



Nadia de Araujo

*Doutora em Direito Internacional, Universidade de São Paulo
Mestre em Direito Comparado, George Washington
University
Professora Associada da Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro
Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,
aposentada, e Advogada*

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Teoria e Prática Brasileira

6ª. edição

Atualizada e ampliada
De acordo com o Novo CPC

2016

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
 SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D598

Araujo, Nadia de

Direito Internacional Privado: Teoria e
 Prática Brasileira / Nadia de Araujo. – 1. ed. –
 Porto Alegre : Revolução eBook, 2016.

Recurso digital : il.

Formato: ePub 2.0

Requisitos do sistema: Adobe Digital
 Editions

Mode de acesso: World Wide Web

ISBN 9788569333517

1. Direito internacional privado. 2.
 Conferência da Haia. 3. Contratos
 internacionais. 4. Arbitragem internacional. 5.
 Cooperação jurídica internacional. 6. Carta
 rogatória. 7. Auxílio direto. 8. Sentença
 estrangeira. 9. Imunidade de jurisdição. 10.
 Direito de família internacional. I. Título.

CDD: 340

CDU: 341.9

15.1.6. Os efeitos pessoais do casamento e as regras de DIPr

O casamento gera diversos efeitos ao modificar a situação das pessoas, que passam a constituir uma unidade familiar com consequências na vida jurídica, muitas vezes com repercussão no direito internacional privado. Entre os efeitos que interessam ao DIPr, e que serão analisados a seguir, estão: a constituição do domicílio conjugal; a possibilidade de modificação do nome; a qualidade de herdeiro do cônjuge; a não expulsão de estrangeiro casado com brasileira; o estabelecimento de um regime de bens aplicável ao casal; a proteção especial do patrimônio familiar, com a instituição do bem de família; a restrição à

aquisição de bens no caso de um dos cônjuges ser estrangeiro; a necessidade da outorga uxória para qualquer modificação do patrimônio comum, inclusive para a assunção de atos que afetem direta ou indiretamente o patrimônio comum.

Toda a matéria relativa aos efeitos do casamento é submetida aos preceitos do Art. 7º da LINDB, que utiliza o critério do domicílio para a determinação das questões relativas ao direito de família em geral. Serpa Lopes⁸⁹⁴ esclareceu que, no tocante às relações pessoais entre cônjuges, os parágrafos especiais da LINDB não haviam previsto regras, prevalecendo o critério geral do domicílio. Assim, para aplicar o DIPr, é preciso verificar o mais importante efeito do casamento: o estabelecimento do domicílio conjugal.

O domicílio conjugal

Uma das consequências do casamento é o aparecimento de um domicílio qualificado: o conjugal. Antes da proclamação da igualdade entre os cônjuges, não só no Brasil, como no exterior, os sistemas de DIPr determinavam a lei aplicável à sociedade conjugal utilizando a lei pessoal do marido — fosse pelo critério do domicílio ou da nacionalidade. Isso se justificava naquela época devido à condição de incapacidade relativa da mulher casada, que se refletia na impossibilidade de ter um domicílio distinto daquele estabelecido pelo marido. Este sistema, de caráter unitário, facilitava o estabelecimento da lei aplicável às relações familiares. Todavia, com a adoção do princípio da igualdade entre marido e mulher, os antigos critérios determinadores da lei aplicável — como o do domicílio ou da nacionalidade do marido

— deixaram de trazer soluções satisfatórias para os crescentes conflitos de leis.⁸⁹⁵

Mesmo antes da Constituição de 1988, as prerrogativas decorrentes da autoridade do marido, inclusive o direito de fixar o domicílio da família, já vinham sendo retiradas do ordenamento jurídico brasileiro paulatinamente.⁸⁹⁶ Por força do Estatuto da Mulher Casada de 1962⁸⁹⁷, deixou-se de aplicar o §7º, Art. 7º da LINDB único dispositivo sobre efeitos pessoais do casamento, para determinação do domicílio conjugal, pois o referido Estatuto permitiu à mulher fixar domicílio próprio, sem sujeitar-se ao mesmo domicílio do marido.

