assiste-se a um

“paulatino abandono das regras de conexão fixas, inflexíveis, que determinam a lei aplicável, para se adotar o princípio amplo e flexível da lei mais próxima, mais intimamente vinculada com as

*O divórcio dos brasileiros no Japão: o direito internacional privado e os princípios constitucionais.* São Paulo: Kaleidos Primus, 2005, p. 29.

204 BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de direito internacional privado*. 3. ed. (reimp.). Coimbra: Almedina, 2006, p. 43 chama a atenção para o fato de as regras de direito internacional privado, quando aplicadas, não darem azo à constituição, modificação ou extinção de direitos, donde deriva a diferença entre justiça material, que provoca tais consequências, e justiça conflitual, que não as provoca. Em sentido contrário, MOURA RAMOS. *Droit international...*, cit., p. 94.

205 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 99.

partes ou com a questão jurídica, que faculta aos tribunais maior poder discricionário na escolha da lei aplicável. Este novo *approach* se baseia na idéia de intensidade maior de ligação, e é conhecido como o princípio da proximidade.<sup>206</sup>

O princípio da proximidade encontra campo fértil de aplicação – sem que se impeça sua aplicação também a outras situações – nas hipóteses em que a relação fática com elemento estrangeiro apresenta como um dos sujeitos envolvidos, pessoa em condição de hipossuficiência, como é o caso das crianças<sup>207</sup>, seres em estágio formativo, dependentes que são da convivência, do carinho e do desvelo não só de seu pai e de sua mãe, como também dos membros da família alargada, como é o caso dos avós, irmãos mais velhos, tios e primos, por exemplo. Talvez por isso a Convenção da Haia concernente à competência, lei aplicável, reconhecimento, execução e cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção da criança, de 1996<sup>208</sup> tenha sido a primeira convenção de direito de família firmada na Haia a prever a possibilidade de aplicação da lei do país que apresentar *substancial conexão* com a situação fática a decidir<sup>209</sup>. Jacob Dolinger, dando ênfase a tal norma, afirma que “aqui já nem se exige maior proximidade, maior conexão, bastando haver substancial conexão, numa considerável expansão da liberdade de ação do julgador ou autoridade encarregada de proteger a criança”<sup>210</sup>.

Isso porque as regras flexíveis de direito internacional privado, as chamadas *open-ended Rules*<sup>211</sup> de inspiração norte americana<sup>212</sup>, apresentam a possibilidade de se proceder à escolha da lei aplicável dentre os diversos ordenamentos potencialmente aptos a regular o aspecto da vida que demanda intervenção, segundo critérios determinados pela legislação, pela doutrina ou pela jurisprudência<sup>213</sup>. Essa possibilidade de escolha da lei mais próxima, ou

206 DOLINGER. *Direito...*, cit., pp. 150-151.

207 DOLINGER. *Contratos...*, cit., p. 545 menciona os consumidores, os empregados e as vítimas de atos ilícitos.

208 Veja-se, a respeito, o capítulo IV, item 1, *infra*.

209 PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, p. 252 aplaude o sistema de conexão alternativa em matéria de proteção da criança.

210 DOLINGER. *A evolução do...*, cit., p. 343.

211 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 142.

212 Sobre o primeiro e o segundo *Restatement of the Law, Conflict of Laws*, seus condicionamentos históricos, e as críticas que sofreram, veja-se, por último, a interessante pesquisa de TANAKA. *O divórcio...*, cit., pp. 23-47. Saliente-se, entretanto, que a ideia de conexão flexível só vai aparecer no *Restatement 2<sup>nd</sup>*. O *Restatement 1<sup>st</sup>* seguiu a concepção clássica do direito internacional privado, com nítida preferência pela *lex fori* como elemento de conexão.

213 Está-se a referir às hipóteses de determinação da lei aplicável, após submissão da situação fática ao método do direito internacional privado, seja ele qual for. Diferente é a hipótese de efetiva escolha

da melhor lei (*better law approach*) que se abre ao intérprete não foi recebida imune de críticas. Ao contrário, autores acostumados com o sistema rígido de escolha da lei aplicável pelo sistema da verificação de sua sede jurídica acusaram a doutrina recém-criada de constituir-se em verdadeiro sistema de escolha de resultados<sup>214</sup>. Como resposta, o formulador dos princípios de preferência, o norte-americano David Cavers, aduziu que as modificações por ele sugeridas no método do direito internacional privado tinham natureza meramente indicativa, não obrigando o julgador a segui-las e que ele próprio entendia que só teriam aplicabilidade nas hipóteses em que o método tradicional, por alguma razão, falhasse<sup>215</sup>. Em que pese a argumentação desenvolvida pelo criador dos *principles of preference*, deve-se aduzir que há, em doutrina, quem enxergue na formulação de tais princípios não a estruturação de indicações ou recomendações aos magistrados, mas, antes, a formulação de verdadeiras normas de conexão substancial<sup>216</sup>.

A tendência de se dotar as regras de conflito de certa abertura se constrói a partir da adoção de uma orientação funcional, de resto já verificada em outros ramos do direito, e que visava proceder a certo equilíbrio entre a certeza e a segurança jurídica, já presentes no sistema, de um lado, e a flexibilidade que este almejava na seara jusprivatista internacional, de outro<sup>217</sup>. A fim de coordenar tais valores, defende-se, em doutrina e com reflexos nas fontes da disciplina – sejam elas internas, sejam elas de origem internacional (normas convencionais) –, a não aplicação das regras rígidas de direito internacional privado, capazes de gerar previsibilidade e segurança jurídica, sempre que de tal aplicação decorrer a possibilidade de se colocar em risco a realização de valores considerados fundamentais para a unidade do sistema, sublinhando-se

---

da lei de regência pelas partes, ainda que com base em critérios estabelecidos pelo sistema ao elencar critérios de conexão possíveis, limitando, portanto, a possibilidade de escolha. Isso por se tratar de situação em que há margem para a aplicação do princípio da autonomia de vontade das partes que escolherão a lei que regerá a situação fática, depois de sua verificação fenomênica. Assim, por exemplo, MARQUES, Cláudia Lima. Novos rumos do direito internacional privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos (em especial de acidentes de trânsito). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, nº 629, pp. 72-92, 1988, p. 82, ao relatar os critérios estabelecidos pela lei suíça para que causador e vítima de danos possam escolher, *a posteriori*, a lei que regulará a atribuição de responsabilidade, vinculando o órgão decisor.

214 Assim, EVRIGENIS, Dimitrios J. Tendances doctrinales actuelles en droit international privé. *Recueil des Cours*, Leyde: A. W. Sijthoff, v. 118, pp. 313-434, 1966, p. 338. No mesmo sentido, TANAKA. *O divórcio...*, cit., p. 45.

215 TANAKA. *O divórcio...*, cit., p. 32.

216 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 155, nota 180.

217 MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions. *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 57/58, pp. 293-322, 1994, p. 305.

a conveniência de que o sistema de direito internacional privado seja dotado de uma cláusula geral de exceção<sup>218</sup>.

Assim, seja pela construção da norma jurídica com a indicação de critérios alternativos ou subsidiários de conexão, seja autorizando-se o recurso às cláusulas de exceção<sup>219</sup>, fato é que o sistema de direito internacional privado procurou abrir a possibilidade de que o julgador se afastasse do método clássico, sempre com o intuito de proceder à justiça conflitual, permitindo a aplicação de uma lei que, em princípio não seria a aplicada, muito embora fosse, na hipótese, aquela que maior conexão apresentasse para a resolução da situação fática. Abre-se o sistema em prol da conexão mais estreita e isso acarreta, também, uma menor incidência dos clássicos princípios do direito internacional privado, cuja função precípua fora, sempre, a de proceder a reparos na lei a aplicar. Isso porque “a correção de resultados indesejáveis, tradicionalmente (...) operada [pelos princípios da ordem pública, da fraude à lei, da instituição desconhecida, da adaptação etc.], se fará no processo da aplicação da própria regra de conexão, dispensando os recursos aos princípios corretivos”<sup>220</sup>.

No entanto, o desenvolvimento das ideias que procuraram emprestar ao direito internacional privado maior proximidade com o caso concreto, não pararam por aqui. Insta verificar esquemas teóricos outros que procuram abrir ainda mais o conflito de leis a fatores que até então eram mantidos a longa distância da disciplina.

Volta e meia surge na doutrina uma construção do método do direito internacional privado preocupada em explicar – muitas vezes sem um alcance rigorosamente limitado, como sublinha Ferrer Correia<sup>221</sup> – a necessidade de o sistema de solução de conflitos de leis no espaço se abrir a princípios e critérios da justiça material. Como salienta citado autor, a ideia em si não é negativa ou positiva, mas deve ser, certamente, reservada para situações excepcionais, como queria Kegel. A dificuldade, entretanto, está sempre no estabelecimento dos critérios para a distinção, com clareza, de tais hipóteses<sup>222</sup>. E nesse sentido, várias foram as construções teóricas que se desenvolveram e que continuam a ser formuladas para explicar porque, coexistindo muitos ordenamentos jurídicos (1), por vezes alguns se mostram muito relacionados à situação fática ao passo

218 MOURA RAMOS. *Droit international...*, cit., p. 99.

219 MOURA RAMOS. Rui Manuel Gens de. *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 568.

220 DOLINGER. *A evolução do...*, cit., p. 345.

221 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 147.

222 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., pp. 149-150.



que em outras hipóteses, não parece haver correlação relevante com os fatos (2), ocasionando a necessidade de uma multiplicidade de métodos (3) que passa pela abertura a valores socialmente relevantes e pelo recurso a técnicas mais adequadas para a construção da norma de direito internacional privado (4)<sup>223</sup>.

Assim, por exemplo, Hijmans é comumente apontado pela doutrina como um dos formuladores de um posicionamento substancialista do direito internacional privado. Argumenta tal autor que havendo várias conexões, todas elas de valor ou peso sensivelmente identificáveis, dificultando a escolha da *better law*, seria de todo recomendável que se buscasse a resolução do litígio na própria relação da vida que se está a considerar. Explica que a realidade internacional contém em si mesma a sua própria regulamentação jurídica. Assim, é de se acompanhar o pensamento de Ferrer Correia a respeito de tais ideias<sup>224</sup>. Com efeito, o autor português critica a teoria de Hijmans, aproximando-a à teoria do direito livre, pela amplitude de liberdade que se estaria a outorgar ao julgador na hipótese deste considerar que os critérios possíveis de conexão teriam, todos eles, valor e importância aproximados, abrindo-se o caminho para uma decisão que não se sabe absolutamente qual será, dado o grau de discricionariedade que o autor holandês entregaria ao juiz. Isso porque nem sequer se cogita da formulação, pelos órgãos competentes, de regras materiais para aplicação aos casos com elementos estrangeiros, mas, antes, entrega-se ao julgador espécie de carta assinada em branco para ser preenchida pela decisão formulada – e fundamentada – livremente. Mesmo que se exija a necessária fundamentação, perdem-se critérios de controle de seu conteúdo.

Outra ideia referenciada pela doutrina como mecanismo de permeabilidade do direito internacional privado aos valores e a certa regulamentação material é aquela defendida por Arthur von Mehren para quem o sistema de solução de casos multi-conectados deveria levar em consideração os “pontos de vista de todas as ordens jurídicas que tenham um interesse legítimo em controlar o caso *sub judice*”<sup>225</sup>, buscando-se transformar o litígio por aquilo que entre eles houver de comum, ou de intermediário. Amplia-se o papel do direito comparado na formulação da decisão, mas corre-se o risco da distorção dos sistemas em causa, possibilitando-se que a decisão afinal obtida torne-se algo que, tamanha a artificialidade de sua construção, dificilmente encontrará respaldo e execução

223 ESPINAR VICENTE, Jose Maria. *Ensayos sobre teoría general del derecho internacional privado*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 98-102, destrincha os quatro tópicos mencionados no texto na tentativa de reconstruir a ideia básica à disciplina do conflito de leis no espaço em perspectiva que chama de ortodoxa.

224 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 148.

225 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 148.

em ordenamentos estrangeiros melhor colocados para concretizar os efeitos que a decisão visava realizar, tornando-a inexecutável, por não obtenção do necessário *exequatur*.

Para o escopo que este trabalho visa alcançar, no entanto, referenciar todas as tentativas de dotar o direito internacional privado de certa preocupação substancial seria esforço exagerado e despido de sentido. Partindo-se da premissa de que as relações familiares – e dentre elas as relações entre pais e filhos, em particular – assumem grande importância na conformação da sociedade e de seus interesses, não parece exagero afirmar ser esta mesma sociedade a principal interessada na regulação que se venha emprestar a tais relações. Assim, se alguma tendência substancialista tiver de ser reconhecida para que tal desiderato possa ser atingido sempre que tais relações apresentarem um elemento qualquer de estraneidade, crê-se que os valores postos em relevo para tanto devam ser os princípios constitucionais que dotam a família de dignidade e sobrelevam a multiplicidade de formas por que pode se apresentar na sociedade, os direitos humanos fundamentais, mormente aqueles reconhecidos ou positivados pela comunidade internacional e certa tendência verificável, mormente em algumas recentes convenções assinadas no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, no sentido de dotar o sistema de direito internacional privado convencional de normas materiais uniformes. Para tanto, vai-se aqui aprofundar um pouco a análise do posicionamento teórico defendido por Rui Manuel Moura Ramos, Erik Jayme e François Rigaux.

Essa análise, no entanto, como afirmado já na introdução da tese, não pretende avançar além da descrição de aspectos da produção científica de tais autores considerados relevantes para o desenvolvimento dos capítulos seguintes, seja para com eles concordar ou deles discordar. Decerto deve ser sublinhado que tais posicionamentos, longe de negar o método conflitual<sup>226</sup>, procuram complementá-lo ou aperfeiçoá-lo, assim como ocorre com o princípio da proximidade – cujo grande defensor entre nós, como se viu acima, tem sido o

226 Talvez a grande negação que se empreendeu ao método do direito internacional privado seja devida a Brainerd Currie. Com efeito, a teoria da *governmental interest analysis*, ao pregar a aferição do grau de interesse político dos Estados cujos ordenamentos encontram-se em conflito espacial no sentido de ver sua regra material efetivamente aplicada ao caso concreto, fundamenta-se na concepção de que o conflito de leis é uma consequência da interferência recíproca da esfera de aplicação das várias leis nacionais. É, portanto, um problema político. Nesse sentido, sustenta a necessidade de se aplicar a lei do Estado que efetivamente possui tal interesse. E na hipótese de se deparar com dois ou mais ordenamentos politicamente interessados, Currie defende a aplicabilidade da *lex fori*. A mesma solução é defendida quando a análise empreendida concluir pela ausência de interesses políticos em todos os ordenamentos envolvidos. As ideias do autor são analisadas, com riqueza por MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., pp. 132-140.

Professor Jacob Dolinger – ou com o estabelecimento de critérios alternativos ou subsidiários de conexão. Isso porque, como salienta Ferrer Correia,

“O DIP atual assume, pois, como característica predominante, a de procurar atingir os seus objetivos utilizando diferentes meios ou vias metodológicas. O seu método é pluralista, multidimensional. Certo que, no fundamental, a posição definida pela doutrina clássica se mantém inalterada. O DIP é essencialmente direito de conflitos. As soluções dos problemas decorrentes das soluções plurilocalizadas colhem-se, na generalidade dos casos, nos preceitos jurídico-materiais da lei com a qual a situação concreta se achar mais estreitamente conexas. Por outro lado, essa mais estreita conexão espacial deverá ser indicada por uma norma, ou seja, uma norma de conteúdo rígido ou uma daquelas regras que consagram todo um leque de opções possíveis (...). Tal norma deverá ser estabelecida em função dos fins gerais do DIP, dos quais sobressai a harmonia jurídica internacional ou uniformidade de decisões.”<sup>227</sup>

Tomando-se em consideração essas ideias aqui reproduzidas, e atentando-se para o fato de ser o sistema de direito internacional brasileiro vigente quase rudimentar, mormente em face dos avanços sociais experimentados pela sociedade brasileira nos dois últimos decênios, buscar-se-á na doutrina dos autores citados elementos que possam iluminar senão a construção da norma vigente no direito internacional privado brasileiro, nem a daquela norma sugerida pela sociedade internacional acerca do tema objeto de estudo, iluminar, ao menos, a comparação dos dois sistemas, a fim de se perquirir qual, dentre eles, é o que se mostra mais de acordo com os valores que regem a sociedade brasileira, suas famílias e as relações internacionais do país.

Ciente da necessidade de se defender certa permeabilidade do direito internacional privado aos valores que conformam a sociedade a que se dirige e certo de que tais valores vêm plasmados, principalmente, nas constituições dos diversos países, Rui Manuel Moura Ramos<sup>228</sup> defende a necessária adequação das regras de conflito aos ditames constitucionais, chegando mesmo a defender sua submissão ao controle de constitucionalidade das leis<sup>229</sup>, assim como o

227 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 167.

228 O autor citado é o Catedrático de direito internacional privado da Universidade de Coimbra e atual presidente do Tribunal Constitucional de seu país. As relevantes funções públicas que desempenha atualmente demonstram, talvez, como sua teoria pode ser pragmaticamente reconhecida em Portugal.

229 PINHEIRO. *Direito...*, cit., v. 1, pp. 251-252 refere que o problema se põe em decorrência do princípio da igualdade, constitucionalmente desenhado, ao qual se contrapõem algumas normas de

controle de constitucionalidade das leis estrangeiras por aquela norma mandadas aplicar<sup>230</sup>. Sua construção teórica, longe de tentar afastar do método do direito internacional privado sua raiz conflitual, procura, antes, adequá-lo aos valores sociais, negando-lhe qualquer pretensão asséptica. E isso porque reconhece que o direito internacional privado, assim como os demais ramos do direito, “ainda que por formas e com intensidade diversas, participa igualmente de uma tarefa de modelação da sociedade a que se dirige”<sup>231</sup>. Assim, por exemplo, se uma constituição estabelecer que incumbe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, uma série de direitos, dentre os quais o direito de convivência familiar, colocando-os à salvo de uma série de atitudes que considera perniciosas<sup>232</sup>, caberá ao Estado garantir que as normas de direito internacional privado sejam observadas com tal moldura axiológica. Assim, pouco importando se será o Estado-legislador, o Estado-juiz, ou, ainda, o Estado-administração, fato é que alguém haverá de se desincumbir da tarefa de reconstruir a norma, estudando-a à luz da interpretação constitucional recente, editando, eventualmente, “normas de integração ou definidoras de situações fáticas até então não abrangidas por determinação legal”<sup>233</sup>. Assim, por exemplo, uma norma que vise regular o conflito de leis no espaço e que determine, para o cumprimento de tal desiderato, a obrigatoriedade de que a criança incapaz ostente o mesmo domicílio do chefe de sua família precisará de interpretação adequada, que reconstrua seu sentido, mormente se tal instituto, não se coadunando mais aos valores sociais, tiver dado lugar à plena igualdade entre homem e mulher (marido e mulher, companheiro e companheira) na condução dos desígnios familiares. É que se assim se comportar o ordenamento e se, por exemplo, um pai decidir deixar o território do Estado em que era domiciliado em companhia de seus filhos, sem o consentimento da mãe destes, e se numa visão exclusivamente conflitualista se considerar que as crianças ostentam agora novo domicílio, poderá a decisão vir a ser tomada segundo a lei do Estado em que agora se encontram (lei do domicílio do chefe da família e das crianças), lei esta que pode privilegiar os interesses do pai sem que isso constitua, *a priori*, hipótese de ofensa à ordem pública, mormente se

---

direito internacional privado que determinavam, por exemplo, a aplicação da lei pessoal do marido aos casos relativos a regime de bens e divórcio.

230 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., pp. 34-35.

231 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., p. 103.

232 Como o faz a norma do art. 227, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo.

233 MARQUES; CACHAPUZ; VITORIA. *Igualdade...*, cit., p. 23. Continuam as autoras, salientando tratar-se de “perspectiva de estudo que garante a brecha necessária à recepção de novas doutrinas que possam conformar situações do mundo dos fatos ao sistema jurídico posto”.

o pai agiu com nítida intenção de *forum shopping*, escolhendo Estado que lhe privilegiava segundo critérios aceitos pela ordem valorativa do foro de origem, fazendo-o, no entanto, não com a intenção de fraudar a lei, mas dando vazão ao modelo do conflito móvel<sup>234</sup>. Nesse caso, as crianças subtraídas de seu *habitat* restariam desprotegidas e possivelmente afastadas de forma intensa – senão definitiva – do convívio com a mãe. Por outro lado, um ordenamento cujas regras de direito internacional privado tivessem sido construídas – ou interpretadas, o que de resto constitui-se em construção da norma a aplicar – com observância dos valores expressos no texto constitucional poderia certamente dar azo a resultado diverso, aplicando o juiz a lei mais próxima ao caso a decidir.

De tudo quanto ficou exposto, parece, afinal, que a construção de Moura Ramos mais do que elaborar um mecanismo de flexibilização do direito internacional privado tem a especial virtude de constituir-se em pano de fundo teórico para a abertura desse sistema aos valores sociais<sup>235</sup> por meio da pesquisa da lei mais próxima à situação a considerar. E tal virtude reflete justamente, no âmbito deste trabalho, a mola propulsora de uma necessária adequação das normas brasileiras de direito internacional privado à crescente complexidade das relações familiares e de sua multiplicidade imanente, especialmente porque encontram assento constitucional.

Partindo das considerações de Moura Ramos, pode-se chegar à construção que faz Erik Jayme acerca dos conflitos de civilização<sup>236</sup> ou de culturas<sup>237</sup>, entendendo-se por *cultura*:

“o conjunto de formas típicas de viver de grandes grupos de pessoas, incluindo suas atividades, suas formas básicas de pensamento, de expressão e de valores, sua maneira de ver o mundo. Em sentido lato,

234 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*. v. 1. 5. ed. Granada: Comares, 2004, p. 252, chamam a atenção para a distinção entre conflito móvel e fraude à lei: “*conflicto móvil y fraude de lei* son instituciones diferentes. En el conflicto móvil, el cambio de circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto no se produce maliciosamente, esto es, con el objetivo exclusivo de provocar un cambio de ley aplicable” (destaques do original compulsado).

235 Lembre-se que o texto elaborado pelo autor constituiu sua dissertação de mestrado na Universidade de Coimbra, apresentada em outubro de 1977, época em que as ideias a respeito da busca da *better law* ou do princípio da proximidade eram ainda incipientes.

236 Expressão preferida pelos autores franceses, como salienta MARQUES, Cláudia Lima. O direito internacional privado solucionando conflitos de cultura: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, nº 162, pp. 91-113, 2004, p. 93. Veja-se, a respeito, DÉPREZ. *Droit international...*, cit.

237 Como asseveram MARQUES; CACHAPUZ; VITORIA. Igualdade..., cit., p. 12, cultura essa que, encontrando no direito forma de expressão, ao mudar em decorrência de avanços valorativos, econômicos, históricos, éticos e religiosos de seu tempo, acarreta mudanças mais ou menos sensíveis em variados ramos do saber jurídico e não só no direito internacional privado.

cultura é o resultado da atuação do homem no mundo, aquilo que é diferente da natureza: o mundo cultural é o mundo realizado pelo homem, inclusive suas normas postas e seguidas no dia-a-dia de uma sociedade.<sup>238</sup>

Assim, na medida em que os princípios constitucionais “cristalizam”<sup>239</sup> disposições relativas aos direitos humanos e que as constituições tornam-se pródigas no reconhecimento de direitos fundamentais, acabam por refletir, com efeito, certo patrimônio comum de valores jurídicos universais que merecem consideração<sup>240</sup>, muito embora não haja identidade de extensão entre os diversos direitos individuais nos diversos sistemas jurídicos a considerar. A construção do autor, no entanto, levando em consideração aspectos de ordem cultural – ao lado ou ao largo, conforme a hipótese, dos critérios tradicionalmente aceitos pelo direito internacional privado, como a nacionalidade, o domicílio ou a residência habitual – visa justamente adequar a aplicação de uma ou de outra lei à maior proximidade (cultural) existente entre o caso e o sistema de que provém a lei a considerar. Assim é que, por exemplo, o autor aplaude decisão da Corte suprema da Baviera que decidiu – em questão prévia – aplicar a lei austríaca em detrimento da lei polonesa, em caso de regulação do exercício da autoridade parental de uma criança que ostentava dupla nacionalidade (austríaca e polonesa) por duas razões: primeiramente porque a mãe da criança, portadora também ela da dupla nacionalidade, considerava-se mais austríaca que polonesa e depois porque ao tempo da decisão (1984), a cultura austríaca apresentava infinitamente maiores semelhanças com a cultura alemã vigente na Baviera que a cultura polonesa<sup>241</sup>. De um lado, poder-se-ia dizer, leva-se em consideração a identidade cultural subjetiva da responsável pela criança; de outro, dá-se valor à identidade cultural coletiva vigente no Estado da residência habitual das interessadas (cultura que as circunda). Pode ocorrer, no entanto, conflito entre tais fatores de natureza cultural. Indaga-se, por exemplo, como se deveria proceder, à luz desse modo de pensar, em face de uma criança de origem japonesa ou árabe-muçulmana que, criada no Brasil, esteve, no entanto, imersa em valores culturais estranhos ao ambiente, porquanto criada em espécie de gueto onde prevaleciam os valores culturais alienígenas. Havendo discrepância entre aquilo que se chamou aqui de identidade cultural subjetiva e identidade cultural coletiva (de toda a coletividade), qual delas privilegiar? Tal

238 MARQUES. O direito..., cit., p. 92.

239 A expressão é de TANAKA. *O divórcio...*, cit., p. 63.

240 JAYME. *Identité culturelle...*, cit., p. 49.

241 JAYME. *Identité culturelle...*, cit., pp. 178-179.

consideração é importante, mormente se se atentar para a possibilidade de que a lei aplicável, pelos critérios tradicionais do direito internacional privado, ser a lei do domicílio ou a lei do foro (que no caso coincidem). *Quid iuris* se houver comportamento absolutamente refratário à lei do foro ou à lei do domicílio por parte dos envolvidos? Deve ceder a determinação da lei interna de direito internacional privado que mandava aplicar a lei material local e aplicar, por acaso, a lei estrangeira<sup>242</sup>? Não estaria, tal mecanismo, funcionando como espécie de princípio da ordem pública às avessas<sup>243</sup>? Jayme entende ser esta a expressão perfeita de um direito internacional pós-moderno, que utiliza uma combinação de diferentes formas de aproximação e renuncia a toda forma de puro dogmatismo<sup>244</sup>.

Assim, deve-se perquirir em que medida as convenções internacionais que serão analisadas no capítulo IV da tese, ao lado da Convenção sobre os direitos da criança, de 1989, podem servir de normas narrativas para a resolução de conflitos de valores e garantir certa coerência da ordem jurídica interna ao descrever os objetivos, os princípios, as finalidades do sistema, “de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas”<sup>245</sup>. Segundo se acredita, o direito à identidade cultural como baliza das regras do direito internacional privado pode se prestar a importante papel no âmbito das relações paterno-filiais. Trata-se do direito que a criança tem, em meu entender, de conviver com culturas diferentes em todas as hipóteses em que sua família, inclusive a alargada, encontrar-se dispersa pelo mundo. Nesse sentido, a construção de Erik Jayme aparece, acredito, como abertura para a aplicação das normas do direito internacional privado enquanto direito que tem tolerância pelo que lhe é estranho<sup>246</sup>, tolerância essa que vem indicada no sistema pela construção de normas narrativas.

Por fim, uma palavra acerca da tendência verificável, mormente em algumas recentes convenções assinadas no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, no sentido de dotar o sistema de direito internacional privado convencional de normas materiais uniformes. François Rigaux entende tratar-se de uma das mais notáveis evoluções dos trabalhos da Conferência

242 Foi o que aconteceu no caso citado por JAYME. *Identité culturelle...*, cit., pp. 254-255, em que as cortes alemãs deixaram de aplicar a lei local para aplicar a lei camaronesa justamente por considerar que havia, na hipótese fática, maior proximidade cultural dos envolvidos.

243 Acerca do direito internacional privado muçulmano e sua correlação com o conflito de civilizações ou de culturas, veja-se GANNAGÉ. *La hiérarchie...*, cit., pp. 155 *et seq.*

244 JAYME. *Identité culturelle...*, cit., p. 255.

245 MARQUES; CACHAPUZ; VITORIA. *Igualdade...*, cit., p. 16.

246 DOLINGER. *Da dignidade...*, cit., p. 115.

da Haia o recurso a diversificadas técnicas jurídicas – que cuida de analisar e listar – que recorrem à elaboração de normas com conteúdo material, visando a certa uniformização das decisões em casos plurilocalizados. Assim, os reflexos que tais normas geram no sistema de atribuição da guarda e suas consequências merece atenção, mormente em tais convenções, objeto de análise no capítulo IV da tese, com vistas à correta comparação com o sistema nacional, analisado no capítulo III.