Com a nova ordem constitucional instaurada em 1988, ficou clara a posição de igualdade dos cônjuges. Persistia, no entanto, uma indefinição

quanto ao critério determinador do domicílio conjugal nos casos de os cônjuges manterem domicílios diversos, pois a lei era omissa nessa hipótese.

O Código Civil de 2002 inovou em matéria de domicílio ao estabelecer, a par do domicílio civil da pessoa física — que continua sendo identificado como o local da residência com ânimo definitivo —, também um domicílio no local das suas atividades profissionais.⁸⁹⁸ Rompeu-se com o dogma do domicílio único da pessoa natural e da sociedade conjugal. A determinação do domicílio conjugal deve ser feita de comum acordo por ambos os cônjuges, segundo o Art. 1.569 do Código Civil. Em linha com o disposto no Art. 72 do Código Civil, esse dispositivo prevê a possibilidade de um ou outro cônjuge vir a residir em local diverso do

domicílio conjugal, por motivos profissionais ou pessoais relevantes, sem que se considere isto uma infração ao Art. 1.566, II do Código Civil⁸⁹⁹.

A questão é de grande importância para o DIPr,⁹⁰⁰ pois depende do domicílio conjugal a determinação da lei aplicável aos efeitos patrimoniais do casamento.⁹⁰¹ A hipótese de cônjuges residentes em países diversos não é incomum, podendo acarretar, no plano internacional, dúvidas sobre a lei aplicável à sociedade conjugal.

As inovações em matéria de domicílio trazidas pelo Código Civil brasileiro ao mesmo tempo que introduzem a autonomia da vontade nas relações de família, eis que deixam à livre escolha dos cônjuges a determinação do domicílio conjugal, eliminam a

dúvida a respeito de qual domicílio utilizar para fins de determinação da lei aplicável ao casamento. Fez-se a distinção entre o domicílio pessoal e o domicílio conjugal, mostrando-se que este último é um domicílio de tipo qualificado⁹⁰², utilizado pelo DIPr como elemento de conexão para a determinação da lei aplicável às relações decorrentes desta vida em comum. O domicílio conjugal não exclui a existência de um domicílio pessoal de qualquer dos cônjuges, o qual será levado em consideração para resolver questões da vida profissional de cada um, segundo o Art. 72 do Código Civil, bem como, no âmbito do DIPr, questões relativas à capacidade civil dos mesmos.

A prova do domicílio conjugal é de suma importância para o DIPr, pois a aplicação da regra supletiva do primeiro domicílio conjugal, presente

no §4º, do Art. 7º, da LINDB depende da existência ou não de domicílio comum. Nos termos do Art. 74 do Código Civil, a prova da intenção de modificar o domicílio resultará “do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares que deixa e para onde vai”. A declaração prestada pelos nubentes perante o oficial do registro civil do seu domicílio e residência é requisito essencial da habilitação para o casamento⁹⁰³. O domicílio declarado no processo de habilitação irá constar da certidão de casamento, e fará prova do domicílio dos contraentes no momento do casamento. Se comum, será este o que definirá o regime de bens; se diverso, poderão os cônjuges prestar declaração às autoridades no momento em que estabelecerem o primeiro domicílio conjugal, a partir do qual será fixado o regime de bens. O STF já decidiu a respeito em julgamento de recurso extraordinário,⁹⁰⁴

entendendo que a declaração de domicílio feita pelos nubentes no momento do casamento (que constava da certidão) fazia prova da vontade das partes para fins de determinação do domicílio conjugal.

Um ponto que tem afetado bastante as famílias transnacionais é a ausência, no Brasil, da noção de residência habitual, termo empregado pela Conferência da Haia na maioria de suas convenções, em especial na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores⁹⁰⁵. As convenções deixam a cargo da lei do foro a determinação do conceito de residência habitual e sua prova. No Brasil, não se pode dizer que o conceito de domicílio equivale ao de residência habitual. Na acepção do direito brasileiro, só há um domicílio, mas é possível ter

várias residências. No nosso entendimento, a residência habitual, conquanto possa existir em uma situação de pluralidade de residências, será aquela com a qual a pessoa tiver seu maior vínculo, onde preponderam seus interesses, mas não necessariamente onde tem o *animus* de se instalar de forma definitiva, o que então passaria a configurar seu domicílio. Há uma nuance entre os dois conceitos e um certo vácuo na legislação pátria a respeito. Não temos notícia de decisões que se debruçaram sobre esse ponto.

Outorga Uxória

O estado de casado impõe aos indivíduos restrições de diversas ordens, dentre as quais se elenca a necessidade de consentimento do cônjuge para a prática de certos atos, que venham de

alguma forma a comprometer ou onerar o patrimônio comum do casal, tais como disposições sobre imóveis e constituição de garantias e doações.

O Código Civil de 2002 introduziu modificações nessa matéria ao estabelecer um novo regime de bens, o da separação absoluta, onde não haverá patrimônio comum nem comunhão de aquestos. Na forma do Art. 1.647, dispensa-se, neste regime, a outorga uxória.⁹⁰⁶ Nos demais, o consentimento do cônjuge permanece obrigatório.

Essa restrição à capacidade depende do regime de bens do casamento, sendo assim qualificada como efeito pessoal do casamento. Independente, ainda, de ser a lei brasileira aplicável à capacidade do agente, eis que incide para todos os atos realizados em território brasileiro.⁹⁰⁷ Chama a

atenção por se tratar de requisito ligado à questão de imóveis, na qual a *lex rei sitae* sempre prevalece sobre qualquer outra, sendo necessária a outorga uxória independentemente de haver essa disposição na lei domiciliar do casal.

A jurisprudência, apesar de escassa, inicialmente qualificou a questão da outorga uxória como ligada exclusivamente à capacidade pessoal, e por esta razão dispensável no caso de estrangeiros não domiciliados no Brasil, segundo decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.⁹⁰⁸ Depois, o Tribunal de Justiça do Paraná veio a aplicar o princípio da *lex rei sitae*, tornando obrigatória a outorga uxória para qualquer venda de imóvel situado no Brasil. A qualificação foi diversa do TJSP, entendendo-se que era relativa à forma do ato.⁹⁰⁹ Essa última corrente prevaleceu,

como se verifica de posterior manifestação do próprio TJSP, que declarou a nulidade de uma fiança prestada por estrangeiro, por falta da outorga uxória do cônjuge.⁹¹⁰

A necessidade de outorga uxória, mesmo para quando não estiverem envolvidos imóveis situados no Brasil — como fiança e doação —, é formalidade requerida pela lei brasileira para a validade do ato. Tratando-se de ato praticado no Brasil, a lei estipula a necessidade de se cumprirem as formalidades da *lex fori* para a sua realização, ainda que aplicável uma lei estrangeira à sua substância.⁹¹¹ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul esclareceu esse ponto, ao julgar caso de doação entre cônjuges, vedada pela lei do Uruguai, local da celebração do casamento, mas válida no Brasil. Nas palavras do Ministro Rui Rosado de Aguiar Jr.:

“ocorre que a incidência da legislação estrangeira foi reconhecida como aplicável apenas na regulação do direito patrimonial decorrente do casamento, lá realizado. A doação é ato obrigacional praticado no Brasil e a ele se aplica a lei brasileira (Art. 9º da LICC), onde não existe disposição assemelhada à do Art. 1.657 do Código Civil do Uruguai, isto é, pela nossa legislação, o ato é válido”.⁹¹²

Nos casos em que é preciso aplicar as regras de conexão do DIPr, os tribunais brasileiros privilegiam, cada vez mais, o elemento territorial — *lex fori* —, aproximando-se do sistema americano, e distanciando-se de suas raízes clássicas europeias.