## 2. CONTEÚDO DA RELAÇÃO FAMILIAR E REFLEXOS NA CONCEPÇÃO DO MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: TOMADA DE POSIÇÃO TEÓRICA E PRAGMÁTICA

No Brasil, as tentativas de se proceder à abertura do sistema legislado de direito internacional privado malograram, permanecendo o país preso ao sistema das *hard-and-fast Rules*. Assim, relativamente ao direito internacional privado brasileiro, pode-se afirmar que, no que tange à lei aplicável para reger a atribuição da guarda de filhos, nosso sistema contempla norma de caráter fixo e rígido a ser construída no terceiro capítulo da tese. É bem verdade que o princípio do melhor interesse da criança – tipificado na Convenção sobre os direitos da criança, de 1989 – poderia representar a válvula de escape para o julgador, que decidiria aplicar lei diversa daquela determinada pela regra rígida, construída com base na Lei de introdução ao código civil, caso pudesse vislumbrar em tal mecanismo situação que beneficiasse a criança e seus interesses<sup>247</sup>. Isso permitiria garantir à criança a efetivação da justiça conflitual na exata medida em que lhe seria “atribuída uma lei pessoal própria, uma lei que seja determinada em função de condições relativas à sua pessoa e não à pessoa”<sup>248</sup> dos pais. Por outro lado, caso a lei dos pais fosse a lei mais indicada para regular a situação, por garantir um grau mais elevado de proteção aos interesses da criança<sup>249</sup>, o princípio não afastaria a aplicação de tal lei, pois o que visa é a realização da justiça material e o fato de a ele se dar aplicação no âmbito do direito conflitual será sempre um passo naquela direção.

Nesse sentido, o princípio do melhor interesse da criança poderia fazer as vezes de cláusula geral de exceção a que acima se fez referência. Defende-se

247 Outro não é o posicionamento de BORRÁS RODRÍGUEZ. El “interés del menor”..., cit., p. 940, quando afirma: “Si se utilizan normas de conflicto, la protección del menor se alcanza mediante el establecimiento y articulación de las conexiones. Así, el juego de una o de varias conexiones de forma alternativa o subsidiaria puede hacer prevalecer un interés prioritario. Por otra parte, la inclusión de una conexión flexible puede dar mayores posibilidades de asegurar dónde se encuentra el verdadero interés del menor, aún a riesgo de una mayor inseguridad”.

248 FERRER CORREIA. Principais interesses..., cit., p. 85; FERRER CORREIA. O método..., cit., p. 7.

249 Como lembra BORRÁS RODRÍGUEZ. El “interés del menor”..., cit., pp. 928-929.



esse ponto de vista, mormente por decorrer o princípio do melhor interesse da criança de norma de origem internacional que visa a proteção dos direitos humanos da criança e do adolescente.

Acreditando que a Constituição Federal atribuiu, por força já dos §§ 1º e 2º do art. 5º, força supra-legal e aplicabilidade direta no sistema brasileiro aos tratados de direitos humanos, sendo desnecessária e até temerosa a inclusão do § 3º ao mesmo art. 5º da Carta constitucional, mas ciente da possibilidade de refutação de tal crença, busca-se argumento meramente pragmático para defender a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança em detrimento da norma rígida construída com esteio na Lei de introdução, recorrendo-se ao critério cronológico – o mais tênue entre todos, como é cediço – para lembrar que a Convenção de 1989 foi ratificada em 1990, muitos anos depois de promulgado o Decreto-Lei de 1942 que revogou a Introdução ao código civil de 1916. Levantar-se-á, todavia, por parte de uma visão mais conservadora, objeção para informar que a Lei de introdução ao código civil traz regras de sobredireito que, como dito acima, possuiria “natureza superior às regras materiais”<sup>250</sup>. Enfrentar o problema desse modo é esquivar-se da função primordial que o sistema atribui aos órgãos incumbidos da tomada de decisões, todavia. Como salienta Moura Ramos, “le juge sera donc obligé de faire figure de législateur, en vue de concrétiser le principe dans la situation donnée”<sup>251</sup>.

Acredita-se que a adoção de tal método é salutar, mormente em período histórico como o que se vivenciou recentemente em que o próprio direito material sofreu influências benéficas de uma concepção filosófica que permitiu a inscrição de cláusulas abertas na legislação, ao mesmo tempo em que se viram diminuir as fronteiras lógico-didáticas levantadas para separar os ramos público e privado do saber jurídico. Nada mais coerente – parece – que dotar o direito internacional privado da família, especificamente no que concerne às crianças, de mecanismo apto a garantir alguma forma de arejamento.

Como salienta Léna Gannagé, não basta para tal desiderato demonstrar – ou assumir como dogma – que uma norma internacional esteja situada em nível elevado da pirâmide normativa. Isso não se mostra suficiente para afirmar peremptoriamente sua primazia relativamente a normas inferiores. Assim, não basta assumir como verdade assente que o princípio do melhor interesse da criança tem status constitucional ou supra-legal capaz de derogar a norma de direito internacional privado da lei de introdução, tecnicamente de hierarquia

250 MOURA RAMOS. *Direito...*, cit., pp. 27-28.

251 MOURA RAMOS. *Les clauses...*, cit., p. 314.

inferior, muito embora se possa defender a sua *superioridade lógica* como se fez no passado. Será necessário, ainda, demonstrar que:

“D’une part, la norme internationale doit pouvoir faire l’objet d’une application directe dans l’ordre interne. D’autre part, il doit exister une contrariété manifeste entre le norme internationale et la norme interne.”<sup>252</sup>

O primeiro dos requisitos fica superado em face da ratificação da Convenção dos direitos da criança pelo Estado brasileiro. O segundo dos requisitos demanda a construção das normas interna e internacional para ver se, no que é fundamental, há contrariedade manifesta entre ambas. Acredita-se que haja. Se não no conteúdo, decerto naquilo que é essencial, ou seja, nos fins mesmos a que a norma de direito internacional privado se destina a garantir – a aplicabilidade do sistema jurídico mais afeto à situação fática, afetação essa que se afere por proximidade<sup>253</sup>. Resta ver se se conseguirá sustentar e defender tal concepção. A tentativa vem desenvolvida na segunda parte da tese.

252 GANNAGÉ. *La hiérarchie...*, cit., p. 74.

253 GANNAGÉ. *La hiérarchie...*, cit., pp. 96-97 afirma que “il s’agit toujours, en effet, de s’affranchir de l’exigence de règles de conflit préétablies, pour déterminer, au vu d’une comparaison des différentes règles matérielles en présence, celle qui satisfait le plus aux exigences d’un principe général, en l’occurrence, l’intérêt de l’enfant”.

### III. A VERIFICAÇÃO DA LEI APLICÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO LEGISLADO

O problema da guarda de crianças ganha contornos complicados quando a relação apresenta algum elemento de estraneidade<sup>254</sup>, normalmente representado pela residência de um dos pais em Estado diferente daquele em que a criança vive com o genitor que detém sua guarda, mormente se se atentar para o fato de que “importa no direito de família mencionar que os indivíduos têm um interesse forte no reconhecimento universal de suas relações jurídicas”, pois “a família não conhece fronteiras políticas”.

A hipótese mencionada anteriormente (residência no exterior) não é exclusiva, devendo o método próprio ao direito internacional privado ser convocado a atuar sempre que a relação jurídica paterno/materno-filial contar com qualquer elemento estrangeiro que conforme algum dos elementos de existência da relação jurídica. Daí por que a análise desse capítulo seja levada a cabo com base em duas realidades fáticas distintas, mas que apresentam reflexos de extrema importância na forma de exercício da guarda e no estabelecimento do direito de visitas, por exemplo.

Em um primeiro momento, então, em que pese a presença do elemento estrangeiro na conformação jurídica da relação, imagina-se a hipótese de que os pais da(s) criança(s) permaneçam domiciliados – ou residentes, como de hábito – em território brasileiro. Como o estabelecimento do domicílio ou da residência habitual da criança será feito pelo genitor-guardião, percebe-se que a família, nessa hipótese, permanecerá “unida”, sem que se criem embaraços de monta para o exercício do direito de visitas, para o pagamento da pensão alimentícia fixada e para o exercício conjunto do poder familiar pelos pais que se separam. Da mesma forma, no que tange ao direito de administração dos bens dos filhos menores.

Sendo todos os membros da família parental residentes e domiciliados no País e permanecendo a família integrada sob a mesma soberania estatal após o pronunciamento da separação, do divórcio, ou do desfazimento da união estável entre os genitores havida<sup>255</sup>, percebe-se que o elemento estrangeiro estará

254 JAYME. O direito internacional..., cit., p. 27.

255 O trabalho não visa determinar a lei aplicável para regular o desfazimento do casal conjugal, ou seja, das relações entre homem e mulher. Trata-se de questão anterior, já que, na normalidade dos casos, só se há falar em atribuição da guarda se os pais já não vivem mais juntos, ou, ainda, se juntos nunca viveram, quando a atribuição da guarda deve ser regulada desde o nascimento da criança, muito embora ambos os genitores conservem, entre si e mutuamente, o exercício do poder familiar. No que concerne à determinação da lei aplicável para regular a separação e o divórcio, conforme o caso, veja-se: AUDINET, E. Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce.

comumente presente, nessa hipótese, na nacionalidade de um ou de ambos os genitores ou, ainda, na nacionalidade da criança ou das crianças. Todavia, sendo o Brasil nação que preenche o conceito de lei pessoal com o recurso ao elemento de conexão domicílio, aplicável será, à hipótese, a lei nacional.

A segunda hipótese a que se dará atenção é aquela caracterizada pela separação transfronteiriça dos membros da família, quer porque se tenham separado de fato e ido, um deles, residir no exterior, seja porque um deles demonstra a intenção manifesta de deixar o território nacional a fim de fixar seu domicílio em país estrangeiro, seja, ainda, na hipótese de se requerer a inversão da guarda outrora atribuída, a majoração ou a diminuição da verba alimentícia fixada, a regulação do direito de visitas por forma diferente da que vigente, seja, por fim, pela dificuldade prática que esta realidade fática cria para o exercício conjunto do direito-dever de administrar os bens dos filhos menores e do poder familiar. Nesse caso, de maior complexidade, avultam as hipóteses de que o direito aplicável possa ser o estrangeiro, fazendo-se necessária a análise de possibilidades referenciadas à aplicação dos princípios que autorizam o afastamento da lei alienígena, preferindo-se, naquele caso concreto, a aplicação do direito nacional.

Por fim, ciente de que as relações fáticas nessa seara são extremamente volúveis em razão da garantia de direitos como a liberdade de ir e vir e o corolário de se fixar o domicílio em território estrangeiro, além do direito ao trabalho e o direito às convivências familiar e comunitária sadias, o trabalho procura imaginar algumas hipóteses em que a modificação das circunstâncias subjacentes à relação pode determinar nova conexão da realidade fática, dessa vez com ordenamento jurídico diverso daquele que regia, por aplicável, as relações familiares. Trata-se do chamado conflito móvel, caracterizado pela lícita alteração da circunstância de conexão, forçando à aplicação ao caso, que vinha sendo encarado segundo dada lei, de lei outra, indicada pela nova circunstância fática.

---

*Recueil des Cours*, Paris, v. 11, pp. 171-252, 1926, pp. 217 *et seq.*; CHESHIRE, Geoffrey Chevalier. The concept of marriage and the relations between husband and wife. *Recueil des Cours*, Leyde, v. 108, pp. 115-188, 1963, pp. 160 *et seq.*; SCHWIND, Fritz. Le divorce en droit international privé. *Recueil des Cours*, Leyde, v. 117, pp. 445-502, 1966; MARQUES. O direito..., cit.; TANAKA. O divórcio..., cit.; VALLADÃO, Haroldo. Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage. *Recueil des Cours*, Leyde, v. 105, pp. 69-172, 1963; VILLELA, Anna Maria. Le droit international privé brésilien et la question du divorce. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 69, n° 2, pp. 231-278, 1980. Quanto à dissolução das uniões estáveis em direito internacional privado: GAUTIER, Pierre-Yves. Les couples internationaux de concubins. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 80, n° 3, pp. 525-539, 1991; DOLINGER, Jacob. *A família no direito internacional privado: casamento e divórcio*. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Relativamente a ambas as hipóteses e com esteio em interessante análise de conflito cultural entre os membros do casal que se separa: GAUDEMET-TALLON, Hélène. La désunion du couple en droit international privé. *Recueil des Cours*, Dordrecht/Boston/Lancaster, v. 226, pp. 9-280, 1991.

## 1. MANUTENÇÃO DOS MEMBROS DA FAMÍLIA EM TERRITÓRIO NACIONAL

Como já se adiantou, todo esse primeiro tópico do presente capítulo pode ser resumido na seguinte realidade: a manutenção de todos os familiares da criança no mesmo território – no caso, o território nacional – implica o reconhecimento de que o domicílio de todos os envolvidos esteja fixado em território brasileiro<sup>256</sup>. Como a qualificação da questão impele ao reconhecimento de que se trata de relação atinente ao direito de família, busca-se na legislação nacional o elemento de conexão ao qual o legislador brasileiro de 1942 deu prevalência e conclui-se, sempre, pela aplicação da lei brasileira.

Assim, enquanto perdurar essa realidade fática (veja-se, a respeito das modificações nos fatos, o tópico 3), toda a regulação da guarda e de suas consequências será presidida pela aplicação da lei brasileira, uma vez que não se encontra presente o principal aspecto formulador de problemas nessa seara, a saber, a separação transfronteiriça dos membros da família, que dificulta o exercício do direito de visita e de outros direitos correlatos.

A escolha do elemento de conexão domicílio, nesse caso, facilita a determinação da lei a ser aplicada justamente porque a manutenção de todo o grupo familiar no mesmo território afasta qualquer forma de conflito entre os elementos de conexão eventualmente aplicáveis. Explique-se. O legislador do direito internacional privado brasileiro tem sido extremamente conciso desde a estatuição da Introdução ao Código Civil de 1916, que vigorou entre 1º de janeiro de 1917 e 4 de setembro de 1942, permanecendo inalterada a sua atuação desde então<sup>257</sup>. A opção pelo sistema sintético de elaboração normativa no que concerne ao direito internacional privado acaba, por vezes, criando certa dificuldade no que respeita à determinação da lei pessoal familiar, seja a lei da nacionalidade (1916), seja a lei domiciliar (1942). Com efeito, a opção do legislador nacional foi sempre no sentido de estabelecer uma regra geral

256 O que não impede a existência de elementos estrangeiros diversos ao domicílio na relação fática. Afasta-se, assim, as relações puramente internas, segunda a classificação de Jitta, mas não, em alguns casos urgentes, as relações relativamente internacionais, ou seja, aquelas relações que, sendo puramente internas à luz de dado ordenamento, quando enfrentadas por um juiz brasileiro, apresentam apenas elementos estrangeiros, todos eles referentes a um único ordenamento (pense-se na situação de uma criança japonesa, filha de japoneses, todos domiciliados e residentes habitualmente no Japão que venha a perder, por fatalidade, ambos os genitores no Brasil, durante viagem de férias, em razão de um acidente e a quem seja necessário atribuir um guardião, ainda que temporário). A respeito da classificação de Jitta: MARQUES DOS SANTOS, Antônio. Direito internacional privado. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 29-55, 2005, pp. 29 *et seq.*

257 DOLINGER, Jacob. A criança no direito..., cit., p. 385, classifica o produto da atuação do legislador brasileiro como lacônica.

acerca das relações familiares e, a partir de 1942, uma série de regras específicas atinentes, em grande medida, às relações entre os cônjuges, negligenciando as relações filiais, que restaram entregues à apreciação da doutrina que lhes tentou privilegiar.

Ressalte-se, entretanto, que o Esboço de Teixeira de Freitas, em 1860, e o Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas, de Haroldo Valladão, em 1964, procuraram estabelecer um regramento relativamente minucioso e analítico das relações familiares, considerando, em parte, a construção doutrinária até então existente<sup>258</sup>.

O principal problema decorrente dessa opção legislativa oficial no que concerne às relações parentais dizia respeito, à luz da Introdução ao Código Civil de 1916, à possibilidade de que os genitores portassem nacionalidades distintas<sup>259</sup>, o que dificultava o trabalho de exegese, a fim de se buscar a norma que seria aplicada, ora privilegiando-se a lei da nacionalidade do varão, ora pondo-se em destaque a lei nacional do cônjuge virago, ora, ainda, buscando-se a lei nacional da criança, conforme fosse o caso de se dar prevalência a um ou outros dos personagens envolvidos<sup>260</sup>. Diante desse verdadeiro conflito de nacionalidades, muitas vezes optava-se pela lei da nacionalidade do marido, já que ocupava a chefia da entidade familiar<sup>261</sup>. No entanto, nos casos de desquite então admitidos, desfeita a sociedade conjugal, destituído da chefia da família estaria ele, sendo necessário, por isso, buscar um critério subsidiário. Saliente-se que o art. 9º da Introdução referida estabelecia critério de resolução de conflitos positivos e negativos de nacionalidade. Todavia, a regra ali assentada tratava do conflito meramente pessoal, em que o sujeito abrangido pela hipótese fática fosse apátrida (inc. I) ou ostentasse mais de uma nacionalidade, não havendo

- 258 VALLADÃO, Haroldo. Développement et intégration du droit international privé, notamment dans le rapports de famille (cours général de droit international privé). *Recueil des Cours*, Leyde, v. 133, pp. 413-528, 1971, pp. 505 e 507.
- 259 MAYER. Évolution..., cit., p. 448. Na América Latina, a nacionalidade do marido nunca se estendeu à mulher nem aos filhos. Cf. VALLADÃO. Développement..., cit., p. 509.
- 260 Optava por esse elemento de conexão o direito internacional privado dos então países socialistas, em que era comum o tratamento das mais diversas relações entre pais e filhos sob uma mesma rubrica, submetida, quase sempre (porém dependendo dos tratados bilaterais analisados), à lei da nacionalidade da criança. Cf. SO NIAK, Mieczyslaw. Les conventions conclues entre les pays socialistes sur le droit civil international et le droit international de la famille. *Recueil des Cours*, Leyde, v. 144, pp. 1-76, 1975, p. 48.
- 261 Desse modo nos sistemas jurídicos de direito muçulmano. Cf. BENATTAR, Raoul. Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans le pays de droit personnel. *Recueil des Cours*, Leyde, v. 121, pp. 1-112, 1969, pp. 102-103.

solução para tal conflito segundo as leis do país do nascimento e as do país de origem (inc. II), determinando-se a aplicação da lei do domicílio do indivíduo<sup>262</sup>.

Nesse sentido, havendo conflito de nacionalidade entre marido, mulher e criança, a doutrina dividiu-se entre vários critérios de solução para as várias hipóteses fáticas que demandassem aplicação eventual do direito estrangeiro, como se verá nas subdivisões do presente tópico.

A alteração do critério de conexão, em 1942, fazendo prevalecer a lei do domicílio<sup>263</sup>, pareceu pôr fim à questão conflituosa, na medida em que se estabelecia como regra que a fixação do domicílio da família incumbiria àquele que, à época, era tido como seu chefe (art. 7º, § 7º da LICC)<sup>264</sup>. Ocorre, todavia, que a evolução social experimentada acabou retirando do homem a primazia para a determinação do primeiro domicílio familiar<sup>265</sup>, devendo este ser fixado de comum acordo com a mulher. Se formalmente essa igualdade entre os cônjuges só foi atingida com a Constituição de 1988, fato é que essa proposição é mais antiga e condizente já com a evolução social vivenciada. Nesses termos, aliás, o posicionamento de Haroldo Valladão, ao comentar sua preocupação com as disposições conflituais de direito de família em seu Anteprojeto:

*"Notre orientation actualisée, objective et constructive fut celle de donner au DIP du droit de la famille un contenu humain et social, égalisant les droits et devoirs des époux et des parents et enfants avec priorité pour ces*

262 "Per individuare quale sia la legge applicabile al minore pluricittadino si dovrebbe anzitutto determinare la residenza familiare, il domicilio o la residenza del genitore naturale." FIORAVANTI, Cristiana. Rapporti di famiglia e ricerca di collegamenti "complementari" o "sussidiari" nel diritto internazionale privato italiano. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 24, n° 4, pp. 675-690, 1988, p. 683.

263 Sobre as vantagens atuais do velho critério manciniano de aplicação da lei nacional nos quadros atuais do direito internacional privado da família, por privilegiar a identidade cultural, veja-se: JAYME. *Diritto di famiglia...*, cit., p. 300, quando afirma: "in effetti, il vecchio principio manciniano di nazionalità si rileva più adatto alle attuali esigenze di protezione dell'identità culturale della persona rispetto al principio dell'applicabilità della legge del domicilio, sempre nell'ambito del diritto di famiglia".

264 O que levou TENÓRIO. *Direito internacional...*, v. 2, cit., p. 153, a afirmar que "a opinião de que devemos observar a lei do filho não corresponde mais ao direito constituído", já que "o domicílio do filho é, por lei, o do pai", o que impede a possibilidade de discordância entre as legislações.

265 Segundo DOLINGER. *A criança no direito...*, cit., p. 211, nota 84, dispunha o "artigo 233, III do Código Civil de 1916 que compet[ia] ao marido o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudicasse]. Naturalmente que ao decidir sobre o domicílio independente da mulher, o juiz também julgará com quem ficarão os filhos menores. Outrossim, a regra só dá ao marido o direito de fixar o domicílio (com a ressalva do recurso da mulher ao juiz) mas não lhe faculta mudar o domicílio; se a mulher não concordar com a mudança, terá direito de permanecer no domicílio originalmente fixado para a família, ficando os filhos em sua companhia".

*derniers, et abandonnant les principes absolus et radicaux de loi nationale et loi du domicile, présentant d'autres solutions.*<sup>266</sup>

A possibilidade de que os genitores mantenham domicílios ou residências diversos, mesmo durante o casamento ou a união fática, faz necessária a escolha de um elemento de conexão subsidiário, complementar e neutro a que Valladolid chamou de lei própria à família, que possa regular a totalidade das relações havidas pelos membros do grupo entre si, o que se justifica por "l'unité de la famille" que "demandait un élément de connexion situé audessus des éléments de connexion propres à chacun de ses membres"<sup>267</sup>.

A proposição de Valladolid, então, recai sobre a lei do domicílio conjugal para os casos de famílias plurinacionais; a lei da residência habitual comum para as famílias pluridomiciliadas e, em casos esporádicos, a lei nacional, a lei do domicílio, a lei da residência do interessado que coincidissem com a lei do foro, seja do nacional, do domiciliado ou do residente no mesmo Estado do foro<sup>268</sup>. Tanto assim é, que o art. 41 de seu Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas propunha como lei cabível a que fosse mais favorável à criança, havendo conflito entre as leis da nacionalidade, do domicílio e da residência do pai, da mãe ou da própria criança.

Por fim, o Projeto de Lei do Senado nº 269, de 2004, dispõe:

**Art. 8º Estatuto pessoal** – A personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família são regidos pela lei do domicílio. Ante a inexistência de domicílio ou na impossibilidade de sua localização, aplicar-se-ão, sucessivamente, a lei da residência habitual e a lei da residência atual.

*Parágrafo único.* As crianças, os adolescentes e os incapazes são regidos pela lei do domicílio de seus pais ou responsáveis; tendo os pais ou responsáveis domicílios diversos, rege a lei que resulte do melhor interesse da criança, do adolescente ou do incapaz.

Percebe-se, claramente, o avanço legislativo a ser promovido com eventual aprovação desse projeto, pois ele faz submeter ao melhor interesse da criança a lei a ser aplicada. Trata-se de princípio reitor do direito internacional dos direitos humanos, no que se refere aos direitos infanto-juvenis<sup>269</sup>.

266 VALLADÃO. Développement..., cit., pp. 507-508.

267 VALLADÃO. Développement..., cit., p. 509. A mesma ideia aparece em PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado*. Reimpr. da 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, v. 2, p. 305.

268 VALLADÃO. Développement..., cit., p. 509.

269 Como já se teve a oportunidade de defender, na dissertação de mestrado. MONACO. *A proteção...*, cit.



### 1.1. ATRIBUIÇÃO DA GUARDA

Para a atribuição da guarda, levará o juiz em consideração a lei vigente no domicílio da família, imaginando-se haver identidade entre as leis pessoais de todos seus membros. Na hipótese aventada neste item, como se deixou assentado, é o que se passa. Nesse caso, não só os pais e a criança mantêm seu domicílio em um mesmo território soberano, como têm a intenção manifesta de permanecer, senão perpetuamente, certamente em médio espaço de tempo, ostentando o mesmo domicílio estatal. Obviamente, o domicílio que se considera aqui é aquele estabelecido com referência a um Estado soberano ou, quando muito, a um ente estadual que, mesmo dispondo de legislação autônoma<sup>270</sup>, se submeta à soberania de um ente que lhe é superior, e não ao domicílio extremamente particularizado a que os portugueses fazem referência como sendo a morada da pessoa, de que se fornece endereço individualizado. Somente com essa ressalva é que será possível entender a afirmação de que os pais separam as suas vidas, cabendo a um deles a detenção da guarda de seus filhos, e que, ainda assim, o domicílio permanece inalterado. Claramente, as moradas se tornarão independentes com a separação do casal, podendo mesmo ocorrer de o casal passar a residir em cidades ou estados federados distintos, determinando um afastamento do não-guardião e sua prole, mormente em país de extensão continental como é o caso do Estado brasileiro, em que o deslocamento dos indivíduos torna-se dificultado, algumas vezes, em função de uma série de fatores.

Mantendo-se todos domiciliados em um mesmo território, terão o mesmo domicílio. Resta, portanto, saber se a lei brasileira será aplicável por consistir na lei do domicílio dos pais ou se será aplicada por estar afeta ao domicílio da criança. Há, ainda, a possibilidade de que sua aplicação se esteie no fato de ser a lei da família, como queria Valladão. A questão, despida de interesse prático nesse caso, apresenta, no entanto, forte interesse teórico. Com efeito, a razão subjacente à aplicação da lei brasileira nesse caso será a que indicará a possível solução da mesma hipótese no caso de os genitores e a criança apresentarem domicílios diversos, porquanto a aptidão para que se mostre como a lei mais favorável à criança poderá depender dessa razão subjacente.

Assim, se a aplicação da lei nacional se dever ao fato de ser a lei do domicílio dos pais da criança, persistirá a dificuldade de se escolher a lei aplicável em casos outros em que pai e mãe vivam em territórios nacionais distintos, separados de fato, por exemplo. Por outro lado, justificar no caso a aplicação da lei brasileira

270 Trata-se, assim, de um Estado com ordem jurídica plurilegislativa. A respeito: BORRÁS, Alegria. *Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel. Recueil des Cours*, Dordrecht/Boston/Lancaster, v. 249, pp. 145-368, 1994.

com a ideia de que se trata da lei unitária da família, se oferece a vantagem de utilizar um critério tendencialmente neutro, apresenta a desvantagem relativa à família unitária que não mais prevalecerá após a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável. Da mesma forma, nas hipóteses em que os pais nunca tenham manifestado a intenção de constituir uma família, mas tendo tido um filho cuja guarda é necessário regular, mostrar-se-á como um critério vazio e despido de razão, dada a nova conformação da sociedade brasileira, em que não cabe qualquer forma de discriminação relativamente à criança. Assim, se a lei for aplicada por ser a lei da família, onde não houver família em sentido estritamente formal não haverá critério para a sua escolha.

De todo o exposto, parece que a melhor razão para a aplicação da lei brasileira, nessa hipótese em que o domicílio dos envolvidos coincide e continuará a coincidir, é mesmo a que tem em consideração o fato de a lei ser aquela que se encontra mais próxima à criança e, por isso, mais próxima para garantir a tutela de seus direitos<sup>271</sup>. Trata-se, no caso, da lei de seu próprio domicílio<sup>272</sup>, presumindo-se ser essa a lei que maior empenho demonstrará na efetivação do princípio do melhor interesse da criança e que, no que concerne à atribuição de sua guarda, diz não só com o sistema a ser escolhido (guarda simples, alternada ou compartilhada), mas também com a pessoa do guardião, que, como se viu, à luz do direito brasileiro atual será aquela que demonstrar possuir as melhores condições para o exercício da tarefa, seja o pai, a mãe ou terceiro, o que serve como argumento de reforço para que a lei brasileira seja aplicada porquanto lei pessoal (do domicílio) do infante<sup>273</sup>.

## 1.2. DIREITO DE VISITA

Também no que concerne à temática do direito de visitação, permanecendo todos os membros do grupo familiar da criança domiciliados em território brasileiro, aplicável para regular tal exercício será a lei brasileira. Nesse caso,

271 FRANCHI, Marina. *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 48.

272 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil. *Recueil des Cours*, Paris, v. 39, pp. 551-678, 1932, p. 635, propugna pela aplicação da lei pessoal da criança na hipótese: "C'est elle aussi [lei pessoal da criança] qui designe celui des parents à qui, en cas de divorce, d'absence ou de séparation de corps, la garde de l'enfant doit être confiée". O autor escrevia, no entanto, quando o elemento de conexão brasileiro era a nacionalidade.

273 Na Bélgica, em que o estatuto pessoal é preenchido pela lei da nacionalidade, a jurisprudência tem aplicado de ofício a lei da nacionalidade da criança para a regulação da guarda de jovens estrangeiros, a menos que tal aplicação mostre-se contrária ao interesse do infante, quando é afastada por ofensiva à ordem pública. Cf. RIGAUX, François. Le statut des mineurs, l'autorité parentale et les obligations alimentaires en droit international privé. *Tijdschrift voor Privaatrecht*, Belgique, v. 19, pp. 311-326, 1982, pp. 317-318. No caso do texto, como a lei do domicílio é a própria lei brasileira, não é possível afastá-la invocando ofensa à ordem pública, por óbvio.

então, o genitor não-guardião terá acesso à criança segundo a cadência temporal estabelecida em acordo entre os pais ou determinada judicialmente pelo magistrado. A questão, aparentemente, não suscita maiores dificuldades.