Um caso interessante foi decidido no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.⁹¹³ Tratava-se de uma questão relativa a um imóvel,

em sucessão internacional, na qual era preciso determinar a partir de quando o casamento era considerado válido no Brasil. Isso porque a averbação do casamento se deu posteriormente à aquisição e venda do imóvel em questão. Uma das partes alegava a invalidade do casamento antes da transcrição no registro brasileiro. O Tribunal entendeu que a validade do casamento independia de sua transcrição e, ainda, que restara evidente a intenção do *de cuius* de fraudar os direitos da mulher.

Direito ao nome de família

A regra da adoção, pela mulher, do nome de família do marido tinha por função tornar público o seu estado de casada, passando esta a fazer parte da

família do marido.⁹¹⁴ Este acréscimo, antes compulsório e agora facultativo, revelava que o marido ocupava o primeiro plano na sociedade conjugal. A matéria sofreu mudanças expressivas. Mesmo antes do Código Civil de 2002, essa obrigatoriedade não mais subsistia (§ único do antigo Art. 240 do Código Civil de 1916), sendo mera faculdade. O Código Civil de 2002 aplica o critério da igualdade entre os cônjuges para estender esta faculdade ao cônjuge varão (Art. 1.565). O dispositivo tem importância social, pois o nome de família permite não só a identificação do estado civil de casado dos cônjuges, mas principalmente a sua relação de parentesco com os filhos, e com o ramo familiar ao qual pertencem. Esta função social do sobrenome comum foi valorizada pelo legislador neste Código Civil, permitindo-se que se mantenha o sobrenome de

casado em caso de dissolução da sociedade conjugal.⁹¹⁵ Para o DIPr, o direito ao nome se rege pela lei pessoal, que, no Brasil, é a do domicílio.

Considerando que essa questão possui regulamentação variada em outros países, podem surgir conflitos de leis entre a lei do local da celebração do casamento e a lei aplicável ao direito de família. Mas as relações pessoais entre os cônjuges não estão, de regra, submetidas à supervisão judicial e, quando surgem diante do Tribunal, há uma tendência muito natural a se aplicar a lei do foro.⁹¹⁶

Sobre o tema, apresentou-se o conflito de leis em caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se permitiu à mulher adicionar ao seu nome o sobrenome do marido,

apesar de proibido pela lei do país onde o casamento havia sido celebrado. O tribunal entendeu que a adição posterior do nome, por meio da averbação à certidão de casamento já transcrita — que o fora *ipsis literis*, expedida segundo a lei do local da celebração — decorria do exercício de um direito garantido pela lei brasileira: o direito ao nome de família.⁹¹⁷

No entanto, mais recentemente, o mesmo tribunal não permitiu a inclusão do nome do marido, sob o argumento de que o ato era regulamentado pela lei estrangeira (*locus regit actum*) e o registro deveria reproduzir fielmente os dados existentes no documento emitido pela autoridade competente no país estrangeiro.⁹¹⁸ Foram encontrados vários precedentes nesse sentido.

O STJ se manifesta sobre a questão relativa ao nome, em sede de homologação de sentença estrangeira, pois muitas vezes o decreto de divórcio nada menciona a respeito. Na SE 13.736⁹¹⁹, em que a requerente pleiteava a volta ao nome de solteira, o Presidente decidiu pelo deferimento do pedido, uma vez que embora a sentença nada tenha dito a respeito, como a requerente é domiciliada no Brasil e aqui isso seria permitido, não via óbice ao deferimento do pedido. Assim a maioria dos pleitos de mudança de nome tem sido deferidos.

Não expulsão de estrangeiro

O Estatuto dos Estrangeiros⁹²⁰, que define a situação jurídica do estrangeiro no território nacional, garante o direito à permanência aqui do

estrangeiro casado com brasileiro (Art. 75) sempre que comprovado o efetivo vínculo matrimonial no casamento de mais de cinco anos. Considera o divórcio, ou separação de fato ou de direito, como motivador da perda da garantia de não expulsão em razão da qualidade de cônjuge de brasileiro, uma vez que a razão de ser da norma é proteger a família e assegurar a sua união. Cessado este vínculo, cessa também a garantia, podendo o estrangeiro ser expulso. Mas não se aplica aos casos de deportação ou de extradição.⁹²¹

16.1. A sucessão e o DIPr

O regime da sucessão *causa mortis* no Brasil é regulado pelo Código Civil com duas formas de determinação da vocação hereditária: a testamentária e a legal.⁹⁶⁵

O testamento é ato solene de última vontade, pelo qual um indivíduo dispõe dos seus bens. Mas a vontade do indivíduo possui um limite imposto pela lei — a sucessão legítima. Nesse caso, os herdeiros são designados por sua estreiteza de parentesco, limitando-se a liberdade de testar.⁹⁶⁶ Desta forma, permite-se a disposição, por testamento, de apenas metade dos bens, em face da proteção à legítima, ou seja, à parcela dos bens reservados àqueles tidos pela lei como herdeiros necessários.⁹⁶⁷ Tais regras

aplicam-se à sucessão realizada no Brasil de pessoas aqui domiciliadas (Art. 10 da LINDB). No entanto, há situações em que o inventariado encontrava-se domiciliado fora do território nacional, embora possuísse bens no Brasil e mesmo no exterior. Nesses casos, é preciso utilizar conceitos próprios à disciplina do DIPr para determinar a jurisdição competente e a lei aplicável à sucessão.

A regra brasileira de conexão é a do último domicílio do *de cujus*⁹⁶⁸, seja qual for a natureza e a situação dos bens (princípio da universalidade sucessória). Esse sistema vige também em outros países. Se uma determinada sucessão tiver bens em mais de um país, não será possível aplicar o princípio da universalidade sucessória, pois haverá pluralidade de foros sucessórios. Isso se dá em

decorrência da norma processual da competência absoluta, já que a maioria dos países não aceita qualquer decisão proveniente do exterior sobre bens situados em seu território. Portanto, é possível ter uma dupla regência legal da sucessão, com cada país aplicando sua regra de DIPr para determinar o processamento em relação aos bens ali situados.

Embora a regra geral brasileira para a sucessão siga o princípio da universalidade, quando se trata de uma sucessão com repercussão em outros países, haverá uma fórmula plural. Há a possibilidade de ser aplicável norma diversa nos demais países, dependendo da regra de conexão local aplicável à sucessão. Enquanto o Brasil adota o critério do domicílio, outros países adotam o critério da nacionalidade para a sucessão internacional. Não há como evitar essa

fragmentação da sucessão, pois cada país envolvido aplicará suas normas de DIPr, uma vez que não permitirá a nenhum outro proceder a qualquer determinação sobre bens ali situados.⁹⁶⁹ Dar-se-á, assim, a aplicação de diversas leis.⁹⁷⁰

Há situações em que, escolhida uma lei estrangeira, a ordem pública⁹⁷¹ do foro impedirá sua aplicação em determinado caso concreto. Mas essa exclusão da lei estrangeira deverá ser tão estrita quanto possível, aproveitando-se a parte remanescente que puder ser aceita no foro.⁹⁷² Com relação ao conflito entre uma lei estrangeira e a Constituição, a supremacia da norma constitucional está assegurada de forma categórica no direito brasileiro, e ainda a teor da disposição do Código Bustamante⁹⁷³, que em seu Art.4º estatui serem os preceitos constitucionais de ordem pública

internacional.