Alguns aspectos, no entanto, devem ser postos em relevo. Primeiro, o direito de visitação deverá ser exercido no território nacional. Isso não impede, entretanto, que querendo o não-guardião viajar ao exterior acompanhado de sua prole, envide esforços no sentido de obter a necessária autorização para que as crianças possam deixar o País. Cabe ao guardião, em um primeiro momento, oferecer essa autorização, por escrito e com firma reconhecida, segundo o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 84. Não obstante, havendo recusa injustificada por parte do guardião, poderá o visitante requerer suprimento judicial<sup>274</sup>, que será concedido sempre que não houver fundado receio de que o requerente esteja tentando evadir-se do território nacional em companhia da prole que não tem em sua companhia diuturna. A causa do pedido, no entanto, pode ser lícita. Vai do simples desejo de mostrar outras culturas à prole, assegurando-lhe o direito à educação e ao saber cultural, até o que parece ser muito mais justificável: o desejo de levar o(s) filho(s) a seu país de origem, onde o não-guardião mantém família, fazendo-os conviver, ainda que por período diminuto, com avós, tios, primos etc. De todo conveniente, nesses casos, que o não-guardião procure deixar assentado no acordo ou na decisão judicial o seu direito de ter consigo a prole nas viagens que fará a sua terra natal, a fim de garantir o convívio das crianças com a família alargada<sup>275</sup>.

Há que se ter em mente, por fim, a possibilidade de que o guardião se evada do território nacional, carregando consigo a prole, para se estabelecer em outro país, impossibilitando que o não-guardião, que restará em território nacional, mantenha contato com seus filhos. A atuação dos guardiões, nesse caso, é ilícita, posto que também a eles é dirigida a norma do art. 84 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Fazem-no, entretanto, no mais das vezes baseados na ideia de que a eles incumbe, com exclusividade, o direito de fixar o domicílio da criança.

São situações que, a par de dificultarem o correto exercício do direito de visitas por meio da subtração ilícita das crianças do local em que habitualmente

274 VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 274.

275 DOLINGER. A criança no direito..., cit., pp. 215-216, menciona interessante caso em que cabia à mãe, guardiã, diligenciar para homologar o acordo que garantia ao pai o direito de ter consigo as crianças quando este fosse à Alemanha com esta finalidade. Na hipótese, a mãe acabou por omitir-se e quando o pai requereu a autorização para viajar, ela quis obstar a viagem, conseguindo atingir o seu intento. O principal fundamento da decisão estava em considerar as dificuldades que certamente se imporiam para que se conseguisse o cumprimento da eventual ordem judicial brasileira de regresso das crianças em tribunais de outros países.

se encontram – o que acarreta a ineficiência do sistema jurídico brasileiro, demandando mecanismos de cooperação internacional –, podem determinar uma modificação da situação fática vivenciada pela família da criança, o que será objeto de maiores considerações no item 3, *infra*.

### 1.3. ALIMENTOS

No que concerne à lei aplicável aos alimentos devidos aos filhos, estando credor e devedor domiciliados no mesmo território, será competente a lei brasileira para regular o *quantum* da prestação alimentícia, bem como os mecanismos para o seu estrito cumprimento<sup>276</sup>. Os elementos de conexão geralmente indicados para reger a escolha da lei aplicável à matéria são a lei pessoal do devedor<sup>277</sup> ou a do credor<sup>278</sup>, com certa preferência doutrinária e jurisprudencial por essa última, dada a situação de necessidade que atinge a criança alimentanda, razão pela qual haja quem defenda, com mais razão, a aplicação da lei mais favorável ao alimentando, seja ela a lei pessoal do devedor ou do credor<sup>279</sup>.

Seja como for, estando todos os envolvidos domiciliados no território brasileiro nessa situação que se está a analisar, nenhuma consideração de monta merece ser feita, remetendo-se ao item 2.3, *infra*, para uma discussão mais aprofundada.

### 1.4. ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DE FILHOS MENORES

A administração dos bens dos filhos menores e, eventualmente, a constituição de usufruto temporário em favor dos pais, pendente a menoridade do titular do patrimônio, são direitos que se estabelecem como decorrência da incapacidade dos menores de idade, que não têm traços de maturidade necessários para administrar os seus próprios interesses, devendo, por isso, submeter-se à intervenção de seus pais, que prestarão, todavia, contas de sua administração no momento oportuno.

276 Veja-se a respeito, porém com extrema impropriedade técnica e profundo desconhecimento do que seja o direito internacional privado, FACHIN. *Dever alimentar...*, cit., em especial às pp. 66-76.

277 BENATTAR. *Problèmes...*, cit., pp. 104-105; KATI I, Natko. Le droit international privé de la Yougoslavie dans le domaine des rapports familiaux et successoraux. *Recueil des Cours*, Leyde, v. 131, pp. 393-488, 1971, p. 447. Entre nós: PEREIRA, Luís Cezar Ramos. Prestação de alimentos no direito internacional privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, v. 690, pp. 29-38, 1993, p. 35, para quem tal solução facilita a execução da condenação no Estado do devedor.

278 PONTES DE MIRANDA. *La conception...*, cit., p. 636; VICENTE, Dário Moura. *Direito internacional privado* – ensaios. Coimbra: Almedina, 2002, v. 1, p. 84.

279 Assim o Projeto de Haroldo Valladão, art. 43. VALLADÃO. *Développement...*, cit., pp. 509-510. CASTRO. *Direito internacional...*, cit., p. 419.

Pode-se discutir, todavia, se a regulação de tais fatos submete-se à lei pessoal da criança proprietária dos bens, justamente por ser decorrência de sua condição de incapaz, ou à lei da situação dos bens, entendendo-se, nessa última circunstância, que a instituição da administração e do usufruto, ou de apenas um entre eles, é conjuntura que se estabelece em razão do próprio bem, que necessita, para cumprir sua função social, de alguém que os administre e/ou usufrua.

Lucienne Topor afirma que a razão principal seria garantir a dissociação pessoal entre o guardião da criança e o administrador do seu patrimônio, dificultando que as atribuições recaiam sobre a mesma pessoa ao se escolherem elementos de conexão diversos para as situações em apreço<sup>280</sup>. Não é possível concordar que essa razão seja invocada como efetiva, pois depende mais, ao que parece, da sorte e da distribuição dos bens, sendo impossível garantir, logo à primeira vista, que o objetivo perseguido possa ser atingido. Daí por que se tenha tentado encontrar outro fundamento para a opção legislativa, mais condizente com a despatrimonialização das relações familiares, valor assente no ordenamento brasileiro.

Assim, se a qualificação se der em favor dos bens e de sua função social, entender-se-á que a lei aplicável é a lei da situação dos bens, fazendo o legislador uso do elemento de conexão *locus rei sitae* para determinar a regulação dos bens imóveis, e da lei domiciliar para a regulação dos bens móveis<sup>281</sup>. É o que ocorre, por exemplo, nos países de *common law*<sup>282</sup> e foi o critério seguido pelo Congresso de Montevideú, em 1888 e 1889, relativamente aos bens imóveis<sup>283</sup>.

Todavia, se a opção se fizer pelo reconhecimento de que a administração e/ou o usufruto dos bens dos menores de idade são instituídos em favor dos mesmos, pendente a causa de sua incapacidade até o implemento de sua maioridade, dever-se-á aplicar a lei pessoal da criança proprietária, lei que, na hipótese que se está a versar, será sempre a brasileira<sup>284</sup>. Nesse sentido, a qualificação empreendida leva em consideração a razão pela qual se estabelecem

280 TOPOR, Lucienne. *Les conflits de lois en matière de puissance parentele*. Paris: Dalloz, 1971, p. 294.

281 "Il faut entendre par loi réelle, la loi de la situation effective en ce qui concerne les immeubles et la loi de la situation fictive, c'est-à-dire celle du domicile de l'enfant mineur, en ce qui concerne les meubles". TOPOR. *Les conflits...*, cit., p. 294, nota 2, citando Wolff e Dicey and Morris.

282 TENÓRIO. *Direito...*, cit., pp. 153-154.

283 CASTRO. *Direito...*, cit., pp. 412-413. O autor parece concordar com essa opção.

284 Assim parece entender, pessoalmente, TENÓRIO. *Direito...*, cit., p. 154, ao afirmar ser este o critério da lei francesa. No mesmo sentido, no que se refere à lei belga: GANSHOF, Louis F.; BUGGENHOUT, Christian van. La protection des biens des mineurs dans les relations internationales. *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, v. 15, nº 1, pp. 149-164, 1980; RIGAUX. *Le statut...*, cit., p. 317.

a administração dos bens de propriedade da criança e a constituição de eventual usufruto concluindo tratar-se da necessidade de proteção da própria criança e de seu patrimônio<sup>285</sup>, fazendo cisão entre a figura do pai e da mãe e dos administradores ainda que, na prática, a situação indique identidade real entre as pessoas que exercem tais funções. Parece, efetivamente, ter sido essa a opção do legislador brasileiro (*lex fori*)<sup>286</sup> ao regulamentar o instituto em seara estritamente protetiva dos interesses da criança, na medida em que o usufruto exercido por seus pais, bem como a administração por eles realizada, devam se fazer com vistas no interesse presente dos incapazes, qual seja, o de que os frutos percebidos por seus pais, detentores do poder familiar, possam reverter, ainda que indiretamente, em seu favor, bem como no seu interesse futuro, que é o de receber seus bens desimpedidos de ônus de qualquer espécie.

Consequência da opção qualificadora aqui seguida e da escolha da lei pessoal do proprietário para regular o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores por seus pais, enquanto detentores do poder familiar, é a submissão às disposições da lei brasileira de todos os atos de alienação e imposição de gravames relativos aos bens de propriedade da criança.

#### 1.5. EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR NA DESUNIÃO DAS FAMÍLIAS

A lei aplicável ao exercício do poder familiar no caso de desunião das famílias deve ser a lei pessoal do incapaz, que, como já se repisou, no caso do sistema brasileiro é a lei do domicílio da criança. Quer isso significar que essa lei irá determinar a quem incumbirá exercer tal poder-dever, verdadeiro *munus público*, e por que forma, ou seja, se por meio de representação, indicando a lei, em consequência, a idade em que a criança adquirirá a capacidade relativa, ou assistência, indicando-se a idade em que se adquire a plena capacidade, fazendo-se cessar o poder familiar *ex lege*. Além disso, a mesma lei determinará as hipóteses em que a criança poderá ser emancipada, extinguindo o poder familiar pela vontade dos envolvidos<sup>287</sup>.

Também é a lei em que a criança é domiciliada, qualquer que seja a sua nacionalidade, a competente para regular as hipóteses de suspensão e perda do poder familiar, porquanto o interesse subjacente nesses casos seja o do infante,

285 Nesse sentido: BOXSTAEEL, Jean-Louis van. L'administration de la personne et des biens des incapables. In: VERWILGHEN, Michel; VALKENNER, Roland de. *Relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, pp. 191-234, 1993, p. 222.

286 Caso se entendesse que a razão estaria na necessidade de administração dos bens e sua fruição, como forma de cumprimento de sua função social, dever-se-ia ter em mente a determinação normativa brasileira no sentido de que a qualificação far-se-ia *lex causae*, ou seja, segundo a lei da situação efetiva ou ficta dos bens imóveis e móveis, respectivamente.

287 PONTES DE MIRANDA. *La conception...*, cit., p. 635.

no sentido de ser liberado de situações nocivas ao seu pleno desenvolvimento físico, psíquico e social e como a criança apresenta contato mais estreito com o país de seu domicílio<sup>288</sup> – no caso do sistema brasileiro –, é natural que essa lei tenha sua competência reconhecida.

Situações prementes podem, no entanto, autorizar a tomada de medidas urgentes com apoio na lei do local em que a criança se encontra, aplicando-se, portanto, a *lex fori*, mesmo que o menor não tenha ali fixado seu domicílio nem apresente liame de nacionalidade relativamente àquele Estado, encontrando-se em seu território passageiramente<sup>289</sup>. A razão subjacente parece ser a necessidade de se garantir a integridade de seus direitos em qualquer situação<sup>290</sup>, conforme determinam as convenções internacionais de direitos da criança, as quais inauguram a doutrina da proteção integral dos jovens em detrimento de outra forma de se pensar a questão – vigente no passado –, em que só se intervinha relativamente às crianças em hipóteses em que elas estivessem em situação tida como irregular<sup>291</sup>.

## 2. SEPARAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA DOS MEMBROS DA FAMÍLIA E EXCEÇÕES À APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

Por sua vez, a separação transfronteiriça dos membros da família e a consequente constatação de que os domicílios dos genitores são ou serão diversos dificulta a resolução da questão no que concerne à aplicação exclusiva do direito positivo brasileiro, porquanto este eleja como elemento de conexão, já referenciado, o domicílio das partes. Consequências disso são, de um lado, a possibilidade de que o sistema indique a aplicação do direito estrangeiro e, de outro, a existência de eventuais dificuldades para se atingir o conceito de lei mais favorável quando for admitida a comparação das leis potencialmente aplicáveis com o intuito de beneficiar a criança.

288 Posicionando-se contrariamente à lei da nacionalidade da criança, CASTRO. *Direito...*, cit., p. 411, ao afirmar, com razão, ser intolerável para uma dada sociedade que leis diversas se apliquem a famílias diversas para regular as relações entre pais e filhos, porquanto se possa gerar a hipótese de pais estrangeiros exercerem “mais ampla autoridade sobre os filhos do que a permitida pelo direito local”.

289 TOPOR. *Les conflits...*, cit., pp. 199-216; FRANCHI. *Protezione...*, cit., p. 52; KATI I. *Le droit...*, cit., pp. 447-448.

290 “Ce n’est donc pas sans pertinence qu’on admettra la favorisation individuelle en matière familiale. Et il ne serait pas surprenant si, dans le cadre d’une réglementation basée sur l’application de la loi nationale ou d’autres lois subsidiaires, toujours catégorielles, se trouvaient des règles admettant le choix entre certaines lois selon le principe de la favorisation individuelle de l’enfant. (...) il est bien possible d’introduire, en toute conscience et pour le bien de l’enfant, la loi propre (la loi du for) en qualité de statut subsidiaire”. KATI I. *Le droit...*, cit., pp. 441-442.

291 Em sentido contrário, parecendo entender que o fundamento para a tomada de medidas urgentes é mais o interesse da sociedade em que a criança se encontra do que o interesse da própria criança, CASTRO. *Direito...*, cit., p. 413, ao fazer assentar a situação na natureza das normas aplicáveis. Também: TOPOR. *Les conflits...*, cit., pp. 204-205.

Nesse passo da pesquisa, então, poder-se-á tecer alguns comentários a respeito de eventuais hipóteses que autorizam o afastamento do direito estrangeiro em tese competente, sempre que sua aplicação pareça ofender a ordem pública nacional e sempre que seu chamamento seja devido a alguma forma de obtenção fraudulenta da determinação de aplicação do direito estrangeiro, o que é possível atingir pela modificação pré-ordenada de um elemento da relação jurídica, fazendo-a conectar-se a algum sistema estrangeiro que, de antemão, sabia-se representar o elemento de conexão eleito pela norma de direito internacional privado do foro. É que, não tivesse advindo a fraude, jamais ocorreria a aplicação da lei vigente no ordenamento estrangeiro indicado.

A intenção fraudulenta, portanto, reside exatamente na persecução de disposições que se mostrem mais benéficas aos interesses daquele que fraudula a lei de direito internacional privado do foro. Dessa forma, sendo insuportável conviver com a situação lesiva ao ordenamento em si, o sistema determina que se releve a deslocação da lei competente. No entanto, como se procurará demonstrar, pode ocorrer que tal iniciativa mostre-se duplamente ardilosa. Primeiro, porque se faça recurso deliberado na alteração do elemento estrangeiro da relação. Finalmente, porque essa alteração poderá ser determinada justamente para que se tente forçar a aplicação da lei que se mostre mais favorável à criança, em sua essência. Pretende-se afirmar que, nas hipóteses em que as regras de direito internacional privado previrem a aplicação da lei mais benéfica à criança, eventual conduta ardilosa do genitor com a premeditada intenção de alterar o elemento da relação, fazendo-o ser colmatado por uma referência estrangeira atinente justamente ao regramento material mais benéfico à criança, deverá ser relevada pelo magistrado. Com efeito, parece que a previsão subsidiária do elemento de conexão lei mais favorável não admitirá a incidência da exceção de fraude à lei que, em que pese ser pena imposta à parte que age sorrateiramente, irá certamente ceder diante dos benefícios que o sistema imputado de forma fraudulenta poderá gerar para a regulação da situação jurídica da criança. Ademais, como se afirmou no capítulo II, *supra*, as exceções à aplicação do direito estrangeiro são substituídas pelos critérios flexíveis de conexão justamente por alcançarem *a priori* o resultado que normalmente só se atingiria *a posteriori*.

Já quanto à invocação da ordem pública<sup>292</sup>, insta deixar assente o fato de ser princípio de difícilima conceituação e precisão, encontrando incrível mobilidade

292 As ideias expendidas até o início do tópico 2.1 tiveram origem na pesquisa publicada em MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A lei de introdução, O Código Civil de 2002 e seu enfoque espaço-temporal. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 1-18.



no espaço e no tempo justamente por depender da verificação de certa filosofia político-jurídica imanente às legislações, reflexo da vontade básica e majoritária de cada nação<sup>293</sup>, vontade que acaba por refletir as necessidades de cada Estado, em determinada época<sup>294</sup>.

Essas necessidades que se refletem na vontade da maioria e restam consignadas nas leis de cunho material podem apresentar certa aproximação principiológica nos diversos Estados nacionais, e por vezes essa aproximação encontra mesmo assento na legislação de cada Estado. Isso se deve ao fato de que as sociedades (mormente as ocidentais) apresentam certa identidade cultural, ideológica, política e econômica, se bem que, apesar disso tudo, algumas diversidades radicais<sup>295</sup> estejam presentes e impeçam a uniformização e a harmonização legislativas<sup>296</sup>.

Percebe-se, assim, que nem a vontade da sociedade é unânime quando do estabelecimento e da eleição de seus valores primordiais e fundacionais, nem essas vontades se mostram homogeneizadas no cotejo inter-fronteiras. Daí porque dizer-se que a “ordem pública nacional corresponde ao conjunto de valores imperativos que se encontram permeados no ordenamento jurídico e que devem preponderar no exercício da jurisdição”<sup>297</sup>.

Isso explica o recurso que o direito faz, em maior ou menor grau, à ordem pública enquanto princípio guardião dos valores sociais, para se proteger de desmandos e arbitrariedades que possam ser cometidos em nome de princípios outros, como os da autonomia da vontade ou da comunhão internacional.

Esse *maior ou menor grau* em que se pode evocar o princípio da ordem pública permite concluir pela existência de uma *tríplice nivelção* para que a ele se recorra, como demonstra Jacob Dolinger, em obra já referida<sup>298</sup>. Tal

293 Mas nem sempre isso se passa dessa forma. Muitas vezes, “a ordem pública internacional é invocada como meio de defesa de uma política legislativa que não visa a tutela daqueles valores mas que é adoptada por motivos de oportunidade. A recusa de aplicação da lei estrangeira justifica-se aqui pelo receio de que a aplicação da norma contrária àquela política possa ter um efeito subversivo”. FERRER CORREIA, António. *Lições de direito...*, cit., p. 409.

294 DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese apresentada à Congregação da UERJ para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado, 1979, pp. 4-5.

295 TENÓRIO. *Direito...*, cit., v. 1, p. 321.

296 A esse propósito, veja-se CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito: o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia. *Integração jurídica interamericana: as convenções interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo : LTr, pp. 77-105, 1998.

297 CASELLA, Paulo Borba. A ordem pública e a execução de cartas rogatórias no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo. v. 98, p.563-571, 2003, p. 568.

298 Também em DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, nº 828, pp. 33-42, out. 2004, especialmente às páginas

forma de se entender o princípio em comento tem a especial vantagem de afastar uma série de distinções iníquas que a doutrina, ao longo dos tempos, foi estabelecendo<sup>299</sup> para tentar explicar a força que a ordem pública tem de impedir não só a manifestação de posição discordante da vontade das partes em um negócio jurídico regulado de forma imperativa pela lei, mas também que a própria norma de direito internacional privado tenha aplicação. Nesse último caso, o juiz afastaria, em princípio, a lei estrangeira indicada por sua lei nacional como sendo a aplicável para a resolução do conflito.

Aquelas distinções doutrinárias relativas à força vinculante da norma têm sido muito criticadas nos últimos tempos.

Assim, de acordo com a nova formulação doutrinária, no *primeiro nível* a ordem pública (ou a *vontade comum da nação*) se levanta para impedir que a *vontade individual* das partes em um negócio jurídico possa prevalecer contra os interesses postos pela maioria. Ideal ou filosoficamente, uma ofensa à ordem pública desse tipo só poderia ser perpetrada pelo grupo minoritário, que foi derrotado no momento da positivação do direito, uma vez que a maioria, em tese, haveria de respeitar e acatar a sua própria vontade, submetendo-se à regulação do negócio imposta pela lei. Percebe-se, portanto, que a aplicação do princípio da ordem pública nesse primeiro nível é de caráter absolutamente interno, sem qualquer reflexo jurídico para além das fronteiras nacionais. Todavia, justamente porque essa maioria referida pode ser alterada diante da evolução social, é possível que normas que não admitiam afastamento pela vontade das partes passem a ser afastadas, alterando-se seu caráter cogente. Nesse caso, não foi a lei que mudou, mas a ordem pública que a permeia que sofreu alteração ditada pelas necessidades sociais. No que concerne aos problemas que esta tese procura enfrentar, então, pode bem ser que o juiz, invocando o princípio da ordem pública, afaste eventual acordo de visitas lavrado entre os genitores a respeito da criança que preveja que as eventuais visitas serão realizadas exclusivamente em território nacional, impedindo, em razão disso, o convívio do infante e sua

---

33-37. Não confundir o conceito, entretanto, com o conceito de ordem pública mundial, posto ser o primeiro (em sua tríplice nivelção) de ordem interna, ao passo que o segundo é de origem verdadeiramente internacional, comum à comunidade jurídica internacional, podendo, por isso, ser "caracterizada como o interesse comum da Humanidade". Assim: DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, nº 90, pp. 205-232, 1986, p. 210.

299. Elucidativa é a passagem seguinte, com caráter de conclusão: "não sendo as leis propriamente ditas de ordem pública, não há como falar de leis de ordem pública interna e leis de ordem pública externa. Existe o princípio da ordem pública, algo abstrato que é aplicado às leis quando o juiz entender que determinada regra jurídica deve contar com a proteção, com o reforço desse princípio" (DOLINGER. *A evolução...* cit., pp. 40-41).

família alargada. E isso sempre que o juiz entender que o direito à convivência familiar, em sua acepção mais ampla, deve ser garantido e respeitado.

No *segundo nível*, no entanto, essa ordem pública ganha contornos internacionais. Sua aplicabilidade relaciona-se com a constatação de que a lei estrangeira indicada pela norma de direito internacional privado interna como sendo a lei aplicável para o deslinde da questão jurídica apreciada exprime *valores muito diversos dos valores da sociedade nacional*, motivo pelo qual sua aplicação incondicional poderia chocar os bons costumes, ou a soberania nacional. Trata-se de um grau mais elevado de aplicação do princípio (“de maior gravidade”, como refere Jacob Dolinger), justamente por implicar a não-aplicação de uma disposição legal nacional de direito internacional privado, em virtude da não aceitação do conteúdo da regulação legal estrangeira. Isso porque, como salienta o mesmo autor, em obra recentemente publicada no Brasil, “a lei que choca, que é incompatível, que escandaliza, esta lei é distante, foge completamente da ideia básica de proximidade, e por isto, não pode ser aplicada”<sup>300</sup>. Também nesse segundo nível, o princípio da ordem pública pode tornar-se maleável e mutável com o transcorrer do tempo. Assim, regulamentações de guardas foram estabelecidas, no passado, com a aplicação de normas estrangeiras que previam privilégio da mãe, o que não conflitava com nosso conceito de ordem pública, posto que também aqui houvesse esse privilégio, ainda que subsidiário. No entanto, à luz da ordem pública hoje vigente no País, poder-se-á entender que previsão dessa monta é ofensiva à igualdade que deve grassar entre os pais no que se refere a suas relações com a criança.

No *terceiro nível*, por fim, “em grau de natureza gravíssima, a ordem pública irá ao ponto de impedir a aceitação no foro de situações já consumadas e consagradas no exterior”<sup>301</sup>. Trata-se da *recusa de reconhecer situações* que configurem até mesmo eventual *direito adquirido* de uma das partes, justamente porque tal direito ofenda grandemente a filosofia político-jurídica do Estado, que este se recusa a reconhecê-lo. No que concerne ao objeto da tese, exemplificativa é a hipótese de se negar reconhecimento a uma decisão internacional que determine a alteração da guarda caso tal modificação tiver por esteio legislação de cariz religioso que, dada a sua natureza própria, seja o único fundamento para a concessão da medida, por exemplo. Em que pese a gravidade dessa ofensa, pode ser que modificações dos costumes ou da convivência sociais ocorridas no desenrolar dos acontecimentos forcem o Estado a mudar seu entendimento

300 DOLINGER. *Contratos e obrigações...*, cit., p. 544.

301 DOLINGER. *A evolução...*, cit., p. 42.

acerca da ordem pública, autorizando, por isso mesmo, o reconhecimento desses direitos até então afastados da esfera jurídica dos cidadãos. E isso porque, como lembra Bruno Miragem, “não se há de dizer *a priori* que o reconhecimento de determinadas relações pela ordem jurídica, em vez de outras, seja mais ou menos correto”<sup>302</sup>. Correção de opções jurídicas decorre da adequação de validade verificada nos moldes kelsenianos, ou seja, a partir de sua pertinência e conformidade com as disposições normativas hierarquicamente superiores e nesse sentido, pode-se perceber que o juízo atinente à aplicação do princípio da ordem pública não se perfaz com correção ou incorreção, muito embora possa a estes se amoldar, mormente quando a *mutabilidade* da caracterização do princípio da ordem pública, de *difícilima configuração* e de *consolidação lenta e progressiva* faz-se acompanhar de *modificação legislativa* (validamente elaborada) que servirá de indicativo dos valores sociais recentes de dada população. Nesse caso, a *mutabilidade se consolida em um passo único*, muito embora possa ser fruto de labor jurisprudencial ou doutrinário já antigos, enquanto arautos das modificações julgadas necessárias.

Na seara do direito de família, trata-se de realidade fortemente verificável inclusive por que se sabe que este é, seguramente, um dos ramos jurídicos que, pondo-se de lado a necessária cientificidade e sistematicidade, maiores influências sofre dos desígnios sociais. Por haver forte consenso no que se refere à ordem pública – o de que cabe ao juiz, ao analisar os casos concretos que tenha de julgar, verificar se é caso ou não para a aplicação do princípio e o conseqüente afastamento quer da vontade das partes, quer da lei estrangeira, quer do direito adquirido no exterior – pode-se dizer que as relações familiares plurilocalizadas são extremamente sensíveis à ordem pública dos Estados em que seus efeitos se devem produzir<sup>303</sup>.

### 2.1. ATRIBUIÇÃO DA GUARDA

Como ficou assentado no item 1.1, *supra*, a lei aplicável aos casos em que é necessário regular a guarda de crianças, determinando-se seu regime de atribuição e a pessoa que exercerá esse direito-dever, é a lei do domicílio do infante, por ser possível presumir que tal lei guarda maior contacto com a situação vivenciada.

302 MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional privado pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 307-354, 2005, p. 315.

303 Sem que tal forte consenso signifique, necessariamente, a formação de uma ordem pública mundial nem sequer em matéria tão sensível como a da poligamia. Nesse sentido, DOLINGER. *Ordem pública mundial...*, cit., p. 210.

Outro argumento, no entanto, pode ser apontado. Trata-se da dificuldade de se estabelecer, havendo divergência entre a lei pessoal do pai e a lei pessoal da mãe, aquela que seria aplicada nas hipóteses em que os pais vivessem em territórios distintos. Isso pode ocorrer no caso dos pais da criança estarem separados de fato, vivendo em países diferentes, ou na situação em que, durante o processo de separação, divórcio ou dissolução da união estável, um deles demonstre inequívoco intento de deixar o território do foro competente, modificando seu domicílio para outro Estado, tornando clara a distinção entre os domicílios dos membros da família. Também é possível configurar o problema nos casos em que, tendo sido regulada a atribuição da guarda, esteja-se a pleitear sua inversão, modificando-se as posições jurídicas entre genitor-guardião e não-guardião, o que, em razão da diversidade de domicílios existente entre os pais, acarretará necessária modificação do domicílio da criança.

A competência jurisdicional, nesses casos, tanto poderá ser do foro em que domiciliada a criança como do foro em que domiciliado o genitor não-guardião. Segundo o que dispõe o Código de Processo Civil em seu art. 88, 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 verificar-se em solo brasileiro (inc. III), a competência será do Judiciário nacional<sup>304</sup>. A previsão do inc. I trata dos casos em que o réu na ação que tenha por objeto a atribuição da guarda seja domiciliado no Brasil. Assim, se o genitor que se encontra na companhia de fato ou jurídica da criança for domiciliado em território nacional, terá o outro genitor a possibilidade de intentar ação aqui assistindo à aplicação da lei brasileira porquanto seja este o domicílio do infante. O conteúdo da decisão que prevê a atribuição da guarda que era exercida de fato pelo genitor réu ou a conversão do guardião determinado em provimento judicial anterior

304 Podendo ser aplicado, ainda, o art. 100, I do CPC, nas hipóteses de atribuição da guarda no bojo das ações próprias à desunião dos pais, posto que, nesses casos, o foro competente será o do domicílio da mulher. Cf. DOLINGER, *A criança no direito...*, cit., p. 218. A competência fixada pelo art. 88 do CPC é concorrente, e não exclusiva, razão pela qual não poderá ser colocado o problema de eventual litispendência internacional, nesse caso não configurada. Cf. ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2008, pp. 223-250. Nos sistemas de *common law*, a fixação da competência internacional não costuma ser prevista abstratamente, mas, sim, ser decidida concretamente, pelo magistrado, na resolução do caso que lhe é apresentado. Se ele considerar que não deve exercer jurisdição, valer-se-á do princípio do *forum non conveniens*. A respeito, PANICO, Ruggiero Cafari. *Diritto internazionale privato inglese e "jurisdiction" con particolare riguardo ai rapporti di famiglia*. Padova: Cedam, 1979, pp. 28 *et seq*; CHALAS, Christelle. *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, t. I e II, 2000.

constitui medida que demanda atuação do Poder Público brasileiro, já que aqui se encontra a criança. Por essa razão, recomendável também que a ação seja aqui intentada<sup>305</sup>. Da mesma forma, nas hipóteses em que a causa de pedir se tenha produzido em território brasileiro, competente será o nosso juízo.

Há que se distinguir. A situação fática é uma só: um dos genitores, em companhia da prole, encontra-se domiciliado em um território nacional. O outro genitor ou mesmo um parente próximo que tenha direito de requerer a guarda das crianças é domiciliado em outro país. Mas se a situação fática é uma, sua conformação pode variar. Do que veio de ser consignado, percebe-se que o mais normal é que o genitor-guardião (fático, legal ou judicialmente estabelecido) tenha por domicílio algum ponto no território brasileiro, fixando a competência de nossa jurisdição com base nos incs. I ou II do art. 88 do CPC. Nesse caso, o Judiciário brasileiro aplicará nossas regras de conflito normativo no espaço e optará pela lei vigente no domicílio da criança para ser aplicada. Mas, nada obsta que o Judiciário alienígena também se considere competente, em situação idêntica. Nesse caso, sendo a ação proposta no exterior, a lei aplicável será escolhida segundo os desígnios do direito internacional privado daquele foro.

A segunda conformação para a mesma situação fática seria aquela relação em que o genitor alijado da guarda de sua prole resida no Brasil, estando os demais envolvidos – prole e guardião – domiciliados em território estrangeiro. Supondo-se que as regras de distribuição de competência vigentes no território estrangeiro guardem identidade com as regras brasileiras, de se convir que a ação a ser proposta pelo genitor domiciliado no Brasil deve ter melhor guarida no foro alienígena. No entanto, nada obsta que se configure a situação prevista no inc. III do mesmo artigo processual citado, quando então poderá configurar-se a competência do juízo nacional. Trata-se de circunstância verificada em território nacional que possa configurar a causa de pedir para a atribuição ou modificação da guarda pleiteada. Pode ocorrer nas situações em que o genitor domiciliado no Brasil tenha sido alijado da companhia diuturna de sua prole, pelo fato de carecer das melhores condições para seu exercício. Posteriormente, no entanto, adquira tais condições, por fato passado em nosso território, o que o transforma em detentor de condições mais favoráveis que as ostentadas pelo atual guardião fático ou jurídico. Nesse caso, nenhum argumento técnico obsta

305 Apesar de se referir a outro contexto, o fundamento para tal medida pode ser encontrado em DOLINGER. *A criança no direito...*, cit., p. 213. Trata-se, nesse caso, da impotência do juízo estrangeiro que não tenha a criança sob sua jurisdição para proceder ao recambiamento para seu Estado, além do custo e da demora para se fazer a citação do réu aqui, bem como para se conseguir o reconhecimento e execução da decisão estrangeira. Tudo isso está a indicar a preferência pela jurisdição em que a criança se encontre.

a que pleiteie seus direitos diante do juízo nacional, muito embora as questões práticas decorrentes da dificuldade de se estabelecer o relacionamento entre as jurisdições envolvidas, despidas de uma fastidiosa burocracia, estejam a indicar como melhor caminho a proposição da ação no foro estrangeiro, havendo sempre o risco da crescente adaptação da criança no território estranho<sup>306</sup>. Nesse caso, sendo proposta a ação em território brasileiro e estando a criança domiciliada no exterior, aplicável será a lei estrangeira. Dessa forma, o juiz nacional decidirá o sistema de guarda e a pessoa do guardião com base na lei alienígena.

Por fim, seja feita referência à situação em que um dos envolvidos declara, no transcorrer do processo, a intenção de mudar seu domicílio, fixando-o em país estrangeiro. Nesse caso, como a situação a ser analisada pelo juiz leva em consideração o momento atual, ou seja, o momento em que todos são domiciliados no território nacional, forçoso seria convir que o melhor esquadro para a hipótese estivesse no bojo do item precedente. No entanto, não se pode negligenciar que vontade desse jaez, declarada nos autos do processo de regulação da guarda de filhos menores, influenciará, de forma mais ou menos intensa, a convicção do magistrado que preside a transformação do litígio. Resta, então, discutir se tal fator poderá ser considerado pelo juiz no instante de decidir qual a lei aplicável ou se sua valoração correta seria a de, eventualmente, ser levado em consideração no momento de aplicação do direito material. O problema se põe, por óbvio, nas hipóteses em que o juiz tenciona outorgar a guarda da prole justamente ao genitor que declara a intenção de alterar seu domicílio, carreando consigo a prole, que se fixará no exterior. Parece que tal situação não terá força suficiente para alterar a lei a ser aplicada, mas certamente será considerada pelo juiz.

*Quid juris* nesses casos? Manter a convicção de que aquele genitor apresenta as melhores condições para o exercício da guarda ou, ao contrário, defender suposto direito da criança de ser criada em sua pátria, envolta em sua própria cultura, ou no local onde passará a se domiciliar por decisão do virtual guardião? Creio que escolher a segunda alternativa seria tolher da criança e do genitor que ostenta as melhores condições para o exercício da guarda seu direito de ir, vir e ficar, pois pode bem representar ingerência nas decisões do particular, posto não se deva negligenciar a hipótese de o genitor frear sua decisão para ter consigo a companhia da prole. Ademais, deve-se zelar para que as decisões judiciais não transpirem

---

306 DOLINGER. *A criança no direito...*, cit., p. 212.

“nacionalismo equivocado”, contrário “ao espírito universalista que deve imperar nas decisões jusprivatista-internacionalistas”, como frisa Jacob Dolinger<sup>307</sup>.

O argumento cultural, em que pese ser fator importante para a tomada da decisão mais condizente aos interesses da criança, deve ser sopesado, mormente quando há identidade cultural entre os países envolvidos e quando a alteração do domicílio possa representar vetor de crescimento intelectual imediato e profissional mediato. Mesmo que se dê aplicação ao posicionamento doutrinário defendido por Erik Jayme, no sentido de que o “pós-moderno” direito internacional privado deve dar maior atenção aos sentimentos interiores do indivíduo, seus interesses e valores pessoais<sup>308</sup>, deve-se atentar para a situação particular da criança enquanto ser em formação, sopesando-se as possíveis vantagens e desvantagens advindas da alteração domiciliar que se fará, frise-se, em companhia do virtual guardião, possivelmente seu pai ou sua mãe, ou seja, daquela pessoa que, pela análise dos fatos, o juiz cogitou ser o que deteria as melhores condições para o exercício da guarda. Note-se, ademais, que os mencionados aspectos pessoais guardam maior pertinência com o mérito da decisão, com a decisão material em si, e não com a decisão típica do direito internacional privado que é a determinação da lei aplicável para a regulação transformadora dos fatos. Assim, deixe-se assente que a possível modificação do domicílio é fator incidente importante, mas não exclusivo para a decisão *de mérito*.

## 2.2. DIREITO DE VISITA

No que concerne à lei aplicável para regular o exercício do direito de visitas, necessário que se dê relevo ao fato de que o escopo principal do instituto é o de garantir a convivência dos membros da família. Nesse sentido, como já repisado, além de direito de quem é visitado e dever para aquele que visita, constitui-se também em direito dos que visitam, apresentando características de dever de quem é visitado. Indisfarçável, assim, o caráter dúplice do instituto, que busca privilegiar uns e outros. Em verdade, que busca privilegiar a unidade do núcleo familiar – que se assemelha a uma família monoparental – que se quer preservar.

Nesse sentido, já que o instituto não apresenta apenas característica protetiva dirigida às crianças, mas a todos os membros da família, inclusive da família alargada, restaria despido de sentido defender a aplicação da lei do domicílio da criança, tão-somente com o argumento de se tratar da defesa de seu melhor interesse. Certamente que se reconhece à criança a situação de ser humano em formação, vivenciando estágio de seu desenvolvimento em que os referenciais

307 DOLINGER. *A criança no direito...*, cit., p. 222.

308 JAYME. *Identité culturelle...*, cit., pp. 9-268.



paterno e materno são de extrema importância. Mas, nesse caso, parece que sobrelevar essa característica é desmerecer o direito que o genitor não-guardião e os restantes membros da família alargada têm de conviver com os mais jovens<sup>309</sup>.

Trata-se, no entanto, de consequência direta da atribuição da guarda. Assim, como esta foi deferida com base na lei do domicílio da criança, parece ser conveniente que se estabeleça a competência da mesma lei nas hipóteses de famílias que se separam e passam a viver em Estados soberanos diversos. Justifica-se tal posicionamento na necessidade de se evitar confrontos entre os genitores em decorrência de conflito de preceitos materiais existentes nos sistemas jurídicos dos Estados em que domiciliados, os quais poderiam regular diversamente o direito de acesso à criança. Ademais, submeter a regulamentação do exercício do direito de visitas à lei pessoal do genitor-guardião ou do não guardião poderia acarretar o desencadeamento de hipótese que hoje parece remota<sup>310</sup>, mas que pode efetivamente se configurar, qual seja, a de o sistema de direito material vigente no Estado em que domiciliado o não guardião desconhecer o instituto do direito de visita ou não reconhecer este direito quando conformado por disposição de lei estrangeira incompatível por qualquer razão com a ordem pública ali vigente<sup>311</sup>.

Além disso, garantir-se que a mesma lei que regula a guarda seja aplicada para regular o direito de visita parece proporcionar mecanismos mais seguros de

309 Nesse sentido, não parece acertada a decisão lançada pelo STJ no Recurso Especial 761.202/PR, Relator o Ministro Castro Filho, julgado em 28 de junho de 2006, cuja ementa está assim redigida: "1 - A exigência da ida da criança ao exterior, anualmente, durante as férias escolares de meio e fim de ano, pelo período de quatro meses, torna-se inviável de ser cumprida, por sua dificuldade e dispendiosidade dos deslocamentos, principalmente levando-se em conta a tenra idade da criança, que, na época, contava com dois anos e meio e, atualmente, está com seis anos.

Ademais, é de se ter presente a informação de que o genitor ingressou com uma ação pleiteando a guarda da criança na justiça espanhola, o que significa a possibilidade de não retornar ao Brasil, se permitida a sua saída, não se tratando, portanto, de mera suposição, mas, sim, de risco iminente e comprovado. Assim, é mais conveniente que o pai, professor com doutorado, experiência internacional em ministrar cursos e palestras pelo mundo todo, a visite no território brasileiro, a qualquer tempo, dada a facilidade em exercer o direito de visitas no Brasil.

II - Na regulamentação de visitas, deverão ser preservados os interesses do menor, que sobrelevam a qualquer direito dos pais, juridicamente tutelado".

Se é certo que os interesses da criança deverão ser preservados e prevalecer sobre os interesses dos genitores, não se compreende em que medida pode o judiciário brasileiro presumir que a ida da criança para a Espanha, para lá conviver com seu pai, configure a possibilidade - quase certeza - de seu não retorno. Ainda mais porque tanto o Brasil quanto a Espanha são partes na Convenção da Haia de 1980 sobre sequestro.

310 Conforme demonstra o art. 9º, 4, da Convenção sobre os direitos das crianças. Assim: WEINBERG. Inés M. Protección integral de la familia. In: WEINBERG. Inés M. (Dir.). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 174-179, 2002, p. 179.

311 Hipótese esta que parecia perfeitamente possível no passado, segundo se depreende do seguinte excerto da lavra de PONTES DE MIRANDA. La conception..., cit., p. 635: "On doit reconnaître (...) le droit de voir et de visiter l'enfant accordé à la mère, bien que leur loi n'ait pas créé ce droit".

acompanhamento efetivo do exercício desse direito-dever, distribuindo-se da melhor maneira possível o tempo que a criança passará com cada tronco familiar<sup>312</sup>.

Mas a situação se complicará sempre que genitor e prole estiverem excessivamente distantes, porquanto nesses casos as visitas tornar-se-ão esporádicas, muito embora concentradas, podendo mesmo ocorrer uma abstenção no gozo desse direito e no exercício do dever correlato durante anos. Acresçam-se as dificuldades econômicas normalmente vividas pelos indivíduos para se ter uma dimensão da gravidade do problema. Além disso, como a ausência se torna prolongada, tanto pode ocorrer a não-adaptação entre não-guardião e prole como pode dar-se a consequência inversa: o largo lapso temporal experimentado desde a última visita pode ser pretexto para que nasça entre genitor e filho o desejo de não mais se separarem. Essa realidade, extremamente grave, determinará o não-cumprimento correto do direito de visitas, cujo ilícito, de natureza civil, aperfeiçoar-se-á com a não-devolução da criança no prazo assinalado, acarretando violação das disposições da lei aplicável para regular a questão. Entretanto, sua não-devolução ao guardião e o conseqüente afastamento da criança de seu *habitat* representam situação de difícil desfecho, com tendência para se agravar sempre que se fizer atuar os mecanismos burocráticos para determinar o retorno da criança. É sabido que a tendência natural de quem se encontra em situação como essa é continuar a se evadir, o que retarda o deslinde da questão, pois, muitas vezes, perde-se a pista relativa ao paradeiro da criança<sup>313</sup>.

Bem por isso, cedo se percebeu que os métodos tradicionais de resolução do problema (verificação do ilícito, pedido de seu reconhecimento à jurisdição que

312 A afirmação do texto, no entanto, deve ser vista com ressalvas. Muitas vezes, os obstáculos que foram levantados para o efetivo exercício desse direito persistem na prática, por renitência jurisprudencial, não obstante as disposições internacionais de direitos humanos a respeito. Cf. interessante exemplo do que se passava entre casais formados por franceses e argelinos em MEBROUKINE, Ali. La convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 80, n° 1, pp. 1-39, 1991, pp. 9 *et seq.* Informa o autor que "avant l'adoption de la convention du 21 juin 1988, l'exercice du droit de visite par le parent non gardien obéissant aux deux règles suivantes: a) Le droit de visite faisait l'objet d'une limitation spatiale en France. b) Ce droit ne s'accompagne pas obligatoirement d'une reconnaissance, au profit du parent non gardien, de la possibilité pour lui d'emmener l'enfant dans le pays de sa nouvelle résidence". A convenção tratou de regrar a questão de forma mais condizente com os avanços sociais, garantindo que o direito de visita pudesse ser exercido tanto externa como internamente, ou seja, tanto no país do domicílio do não-guardião como no domicílio da criança (p. 18).

313 "The intention behind the private international law is not to take children permanently away from their abductors but to restore a situation in which children may have as regular an access as possible bearing in mind that the parents live in different states. For these reasons neither treaty focusses on the penal punishment of the abductor. This is not only because the paucity of international criminal law but also because international child abduction is a difficult situation which criminalisation may aggravate and drive the abductor and abducted child further into hiding" (BUEREN. *The international law...*, cit., p. 91).

regulava o direito de visita, comprovação de violação da determinação normativa, prolação de sentença, pedido de reconhecimento da sentença estrangeira ao foro do domicílio do não-guardião ou outro qualquer em que o mesmo se encontrasse com a criança e execução da decisão) eram lentos, custosos e despidos de necessária efetividade. Então, para procurar remediar a questão, arquitetando mecanismos mais eficazes para a resolução do problema do exercício abusivo do direito de visitas transfronteiriço, a sociedade internacional houve por bem buscar uma regulamentação conjunta da questão que deu origem à Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro (subtração) internacional de crianças, de 1980, objeto de análise no capítulo IV.

### 2.3. ALIMENTOS

Os elementos de conexão geralmente indicados para reger a escolha da lei aplicável à matéria relacionada aos alimentos são normalmente, como se viu no item 1.3, *supra*, a lei pessoal do devedor ou a do credor, com certa preferência doutrinária e jurisprudencial por essa última, dada a situação de necessidade que atinge a criança alimentanda, razão pela qual há quem defenda, com mais razão, a aplicação da lei mais favorável ao alimentando, seja a lei pessoal do devedor ou do credor.

Acredita-se que o critério da lei mais favorável seja efetivamente o melhor. Com efeito, o escopo social a que o instituto se dirige é prover o sustento necessário – bem assim as condições de manutenção e desenvolvimento cultural – do jovem alimentando. Presumir-se-ia, então, que a lei pessoal do credor pudesse ser a que melhor regulasse a matéria, mas não se pode olvidar que o caráter materialista da discussão recomenda que se opte pela aplicação da lei que seja, efetiva e não presumidamente, a que mais benefícios traz para o credor. O argumento lançado aqui poderá causar interpretação apressada e imprudente no sentido de ser sempre preferível garantir o maior valor ao alimentando. Não é essa, todavia, a posição que se está a defender. A defesa recai sobre a lei que garanta as melhores condições de sobrevivência e inclusão do credor em seu mundo social (veja-se o capítulo I). Trata-se, portanto, de comparar as leis potencialmente aplicáveis naquilo que respeita ao conteúdo da dívida alimentícia, a fim de saber que necessidades, efetivamente, estão abarcadas no *quantum* a ser fixado. O valor devido, agora sim, levará em consideração o binômio que opõe a necessidade do credor e as possibilidades efetivas do devedor. A despeito de, à primeira vista, a questão parecer argumentativa e retórica, não é esse o caso. Há legislações que entendem devidos apenas os alimentos estritamente necessários à sobrevivência do credor, dando preferência absoluta ao fator necessidade (estricta), ao passo que outros ordenamentos

entendem possível e recomendável que a verba alimentícia abarque não só o valor mencionado, mas que cubra, também, os gastos que a criança terá para se inserir no meio social em que nasceu e com o qual está acostumada – entendendo-se amplamente o fator necessidade –, mas desde que o devedor mantenha, obviamente, condições financeiras para sua própria sobrevivência condigna e para o suprimento daquelas necessidades de sua prole, já que, muitas vezes, os processos de separação das famílias acabam por implicar uma perda significativa do padrão socioeconômico.

Em um ponto específico, entretanto, a razão parece estar entre aqueles que advogam a aplicação da lei do devedor, como é o caso de Luís Cezar Ramos Pereira. Trata-se da alegação segundo a qual tal solução facilitaria o reconhecimento da condenação estrangeira (proferida no foro do domicílio do credor ou, ainda, se cabível, em outros foros competentes) no Estado do devedor, com posterior execução<sup>314</sup>, já que respeitada a lei do domicílio do ora executado. A mesma solução pode-se mostrar dificultada caso se assente na adoção da lei mais benéfica, mormente se o juízo de delibação versar o tema da ordem pública do Estado requerido. A depender da concepção socioeconômica do Estado, poder-se-á negar executividade à decisão que se tenha lavrado com base na lei do credor, então considerada a mais benéfica ao mesmo, principalmente se a condenação se mostrar muito mais ampla do que aquela que se teria atingido na hipótese de aplicação da lei do domicílio do devedor.

Segundo informa Jacob Dolinger, quando vigorava entre nós a regra da nacionalidade como definidora da lei pessoal, seguia-se essa regra geral para buscar a aplicação da lei da nacionalidade do pai (devedor) a fim de definir o débito alimentício. No entanto, sempre que a lei nacional do devedor de alimentos (lei estrangeira) o eximia integralmente dessa responsabilidade, o sistema brasileiro fazia incidir o princípio da ordem pública, forçando à aplicação da lei nacional, justamente por se mostrar mais benéfica ao alimentando<sup>315</sup>.

Com a alteração, em 1942, do critério definidor da lei pessoal, que deixa de ser a nacionalidade e passa a ser o domicílio, e com a extensão do domicílio do pai ao filho por expressa disposição legal (art. 7º, § 7º, da LICC/1942), “teria se fixado a competência da lei do alimentante” (devedor). Ainda segundo o autor, “esta solução não foi aceita, pois já se firmara tradição de que a lei do

314 PEREIRA. Prestação de alimentos..., cit., p. 35.

315 No mesmo sentido FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Las obligaciones alimenticias en el derecho internacional privado español. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 37, nº 1, pp. 67-108, 1985, p. 98, ao afirmar que seria hipótese de se afastar a lei estrangeira com recurso à ordem pública.

alimentado [credor] e/ou a *lex fori* teriam que ser consultadas para garantir a concessão dos alimentos<sup>316</sup>.

Não se percebe, todavia, a alteração de critérios, nem que se tenha fixado, apenas em 1942, a competência da lei do alimentante. Com efeito, se a lei aplicável antes de 1942 era a estrangeira e se a sua aplicação era, muitas vezes, obstada pela ordem pública nacional “sempre que estes [os alimentos] não estivessem garantidos na lei nacional do pai”, como afirma o autor, onde a alteração do critério? Parece, da narração feita pelo autor, que sempre se aplicou no país a lei do alimentante (devedor), porém com a possibilidade de aplicação da *lex fori* e/ou da lei do credor quando esta favorecesse o alimentando, que, no mais das vezes domiciliado no Brasil, veria coincidir os conceitos de *lex fori* e lei pessoal, por colmatagem com a noção domiciliar.

#### 2.4. ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DE FILHOS MENORES

Coerentemente com o posicionamento que se veio de firmar no item 1.4, *supra*, entende-se que a lei aplicável para regular a administração e o usufruto dos bens dos filhos menores é a lei pessoal vigente para estes e não a lei da situação dos bens, como sói acontecer nos países de tradição insular.

O problema se colocará, aqui, relativamente aos bens situados no Brasil, que deverão ser administrados e usufruídos da forma e pelas pessoas indicadas na lei vigente no Estado em que domiciliada a criança proprietária. Vale dizer, tendo havido a separação internacional da família da criança, determinará a forma de administração dos bens a ela pertencentes, bem como a pessoa ou as pessoas que se incumbirão dessa empreitada, a lei do Estado em que a criança tiver fixado seu domicílio.

Dessa feita, tendo a criança deixado o país em companhia do genitor-guardião para fixar o seu domicílio no exterior, a lei brasileira terá perdido a proeminência para regular a questão, não obstante os bens usufruídos e/ou administrados encontrarem-se situados no Brasil (*rei sitae*). Competente será a lei do local em que atualmente domiciliada a criança, que determinará se a administração do patrimônio do incapaz caberá ao guardião, ao não-guardião ou a terceira pessoa, bem como se o administrador será beneficiado com usufruto temporário de tais bens, além das formalidades necessárias para sua eventual alienação ou para a imposição de gravames reais.

Por outro lado, se a criança permanece domiciliada em território nacional, serão chamados a administrar e usufruir os bens situados no Brasil ambos os

316 DOLINGER. *A criança no direito...*, cit., p. 386.

genitores, em cooperação, mesmo que – como é a hipótese geral do presente tópico – um deles esteja domiciliado no exterior e apresente dificuldades de ordem prática para participar da tarefa que a lei pessoal de seu filho lhe impõe, o que geralmente ocorrerá em razão da distância imposta pela separação transfronteiriça dos membros da família. Saber se o não-guardião pode solicitar dispensa de tal incumbência nessa situação ou se poderá instituir mandatário que se desincumba de tal obrigação dependerá, portanto, das disposições materiais da própria lei brasileira.

### 2.5. EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR NA DESUNIÃO DAS FAMÍLIAS

A lei aplicável, nessa hipótese em que os pais da criança decidem viver em Estados soberanos distintos, será a lei do domicílio do jovem que se visa proteger por meio do instituto.

Quer isso significar que, se a criança permanece em território nacional, terá sobre si o império do poder familiar nos exatos moldes traçados pela legislação brasileira, que regulará sua titularidade, a forma de seu exercício, bem como as hipóteses de perda e suspensão desse poder. Por outro lado, se a criança modifica seu domicílio, indo residir no exterior em companhia de um dos genitores, detentor de sua guarda, aplicável será a lei pessoal da criança, preenchidos o sentido e o alcance da expressão à luz do direito internacional privado do foro. É que este direito tanto pode considerar como lei pessoal o domicílio, caso em que a *lex fori* será também a *lex causae*, como pode considerar o elemento nacionalidade para fixar o conceito de lei pessoal, conjectura em que a lei aplicável será a da nacionalidade da criança.

## 3. ALTERAÇÃO POSTERIOR DAS SITUAÇÕES FÁTICAS

### 3.1. SEPARAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA DOS MEMBROS DA FAMÍLIA QUE PERMANECIA NO MESMO TERRITÓRIO

Uma vez definidos a guarda; o regime de visitação; o valor e a forma de pagamento da pensão alimentícia; a quem incumbiria, e de que modo, a administração dos bens das crianças, bem como a forma de exercício do poder familiar com base na lei brasileira, como lei pessoal da criança, ou com base na lei que fosse mais favorável a ela no que concerne aos alimentos fixados – situação a que se chegava pela verificação de permanecerem todos os membros da família no mesmo território –, pode bem se dar a hipótese de um ou alguns deles modificarem seu domicílio, indo residir no exterior. A mesma situação é possível verificar na hipótese em que, ausente qualquer elemento estrangeiro na situação fática, fosse até então a questão submetida exclusivamente aos

desígnios da lei local por se tratar de um caso tipicamente interno, referenciado exclusivamente ao sistema jurídico brasileiro, que se mostrava o único, àquele momento anterior, com aptidão para regular a situação.

Em qualquer dessas duas hipóteses, percebe-se que a situação fática poderá desencadear mecanismos distintos de atuação da normativa de direito internacional privado, conforme se trate de hipótese em que o guardião pretende alterar seu domicílio, levando consigo a criança para o exterior, ou de hipótese em que apenas o não-guardião pretende ausentar-se do País, fixando seu domicílio em país estrangeiro.

Nessa segunda hipótese, parece não haver razão maior para se proceder a qualquer alteração na regulação da guarda, do poder familiar e do direito de administrar e usufruir os bens existentes no patrimônio da criança, que permanecerão regidos pela lei brasileira, já que este é o domicílio da criança. No entanto, no que tange aos alimentos, passar-se-á a contar com um elemento de conexão novo – a lei do domicílio do devedor – chamado a atuar, fazendo incidir a necessária comparação entre as legislações a fim de se buscar o sistema mais favorável para a criança. Também no que respeita ao direito de visitas, poderá ele necessitar de nova regulamentação, que será traçada, entretanto, ainda com base na lei brasileira, lei que regulamenta a guarda e que deve ser estendida a suas consequências mais diretas: as visitas entre criança e membros do grupo familiar afastados de sua convivência diuturna. A alteração de mérito, assim, justifica-se pela eventual necessidade de fixação de calendário de visitação mais condizente com as necessidades da criança.

No entanto, na situação em que o guardião pleiteia o direito de mudar seu domicílio para residir no exterior, fazendo-o em companhia da prole, alteradas estarão as remissões feitas pelos elementos de conexão da grande maioria dos aspectos aqui analisados, cabendo, entretanto, indagar se a alteração futura, aquela que se vai produzir, mas que ainda não se produziu, poderia ser levada em consideração para que o magistrado brasileiro alterasse a guarda. A pergunta se coloca porquanto se deve ter em mente que a alteração do domicílio da prole e do guardião provocará, possivelmente, a deslocação da competência internacional e eventual incompetência do juízo brasileiro<sup>317</sup>, pois, muito embora se trate de competência concorrente, como já se afirmou, há quem entenda que as hipóteses que não se enquadram nos incisos do art. 88 afastariam a competência brasileira (Botelho de Mesquita), incluir-se-iam nas hipóteses

317 Isso porque não se trata nem de dependência da competência internacional relativamente ao direito aplicável, nem do direito aplicável relativamente à competência internacional. A respeito, PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado*, v. 3. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 27-37, que afirma: "a competência internacional é um pressuposto de aplicabilidade do direito de conflitos pelos órgãos públicos" (p. 37).

de competência negativa da jurisdição brasileira (Antenor Madrugá) ou, ante o silêncio da lei, não afastariam a competência do juízo nacional (Marcelo de Nardi)<sup>318</sup>. Assim, alterado o domicílio da criança e alterada, eventualmente, a competência internacional, o juiz brasileiro, caso entendesse que não poderia prolatar decisão alguma a respeito da guarda de filhos, poderia antecipar-se para antever o direito estrangeiro que será aplicado e, assim, modificar quer a guarda, quer o regime de visitas, quer a administração dos bens do infante? Não parece haver razão para tal iniciativa afoita. Obviamente, o juiz poderá considerar a situação mesma da deslocação internacional da criança e ponderar a respeito da conveniência de sua retirada do território nacional, podendo, se entender conveniente, alterar a guarda da criança, à luz da lei brasileira, ainda aplicável à questão. Mas não poderá jamais adiantar-se para fazer incidir uma lei que será aplicável apenas e tão-somente se o elemento estrangeiro for efetivamente alterado, conectando a questão a outra ordem jurídica, distinta da brasileira.