A determinação das regras da sucessão se dá em duas etapas: primeiro, determina-se a competência jurisdicional e depois, verifica-se a lei aplicável.

A regra da competência exclusiva para bens imóveis no inventário e partilha de bens, prevista no Art. 23, II do CPC, encontra similar na maior parte das legislações processuais estrangeiras, independentemente da nacionalidade do autor da herança.

Fixada a competência do juiz nacional, determina-se a lei aplicável à sucessão legítima e à testamentária (lei do último domicílio do *de cujus*, independentemente de sua nacionalidade, na forma do Art. 10 da LINDB) abrangendo bens móveis e

imóveis, corpóreos e incorpóreos. A exceção à regra, prevista no Art. 5º, XXXI da CF, cuida de proteger os interesses de filhos e cônjuges brasileiros. Em caso de falecimento de pessoa domiciliada no estrangeiro com bens situados no Brasil, o inventário desses bens será no Brasil, podendo o juiz estar diante de duas hipóteses quanto à lei aplicável: na primeira, em não havendo filhos ou cônjuge brasileiro, o bem imóvel aqui localizado será regido pelas regras da lei estrangeira do último domicílio do *de cujus*; na segunda, em havendo filho ou cônjuge brasileiro, a sucessão seguirá as normas brasileiras, a menos que a lei estrangeira lhes seja mais benéfica.⁹⁷⁴

Há também o reverso da situação, que deverá ser aceito pela justiça brasileira. Quando a sucessão iniciar-se no Brasil e integrarem o patrimônio do *de*

cujus bens imóveis situados em outro país, não poderão estes fazer parte do monte a ser partilhado, conforme foi decidido pelo STF.⁹²⁵ Aberta a sucessão, não serão trazidos à colação os imóveis localizados no estrangeiro. Não poderá um dos herdeiros, ainda que demonstre a existência do bem no exterior e que teria sido alocado ao arripio da lei brasileira, promover a compensação na partilha. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu nesse sentido quando, em um inventário aqui ajuizado, discutia-se a situação de bens imóveis situados em Portugal. Foi considerada indeclinável a jurisdição brasileira para inventariar os bens aqui situados, assim como só em Portugal poder-se-ia partilhar os bens que lá estivessem.⁹²⁶

O STJ decidiu caso⁹²⁷ em que a sucessão se deu no Brasil, mas posteriormente os sobrinhos

souberam que a tia, irmã de seu falecido pai, herdara um bem situado na Alemanha na sua totalidade, sem que a parte de seu pai lhes tivesse sido comunicada. Os fatos remontam à 1943, quando os avós de sua tia e seu pai fizeram um testamento conjuntivo. O STJ debruçou-se sobre a validade do testamento, conquanto não conhecido no Brasil. Com relação ao domicílio do autor da herança, que segundo o artigo 10 da LINDB seria o Brasil, entendeu o STJ que outros elementos de conectividade deveriam prevalecer no caso concreto.

Em suma, entendeu o STJ que “[e]fetivamente, a existência de imóvel situado na Alemanha, bem como a realização de testamento nesse país são circunstâncias prevalentes a definir a *lex rei sitae* como a regente da sucessão relativa

ao aludido bem (e somente a ele, ressalta-se), afastando-se, assim, a lei brasileira, de domicílio da autora da herança. Será, portanto, herdeiro do aludido imóvel quem a lei alemã disser que o é. E, segundo a decisão exarada pela Justiça alemã, em que se reconheceu a validade e eficácia do testamento efetuado pelo casal Otto e Anna em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial, a demandada Ingeborg é a única herdeira do imóvel situado naquele país (ante a verificação das circunstâncias ali referidas - morte dos testadores e de um dos filhos).