No que concerne ao exercício conjunto do poder familiar determinado pela lei brasileira enquanto lei do domicílio da criança pode-se pôr a questão de saber se a modificação do domicílio do infante para um outro país, que não admita o exercício conjunto da autoridade parental expressa no poder familiar, persistirá ou não. A questão, formulada pelo Secretário-Geral-adjunto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, o irlandês William Duncan, em outro contexto, está assim vazada:

*"A child is born to parents habitually resident in State X. According to the law of State X the parents by operation of law are vested with joint parental responsibility. Some years later, the family moves to State Y. Under the domestic law of State Y parents do not automatically enjoy joint responsibility. (This may be because they are unmarried; or perhaps, for traditional or religious reasons, responsibility vests in only one married parent.) Does the change in habitual residence necessarily affect the position as regards parental responsibility?"<sup>319</sup>*

Muito embora no exemplo do autor os pais permaneçam unidos nos desígnios que lhes são comuns, notadamente na criação e educação de seus filhos, na companhia constante de ambos, pode-se bem adaptar a questão para fazê-la enquadrar no problema central deste item. Ao que parece, nesse caso,

318 Assim, ARAUJO. *Direito...*, cit., pp. 226-228, quando cita o posicionamento de José Ignácio Botelho de Mesquita, Antenor Madrugá e Marcelo de Nardi.

319 DUNCAN, William. Children's rights, cultural diversity and private international law. In: *Children's Rights and Traditional Values*. Aldershot/Brookfield (USA)/Singapore/Sydney: Ashgate-Dartmouth, 2002 (fornecido pela Secretaria Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, p. 12).



um dos genitores perderia a responsabilidade parental pela modificação do domicílio da criança sob guarda. A solução é certamente injusta, posto que a decisão unilateral do guardião imputará ao não-guardião a perda da autoridade parental, sem que este tenha cometido qualquer ato atentatório à dignidade e à integridade da criança. Obviamente, essa decisão não produzirá efeitos em nosso território, mas poderá ser o estopim para que se negue autorização para que o não-guardião visite sua prole, por exemplo. Levando às últimas consequências, então, o não-guardião, mesmo que procure resguardar seus direitos diretamente no foro do domicílio de seu filho – já que seja este o foro mais próximo à realidade do infante – terá sua pretensão negada a menos que o elemento de conexão vigente nesse Estado seja a nacionalidade da criança e seja ela brasileira. Mas mesmo essa hipótese redentora dependerá de não se invocar a ordem pública do Estado em questão, já que o autor do exemplo invocou como causa possível, por exemplo, questões religiosas.

William Duncan escreve por ocasião da aprovação da “Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants”. Essa convenção será o objeto principal da atenção do capítulo IV, posto que se esteja, nesta tese, na busca de elementos que corroborem a ratificação de uma série de convenções internacionais sobre o assunto, ainda não ratificadas pelo Estado brasileiro. Como se verá, a convenção garante, nessa hipótese em especial, a manutenção do genitor não-guardião no exercício de seu *status quo ante*, se a residência habitual da criança se tiver fixado em país que seja, também ele, parte na referida convenção.

### 3.2. REUNIÃO DOS MEMBROS DA FAMÍLIA EM TERRITÓRIO NACIONAL

Já na hipótese de reunião<sup>320</sup> de todos os membros da família da criança em território nacional, após período em que se encontravam domiciliados em dois ou mais Estados distintos, assistindo à regulação de suas relações cotidianas pela lei estrangeira, ao retornarem todos para o território nacional dever-se-á indagar, primeiramente, se existe na relação fática algum elemento estrangeiro outro que não o domicílio de parte dos membros da família quando se encontravam no exterior. Em caso de resposta negativa, inclusive no que concerne à existência de membros

320 O tema merece outro viés de análise no âmbito comunitário europeu. Com efeito, tendo-se em conta as disposições internacionais relativas ao direito à convivência familiar, os Estados europeus dispõem de regras jurídicas que reconhecem aos indivíduos regularmente assentados em dado território, o direito de terem consigo seus familiares. Obviamente, o direito se efetiva com particularidades quando se trata de cidadãos comunitários ou não comunitários. A respeito: ARENAS GARCÍA, Rafael. Problemas derivados de la reagrupación familiar. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, nº 5, pp. 269-307, 2005.

da família alargada no exterior, o caso perderá a característica que demandava a atuação do direito internacional privado, devendo submeter-se, a partir de então, à legislação material brasileira, que se aplicará própria e diretamente.

Já no caso de haver algum elemento estrangeiro na relação, mesmo depois da reunião da família em território brasileiro, persistirá a necessidade de se indagar sobre a lei aplicável a suas relações, que serão regidas em sua maioria, como se afirmou, pela lei brasileira, enquanto lei do domicílio da criança, ou pela lei mais favorável ao credor dos alimentos. Nesse caso, como os elementos pertinentes relacionam-se ao ordenamento brasileiro, será esta a aplicável.

#### IV. REGULAÇÃO DO TEMA PELA SOCIEDADE INTERNACIONAL

##### 1. A CONVENÇÃO DA HAIA CONCERNENTE À COMPETÊNCIA, LEI APPLICÁVEL, RECONHECIMENTO, EXECUÇÃO E COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL E MEDIDAS DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA, DE 1996

Esta convenção, aprovada no seio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado<sup>321</sup>, encontra precedentes na história das próprias Conferências. Sua aprovação teve como um de seus objetivos, expressamente declarados em seu preâmbulo, o de revisar as disposições da *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*<sup>322</sup> que, por sua vez, havia sido aprovada como consequência da percepção de que a *Convention du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs* era dotada de mecanismos que haviam se tornado ineficazes para a persecução de seu objetivo principal<sup>323</sup>.

321 Trata-se de organização internacional que persegue a unificação progressiva das regras de direito internacional privado. Nascida das constantes convocações de conferências internacionais por parte do governo do Reino dos Países Baixos, sob a influência de Tobias Michael Carel Asser, que conseguiu por em prática o sonho que fora acalentado originalmente por Pasquale Stanislao Mancini, entretanto morto, a Conferência institucionalizou-se em 1951. Originalmente frequentada por países europeus, tem hoje como membros países de todos os continentes, filiados a todas as grandes famílias jurídicas, dentre os quais o Brasil que, após curto período como membro, na década de 1970, denunciou o Estatuto e voltou a ser membro efetivo em 2001, tendo, no entanto, participado de reuniões como convidado nesse interregno. Cf.: RODAS; MONACO. *A Conferência da Haia...*, cit., pp. 99-102, 121, 129-133, 145-152 e 159-167.

322 Todas as convenções da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado podem ser consultadas em sua página na rede mundial de computadores ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

323 A respeito das dificuldades havidas na aplicação da convenção de 1902 sobre tutela, inclusive com referência ao caso Boll, julgado pela Corte Internacional de Justiça (*Affaire relative à la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineur, arrêt du 28 novembre 1958*), e que desembocaram na aprovação da convenção de 1961, veja-se, dentre muitos outros: PÉREZ VERA, Elisa. El menor en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 45, n.º 1, pp. 101-114, 1993, pp. 104-105. Entre nós, com ricos

A Convenção sobre a competência e a lei aplicável em matéria de proteção de menores, de 1961, entrou em vigor internacional em 4 de fevereiro de 1969, dez anos depois de proclamada a Declaração universal dos direitos da criança e pode, por isso, ser apontada como uma das primeiras tentativas da comunidade internacional no sentido de tornar instrumentais os direitos então declarados, por meio de sua positivação internacional. Atualmente, vigora ainda para treze Estados europeus (Alemanha, Áustria, Espanha, França, Holanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Polônia, Portugal, Suíça e Turquia<sup>324</sup>) e para Macau, dos quais Letônia (por ratificação) e Lituânia (por adesão) são partes na convenção de 1996.

A convenção de 1961 atribui competência genérica em favor das autoridades judiciárias e administrativas de um determinado Estado contratante para que este tome as medidas consideradas necessárias para garantir proteção aos direitos pessoais e patrimoniais da criança<sup>325</sup> sempre que sua residência habitual esteja fixada naquele Estado (art. 1º), estabelecendo-se como lei aplicável para reger tais medidas urgentes de proteção o ordenamento jurídico do foro, a *lex fori* (art. 2º). A previsão convencional relativa à competência dá vazão ao chamado princípio da eficiência, por se considerar que as autoridades desse Estado parte são as que ostentam melhores condições e melhores informações para intervir imediatamente a fim de proteger a criança. Por outro lado, a previsão a respeito

---

detalhes: DOLINGER. A criança no direito..., cit., pp. 192-198. O referido caso opôs Suécia e Holanda relativamente a medidas de proteção tomadas pelos judiciários de ambos os países, em caráter definitivo, com referência à mesma criança. Com efeito, no que diz respeito a essa temática, e como se verá, no texto, adiante, é possível que se estabeleça conflito entre uma medida provisória tomada em um Estado e uma medida definitiva tomada em outro Estado. No entanto, como salientam VERWILGHEN; HOUTTE. *Conflits d'autorités...*, cit., p. 407, nesses casos, normalmente a medida definitiva destina-se a substituir a medida provisória. Mas também é possível que o conflito se instaure entre duas medidas com vocação definitiva. Foi o que ocorreu no caso Boll em que cada Estado determinou medidas diversas de proteção à criança: assistência educativa (Suécia) e atribuição do poder familiar ao pai da menina e, posteriormente, a tutela da mesma a uma tutora (Holanda). Segundo os últimos autores citados, o tipo de conflito inscrito no caso Boll foi a origem das tensões entre jurisdições de Estados diferentes.

324 Polônia e Turquia não participaram das negociações, tendo aderido à convenção. Conforme dispõe o art. 21, 2, do texto convencional, os Estados signatários têm a faculdade de declarar se aceitam que a convenção os vinculem aos Estados aderentes, o que se faz por meio de declaração dirigida ao depositário. Cf. BONOMI, Andrea. La convenzione dell'Aja de 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 31, nº 3, pp. 607-656, 1995, p. 608, nota 3. As conclusões do autor podem ser estendidas à Letônia, Lituânia e Macau. Curiosamente, o autor inclui dentre os Estados contratantes a Eslovênia. Todavia, esta informação não se coaduna com aquela disponível em <[http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx\\_f.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx_f.pdf)>, (último acesso em 23.09.2008).

325 A convenção considera como criança o ser humano que ostente esta condição tanto na legislação do Estado de sua nacionalidade como no Estado de sua residência habitual. Trata-se de critério cumulativo, portanto, e que acaba privilegiando a determinação legislativa material que estabelece a idade mais baixa. Cf. BAUDOUIN, Jean-Marie. La protection du mineur étranger par le juge des enfants. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 83, nº 3, pp. 483-503, 1994, p. 488.

da lei aplicável se atém à verificação do princípio da coincidência *forum-ius*<sup>326</sup>. Lembra Rui Manuel Moura Ramos que, muitas vezes, as medidas a se tomar no âmbito interno do Estado serão da alçada das autoridades administrativas. Assim, como a estas não é exigido o conhecimento jurídico, ser-lhes-ia muito difícil aplicar qualquer norma estrangeira, dada a tecnicidade presente em tal procedimento. Daí a conveniência do recurso ao princípio da coincidência *forum-ius*<sup>327</sup>. Além disso, e com Batiffol, o autor lembra que o recurso a tal princípio permitiu afastar a discussão, de resto de difícil enfrentamento à época, acerca de qual dos elementos de conexão escolher para a regência dos aspectos pessoais e familiares: se a lei nacional ou a domiciliar<sup>328</sup>. No entanto, o assunto aparece camuflado na convenção.

Segundo suas disposições, as medidas tomadas com base nos artigos 1º e 2º subsistirão apenas até que outro Estado que também seja competente, porém por título diverso (nacionalidade da criança, *v.g.*), tome as medidas exigidas pela situação. Da mesma forma, prevê o art. 9º que a competência se desloca, em casos extremos e urgentes, para o Estado em que a criança se encontrar. Em ambas as hipóteses, o Estado que determinar uma medida de proteção deve comunicá-la ao Estado da nacionalidade da criança ou ao Estado de sua residência habitual, conforme o caso<sup>329</sup>. Segundo Peter Nygh, há certa preferência pelo critério da nacionalidade para a fixação da competência quando se trata de tomar medidas definitivas relativamente à proteção das crianças, conforme determinação contida no art. 4º da convenção<sup>330</sup>, bastando, para tanto, a demonstração de seu interesse em decidir sobre a questão conflituosa, tudo a fim de garantir maior permanência e unidade da lei aplicável, se comparada à lei da residência habitual, de mais fácil modificação<sup>331</sup>. Como ressalta Paul Lagarde “la compétence prioritaire reconnue par l’article 4 aux autorités nationales de l’enfant n’est qu’une survivance historique qui n’a plus sa place

326 MOURA RAMOS. Rui Manuel Gens de. La protección de los menores en el ámbito internacional – las nuevas normas convencionales de La Haya aplicables a la protección de menores en supuestos de conexión múltiple. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid: Colex, pp. 67-84, 2000, p. 70.

327 MOURA RAMOS. *Da lei aplicável...*, cit., p. 164.

328 MOURA RAMOS. *Da lei aplicável...*, cit., pp. 163-164.

329 BAUDOUIN. *La protection...*, cit., pp. 490-491.

330 A preferência pela nacionalidade tomou esta convenção não aceitável por parte dos países afetos à *common law*. Assim: NYGH, Peter E. The New Hague Convention on Child Protection. *Australian Journal of Family Law*. v. 11, pp. 5-10, 1997, p. 5.

331 HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Valladolid: Lex Nova, 2004, p. 123.

dans une convention moderne<sup>7332</sup>, e isso porque a maior proximidade parece ser aquela que se estabelece com o Estado da residência habitual da criança.

Outro problema que efetivamente se põe é aquele relativo às crianças com dupla ou plúrima nacionalidade, quando então, vários Estados, que consideram a criança como sua nacional, poderão requerer o reconhecimento de sua competência<sup>333</sup>, o que forçou muitos Estados europeus propensos a reconhecer casos de plúrima nacionalidade a firmarem uma série de convenções bilaterais<sup>334</sup>. O problema se justifica pela igualdade entre homem e mulher no que concerne à manutenção e transmissão de sua nacionalidade nos países afetos ao sistema do *ius sanguinis*. Com efeito, se no passado a mulher adquiria, por via do casamento, a nacionalidade de seu marido e se a nacionalidade se transmitia à prole em razão da paternidade, a criança ostentava a nacionalidade comum de seus pais. De forma correlata, mesmo nos países em que era reconhecido à mulher o direito de manter sua nacionalidade originária, era-lhe tolhido o direito de transmiti-la à prole, razão pela qual a criança era nacional de um único Estado: o Estado de seu pai. Essa realidade persistia em 1961, quando da assinatura da convenção, mas foi logo substituída pelos avanços sociais. Soma-se a isso o fato da Conferência da Haia contar dentre seus membros, atualmente, Estados que transmitem a nacionalidade *ius soli*, senão exclusivamente (v.g., países da América Latina), ao menos subsidiariamente (v.g. França e Portugal)<sup>335</sup>. A verificação do fenômeno da dupla nacionalidade, então, pode representar a adoção de medidas concomitantes e incoerentes entre si, por parte de cada um desses Estados, tal qual ocorrera, à luz da convenção de 1902, no caso Boll. A solução para tal conflito aparente de jurisdições, então, baseia-se na busca de critérios subsidiários que possam determinar a nacionalidade prevalecente, quase sempre com recurso à primazia da nacionalidade do foro, o que é, em verdade, tornar irrelevante a dupla nacionalidade<sup>336</sup>.

De forma coerente, a convenção de 1961 prevê que toda medida de proteção determinada pelo Estado da nacionalidade da criança em decorrência da aplicação de sua lei interna será imediatamente reconhecida em todos os Estados

332 LAGARDE, Paul. La protection du mineur double-national talon d'achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961. *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale - Studi in memoria di Mario Giuliano*. Padova: Cedam, pp. 529-542, 1989, p. 540.

333 MONTANARI, Michela. Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni sulla protezione del minore bipolide tra convenzione dell'Aja del 1961 e diritto comune. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 38, n° 1, pp. 99-118, 2002, em especial pp. 105 *et seq.*

334 MOURA RAMOS. La protección..., cit., p. 71.

335 LAGARDE. La protection..., cit., p. 531.

336 Com a citação de inúmeros casos e seus critérios de resolução: LAGARDE. La protection..., cit., pp. 532-539.

contratantes, sem dispor, no entanto, relativamente à executoriedade de tais decisões, que restam, portanto, afetas aos mecanismos de execução disciplinados pelo direito interno dos Estados requeridos, o que dificulta o funcionamento prático dos mecanismos estatuidos pela convenção<sup>337</sup>. Daí porque Tito Ballarino tenha classificado tais mecanismos de cooperação entre as autoridades dos Estados contratantes como “poco efficaci”<sup>338</sup>.

Todo esse mecanismo criado pela convenção de 1961 pressupõe um intrincado sistema de comunicação entre os Estados parte que, todavia, prescindem, em sua estrutura organizacional, de entidades com a competência das atuais autoridades centrais<sup>339</sup>, previstas em várias convenções da Conferência da Haia para facilitar a comunicação internacional relativamente à aplicabilidade das convenções que as prevêm<sup>340</sup>.

Tendo como principal objetivo o de obter o compromisso dos Estados quanto à repartição de competências, a convenção de 1961 trouxe inúmeros problemas que, na prática, impossibilitaram uma efetiva coordenação entre as autoridades do Estado de residência habitual e do Estado da nacionalidade da criança<sup>341</sup>. Além disso, a ausência de regras explícitas e facilitadoras a respeito do reconhecimento e da execução de tais decisões sobre medidas de proteção, como já se salientou, acabou por tornar incompleta a convenção nas hipóteses em que se fazia necessária a produção dos efeitos da sentença em Estado outro que não o da nacionalidade da criança, como por exemplo, o Estado da situação dos bens. Naqueles casos, principalmente, não obstante ter-se aplicado, com grande probabilidade, a lei da nacionalidade da criança, impossibilitava-se o reconhecimento automático da decisão nesse último Estado, tornando moroso o seu reconhecimento e morosa a produção de seus efeitos.

337 BAUDOUIN. La protection..., cit., p. 491.

338 BALLARINO, Tito. *Diritto internazionale privato*. 2. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 489.

339 Cf. BAUDOUIN. La protection..., cit., p. 492, nota 16, ao informar a competência interna francesa para receber tais comunicações. Aliás, a dificuldade de se estabelecer esta autoridade foi um dos fatores responsáveis pelo tardio depósito do instrumento de ratificação italiano, realizado após o início das negociações, em sede de comissão especial, para a substituição da convenção de 1961. A respeito da peculiaridade italiana, BONOMI. La convenzione..., cit., pp. 609-610.

340 Veja-se, a respeito: BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegria. El papel de la “autoridad central”: los Convenios de La Haya y España. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 45, nº 1, pp. 63-80, 1993.

341 BORRÁS, Alegria; PÉREZ VERA, Elisa. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: primera comisión especial para la modificación del Convenio sobre protección de menores (26 de mayo a 3 de junio de 1994). *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 46, nº 2, pp. 916-919, 1994; DE BOER, Ted. The Hague Conference and Dutch choice of law: some criticism and a suggestion. *Netherlands International Law Review*, The Hague, v. 40, nº 1, pp. 1-14, 1993, p. 6.

No que concerne ao âmbito material de aplicação da convenção, no entanto, um grande passo foi dado relativamente a sua antecessora, a convenção de 1902, posto que ampliado o conceito de medidas de proteção, abandonou-se a regulação da lei aplicável tão-somente para reger a tutela, passando-se a regular a competência e a lei aplicável às medidas de proteção em geral, o que parece refletir certo avanço na consideração da condição da criança enquanto sujeito de direitos, na esteira, aliás, da Declaração universal dos direitos da criança, como já se salientou. Nesse sentido, essa convenção permite a repartição de competência e prevê a lei aplicável no que concerne à regulação do exercício do poder familiar quando os pais se separam, a forma de atribuição da guarda etc. muito embora fosse possível aos Estados partes reservar a aplicação da convenção nas hipóteses de separação dos genitores<sup>342</sup>.

Em que pese o fato de vigorar entre vários e importantes países europeus, não se vai dar maior atenção a esta convenção, pois, como já ressaltado, a mesma temática por ela regulada mereceu a atenção dos Estados membros por ocasião das negociações que levaram à adoção da *Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*<sup>343</sup>, de 1996<sup>344</sup>. Esta convenção entrou em vigor internacional em 1º de janeiro de 2002 e conta hoje com a participação dos seguintes Estados membros da Conferência: Albânia, Austrália, Bulgária, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Marrocos, Mônaco, República Tcheca, Ucrânia, além da adesão da Armênia. A convenção encontra-se, no entanto, assinada pelos seguintes países membros da Organização Internacional: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre,

342 VERWILGHEN; HOUTTE. *Conflicts d'autorités...*, cit., p. 412.

343 O Bureau Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado havia proposto três possíveis denominações para a convenção em tela, todas mais sintéticas que o nome afinal adotado. Dentre elas, a sugestão que parecia agradar mais era "Convention sur la protection internationale des enfants", que acabou sendo adotada, na prática, por muitos autores que escreveram sobre o tema. O título sugerido, no entanto, dizia pouco sobre o conteúdo do acordo ao mesmo tempo em que demonstrava aptidão para se referir a toda sorte de proteção, podendo remeter o intérprete mais apressado, por exemplo, à ideia de se tratar de uma convenção sobre direitos humanos. Daí a proposta holandesa no sentido de se batizar o tratado de "Convention réglant le droit international privé en matière de protection des enfants". Prevaleceu, entretanto, a proposta analítica elaborada conjuntamente por uma série de delegações. Cf. PICONE, Paolo. *La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 32, nº 4, pp. 705-748, 1996, p. 76, nota 1.

344 Quanto aos trabalhos tendentes à revisão da convenção de 1961: BORRÁS, Alegria. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: segunda comisión especial para la revisión del Convenio de la Haya de 1961 sobre protección de menores (La Haya, 6-17 de febrero de 1995). *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 47, nº 1, pp. 314-317, 1995; BORRÁS, Alegria. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: tercera reunión de la comisión especial sobre la protección de los menores y de los incapaces mayores (La Haya, 11-22 de septiembre de 1995). *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 47, nº 2, pp. 493-495, 1995.

Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Polónia, Portugal, Romênia, Reino Unido, Suécia e Suíça<sup>345</sup>. Percebe-se, assim, que se ratificadas todas as assinaturas apostas à convenção, apenas Turquia e Macau continuarão, no futuro, afetas às disposições da convenção de 1961. Além do mais, a prática da conferência tem demonstrado que nessas hipóteses, acaba ocorrendo a denúncia por parte dos Estados que se encontram apegados aos textos mais antigos. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a convenção sobre adoção internacional firmada na década de 60, e hoje totalmente substituída pela convenção de 1993.

Os desenvolvimentos sociais levam a que as convenções sobre lei aplicável a aspectos do direito de família se tornem, em boa medida, supérfluas. Tal fato atingiu em cheio a convenção de 1961 e havia consenso no que concerne à necessidade de sua substituição paulatina. Agregado a esse fator, recordou-se a inexistência prática de uma convenção que regulasse as medidas de proteção dirigidas a adultos incapazes, então ainda regidas pela convenção de 1905<sup>346</sup>. Todos esses fatores levaram a que se discutisse no seio da Conferência a possibilidade de alargamento da convenção a fim de que ela abarcasse o reconhecimento e a execução de decisões, bem como que se procurasse incluir nessa nova convenção medidas de proteção dirigidas aos maiores incapazes. Durante as negociações, no entanto, foi proposta a separação dos objetos por sujeito de proteção, que dariam origem a duas distintas convenções: uma sobre a proteção das crianças e outra sobre a proteção dos adultos incapazes<sup>347</sup>.

O objeto dessa convenção consiste em determinar a competência dos Estados no que concerne à tomada de medidas tendentes à proteção da pessoa das crianças e à proteção de seus bens, além de se designar a lei que deverá ser aplicada por tais Estados considerados competentes para o estabelecimento

345 Cf. <[http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx\\_f.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx_f.pdf)>. Último acesso em 23.09.2008.

346 "Le nombre des personnes âgées de plus de 60 ans devrait être de 600 millions en 2001 et doubler avant 2025. Celui des personnes âgées de plus de 80 ans, actuellement de quelque 50 millions, passerait à 137 millions en 2025. La démence sénile, particulièrement la maladie d'Alzheimer, croît avec l'âge. Des études épidémiologiques font apparaître que le taux de démence, de 3% entre 65 et 74 ans, passe à 18% entre 75 et 84 ans, pour atteindre 47% au-delà de 85 ans. Actuellement, 20% des personnes âgées de plus de 80 ans seraient démentes. (...) Le problème de la protection des majeurs s'est internationalisé du fait à la fois de l'accroissement des mouvements de populations et de la répartition de plus en plus fréquente des biens d'un même patrimoine sur le territoire de plusieurs États." LAGARDE, Paul. La convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 89, n° 2, pp. 159-179, 2000, pp. 161-162.

347 Tanto assim que as duas convenções tiveram o mesmo relator, o Professor Paul Lagarde. Cf. LAGARDE, Paul. La nouvelle convention de la Haye sur la protection des mineurs. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 86, n° 2, pp. 217-237, 1997, p. 218, nota 2; LAGARDE, Paul. La convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 89, n° 2, pp. 159-179, 2000, p. 160, nota 3.



das medidas cabíveis. Também é estabelecida a lei aplicável à regulação da autoridade parental, cuja extensão é trazida pela convenção, como se verá.

Da mesma forma, a convenção estabelece a obrigação e assegura que todos os Estados contratantes reconheçam e executem as decisões havidas em outro Estado parte, além de criar mecanismos de cooperação considerados necessários para o bom funcionamento e persecução dos objetivos da convenção. Isso porque as normas de cooperação entre autoridades nacionais se apresentam como ponte apta a permitir o bom funcionamento das regras relativas aos demais setores regulados pela convenção.

A convenção de 1996 define autoridade parental como a regulação dos direitos, deveres e obrigações que incumbem aos pais, aos tutores ou a quaisquer outros representantes legais das crianças, no exercício da proteção de sua pessoa e dos bens a elas pertencentes. Na esteira da Convenção sobre os direitos da criança, de 1989, a convenção de 1996 considera criança todo ser humano que conte até dezoito anos de idade.

A convenção optou por estabelecer uma lista não exaustiva<sup>348</sup>, mas meramente exemplificativa do que pode ser considerado “medidas de proteção”, para, em seguida, excluir de seu campo de aplicação algumas medidas que, em que pese poderem ter algum caráter protetivo, constituem objeto de regulação por outras convenções da Haia<sup>349</sup>, ou a respeito dos quais não se tenha atingido consenso quando se buscava estabelecer o campo de aplicação da convenção, optando-se pela exclusão de tais medidas em alguns casos<sup>350</sup>.

Assim, são medidas de proteção ao abrigo da convenção: a atribuição, o exercício, a suspensão ou a destituição da responsabilidade parental, bem como sua delegação temporária ou definitiva. A atribuição da guarda de filhos, bem como a regulação do direito-dever de visitas, o que inclui, no âmbito da guarda, o direito de fixar o domicílio<sup>351</sup> e a residência<sup>352</sup> da criança e, no âmbito do direito-dever de visitas, a possibilidade de remover a criança, temporariamente,

348 BUCHER, Andreas. *L'enfant en droit international privé*. Genève/Bâle/Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 178, aceitando o caráter não exaustivo do rol, afirma no entanto que “il est très difficile de trouver une mesure qui ne pourrait être ragée dans aucune des rubriques”.

349 Assim, também, ITERSON, Dorothea van. The New Hague Convention on the Protection of Children: A View from the Netherlands. *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, Paris, n° 3, pp. 474-487, 1997, p. 476.

350 LAGARDE. La nouvelle convention..., cit., p. 221.

351 “Domicile can present distortions, particularly when the domicile of a child is dependent on that of an absent parent” NYGH, Peter. The Hague convention on the protection of children. *Netherlands International Law Review*, The Hague, v. 45, n° 1, pp. 1-28, 1998, pp. 12-13.

352 MOURA RAMOS. La protección..., cit., p. 72.

para um local diverso daquele em que reside habitualmente. A tutela, a curatela<sup>353</sup> e medidas análogas são também incluídas no âmbito da convenção, bem como a possibilidade de sua transferência a uma família acolhedora ou a um estabelecimento oficial, além de se prever a instituição da *kafala* muçulmana, que se incluiria no meio do caminho entre a guarda de fato de uma criança e a adoção simples<sup>354</sup>. Da mesma forma, inclui-se no âmbito da convenção a designação de pessoas ou instituições que serão responsáveis pela criança, como é o caso de uma babá ou de um colégio interno, devendo-se obedecer, nesses casos, a lei indicada pela convenção.

Também está incluída a obrigação estatal de se fiscalizar os atos relativos ao exercício do poder familiar, ou à autoridade parental – para falar nos termos da convenção – exigindo-se certa atuação que vise, por exemplo, suspender o poder familiar mal exercido. Por fim, deve-se fazer referência à obrigação de se administrar os bens dos infantes<sup>355</sup>. Não há, portanto, incompatibilidades de fundo entre esta convenção e a Convenção de 1989 sobre os direitos da criança<sup>356</sup>, podendo-se, por isso, adiantar que a convenção de 1996 encontra-se harmoniosa relativamente à legislação material brasileira vigente.

Quanto aos temas que se encontram excluídos do âmbito de aplicação da convenção, deve-se fazer referência ao seu caráter *peremptório*<sup>357</sup>. Assim, a convenção não se aplica a diversos casos que a própria aplicação prática da convenção de 1961 tratou de descartar<sup>358</sup>: estabelecimento ou contestação de paternidade, adoção, salvo suas consequências, porquanto esse ato jurídico estabeleça verdadeira relação paterno-filial, em tudo assemelhada à filiação biológica. Também não se aplica à regulação do nome e prenome da criança, a

353 No Brasil a curatela é medida de proteção destinada a adultos incapazes e, portanto, estaria ao abrigo material da convenção de 2000, sobre a proteção internacional dos adultos.

354 "La *Kafala* è un istituto del diritto islamico, non assimilabile all'adozione e inidoneo a produrre legami di filiazione, per cui un fanciullo bisognevole di protezione può essere (dal giudice tutelare o eccezionalmente dagli stessi genitori) affidato da una istituzione pubblica o privata, o ad una famiglia mussulmana, che si prenderà cura della sua persona e dei suoi beni". PICONE. *La nuova convenzione...*, cit., p. 711, nota 19. Também: BECK-PECCOZ, Roberta Aluffi. *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del nord-Africa*. Torino: Fondazione Giovanni Agnelli, 1997.

355 Muito embora, nesse caso, a convenção admita, por meio do art. 55, a aposição de reserva quanto a competência de outros Estados, estabelecendo sua competência exclusiva em razão do elemento de conexão *locus rei sitae* internamente adotado pelo Estado.

356 "Era stata presentata una proposta tendente a precisare quali principi della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (del 20 novembre 1989) andassero presi particolarmente in considerazione, ma la proposta non ha ricevuto il consenso della larga maggioranza delle delegazioni". A proposta fora apresentada por Organizações não-governamentais participantes da sessão diplomática na qualidade de convidadas. Cf. PICONE. *La nuova convenzione...*, cit., pp. 708-709 e nota 11.

357 LAGARDE. *La nouvelle convention...*, cit., p. 221.

358 BUCHER. *L'enfant...*, cit., p. 178.

sua emancipação, às obrigações alimentares, ao trust e à sucessão<sup>359</sup>, à seguridade social, às políticas públicas de caráter geral ou homogêneo<sup>360</sup> relativos à educação e à saúde, às medidas de caráter social tendentes à reintegração social de jovens que tenham cometido algum ato infracional ou análogo, bem como as decisões em matéria de asilo<sup>361</sup> e imigração<sup>362</sup>.

De maneira geral, a convenção atribui competência para processar e decidir a respeito das medidas de proteção às autoridades judiciais ou administrativas do Estado contratante em que a criança tenha sua residência habitual, por as considerar as autoridades melhor situadas para a decisão<sup>363</sup>. Como ocorre com as demais Convenções firmadas na Conferência da Haia, esta não define o que seja residência habitual. Trata-se de política deliberada da organização, como deixa claro Peter Nygh:

*"Although the concept of habitual residence is known to some legal systems and is use by them for private international law purposes, the Hague Conference concept must be seen as an autonomous non-technical concept. It indicates the centre of gravity of the child's life and activities at the relevant time. (...). The habitual residence of the child need not coincide with that of the parent or parents. Obviously the child who lives with the mother will have its centre of life's activities at the same place as the mother. But, if she sends the child to live with others, their habitual residence will diverge whether or not the person with whom the child lives has formal rights of control over the child."*<sup>364</sup>

A alteração da residência habitual implica, normalmente, e salvo as hipóteses de modificação ilícita da mesma, a alteração da competência que, entretanto, permanece relativamente às autoridades originalmente competentes nas situações de ilicitude<sup>365</sup> (subtração ou não-retorno), exceto se houver

359 O que, segundo a visão de NYGH. *The New Hague...*, cit., p. 6, tornou a convenção pouco interessante no que concerne aos bens das crianças.

360 Prefere-se homogêneo, porquanto tais políticas dirijam-se a todos os seres humanos sob jurisdição do Estado, independentemente de qualquer traço distintivo, característico da heterogeneidade de seus destinatários. Cf. MONACO. *A proteção...*, cit., introdução e capítulos 3 a 5.

361 As medidas de proteção relativamente às crianças refugiadas podem ser tomadas com base na convenção segundo determina o art. 6º do texto. A respeito: ITERSON. *The New Hague...*, cit., p. 478.

362 "Se percibe la intención del legislador de circunscribirse al ámbito de las relaciones de derecho privado, dejando fuera del sistema creado las grandes instituciones autónomas del derecho de la persona, incluso si la normativa referente a ellas puede abarcar cuestiones que afectan a la protección de los menores" (MOURA RAMOS. *La protección...*, cit., p. 72).

363 HERRANZ BALLESTEROS. *El interés del menor...*, cit., p. 124.

364 NYGH. *The Hague convention...*, cit., pp. 12-13

365 PFUND. *The Developing...*, cit., p. 673.

concordância – ainda que ficta – dos responsáveis pela criança com a alteração da residência. Tal concordância se determina pela contagem do prazo de um ano a partir da ciência efetiva ou presumida (do momento em que o guardião soube ou devia ter sabido) do atual paradeiro da criança por parte de seus responsáveis. Ou seja, sua inatividade implicará, nesses casos, na alteração da residência habitual da criança para fins de determinação da competência internacional para o estabelecimento de medidas de proteção<sup>366</sup>. Deve-se, no entanto, cuidar para uma verificação rigorosa de tais situações. Nesses casos, Andreas Bucher lembra que a propositura de ação de busca e apreensão pelo guardião, assim como qualquer outra medida por ele aventada que demonstre claramente sua não concordância com a subtração da criança, será apta a conservar a competência no local da residência habitual originária da criança. Lembra, no entanto, que as autoridades do local onde a criança se encontrar serão sempre competentes para adotar quaisquer medidas que considerem necessárias e urgentes para a proteção dos infantes ali localizados<sup>367</sup>.

Em qualquer hipótese, a autoridade competente do Estado da residência habitual da criança pode renunciar a sua competência em favor de outros Estados contratantes, desde que se configure algum dos casos previstos no art. 8 da convenção, como é o caso da transferência de competência para o Estado da nacionalidade da criança, o Estado onde estão situados seus bens, ou, ainda, o caso de transferência da competência para outros Estados, competentes para julgar temas correlatos àquele que está em tela. Com efeito, nas hipóteses de situações ligadas exclusivamente a um ordenamento jurídico, costuma vigor o *sistema de cumulação de competências* em que o juiz competente para decidir acerca do divórcio, da separação ou de qualquer outra forma de dissolução da vida em comum dos membros de um casal acabam assumindo a competência para decidir acerca das questões correlatas a estas. Tal sistema, que em princípio não vigora em casos afetos ao direito internacional privado<sup>368</sup> em razão da aplicabilidade dos princípios da proximidade e da proteção da parte mais fraca da relação (forçando o estabelecimento de competências preferentes que

366 MOURA RAMOS. La protección..., cit., p. 74.

367 BUCHER. *L'enfant...*, cit., p. 181.

368 Veja-se, por exemplo, o art. 8º da Convenção interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado, que dá faculdade ao juiz para aplicar o direito internacional privado da *lex fori*, não se sujeitando, obrigatoriamente, ao direito internacional privado da *lex causae*. Cf. DOLINGER, Jacob. Convenção interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.3, p.19-46, 1995, pp. 42-43.

dispersam a análise dos temas correlatos em foros estrangeiros diversos)<sup>369</sup>, pode, no entanto, ceder, segundo as disposições da convenção, forçando o julgamento de questões prévias, preliminares ou incidentes à atribuição da guarda no foro destas primeiras. Trata-se, especificamente, da hipótese de dissolução, por qualquer modo e razão, da união havida entre os pais da criança (art. 10)<sup>370</sup>. Essa hipótese de transferência da competência, no entanto, não estava prevista no projeto originalmente apresentado para discussão, elaborado pelo Bureau Permanente da Conferência. Isso porque alguns Estados afirmavam inexistir qualquer liame entre a criança e tal foro. Se esta afirmação é verdadeira, não se deve esquecer que a jurisdição do divórcio pode ser recomendável por razões táticas ou financeiras, conforme lembra Eric Clive<sup>371</sup>. Por fim, como regra flexível e ampla, admite-se a transferência da competência para o Estado com o qual a criança demonstrar possuir vínculos mais estreitos. No entanto, esta forma de migração da competência para decidir a respeito de uma medida de proteção da criança deve obedecer a um procedimento de comunicação entre

369 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*. v. 2. 5. ed. Granada: Comares, 2004, pp. 354-355.

370 BUCHER. *L'enfant...*, cit., p. 183 lembra que a regra do art. 10 da convenção de 1996 pressupõe que a autoridade judiciária ou administrativa competente para decidir sobre a dissolução da união havida entre os pais da criança seja, também, competente para adotar medidas de proteção relativamente às crianças envolvidas, o que pode simplesmente não ocorrer.

371 CLIVE, Eric. The New Hague Convention on Children. *Greens Family Law Bulletin*, pp. 3-5, Jan 1997, p. 3. A modificação de posicionamento se deu, no seio das negociações, por pressões exercidas pelos países membros da União Européia, que estavam a negociar, por aquele período, uma convenção sobre competência judiciária e execução de decisões em matéria matrimonial, comumente chamada de *Convention Bruxelles II*. Assim: PICONÉ. La nuova convenzione..., cit., p. 719. Sobre a convenção Bruxelas II: BORRÁS, Alegria. Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el reglamento 1.347/2000, de 29 de mayo (Bruselas II). *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona. v. 102. n° 2. pp. 361-386. 2003; ESPINOSA CALABUIG, Rosario. La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de "Bruselas II, bis": entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 39, n° 3-4, pp. 735-782, 2003; DE BOER, Th. M. Jurisdiction and enforcement in international family law: a labyrinth of European and international legislation. *Netherlands International Law Review*, The Hague, v. 49, n° 3, pp. 307-351, 2002; M<sup>o</sup>ELEAVY, Peter. The Brussels II regulation: how the european community has moved into family law. *International and Comparative Law Quarterly*, London, v. 51, n° 4, pp. 883-908, 2002.; M<sup>o</sup>CLEAN, David. The Hague child abduction convention – the common law response. *Netherlands International Law Review*, The Hague, v. 40, n° 1, pp. 67-78, 1993; WATT, Horatia Muir; ANCEL, Bertrand. La désunion européenne: le règlement dit 'Bruxelles II'. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 90, n° 3, pp. 403-457, 2001. Sobre a transferência de competência dos Estados membros da União Européia em matéria de direito internacional privado, que levou, inclusive, à revisão do Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: KOTUBY Jr, Charles T. External competence of the european community in the Hague Conference of Private International Law: community harmonization and worldwide unification. *Netherlands International Law Review*, The Hague, v. 48, n° 1, pp. 1-30, 2001. Seja como for, a competência do foro do divórcio é limitada à atribuição da guarda, cessando em outras oportunidades que exijam a revisão do provimento inicial. Cf.: CLIVE. *The New Hague...*, cit., p. 3. Ademais, exige-se que ambos os genitores concordem com a competência deste foro e que este se mostre adequado aos interesses da criança. Cf. BUCHER. *L'enfant...*, cit., p. 184.

as autoridades centrais designadas pelos Estados para esse fim. Mantém-se, nesse ponto, a previsão da convenção de 1961, mas se obriga os Estados parte a indicarem qual o órgão interno de sua estrutura orgânica que se desincumbirá de tais tarefas<sup>372</sup>.

Dessa forma, apenas nas hipóteses em que a autoridade do segundo Estado (diferente do Estado em que a criança tem sua residência habitual) aceitar a competência para o processamento do feito<sup>373</sup> é que se admitirá que o órgão competente do primeiro Estado (residência habitual) decline da competência que lhe é reconhecida. Trata-se, bem se vê, de critério de atribuição de competência subsidiária<sup>374</sup>, só se admitindo que o Estado da residência habitual decline de sua competência se houver manifestação expressa de outro Estado que a convenção considera adequada para transformar o litígio, dizendo que aceita processar o feito, por se considerar este foro o conveniente para tanto (*forum conveniens*). A razão é clara: garantir que o melhor interesse da criança (aqui, interesse na resolução da lide) possa ser garantido, o que não ocorreria se a convenção tivesse propugnado pela adoção pura e simples da doutrina do *forum non conveniens*, já que, nessa hipótese, caso o juízo do local da residência habitual não se considerasse competente, o mesmo ocorrendo com outros foros previstos na convenção, a lide restaria insolúvel. Bem por isso, conforme determinado na convenção, apenas se houver a aceitação da competência pelo juízo considerado subsidiário, poderá a autoridade competente originária declinar de sua competência. O juízo de conveniência levado a cabo pelo Estado cuja jurisdição parece ser a mais adequada deve levar em consideração também o melhor interesse da criança. Já não mais em perspectiva procedimental (interesse na resolução da lide), mas em perspectiva material<sup>375</sup>. Vale dizer: os Estados parte da convenção garantiram aplicação ao princípio do melhor interesse da criança ao criar mecanismos que impossibilitam a denegação de justiça, o que ocorreria se tivessem admitido que o tratado denotasse tão-só a doutrina do *forum non conveniens*. Cabe, no entanto, ao Estado que se julgar o mais adequado para proceder à transformação do litígio, voltar a considerar o melhor interesse da criança, agora em perspectiva material, por julgar que sua jurisdição é a mais conveniente para garantir o resultado prático da sentença judicial ou da decisão administrativa que afinal se tomará, atingindo-se, assim, o escopo social que o

372 Relação em: <<http://www.hcch.net>>.

373 A convenção deixa claro, em seu art. 8º, que se trata de uma faculdade garantida ao segundo Estado e, não, de um dever a ele imposto.

374 Nesse sentido: NYGH. The Hague convention..., cit., p. 17.

375 PICONE. La nuova convenzione..., cit., p. 716.

processo ou o procedimento administrativo devem ter e que, nessa seara das relações humanas é muito claro: o melhor interesse da criança<sup>376</sup>.

Admite-se, ainda, “comme le miroir de l’art. 8”<sup>377</sup>, que um Estado tido por incompetente, mas que gostaria de prover a criança de uma medida de proteção que considera adequada e conforme o melhor interesse do infante, requeira autorização do Estado competente, via autoridades centrais, para que possa ele, Estado até então incompetente, decidir a questão nos termos do art. 9º.

Por fim, a convenção atribui competência para as autoridades judiciárias ou administrativas do local onde a criança se encontra a fim de decidirem sobre medidas urgentes ou mesmo sobre medidas outras de proteção, sendo certo que, nesses casos, as medidas são, em certa medida, provisórias, já que cedem diante de medidas tomadas por autoridades de outros Estados cuja situação seja mais privilegiada à luz das disposições da convenção sobre distribuição de competência. Assim, por exemplo, no que concerne às crianças refugiadas em razão de catástrofes naturais ou conflitos bélicos que tenham atingido seu Estado de residência habitual. As autoridades do local de sua situação atual terão sua competência reconhecida para a adoção de medidas protetivas ao abrigo da convenção até que se venha a firmar nova residência habitual para a criança ou até que ela recupere sua residência originária (art. 6, 1, c/c arts. 11, 2 e 11, 3)<sup>378</sup>. O mesmo se passa nas hipóteses de crianças residentes habitualmente em Estados não contratantes e que necessitem de medidas de proteção no período em que estejam localizadas no território um Estado contratante<sup>379</sup>.

Quanto à determinação da lei aplicável, há que se diferenciar duas situações: de um lado, a lei aplicável para reger a atribuição, manutenção ou regulação do poder familiar (autoridade paterna), independentemente da intervenção de uma autoridade judicial ou administrativa e, de outro, a lei aplicável para reger quaisquer medidas de proteção estabelecidas em favor da criança.

Segundo a convenção de 1996, a atribuição, manutenção *ipso facto* e, em qualquer desses casos, a regulação do poder familiar, por expressa disposição legal ou por acordo havido entre as partes, independentemente de qualquer

376 Esse interesse passa também, pela pronta transformação do litígio, o que autoriza que o Estado da residência habitual da criança julgue a demanda, ainda que não se considere a jurisdição mais apropriada, diante da demora apresentada pelo Estado requerido em responder à provocação da autoridade central do Estado requerente, a respeito da conveniência de se transferir a competência nos termos da convenção. Nesse sentido: LAGARDE. La nouvelle convention..., cit.; PICONE. La nuova convenzione..., cit., p. 716, nota 32.

377 BUCHER. *L'enfant...*, cit., p. 182.

378 BUCHER. *L'enfant...*, cit., p. 179.

379 BUCHER. *L'enfant...*, cit., p. 180.

provimento judicial (inclusive homologação do acordado), rege-se pela lei da residência habitual da criança, não se prevendo elementos de conexão subsidiários. Tal regra deflui do art. 16 da convenção de 1996 que, com o intuito de jogar pá de cal sobre intensa discussão doutrinária travada acerca da natureza do art. 3º da convenção de 1961, construiu-se sob autêntica conformação de regra de conflito de leis, determinando a aplicação da lei da residência habitual da criança. Nesse sentido, nas hipóteses em que houver modificação da residência habitual da criança, poderá ocorrer alteração da lei de regência da hipótese, determinando nova regulação para o instituto do poder familiar.

Imaginem-se, assim, algumas hipóteses<sup>380</sup>. Na primeira, a alteração da residência habitual esbarra na constatação de que o poder familiar nascido de pleno direito à luz da lei aplicável (antiga residência habitual da criança) não existe segundo a nova lei aplicável. Nesse caso, assegura-se a continuidade da lei primitiva e mantém-se a autoridade parental de fato anteriormente existente, até que haja provimento jurisdicional ou administrativo posterior que regule a questão distintamente (art. 16.3). Na segunda hipótese, a situação criada e regulada pela lei anteriormente aplicável está contida na regulação da nova lei aplicável. Nessa situação tanto poderá haver coincidência regulamentar como poderá ser o caso da nova lei ser mais adequada aos interesses da criança. Em qualquer caso, aplica-se a lei da nova residência habitual da criança (art. 17). Por fim, na hipótese de a lei da nova residência contemplar o instituto, mas atribuí-lo a outro legitimado, entende a doutrina que tal lei deverá ser aplicada, modificando-se a titularidade da autoridade parental, *ipso facto* da alteração da residência habitual da criança<sup>381</sup>.

Quanto à determinação da lei aplicável às medidas de proteção, esta será a lei do foro competente (normalmente a residência habitual da criança, convertida em centro de vida e de interesse do infante<sup>382</sup>) segundo as determinações do Capítulo II da convenção, podendo, no entanto, o Estado competente optar, no melhor interesse da criança, pela aplicação da lei que apresentar vínculos mais estreitos com a questão a respeito da qual se deve decidir<sup>383</sup>. Isso por que nem sempre a lei do foro competente (autoridade melhor situada para a tomada de decisão) é a lei mais indicada a satisfazer os interesses da criança<sup>384</sup>.

380 Para o que segue: HERRANZ BALLESTEROS. *El interés...*, cit., pp. 135-136.

381 LAGARDE. *La nouvelle convention...*, cit., pp. 231-233; HERRANZ BALLESTEROS. *El interés...*, cit., p. 136.

382 MOURA RAMOS. *La protección...*, cit., p. 78.

383 O que se deve à proposta apresentada, ainda durante a comissão especial, pela delegação italiana. Cf. PICONE. *La nuova convenzione...*, cit., pp. 730-731.

384 HERRANZ BALLESTEROS. *El interés...*, cit., p. 124.



No que concerne à deslocação da competência do Estado da residência habitual da criança para o Estado que estiver decidindo acerca de qualquer das medidas aptas a por fim ao relacionamento vivido pelos pais da criança e a consequente aplicação desta lei (*lex fori*), a solução trazida pela convenção enfrentou resistências, tendo as delegações da Espanha e da Suíça sugerido que, nesse caso, a lei aplicável fosse a lei da residência habitual da criança. A proposta, entretanto, foi afastada, pois a convenção que se estava então a negociar perseguia e vinha conseguindo, até então, fazer coincidir foro competente e lei aplicável<sup>385</sup>.

Nos casos em que sobrevier alteração da residência habitual, a convenção prevê que as medidas anteriormente determinadas pela autoridade competente, com base na lei então aplicável, devem subsistir e ser aplicadas pelo Estado da nova residência habitual. O mesmo acontecerá nas hipóteses em que a competência tiver sido transferida para outro Estado considerado mais próximo à criança e melhor preparado para a tomada da decisão. Assim, o Estado da residência habitual, ao transferir sua competência originária para Estado outro, fica adstrito a tal iniciativa e deve, por isso, respeitar a decisão havida alhures, tomada segundo a *lex fori* ou segundo outra lei, julgada mais pertinente pela autoridade que decidiu a questão. Obviamente, essa obrigação que se impõe ao Estado da residência habitual da criança (de respeitar a decisão havida por outra autoridade que não a sua nas hipóteses previstas na convenção) só subsistirá enquanto a causa de pedir permanecer inalterada. Vale dizer: havendo alteração das condições fáticas, poderá o Estado da residência habitual (na segunda hipótese) ou o da nova residência habitual (na primeira hipótese) examinar novo pedido em seu foro e segundo a aplicação de sua lei, alterando ou não as medidas de proteção e exercício da autoridade parental até então vigentes<sup>386</sup>.

No que diz respeito ao reconhecimento e execução das decisões havidas pelos Estados competentes segundo as disposições da convenção, cumpre destacar a ampla proposta estadunidense no sentido de tornar passível de reconhecimento e execução as decisões provenientes de Estados não partes, o que foi rechaçado pelos Estados negociantes, nos moldes propostos, porquanto se tenha sempre em mente a situação de serem os acordos de reconhecimento e execução baseados na reciprocidade<sup>387</sup>. No entanto, poderá um Estado parte reconhecer e executar

385 HERRANZ BALLESTEROS. *El interés...*, cit., pp. 125-126.

386 NYGH. *The Hague convention...*, cit., pp. 22-23.

387 A esse respeito: HOUTTE, Hans van. La réciprocité des règles de conflit dans les conventions de la Haye. *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, v. 24, n° 2, pp. 491-503, 1991; LAGARDE, Paul. La réciprocité en droit international privé. *Recueil des Cours*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, v. 154, pp. 103-214, 1977; COSCIA, Giuseppe. Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 37, n° 3, pp. 557-568, 2001;

qualquer medida de proteção tomada por um Estado não parte, desde que a criança que se visa proteger seja residente habitualmente neste Estado e nacional daquele, hipótese em que o primeiro Estado poderá dispensar a homologação da sentença estrangeira, no melhor interesse da criança<sup>388</sup>.

Há hipóteses em que o reconhecimento e a execução podem ser negados pelo Estado requerido. No entanto, as hipóteses que permitem o não reconhecimento não são peremptórias, podendo o Estado requerido reconhecer a decisão havida em outro Estado, se com ela concordar quanto ao fundo. As hipóteses que autorizam o não reconhecimento das decisões são, de um lado, a ausência de oitiva da criança e/ou do titular da autoridade parental, salvo se tal dispensa tenha se justificado em razão da urgência presente na requisição e adoção da medida que se busca reconhecer e, de outro, a manifesta ofensa à ordem pública do estado requerido, devendo-se, nesse caso, ter em conta o melhor interesse da criança.

Por fim, decisões que determinem a instituição da *kafala* em outro Estado contratante em que o instituto seja desconhecido só serão executáveis se tiverem sido objeto de pedido dirigido ao Estado sob cuja jurisdição a *kafala* deverá ser cumprida precedente da autoridade central do Estado que tomou a medida<sup>389</sup>.

## 2. A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO (SUBTRAÇÃO<sup>390</sup>) INTERNACIONAL DE CRIANÇAS, DE 1980<sup>391</sup>

Entende-se por subtração internacional de crianças, à luz da Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças<sup>392</sup>,

MENGOZZI, Paolo. La condizione di reciprocità e il diritto internazionale privato. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 30, n° 3, pp. 485-498, 1994.

388 ITERSON. *The New Hague...*, cit., p. 479.

389 NYGH. *The Hague convention...*, cit., pp. 24-25.

390 A tradução brasileira fala em sequestro. Em Portugal diz-se rapto. No entanto, o *Bureau* permanente sugere que se adote a expressão "subtração internacional". Em visita oficial ao Ministro da Justiça, realizada em 2005, o Secretário Geral da Conferência, Hans van Loon, solicitou a substituição do termo na tradução oficial brasileira. Segundo informações fornecidas pelo Secretário Geral (carta pessoal encaminhada ao Professor João Grandino Rodas, por ele gentilmente cedida para análise quando da realização da pesquisa), o Ministro da Justiça concordou com suas ponderações e assumiu o compromisso de rever a tradução brasileira. Por essa razão, o presente trabalho consignará o termo "subtração", exceto quando se referir ao título, ainda oficial, da convenção. Perceba-se, entretanto, que o transcurso de mais de dois anos desde então demonstra que nenhuma medida oficial foi tomada.

391 Muitas das ideias expostas neste tópico provêm da pesquisa realizada, em outro contexto, quando do curso de mestrado, na Universidade de Coimbra, agora ampliada, atualizada e adaptada a novo contexto.

392 Atualmente a convenção vigora entre quase todos os Estados membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, ou seja, África do Sul, Albânia, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bielo-Rússia, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Brasil, Bulgária, Canadá, Chile, Chipre, Croácia, Dinamarca,

tanto a retirada de uma criança do poder de quem exercia sua guarda, *ipso facto* determinada por lei, por decisão judicial ou administrativa ou por acordo legalmente reconhecido, como a não devolução da criança ao poder de quem de direito, após um período no qual a criança exercia o direito de visitar e ser visitada por um parente não guardião.

Assim, tanto pode se dar quando da retirada efetiva da criança do Estado de sua residência habitual, que é, na maior parte das vezes, o Estado da residência habitual de quem exerce legalmente a guarda<sup>393</sup>, como no caso de retenção arbitrária dessa criança em território diverso daquele em que residia.

A referida convenção preocupa-se apenas com os aspectos civis dessa subtração, estabelecendo mecanismos de reclamo e cooperação jurisdicional entre os Estados parte com o intuito de facilitar o retorno da criança ao Estado de sua residência habitual, de forma rápida e menos traumática possível<sup>394</sup>. O conteúdo da convenção é diverso da grande maioria dos tratados sobre direito internacional privado, porquanto não estabeleça regras sobre lei aplicável<sup>395</sup>, não regulamente o procedimento de obtenção de *exequatur* de decisão estrangeiras, não mencione decisões relativas à atribuição da guarda, podendo por isso ser chamado de “un convenio ‘fuera de lo normal’, un convenio *sui generis*”<sup>396</sup>. Quanto aos aspectos criminais desse ato, várias são as razões para sua não

---

Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Estados Unidos, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Holanda, Hong Kong, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Macau, Macedônia, Malta, México, Mônaco, Montenegro, Noruega, Nova Zelândia, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Portugal, República Tcheca, Romênia, Reino Unido, Sérvia, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia, Uruguai e Venezuela, não vigorando, entretanto, para Coréia do Sul, Egito, Índia, Japão, Jordânia, Malásia, Marrocos, Rússia e Suriname. Aderiram a suas disposições, no entanto, os seguintes Estados não membros da Organização: Armênia, Bahamas, Belize, Burkina Faso, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Ilhas Fidji, Ilhas Maurício, Ilhas San Kit e Neves, Moldávia, Nicarágua, República Dominicana, San Marino, Tailândia, Trinidad e Tobago, Turcomenistão, Uzbequistão e Zimbábue. Está em período de *vacatio legis*, ainda, para as Ilhas Seicheles. Fonte: <[http://hcch.evision.nl/upload/statmtx\\_f.pdf](http://hcch.evision.nl/upload/statmtx_f.pdf)>. Último acesso em 23.09.2008.

- 393 “This treaty recognizes that frustration of meaningful visitation rights is an important cause for parental kidnappings. Thus it encourages co-operation between the designated authorities in the different countries to set up transnational visitation while at the same time removing the uncertainty by providing guarantees of the child’s return at the end of the visitation period”. DYER. *Protecting the right...*, cit., p. 412.
- 394 HELZICK, Cathy S. Returning United States children abducted to foreign countries: the need to implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abductions. *Boston University International Law Journal*, pp. 119-152, 1987 (HeinOnline).
- 395 Em sentido contrário, afirmando que a convenção determina, ao menos, a lei aplicável para se verificar se a subtração foi lícita ou ilícita, SCHUZ, Rhona. The Hague child abduction convention: family law and private international law. *International and Comparative Law Quarterly*, London, v. 44, n° 4, pp. 771-802, oct. 1995, p. 796.
- 396 BORRÁS, Alegria. Practica española en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores. In: *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles) - II Jornadas de D.I.P. (Patronato Universitario de Toledo)*, pp. 81-93, p. 95. Separata fornecida pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, sem indicação do ano de publicação.

regulamentação pela sociedade internacional, os quais foram bem sintetizados por Geraldine van Bueren, ao afirmar que

*“the intention behind the private international law is not to take children permanently away from their abductors but to restore a situation in which children may have as regular an access as possible bearing in mind that the parents live in different states. For these reasons neither treaty focusses on the penal punishment of the abductor. This is not only because the paucity of international criminal law but also because international child abduction is a difficult situation which criminalisation may aggravate and drive the abductor and abducted child further into hiding.”*<sup>397</sup>

Estimava-se que, antes de 1980, os casos de subtração de crianças giravam em torno de 25.000, nas estatísticas mais conservadoras, chegando-se a previsões de 400.000, nos levantamentos mais pessimistas<sup>398</sup>. Do ponto de vista das ciências matemáticas, notadamente da estatística, essa amplitude entre os números apresentados tem significação muito clara: denotam completa incerteza quanto aos dados mensurados.

Na base dos fatos jurídicos estão fatores sociológicos como a liberalização e flexibilização da família e do casamento, o avanço das comunicações, os conflitos de cultura e civilização, os movimentos migratórios e os desequilíbrios econômicos e, também, fatores jurídicos que estabelecem mecanismos de deslocamento das crianças, sem a consideração de seus próprios interesses. Para tanto, seria necessário proporcionar certa estabilidade à criança, procurando manter seu convívio com ambos os genitores<sup>399</sup>.

A adoção dessa convenção, por outro lado, facilita a troca de informações entre os Estados parte, que são muitos<sup>400</sup>, permite uniformização do tratamento

397 BUEREN. *The international law...*, cit., p. 91.

398 Conferir essas informações em SHAPIRA, Amos. Private International Law aspects of child custody and child kidnapping cases. *Recueil des Cours*, La Haye, nº 214, pp. 127-250, 1989, p. 177.

399 BORRÁS RODRÍGUEZ. El “interés del menor”..., cit., pp. 952-953.

400 Esta convenção da Haia é a terceira maior convenção de direito internacional privado em número de ratificações ou adesões (atrás da convenção sobre *apostille* e da convenção de Nova York sobre reconhecimento de laudos arbitrais), muito embora estas ratificações sejam em número muito inferior às da convenção de 1989 sobre os direitos da criança. As razões para tanto podem ser encontradas em DYER, Adair. A convenção da Haia sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – para uma cooperação global. Os seus sucessos e insucessos. Trad. Teresa Trigo de Sousa. *Infância e juventude*, Lisboa, nº 3, pp. 9-36, 1994, e são basicamente as seguintes: as maiores e mais específicas restrições e obrigações impostas aos Estados que a ela adiram, em comparação com a convenção *guarda-chuva* de 1989. Informam BALFOUR, Ian L. S.; CRAWFORD, Elizabeth B. The Hague Convention on International Child Abduction. Recent Scottish Cases. *Scottish Law & Practice Quarterly*, v. 1, nº 5, pp. 411-423, Oct 1996, p. 411, o posicionamento de Anton, no sentido de que essa convenção jamais seria considerada bem sucedida pela excelência de suas disposições, mas, sim, pelo número de ratificações e adesões que pudesse amearhar. Isso porque,

dos dados estatísticos compilados<sup>401</sup> e garante pronta atitude interestatal no sentido de fazer volver a criança ao Estado de sua residência habitual. Além disso, deve-se ressaltar a natureza auto-executória da convenção, o que torna desnecessária a elaboração de normas internas para que seja praticamente observada nos Estados que aderem a suas disposições<sup>402</sup>.

Quanto ao âmbito de proteção da referida convenção, saliente-se que, apesar de prever sua aplicabilidade apenas até os dezesseis anos de idade da criança subtraída<sup>403</sup>, fato é que já se reconheceu a possibilidade de aplicação dos mecanismos dessa convenção, por decisão unilateral do Estado requerido, ainda que a criança conte 16 anos ou mais. Isso porque não resta claro no texto da convenção qual o *dies ad quem* para a aplicabilidade de suas disposições: se se trata da data da subtração ou da data do pedido de busca e apreensão. Também não fica claro se essa situação é relevante, hipótese em que seria forçoso concluir que o cumprimento da idade em qualquer fase do procedimento impediria a contínua aplicabilidade da convenção<sup>404</sup>. Por tal razão, defende-se que a convenção se aplique ainda que, no transcurso da subtração, a criança complete dezesseis anos de idade.

Várias são as hipóteses práticas de configuração da subtração internacional. Tanto pode ocorrer pela retirada da criança da companhia de seu guardião (legal ou convencional) e subsequente traslado para fora do território do Estado onde a criança residia habitualmente, como pode se dar na hipótese em que a criança se encontra fora de sua residência habitual, em companhia de parentes e com o consentimento de seu guardião<sup>405</sup>, e, no momento aprazado para seu retorno ao lar, os parentes visitados recusam-se a devolvê-la ao guardião. O traço comum, portanto, é a retenção ilícita da criança em local que não seja o de

---

em princípio, duvidava-se que pudesse receber muitas ratificações ou adesões. O Brasil aderiu a seu texto no ano 2000 (texto aprovado pelo Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999 e promulgado pelo Decreto Executivo nº 3.413, de 14 de abril de 2000).

- 401 DUNCAN, William. A actuação em apoio da convenção da Haia: ponto de vista do secretariado permanente. Trad. Pedro Miguel Duarte. *Infância e Juventude*, Lisboa, nº 4, pp. 9-34, 2001, pp. 14 *et seq.*
- 402 BORRÁS RODRÍGUEZ. El "interés del menor"..., cit., p. 957.
- 403 Em clara antecipação da regra do art. 1º da Convenção sobre os direitos da criança.
- 404 Nesse sentido, CARELLA, Gabriella. La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 30, nº 4, pp. 777-794, 1994, p. 781.
- 405 Consentimento expresso e real, obviamente. Não se trata de consentimento ficto, presumido, ou obtido mediante coação ou falsificação. A respeito da alegação de existir consentimento, no mais das vezes falso, na defesa apresentada no procedimento de busca e apreensão, BALFOUR; CRAWFORD. *The Hague Convention...*, cit., pp. 419-420.

sua residência habitual, na companhia de outro parente que não seu guardião. Bem por isso, informa Gabriella Carella que o:

*“Oggetto di tutela è solo la violazione dei diritti di affidamento, non altresì del diritto di visita per cui non può considerarsi sottrazione illecita il caso in cui l'affidatario sposti all'estero la residenza del minore impedendo l'esercizio del diritto di visita.”<sup>406</sup>*

A hipótese imaginada pela autora não configura retenção ilícita, por certo, mas não se deve afirmar, peremptoriamente, que o direito de visita não esteja resguardado pela convenção. É verdade que explicitamente não há qualquer menção, mas acredita-se e defende-se a possibilidade de interpretação analógica da convenção<sup>407</sup> que passaria a abarcar outra hipótese: a do não guardião que vive no exterior e, chegado o período de visitas, encontra recusa imotivada do guardião em permitir o exercício de seu direito-dever. Nesse caso parece-me configurada a hipótese de *retenção* ilícita, devendo-se aplicar analogicamente a convenção, se esta for vigente entre os Estados envolvidos na situação fática<sup>408</sup>.

Quando ambos os pais possuem a guarda de forma conjunta, nenhum deles poderá deslocar-se para outro território em companhia da criança, sob pena de configurar subtração internacional, salvo na hipótese de ter havido acordo de vontades consubstanciado na autorização de deslocamento da criança.

Verificada a configuração da subtração, cabe ao guardião lesado (ou a qualquer outra pessoa, instituição ou organismo interessado) requerer providências junto a autoridade central do Estado de residência habitual da criança ou de qualquer outro Estado contratante, que deverão, cientes do fato, diligenciar junto a sua homóloga na sede do Estado onde a criança se encontrar retida de forma ilícita, requerendo a devolução do infante ao Estado de sua residência habitual. No Brasil, o órgão que cumpre tal função é a Secretaria Especial dos Direitos Humanos<sup>409</sup>.

Segundo determinação da convenção, o pedido deve conter as informações necessárias sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção ilícitas, a data de nascimento da criança

406 CARELLA. La convenzione dell'Aja..., cit., p. 783, nota 14.

407 Salutar, assim, para evitar o recurso analógico, a proposta formulada em maio de 2000 pelas delegações da Austrália, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos para elaboração de um protocolo adicional à convenção de 1980, a fim de garantir o direito de acesso dos não-guardiões às crianças.

408 Ver, no item seguinte deste capítulo, o sistema imaginado pela CIDIP.

409 Autoridade Central Administrativa Federal – ACAF; Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Presidência da República; Esplanada dos Ministérios; Edifício T, sala 212; 70064-900 BRASÍLIA D.F.; Brasil; Tel.: +55 (61) 429 3975 / 429 3481; Fax: +55 (61) 429 2361 / 226 7980

subtraída, quando possível, os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança ao Estado de sua residência habitual, ou seja, um sumário dos fatos que possa configurar a causa de pedir, bem como todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual se presume que a criança esteja<sup>410</sup>. A convenção prevê, ainda, como forma de auxiliar na colheita das informações, que o requerente complemente o seu pedido com a cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante, como a sentença judicial que tenha fixado a guarda segundo as disposições da lei aplicável ao caso ou o acordo extrajudicial havido entre os genitores da criança, quando permitido pela legislação aplicável. É conveniente, ainda, que se junte ao pedido atestado ou declaração emitida pela autoridade central, por qualquer outra entidade competente no âmbito do Estado da residência habitual da criança, ou por pessoa qualificada, que ateste a vigência e o teor da legislação de tal Estado relativa à matéria, além de outros documentos considerados relevantes. Isso porque a lei aplicável será a lei do estado de origem da criança, aqui entendido como o Estado em que reside habitualmente<sup>411</sup>.

Cumprido ressaltar que o direito de guarda pressupõe, segundo disposição da convenção, o direito de fixar a residência habitual da criança<sup>412</sup>. Assim, se o genitor guardião decidir deixar o Estado onde tem a sua residência habitual, para se fixar em outro Estado, haverá alteração, conseqüentemente, da residência habitual da criança. Como já ressaltado *supra*, o genitor não guardião não poderá reclamar o retorno da criança ao Estado de sua residência habitual<sup>413</sup>, a menos que também ele seja, de fato ou de direito, detentor da guarda. Mas havendo uma decisão judicial<sup>414</sup>, administrativa ou convencional, que atribua a guarda unilateral, será lícito alterar a residência da criança, mesmo se esta alteração

410 "Hay países que envían unas solicitudes y una documentación modélica, no es siempre ése el caso. Hay casos en que no resulta claro ni la petición ni la documentación". BORRÁS. *Practica española...*, cit., p. 87.

411 Ou, nos dizeres de JAYME. *Identité culturelle...*, cit., p. 187, a lei do local a que a criança está ligada por razões de ali desenvolver sua identidade cultural.

412 Em alguns países da América Latina, a fixação da residência habitual da criança é uma decorrência do poder familiar e não da guarda, o que obriga a que se consiga a autorização do outro genitor para a alteração da residência.

413 CARELLA. *La convenzione dell'Aja...*, cit., p. 783, nota 14.

414 Segundo a convenção, a competência para decidir a respeito da atribuição da guarda ou de sua modificação é do Estado da residência habitual da criança. Percebe-se, assim, que esta convenção guarda sistematicidade quando interpretada juntamente com a convenção de 1996, chegando BUCHER. *L'enfant...*, cit., p. 196, a afirmar que "la Convention sur l'enlèvement d'enfants doit son existence principalement à l'absence d'un mécanisme d'exécution de décisions sur la garde de l'enfant. Dans la mesure où la nouvelle Convention [1996] comble cette lacune, elle exerce nécessairement une certaine influence sur le rôle futur de la Convention de 1980". Isso porque, segundo o autor, os motivos de recusa para a entrega da criança subtraída previstos pela convenção de 1980 (arts. 12, alínea 2, 13 e 27) são mais rígidos que os da convenção de 1996.

dificultar o exercício do direito de visitar e ser visitado. Em isso ocorrendo, poderá o genitor que se sentir prejudicado, demandar judicialmente a alteração da guarda, fazendo-o segundo as regras de direito interno mandadas aplicar pela norma de direito internacional privado.

Configurada a subtração internacional da criança, incumbirá à autoridade judicial decidir a respeito de sua devolução ao Estado da residência habitual ou não. Há disposição expressa na convenção a respeito da impossibilidade de se indagar sobre eventual ambientação da criança no Estado onde se encontra, se a subtração tiver ocorrido a menos de um ano. Todavia, tendo perdurado por mais tempo em decorrência da inércia do guardião ou das dificuldades por ele vivenciadas para descobrir o paradeiro de sua prole, poderá a autoridade responsável pela decisão perquirir a respeito da boa ambientação da criança em seu novo local de residência, estudo, lazer, às novas amizades etc<sup>415</sup>. Em qualquer das hipóteses, no entanto, poder-se-á afastar a aplicação da convenção em algumas específicas hipóteses previstas nos artigos 12, alínea 2, 13 e 20 da convenção. Tais situações permitem que a autoridade competente<sup>416</sup> recuse-se a determinar o pronto regresso da criança ao Estado de sua residência habitual, levando em consideração aspectos que podem determinar ou pelo menos aconselhar a manutenção da criança subtraída no local e na condição em que ela se encontra atualmente<sup>417</sup>.

415 Coerentemente, a convenção de 1996, baseada no princípio da residência habitual, entende que decorrido o lapso temporal de um ano e tendo havido integração ao ambiente em que se encontra ilicitamente, há a fixação de nova residência habitual, deslocando a competência para a tomada de medidas de proteção do Estado em que originalmente residia a criança para o Estado onde passou a residir. A respeito: MOURA RAMOS. La protección..., cit., p. 74.

416 BUCHER, Andreas. La famille en droit international privé. *Recueil des Cours*, The Hague/Boston/London, v. 283, pp. 9-186, 2000, pp. 162 *et seq.*, detectou a inexistência de critérios seguros na convenção para a determinação da autoridade competente para conhecer e julgar essa questão relativa à guarda da criança, afirmando que, quando a criança não for mais residente habitual do Estado em que se encontrava anteriormente, seria muito difícil argumentar para comprovar a competência desse Estado. Nesse sentido, mostra-se importantíssima a complementação do sistema pela assunção da convenção de 1996. O problema, parece, reside mais na determinação do que seja residência habitual, aspecto que escapou às considerações da convenção referida, como de resto, das demais Convenções da Haia. Cf. DOLINGER. A criança..., cit., pp. 249-250.

417 Cf. PAIS, Marta Santos. Enfants deplaces: comment garantir leur droit a une vie de famille. *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 65-66, pp. 79-88, 1996, p. 85. Para a verificação de decisões jurisprudenciais a respeito das exceções mencionadas, veja-se BRUCH, Carol S. Casos de rapto internacional de crianças: experiência ao abrigo da Convenção da Haia de 1980. Trad. Teresa Trigo de Sousa. *Infância e Juventude*, Lisboa, nº 3, pp. 35-63, 1993, pp. 38-47. Da mesma autora: BRUCH, Carol S. O rapto civil de crianças e os tribunais ingleses. Trad. Maria Ana do Canto e Castro; Teresa Trigo de Sousa. *Infância e Juventude*, Lisboa, nº 4, pp. 63-81, 1993. Ainda, porém restrita aos casos de 1996 no Reino Unido, a análise de LOWE, Nigel; PERRY, Alison. International child abduction: the English experience. *International and Comparative Law Quarterly*, London, v. 48, nº 1, pp. 127-148, 1999.



É interessante notar que um desses fatores (art. 20) diz respeito à concepção de direitos humanos do Estado em que a criança se encontra, o que pode levar o intérprete a acreditar que se trate de uma exceção de ordem pública vigente no Estado requerido, que, dessa forma, se recusaria a cumprir a ordem de imediato regresso da criança a seu Estado de origem. Todavia, uma interpretação histórica permite concluir que não é disso que se trata, uma vez que a exceção de ordem pública fora proposta quando das negociações e retirada, logo em seguida, diante da diversidade de culturas e filosofias envolvidas na questão, o que dificilmente garantiria a aprovação de tal exceção<sup>418</sup>. A fórmula utilizada pela convenção, no entanto, põe em choque, muitas vezes, culturas díspares a respeito, por exemplo, da importância dos cuidados maternos para o desenvolvimento da criança (cultura ocidental, *v.g.*) e da necessidade da presença paterna e de sua autoridade para a formação do caráter do infante (cultura islâmica, *v.g.*<sup>419</sup>).

Existe um reclamo geral na sociedade internacional a respeito do uso indiscriminado das exceções do art. 13 por parte dos juizes dos Estados parte requeridos. Como a redação das hipóteses contidas no art. 13 é aberta, o problema encontra-se presente, mormente quando se tem em mente o fato de que

*"many such removals are made to countries where the abducting parent has citizenship while the custodial parent does not. The potent appeal of nationality may well influence a local court's decision that the child should remain with the abducting parent"*<sup>420</sup>.

Na tentativa de evitar que esta solução se torne indiscriminada, a convenção estabelece que o juiz poderá se recusar a devolver a criança ao Estado de sua residência habitual em poucas hipóteses. A primeira possibilidade que lhe é aberta consiste no convencimento de que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a criança subtraída a seu cuidado não exercia, de forma efetiva, o direito de guarda na época em que a criança fora transferida ou retida ilicitamente<sup>421</sup>.

418 Cf. DOLINGER, A criança..., cit., p. 252. Sobre as discussões que recusaram a fórmula "principes du droit de la famille et de l'ordre public" do Estado requerido, BATIFFOL, Henri. La quatorzième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé. *Revue Critique de Droit International Privé*. Paris, v. 70, nº 2, pp. 231-245, 1981, p. 234.

419 Cf., por todos, BARONTINI, Giovanni. *Dissolução do vínculo conjugal no âmbito internacional*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor José Carlos de Magalhães, 1998.

420 KEARNEY, Richard D. Developments in private international law. *American Journal of International Law*, Lancaster, v. 81, nº 3, pp. 724-739, 1987, p. 732.

421 Nesse sentido, um caso que se encontra em trâmite na Justiça Federal da 3ª Região. Na hipótese o pai biológico, estrangeiro, não reconheceu a criança brasileira, nascida no exterior, no Estado da residência habitual da mãe, também ela brasileira. Passando mãe e filho a residir no Estado da nacionalidade do pai, obtiveram, deste, autorização para passar férias no Brasil. Optando por não

O juiz também estará dispensado de determinar a devolução se houver provas de que o guardião havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção. O mesmo poderá ocorrer se houver concretas evidências de que existe um risco grave<sup>422</sup> de que a criança, no seu retorno, ficará sujeita a situação de perigo físico ou psíquico, ou que, de qualquer outro modo, será exposta a situação intolerável<sup>423-424</sup>. Aliás, este aspecto já fora posto em relevo por Elisa Pérez Vera, quando da elaboração do relatório final e explicativo a respeito da convenção, chamando a atenção para a necessidade de uma interpretação restritiva das exceções dos artigos 13 e 20, pois, caso contrário, poder-se-ia barrar o progresso que esta convenção representa para a cooperação judiciária internacional<sup>425</sup>.

Para amenizar essa utilização indiscriminada, o Secretariado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado tem promovido conferências para

---

deixar o território nacional, a mãe foi demandada com base na convenção de 1980. Chamado a opinar sobre a questão, posicionei-me no sentido de que a criança não fosse apreendida e remetida ao exterior, por não ter o pai, autoridade parental sobre a pessoa do filho, que nunca reconheceria. Nesse caso, como não tivesse autoridade parental, nem decisão judicial alguma que lhe concedesse a guarda, não exercia a guarda efetiva da criança quando esta deixou o Estado estrangeiro em direção ao território nacional. No que se refere à competência da Justiça Federal, a mesma se justifica, à luz do Direito positivo, em face da determinação constitucional de competência para julgar matérias relativas a tratados internacionais. Todavia, do ponto de vista do conteúdo da relação jurídica processual, talvez fosse preferível que a questão estivesse sob alçada da justiça estadual, mormente das varas e câmaras especializadas em direito de família, onde houver. No mesmo sentido, relativamente ao direito argentino, invocando a sensibilidade jurídica diferenciada dos juizes de família: MAKIANICH DE BASSET, Lidia Noemi; GUTIERREZ, Délia. *L'Argentine et la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. L'enfant et les conventions internationales*. Presses Universitaires de Lyon, pp. 163-170, 1996, p. 164.

- 422 JAYME. *Identité culturelle...*, cit., p. 192 cita, quanto ao aspecto do grave risco, caso decidido pela jurisprudência alemã em que se negou o retorno da criança à Austrália porque esta não mais compreendia palavras em inglês, nem mesmo as mais simples, como *daddy*. Citado autor enxergou, na hipótese, sensibilidade do juiz quanto à proteção da identidade cultural da criança. Indaga-se, no entanto, se a subtração ilícita realizada fora capaz de respeitar tal identidade? Infelizmente, os dados apresentados pelo autor não admitem posição conclusiva quanto a tal aspecto.
- 423 No caso mencionado na nota 421, o juiz de primeira instância negou a busca e apreensão do garoto, após oitiva das partes e da criança, por considerar que, na hipótese, estaria ela sujeita a situação intolerável, caso retornasse ao exterior.
- 424 Segundo LeGETTE, Caroline. *International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practice and Interpretation of the Discretionary Exception*. *Texas International Law Journal*, v. 25, n° 2, pp. 287-308, 1990 (HeinOnline), pp. 304 *et seq.*, há casos em que o genitor que subtrai ilicitamente a criança do Estado de sua residência habitual não tem condições de retornar a este Estado. Nesses casos, alguns juizes têm entendido se tratar de hipótese de não aplicação da convenção, pois o afastamento do genitor do convívio da criança representaria uma situação intolerável. Não parece, entretanto, que esta causa possa se configurar como exceção à aplicação da convenção, indiscriminadamente. Basta que se imagine situação em que o guardião se comprometa a arcar com os custos do deslocamento internacional das crianças, para que possam exercer, no Estado do não-guardião, o direito de visita que não pode ser exercido no Estado de residência habitual das crianças.
- 425 Nesse sentido: JENARD, P. *Les enlèvements internationaux d'enfants et l'administration*. *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, v. 21, n° 1, pp. 35-59, 1988, pp. 49-50.

magistrados, incentivando-os ao real conhecimento da convenção, com vistas a sua boa e oportuna aplicação. Até porque, como salienta Alegria Borrás “el convenio establece un procedimiento autónomo y fuera de los cauces de lo conocido, por lo que no es raro que se produzca, en un principio, un cierto caos como consecuencia de se establecer una cooperación fuera de lo normal”<sup>426</sup>. Por outro lado, o *Bureau* permanente da Conferência criou uma base de dados na qual pretende incluir todas as decisões atinentes à convenção, havidas em âmbito mundial<sup>427</sup>. Esta base de dados já se encontra disponível no seguinte endereço na rede mundial de computadores em versões nas línguas inglesa, francesa e espanhola: <<http://www.inccadat.com>><sup>428</sup>.

### 3. A CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE RESTITUIÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES, DE 1989

Além da convenção da Haia de 1980, a sociedade internacional se preocupou em reger a temática da subtração internacional de crianças em âmbito regional. Assim, tanto no âmbito regional europeu, como no âmbito regional americano, duas convenções surgiram para regular a questão. A convenção europeia foi assinada no Luxemburgo, em maio de 1980<sup>429</sup> e precede, portanto, à convenção da Haia. Já a convenção interamericana veio a lume em 1989, tendo sido assinada em Montevideu, no Uruguai, sob os auspícios da Organização dos Estados

426 BORRÁS. *Practica española...*, cit., p. 87. Mais adiante, a autora afirma que somente a boa aplicação da convenção garantirá que um Estado não se torne um paraíso de sequestradores (p. 89). Por fim, aduz que o fato de muitos Estados partes aplicarem corretamente, e sem maiores problemas, a convenção (cita a França, a Suíça e o Reino Unido), demonstra que o problema não é intrínseco ao instrumento convencional, mas extrínseco a ele, residindo na forma de aplicação de suas disposições pelos vários Estados parte (p. 93).

427 DUNCAN. *A actuação...*, cit., pp. 11 *et seq.*, especialmente o anexo II do texto. Relativamente às dificuldades de aplicação da convenção em razão das circunstâncias constitucionais de alguns Estados, que impedem a aplicabilidade imediata de convenções desse tipo, veja-se, por todos, o informe de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. *Nuevas “medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional” en la ley de enjuiciamiento civil. Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 48, nº 1, pp. 504-507, 1996. Também o informe de BORRÁS, Alegria. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: tercera reunión de la comisión especial sobre la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (17 a 21 de marzo de 1997). *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 49, nº 1, pp. 348-350, 1997, acerca das condições de funcionamento das autoridades centrais. Verificar, ainda, inúmeros documentos a respeito em <[http://hcch.e-vision.nl/index\\_fr.php?act=text.display&tid=21](http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=text.display&tid=21)>.

428 A esse respeito, LOON, Hans van. *The Implementation and Enforcement of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction in comparative perspective: It's Japan's move!* *Gender Law and Policy Annual Review*, v. 2, pp. 189-209, 2004, p. 194.

429 Cf., com interessante e rica análise da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca do tema, SILVA, Nuno Ascensão. *Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – o rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais. Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito de Família*, Coimbra, ano 2, nº 4, pp. 37-91, 2005.

Americanos. No que concerne aos interesses manifestos que o presente trabalho visa atingir, será analisada a convenção de Montevideú, procurando-se apontar as distinções existentes entre o texto universal de 1980 e este texto regional, já que ambos vigoram no sistema jurídico interno brasileiro<sup>430</sup>.

Os objetivos de ambas as convenções são muito próximos, diferindo, todavia, a extensão de sua regulação<sup>431</sup>. Com efeito, as convenções se preocupam em criar mecanismos que promovam o retorno da criança que haja sido transportada ilegalmente para um Estado parte, provindo de outro Estado parte, bem como daquelas crianças que, tendo sido transportadas de forma lícita, foram, entretanto, retidas ilegalmente em estado diverso daquele em que residem habitualmente. A convenção interamericana, no entanto, amplia seu objeto central ao afirmar expressamente que tem por escopo complementar “fazer respeitar o exercício do direito de visita, de custódia ou de guarda por parte dos titulares desses direitos” (art. 1º). Ora, quer isso significar que esta convenção, diferentemente do que se passa com a convenção da Haia de 1980<sup>432</sup>, preocupa-se explicitamente com o direito de visitação que privilegia o genitor não guardião e membros da família alargada (artigo 21). Assim, se este for impedido de exercer seu direito de visitas, pela retenção das crianças em companhia do guardião, que obsta de forma deliberada o exercício desse direito, poderá aquele se valer dos mecanismos postos a sua disposição pela convenção em comento<sup>433</sup>. Mormente porque a própria convenção define o

430 O texto da Convenção interamericana sobre restituição internacional de menores foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 3, de 7 de fevereiro de 1994 e promulgado pelo Decreto Executivo nº 1.212, de 3 de agosto de 1994.

431 Como afirma PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. La restitución de menores en el derecho convencional americano. In: *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo: Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*. Madrid: Tecnos, pp. 1401-1418, 1993, p. 1408, o título da convenção interamericana não faz expressa referência ao rapto ou ao sequestro propositadamente, para se evitar a confusão conceitual que a convenção da Haia de 1980 não conseguiu evitar, ou seja, o de não se confundirem os âmbitos civis e penais presentes na hipótese. Até porque, no âmbito Interamericano, há, ainda, uma convenção específica sobre tráfico de menores, assinada em 1994, no México. A respeito: URIONDO DEMARTINOLI, Amalia. Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores – CIDIP V – México, 1994. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba*. Córdoba (Argentina), v. 3, nº 1, pp. 171-197, 1995.

432 Tanto assim, que em maio de 2000, as delegações da Austrália, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos propuseram a elaboração de um protocolo adicional a esta convenção de 1980, a fim de garantir o direito de acesso dos não-guardiões às crianças. Cf. DUNCAN, William. The Hague Conference on Private International Law and its current programme of work concerning the international protection of children and other aspects of family law. *Yearbook of Private International Law, The Hague/London/Boston*, v. 2, pp. 41-54, 2000.

433 Assim, parece não assistir total razão a BORRÁS RODRÍGUEZ. El “interés del menor”..., cit., p. 959, quando afirma que melhor teriam agido os Estados americanos se tivessem recomendado a ratificação maciça da convenção da Haia, do que elaborar uma convenção geograficamente limitada. Como salientado, ao cuidar do instituto da guarda a convenção da CIDIP afastou-se do objeto literal de regulação global, avançando relativamente àquilo que, somente em 1996 mereceria aprovação na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Muito embora se

direito de visita, afirmando que o mesmo “compreende a faculdade de levar o menor, por período limitado, a lugar diferente do de sua residência habitual” (art. 3º, letra “b”)<sup>434</sup>.

À semelhança da convenção de caráter universal, a convenção de 1989 assenta-se sob um sistema de autoridades centrais, coordenadas, todavia, pelo Instituto Interamericano da Criança, órgão especializado da OEA, o que, na visão de Adair Dyer, representa um fator positivo e benéfico no inter-relacionamento dos Estados partes<sup>435</sup>.

Outra distinção importante que merece ser posta em relevo e que emerge da leitura conjunta das convenções mencionadas é a possibilidade de que a autoridade incumbida de analisar o pedido de restituição negue o quanto solicitado diante da oposição da criança envolvida na lide, sempre que a idade e a maturidade do infante justificar que sua opinião seja levada em consideração (art. 11, 2).

#### 4. A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE A LEI APLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES ALIMENTARES, DE 1973

Para regular as obrigações alimentares devidas pelos pais aos então denominados filhos legítimos, ilegítimos ou adotivos<sup>436</sup>, bem como pelos avós aos netos e demais parentes em linha reta, excluindo-se qualquer das formas de parentesco em linha colateral, foi assinada no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações alimentares em favor de crianças, de 1956<sup>437</sup>, que virá a ser substituída, em 1973, por outra convenção de escopo mais amplo, posto que aplicável também a relações jurídicas que apresentem um adulto na condição de credor da pensão alimentícia. A contextualização temporal da convenção de 1956 explica a diferenciação que traz a respeito da condição dos filhos, razão pela qual se deve reconhecer que a convenção andou bem ao prever que as obrigações de alimentos podem ser estabelecidas, também, em favor de filhos ilegítimos e adotivos, independentemente do julgamento de questões atinentes

---

tenha defendido, acima, a aplicação analógica da convenção de 1980 às hipóteses de retenção ilícita pelo guardião no momento de se iniciar o período de visitação, força é reconhecer que a convenção da CIDIP é, nesse passo, mais direta.

434 FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 111, pp. 139-137, out./dez. 2000.

435 DYER. Protecting the right..., cit., p. 413.

436 DE CESARI, Patrizia. Diritto agli alimenti del figlio naturale, convenzioni dell'Aja e ordine pubblico. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 10, nº 2, pp. 238-259, 1974.

437 Sobre esta convenção, em especial, BISCARETTI DI RUFFIA, Claudio. *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato convenzionale*. Padova: Cedam, 1989, capítulo III.

ao estabelecimento de filiação, privilegiando a criança nascida fora do casamento que pode haver de seu pai o crédito alimentício a que faça jus<sup>438</sup>.

A lei aplicável para determinar se a obrigação é devida, e em que medida<sup>439</sup> é a lei da residência habitual das crianças<sup>440</sup>, entendidas no bojo da convenção como toda pessoa humana menor de 21 anos, desde que não seja casada. Segundo disposição convencional, se a criança tiver alterada a sua residência habitual no transcurso da relação alimentar, tal fato dará azo ao reexame da questão, modificando-se, em consequência, a lei aplicável para a perquirição do *quantum* da obrigação, configurando, assim, verdadeiro conflito móvel de leis, que acarreta a modificação da lei de regência<sup>441</sup>. Também é a lei da residência habitual que indicará a pessoa a quem se dará incumbência para representar judicialmente o credor de alimentos e quem deve figurar no pólo passivo da demanda, como devedor da prestação alimentícia, além de ser a lei competente para estabelecer os prazos cabíveis para a propositura dos pedidos.

A lei da residência habitual da criança poderá ser afastada, no entanto, por declaração de um Estado contratante que aplicará a *lex fori*, ou seja, sua própria lei, sempre que todos os elementos da relação alimentícia, com exceção da residência habitual da criança credora estiverem ligados a seu próprio território. Assim, se aquele Estado é o competente para apreciar o pedido, se devedor e credor são seus nacionais e se o devedor mantém sua residência habitual naquele Estado, poderá o mesmo afastar a aplicação da lei estrangeira determinada pela convenção, aplicando, nesse caso, sua própria legislação material. É interessante notar que tal convenção prevê sua aplicabilidade apenas nas hipóteses em que a criança credora dos alimentos for residente em um Estado contratante. Caso contrário, serão aplicáveis as regras de conflito de leis de origem interna do Estado competente para conhecer do pedido. O mesmo ocorrerá, à luz do artigo 3, se a convenção conduzir à aplicação de uma lei que desconheça o direito à pensão alimentícia ou que simplesmente negue à criança o crédito de que necessita. Nessa hipótese, a própria convenção estabelece que a autoridade competente recorra a suas regras nacionais de regulação do conflito de leis a

438 Nesse sentido, OVERBECK, Alfred Eugene von. *L'image de l'enfant en droit international privé conventionnel. L'image de l'homme en droit*. Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, pp. 383-403, 1990, p. 391.

439 Para uma análise a respeito da correlação *quantum* dos alimentos e ordem pública nas convenções da Haia, veja-se OVERBECK, Alfred Eugene von. *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé. Recueil des Cours*, Leyde, v. 132, pp. 1-106, 1971, pp. 80-81.

440 "This Convention (...) was a success not only because of the number of countries which ratified it, but also because it led to the transition from the principle of nationality to that of the habitual residence of the child". MARTINY. *Maintenance obligations...*, cit., p. 162.

441 MARTINY. *Maintenance obligations...*, cit., pp. 201-202.

fim de perquirir se estas não conduzirão à aplicação de outra lei que se mostre mais favorável à criança, reconhecendo seu crédito<sup>442</sup>.

Com a intenção de substituir a convenção de 1956 a respeito do mesmo tema, veio a lume a *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, ampliando, todavia, o seu plano de atuação subjetivo, como se afirmou acima, para abarcar as obrigações alimentícias devidas em favor de parentes outros que não só os descendentes menores de 21 anos<sup>443</sup>, como era o caso da convenção anterior, entretanto ainda em vigor nas relações entre pessoas provenientes de Estados que não sejam parte, também, na convenção mais recente e não tenham formulado a reserva permitida pelo art. 13.1 da convenção de 1973, e que conduz à manutenção plena da convenção de 1956 em vigor<sup>444</sup>.

Contrariamente ao que ocorrera na convenção anterior, que admitia tão somente a aplicação da lei material de um Estado contratante, esta convenção admite a aplicação da lei de Estados não contratantes, independentemente, portanto, de qualquer condição de reciprocidade<sup>445</sup>.

No que concerne à lei aplicável, esta convenção dá um passo adiante, também, ao prever que, nas hipóteses em que a lei da residência habitual do credor impedir a concessão dos alimentos, estes passem a ser regulados pela lei da nacionalidade das partes, se comum. Por fim, e como critério subsidiário, a convenção determina a aplicação da *lex fori* e mantém a possibilidade dos Estados contratantes reservarem-se o direito de aplicar sua lei interna nas

442 O projeto original previa a aplicação, em qualquer caso, da lei mais favorável à criança. Prevaleceu, todavia, que a exceção à lei da residência habitual do credor só se daria na hipótese mencionada no texto. Cf. DE WINTER, M. L. I. *Rapports sur les travaux de la troisième commission (obligations alimentaires)*, p. 312.

443 Chegou a ser proposta a regulação de alimentos devidos a títulos diversos que não apenas as relações familiares em sentido amplo, como seria o caso de legados de alimentos, de contratos que estabelecessem a dívida alimentícia ou de indenizações por responsabilidade civil ou criminal que ensejassem a responsabilização alimentícia. Prevaleceu, todavia, a posição que defendia a restrição ao grupo familiar alargado. Cf. FERNÁNDEZ ROZAS. *Las obligaciones alimenticias...*, cit., p. 80.

444 A convenção de 1956 encontra-se em vigor entre os seguintes países: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Itália, Japão, Liechtenstein, Luxemburgo, Macau, Portugal, Suíça e Turquia. Poderá, todavia, não ser aplicada se os Estados envolvidos na relação também forem parte na convenção de 1973: Alemanha, Espanha, Estônia, França, Grécia, Holanda, Itália, Japão, Lituânia, Luxemburgo, Polónia, Portugal, Suíça e Turquia. Nenhum desses Estados formulou a reserva mencionada. A respeito: DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar. *La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el derecho internacional privado español*. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 41, nº 2, pp. 433-485, 1989, p. 479. Também: <[http://hch.e-vision.nl/upload/statmtrx\\_f.pdf](http://hch.e-vision.nl/upload/statmtrx_f.pdf)>. Último acesso em 23.09.2008.

445 Trata-se, por isso, na visão de MARTINY. *Maintenance obligations...*, cit., p. 163, de verdadeira lei uniforme sobre determinação do elemento de conexão para a regência da hipótese.

hipóteses que já eram previstas na convenção de 1956. Percebe-se assim, que por múltiplos fatores é possível estabelecer a conexão do caso à lei do foro<sup>446</sup>.

### 5. A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE DECISÕES RELATIVAS A OBRIGAÇÕES ALIMENTARES, DE 1973

Ao lado das convenções anteriormente analisadas e com o intuito de garantir efetividade às decisões tomadas em algum dos Estados contratantes a respeito das obrigações alimentares, foram assinadas nas mesmas datas das convenções anteriormente referidas, a convenção sobre o reconhecimento e a execução de decisões em matéria de obrigações alimentares em favor de crianças, de 1958<sup>447</sup>, e a convenção sobre o reconhecimento e a execução de decisões relativas a obrigações alimentares, de 1973, as quais procuram dotar as decisões havidas em outros Estados, devidamente esteadas na lei aplicável designada pelas convenções citadas, de imediato reconhecimento e exequibilidade em qualquer outro Estado contratante, observadas as condições estabelecidas em seu articulado.

A convenção de 1958, por exemplo, garante o reconhecimento e determina a imediata execução das decisões em matéria de obrigações alimentares ainda que a sentença pendente de eficácia tenha disposto acerca de outras matérias que não a fixação e a condenação ao pagamento de verbas periódicas de natureza alimentar. Ou seja, a eficácia da convenção no sentido de dotar a decisão alienígena de caráter executivo imediato não é afastada por inteiro, mas é afastada exclusivamente quanto às partes da decisão que se refiram a outras matérias que não o crédito alimentício. Assim, apenas tal dispositivo da decisão poderá ser executado desde logo e tal qual nela se contém, devendo as demais determinações da autoridade do Estado de origem ser objeto de prévia homologação, para poderem ser levadas à execução. Da mesma forma, poderá ser executada a decisão provisional, desde que, segundo a lei do Estado onde a decisão foi tomada, esta decisão pudesse ser executada desde logo naquele território.

As decisões de alimentos serão, em qualquer caso, objeto da concessão do *exequatur*, porém o procedimento é facilitado e há impedimento expresso para qualquer imissão no conteúdo da decisão. Para que o *exequatur* seja concedido, será necessário observar algumas formalidades estabelecidas pelo art. 4 da convenção,

446 Ver, a respeito, AGUILLAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano. La familia en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 45, n° 1, pp. 7-37, 1993, pp. 24-25.

447 A convenção de 1958 está em vigor entre os seguintes Estados: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Itália, Liechtenstein, Macau, Noruega, Portugal, República Tcheca, Suécia, Suíça, Suriname e Turquia. Fonte: <[http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx\\_f.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx_f.pdf)>. Último acesso em 23.09.2008.



tendentes a garantir a observação, pelo júzo requisitado, de que a decisão que se deseja executar está dotada desde logo de caráter executório. A convenção dispensa, no entanto, qualquer formalidade exacerbada quanto aos documentos que precisam ser encaminhados à execução, dispensando, assim, qualquer forma de legalização ou visto diplomático de tais documentos. No que for omissa, a convenção prevê seja aplicada a *lex fori* do Estado a quem se requer a execução.

A convenção só obriga o reconhecimento das decisões havidas por autoridades competentes, o que é auferível, segundo seu art. 3, pelo fato de qualquer das partes (credor ou devedor) no procedimento que desencadeou a condenação à prestação de alimentos possuírem residência habitual no território sob jurisdição do Estado a que a autoridade competente esteja vinculada ou, ainda, pelo fato do devedor de alimentos ter se submetido, voluntariamente, àquela jurisdição, seja de forma expressa, seja pelo estabelecimento de um procedimento de defesa que não tenha ventilado eventual incompetência da autoridade processante. A residência habitual verifica-se, para os fins mencionados, no exato momento da propositura da demanda.

A determinação de competência prevista na convenção diz respeito não só à condenação original ao pagamento de verba alimentícia, mas também às iniciativas tendentes à revisão do valor a ser pago. Sempre que a decisão condenatória determinar o pagamento de prestações periódicas, a convenção será aplicada para garantir não apenas as verbas vencidas, como também as vincendas à medida que se forem vencendo. Em qualquer hipótese, a norma convencional determina que os Estados parte facilitem a movimentação dos recursos financeiros compreendidos na condenação e objeto da devida execução.

As decisões havidas no Estado de origem serão reconhecidas e executadas, dispõe o art. 2 da convenção de 1958, sempre que tomadas por autoridades consideradas competentes à luz da própria convenção, devendo-se observar, no procedimento tendente à concessão do *exequatur*, se o requerido foi corretamente citado e se exerceu direito de defesa, pessoalmente ou por representante, ainda que nomeado pela autoridade local (defensor dativo ou equivalente), segundo as determinações da *lex fori*. Da mesma forma, é preciso que a decisão do Estado de origem tenha transitado em julgado, e que ela não ofenda coisa julgada anteriormente estabelecida no Estado requerido. Da mesma forma, poderá não ser concedida a execução se houver litispendência. Por fim, incompatibilidades manifestas da decisão estrangeira com a ordem pública do Estado requerido impedirão a concessão do *exequatur*<sup>448</sup>.

448 Ainda, OVERBECK. L'application par le juge..., cit., pp. 80-81.

Por sua vez, a convenção sobre reconhecimento e execução de decisões relativas às obrigações alimentares, de 1973, objetivou substituir a convenção de 1958 na medida em que regulamenta as mesmas matérias abarcadas por esta última, fazendo-o com ligeiras ressalvas relativamente ao sistema anterior<sup>449-450</sup>. A mais importante distinção entre as duas convenções diz respeito à significativa ampliação do objeto de regulamentação, preocupando-se a comunidade internacional, agora, com qualquer forma de obrigação de ordem alimentar havida entre os membros de uma família, bem como entre membros de uma sociedade conjugal desfeita<sup>451</sup>. Nesse sentido, a regulação do tema pela convenção perde o foco meramente paternal e se estende a toda forma de assistência devida entre os membros de uma família<sup>452</sup>.

Outra importante modificação no sistema de execução das decisões diz respeito à possibilidade de que órgãos públicos do Estado de origem da decisão busquem se ressarcir, no Estado requerido, das despesas suportadas por eles em razão do adiantamento do valor devido, a fim de garantir a subsistência do credor de alimentos<sup>453</sup>. Nesse caso, sub-rogando-se no direito da parte credora, a instituição pública poderá, fazendo prova de sua condição de sub-rogado, requerer a execução da decisão em seu favor<sup>454</sup>.

As hipóteses de competência do Estado de origem são ampliadas pela convenção de 1973, deixando de se referir apenas ao foro da residência habitual

449 DE CESARI, Patrizia. Le nuove convenzioni dell'Aja in materia di obbligazioni alimentari. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 19, nº 1, pp. 42-68, 1983.

450 A convenção de 1973 está em vigor entre os seguintes Estados: Alemanha, Austrália, Dinamarca, Espanha, Eslováquia, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Noruega, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Suécia, Suíça e Turquia. Encontra-se, ainda, em *vacatio legis* para a Ucrânia. Fonte: <[http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx\\_f.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx_f.pdf)>. Último acesso em 23.09.2008.

451 "Porquanto não se limite mais às hipóteses de subsistência de menores, a convenção passa a prever mecanismos para a execução de títulos transacionais havidos entre credor e devedor de alimentos". RODAS; MONACO. *A Conferência da Haia...*, cit., p. 261. Antes, BATIFFOL, Henri. La douzième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 62, pp. 243-273, 1973, p. 265.

452 O que ocasionou problemas relativamente ao direito sueco, que desconhece o dever de alimentos em favor de qualquer pessoa maior de 21 anos, seja qual for a relação de parentesco ou afinidade existente entre elas. De outra sorte, e independentemente da idade, inexistente obrigação entre parentes colaterais. Essas peculiaridades implicaram na aposição de reservas à convenção. Cf. JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit. The influence of the Hague conventions on the development of Swedish family conflicts law. *Netherlands International Law Review*, The Hague, v. 40, nº 1, pp. 49-65, 1993, pp. 55-56.

453 Entre nós, aplaude esta disposição PEREIRA. *Prestação de alimentos...*, cit., p. 30.

454 MARTINY. *Maintenance obligations...*, cit., pp. 242-244, afirma que "Public bodies [institutions publiques] in this sense also includes private institutions which have to fulfil (*sic*) public tasks of this type".

das partes na relação creditória alimentícia, para atribuir, também, competência ao Estado da nacionalidade de qualquer das partes, credor ou devedor.

Há modificação também no que concerne à previsão de hipóteses em que é possível à autoridade requerida recusar o *exequatur* à decisão originária, havida em outro Estado contratante. A mais significativa de tais alterações diz respeito não à impossibilidade de se reconhecer e executar a decisão quando há identidade de demandas entre os Estados envolvidos, mas parece residir na parte final do parágrafo 4 do art. 5, na medida em que se admite, ali, forma de recusa à execução de decisão havida em outro Estado, entre as mesmas partes e com o mesmo objeto, se esta decisão puder ser executada no Estado requerido. Quer isto significar que, havendo uma decisão proveniente de um Estado não parte na convenção, e sendo impossível o reconhecimento de tal decisão, por exemplo, em razão do não cumprimento de formalidades, pode bem se por a hipótese de concessão do *exequatur* a outra decisão, havida entre as mesmas partes e sobre o mesmo objeto, que se enquadre nos dispositivos da convenção, mormente por ter sido pronunciada por autoridade que a própria convenção considera competente<sup>455</sup>.

#### 6. A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE COBRANÇA DE ALIMENTOS DESTINADOS ÀS CRIANÇAS E A OUTROS MEMBROS DA FAMÍLIA

Percebe-se, pelo exposto nos itens precedentes, que a dualidade de convenções para regular aspectos que defluem da relação jurídica familiar relativa ao pagamento de pensão alimentícia mostra-se nocivo, quanto mais não seja pela possibilidade de que o sistema reste incompleto relativamente a determinados Estados, na medida em que não exista qualquer obrigação dirigida aos Estados parte de uma das convenções, no sentido de tornar-se parte, também, da convenção que tenciona ser-lhe complementar. Acresça-se a essa questão a possibilidade de que os Estados encontrem-se vinculados a uma das convenções firmadas na década de 1950 e a outra convenção da década de 70, além das dificuldades de coordenação relacionadas aos eventuais conflitos de disposições convencionais quando o Estado tenha se tornado parte das duas convenções sobre lei aplicável ou das duas convenções sobre reconhecimento

455 Sobre os problemas práticos decorrentes do funcionamento destas convenções sobre alimentos, veja-se o informe de BORRAS, Alegria. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: reunión de la comisión especial sobre aplicación de los convenios en materia de alimentos (13-17 de noviembre de 1995). *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 47, nº 2, pp. 498-502, julio/diciembre, 1995.

e execução<sup>456</sup>. Além do mais, o objeto destas convenções não consistiu em preocupação exclusiva dos Estados membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. As relações que envolvem crédito de natureza alimentar constituíram objeto de preocupação das Conferências Especializadas Interamericanas de Direito Internacional Privado<sup>457</sup>, das Nações Unidas<sup>458</sup> e do espaço regional europeu<sup>459</sup>, sem se mencionar a infinita quantidade de convenções bilaterais sobre a matéria.

Com a intenção de prover o assunto de regulação coerente e condizente com o estágio atual de desenvolvimento não só da matéria em si, mas também dos mecanismos de cooperação judiciária, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras criados e implementados pela sociedade internacional, de que são exemplos as convenções de 1980, sobre subtração e de 1993, sobre adoção internacional, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado avocou a si, provocada e apoiada por seus Estados membros, a iniciativa de elaborar texto convencional que pudesse ser dotado de estrutura quádrupla e que, em consequência, estabelecesse critérios que determinassem foro competente, lei aplicável, hipóteses de reconhecimento e execução e mecanismos de cooperação judiciária, via comunicação entre Autoridades Centrais. Não sem razão, afirmaram Alegria Borrás e Cristina González Beilfuss que:

*“la experiencia que la Conferencia de La Haya ha adquirido respecto a la elaboración y supervisión de la aplicación práctica de instrumentos de cooperación de autoridades en materia de derecho de familia a través de dos de sus grandes éxitos, el Convenio de 1980 de sustracción internacional de menores y el Convenio de 1993 en materia de adopción internacional,*

- 456 A esse respeito, ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. Cláusulas de compatibilidad en los convenios de la Conferencia de la Haya de DIPR. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 45, nº 1, pp. 39-62, 1993.
- 457 Convenção interamericana sobre obrigação alimentar, concluída em Montevidéu, em 15 de julho de 1989. Aprovada pelo Decreto Legislativo número 1, de 28 de fevereiro de 1996 e promulgada pelo Decreto Executivo 2428, de 17 de dezembro de 1997.
- 458 Convenção de Nova York sobre a prestação de alimentos no estrangeiro. Texto aprovado pelo Decreto Legislativo nº 10, de 13 de novembro de 1958 e promulgado pelo Decreto Executivo nº 56.826, de 2 de setembro de 1965.
- 459 Convenção de Bruxelas (também denominada Bruxelas I) de 24 de Setembro de 1968 e convenção de Lugano de 16 de Setembro de 1988, que tratam da cooperação judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial, incluindo-se alimentos. O Regulamento “Bruxelas II” aplica-se somente à dissolução do vínculo matrimonial, sem tratar de questões como a culpa dos cônjuges, os efeitos patrimoniais do casamento, as obrigações de alimentos ou outras eventuais medidas acessórias.

*hace factible la elaboración de un Convenio de cooperación de autoridades en materia de alimentos funcional y eficaz en un breve lapso de tiempo.*<sup>460</sup>

Em que pese o conhecimento acumulado pelos delegados à Conferência da Haia e a conseqüente facilidade relativa por eles encontrada para estabelecer mecanismos apropriados de cooperação judicial no que concerne à cobrança de prestações alimentícias, fato é que as negociações logo se tornaram dificultadas quando se buscaram soluções de compromisso para as disposições relativas à determinação da competência judicial internacional, além dos temas de reconhecimento e execução das decisões judiciais, face à insistência norte-americana no sentido de ser inadmissível, à luz da cláusula constitucional do *due process*, aceitar a competência do foro da residência habitual do credor de alimentos, solução que encontrava extenso respaldo entre os países europeus e latino-americanos<sup>461</sup>.

As negociações avançaram, tendo havido nova reunião dos Estados membros da Conferência, em Comissão especial, no mês de junho de 2006<sup>462</sup>, que se debruçaram sobre um esboço do projeto de convenção, já avançado e relativamente próximo da obtenção do consenso. O comitê de redação se reuniu no mês de setembro de 2006 para adequar seu esboço aos avanços obtidos durante a reunião plenária da Conferência. Em seguida, em finais de 2006, foi a vez do grupo de trabalho nomeado para apresentar propostas relacionadas à lei aplicável se reunir, a fim de avançar novas sugestões relativas aos elementos de conexão subsidiários, a serem respeitados pelos magistrados, sempre que a lei do Estado da residência habitual do credor não permitir que o crédito se configure, restando o necessitado desprovido de meios de subsistência. Nesses casos, o grupo de trabalho composto por uma série de representantes de Estados membros interessados<sup>463</sup> tem tido extrema dificuldade de fixar os elementos de conexão subsidiários. Pelas propostas apresentadas anteriormente à reunião de junho de 2006, os elementos subsidiários seriam: a lei do foro, qualquer que fosse o foro competente; a lei da residência habitual do devedor (hipótese em que, se esta lei negar o crédito alimentício, aplicar-se-ia a lei da residência habitual do credor, ou seja, a regra geral); ou, a lei da nacionalidade

460 BORRÁS, Alegria; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. Conferencia de la Haya de derecho internacional privado: comisión especial sobre el cobro de alimentos con respecto a la familia. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, v. 55, nº 1, pp. 582-585, 2003, p. 583.

461 BORRÁS; GONZÁLEZ BEILFUSS. Conferencia de la Haya..., cit., pp. 583-584.

462 A delegação brasileira esteve composta pelos Professores João Grandino Rodas e Nadia de Araujo, como delegados do Ministério da Justiça.

463 Representando o Brasil, tem assento no grupo de trabalho a Professora Nadia de Araujo, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

comum das partes. A busca dos elementos subsidiários, no entanto, só seria admissível, segundo a proposta do grupo de trabalho, se a aplicação da regra geral (residência habitual do credor) implicasse na impossibilidade de se deferir alimentos ao credor<sup>464</sup>. Na última reunião de 2006, os membros do grupo de trabalho procuraram adequar suas propostas às decisões tomadas na comissão especial de junho anterior. Os resultados foram encaminhados aos Estados membros da Organização, bem como aos Estados não membros interessados, mormente os Estados parte na convenção de Nova York de 1956. A comissão especial voltou a se reunir em maio de 2007, tendo-se projetado, inicialmente, a Sessão Diplomática que assinaria o texto da nova convenção de alimentos para setembro ou outubro de 2007. A XXI Sessão Diplomática, no entanto, transcorreu entre 5 e 23 de novembro de 2007, tendo frutificado na nova convenção da Haia sobre a cobrança internacional de alimentos destinados às crianças e outros membros da família, além de um protocolo adicional sobre lei aplicável às obrigações alimentícias. Estiveram presentes à Sessão Diplomática sessenta e oito Estados, entre membros e convidados. Os Estados Unidos da América assinaram a convenção naquela oportunidade, aos 23 de novembro de 2007, ao passo que o protocolo adicional permanece sem assinatura.

Durante o processo de negociação foi inegável a intenção da Conferência no sentido de promover a aprovação de uma ampla e bem estruturada convenção, nos moldes das convenções de 1993 sobre adoção e 1996 sobre proteção de crianças, que tratasse, à luz das anteriores, tanto de distribuição de competência, lei aplicável, reconhecimento e execução de decisões, quanto de cooperação judiciária internacional. No entanto, influxos políticos próprios ao processo de negociação tornaram necessário o desmembramento dos objetos da convenção projetada. Não se valeu, entretanto, da estrutura seguida nas décadas de cinquenta e setenta. Optou-se pela assinatura de uma convenção sobre reconhecimento e execução de decisões e cooperação entre os Estados membros e de um protocolo adicional sobre lei aplicável em matéria de alimentos. Será, de qualquer forma, instrumento convencional de grande valia para regular e operacionalizar as decisões relativas a prestações alimentícias, mormente em benefício de crianças que, afastadas do cotidiano convívio de um de seus genitores, permanecem titulares do direito de serem por eles sustentados, independentemente do fato de permanecerem estes casados, separados de fato, separados judicialmente, divorciados ou mesmo se nunca chegaram a constituir

464 Ver: BONOMI, Andrea. Rapport du groupe de travail sur la loi applicable. Doc. Prél. n° 22 fornecido pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e publicado em: <[http://www.hcch.net/upload/wop/maint\\_pd22f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd22f.pdf)>. Último acesso em 23.09.2008.

uma família, já que a convenção estabelece sua aplicabilidade a todas as crianças, até os 21 anos, independentemente da situação familiar vivenciada por seus pais. Admite, no entanto, a possibilidade dos Estados reservarem a aplicação da convenção aos menores de 18 anos (art. 2, 2 c/c art. 62). Trata-se de reserva que se faz baseada na reciprocidade, contrariamente ao que acontece com todas as demais reservas admitidas na convenção (art. 62, 4).

## V. A COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS E A INDICAÇÃO DE UM CAMINHO A SEGUIR

### 1. A HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS INSTITUTOS JURÍDICOS OU OS REFLEXOS DA RATIFICAÇÃO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO MATERIAL

Como afirma Jacob Dolinger,

“no campo do direito, principalmente do direito internacional, a primeira reflexão que pode ocorrer sobre universalismo, globalização, é o fenômeno do direito uniforme, que é bem-vindo, benéfico, meritório, enquanto espontâneo, ou seja, quando se dá a coincidência de dois ou mais ordenamentos jurídicos, seja natural, e casualmente, seja porque têm a mesma origem, seja porque sofreram influências idênticas, ou ainda quando um país adota, por livre e espontânea vontade, um ordenamento jurídico de outro povo. (...). Excetuadas as referidas hipóteses de direito uniforme espontâneo, o direito positivo de diferentes povos é diversificado e esta diversidade é natural e necessária. Como escreve Pasquale Fiore natural a diversidade porque a legislação de cada Estado deve constituir o reflexo exato das necessidades especiais de cada povo, de acordo com o estado atual de sua cultura e o nível de sua civilização. E necessária porque a vida do direito positivo depende de seu progresso, de sua evolução, e esta permanente variação contribui para a heterogeneidade das diferentes legislações. Isto significa que sistemas jurídicos com a mesma origem, criados pela mesma fonte, vão se diversificando à medida que evoluem de acordo com as necessidades e influências de seu meio ambiente.”<sup>465</sup>

O campo das relações familiares reflete bem a realidade relativa às necessidades especiais de cada povo, conforme sua cultura e seu estágio de

465 DOLINGER. Da dignidade..., cit., p. 120.