No seu entender, a interpretação correta do Art. 89, II do antigo CPC (agora Art. 23, II) é a de que o Brasil adota o princípio da pluralidade sucessória, o que importa concluir que não há como a justiça brasileira ser competente sobre os bens

situados no exterior. A esse respeito veja-se trecho do acórdão: “O solo, em que se fixam os bens imóveis, afigura-se como expressão da própria soberania de um Estado e, como tal, não pode ser, sem seu consentimento ou em contrariedade ao seu ordenamento jurídico, objeto de ingerência de outro Estado”.

Desta forma, para o STJ, a interpretação correta para determinar a lei aplicável aos imóveis combina o que dispõe o Art. 8º, § 1º da LINDB, de que estes devem ser regulados pela lei do país em que se encontrem, com a determinação a *contrario sensu* do Art. 89, II do CPC de 1973 (atualmente, Art. 23, II do CPC) de que o tribunal do local em que se situem terá exclusividade para conhecer e julgar a sucessão. E continua seu argumento, ressaltando a ineficácia de um provimento obtido

no Brasil para ter efeito em bem imóvel situado no exterior, já que o contrario não seria aceito.⁹⁷⁸ Este caso mereceu relato mais extenso, pela sua raridade e pelo cuidado com que o STJ analisou as questões de DIPr pertinentes.

A utilização da norma da lei mais benéfica não é incomum. Outras leis determinam vantagens maiores para os filhos do que a lei brasileira, como é o caso da francesa, italiana e portuguesa, que possuem alocações flexíveis para a legítima, dependendo do número de filhos existentes, aumentando o quinhão de metade até três quartos.⁹⁷⁹ Quando houver herdeiros necessários, o *de cuius* só pode expressar sua vontade relativa à parcela não reservada dos bens.

Na Itália, que modificou sua Lei de DIPr, mas

continuou a adotar o critério da nacionalidade, a sucessão é regulada pela lei nacional do *de cuius* no momento de sua morte (Art. 46 da Lei de DIPr de 1995). A sucessão será regulada pela lei designada, desde que não prejudique os residentes na Itália. A competência é da justiça italiana se houver bens ali situados (móveis e imóveis), pelo que, com relação a estes, a sucessão terá que ser processada na Itália, sendo então aplicada sua norma de DIPr para definir a norma aplicável à sucessão.⁹⁸⁰

A regra que dispõe sobre a capacidade do herdeiro para suceder prevista no §2º do Art. 10, da LINDB aparentemente entra em conflito com o *caput*, ou mesmo com o §1º desse mesmo artigo, já que a capacidade do indivíduo para herdar dependerá da lei do seu domicílio. Esta interpretação, entretanto, está equivocada. Isso

porque está dentro do âmbito de aplicação da lei da sucessão (lei do domicílio do *de cuius*) a determinação dos herdeiros, assim como a ordem de vocação hereditária. Neste sentido, o Art. 10, §2º teria aplicação unicamente nas hipóteses em que, já determinado o herdeiro, a lei do seu domicílio é que seria competente para regular sua capacidade, à semelhança do que já dispõe o Art. 7º, da LINDB. Em relação à sucessão, a lei do domicílio do herdeiro rege, v.g., os casos de indignidade.

O STJ decidiu um caso sobre a condição de herdeiro.⁹⁸⁴ Tratava-se de sucessão de bens de estrangeiro, domiciliado no Brasil. A filha do *de cuius* fora adotada na Espanha e, lá domiciliada, habilitou-se como herdeira necessária no processo sucessório aberto no Brasil. A adoção, realizada na forma da lei espanhola não concedia à filha direitos

sucessórios. Afirmou o STJ que a lei aplicável à sucessão (que determinaria quem teria qualidade de herdeiro) era a lei do último domicílio do *de cuius*, no caso a lei brasileira (Art. 10 da LINDB). Como a lei brasileira não faz qualquer distinção entre filhos naturais e adotados, a filha adotada no Estado estrangeiro foi considerada herdeira na sucessão dos bens situados no Brasil. A lei do domicílio da herdeira só seria considerada para a questão da capacidade para receber a herança (§2º do Art. 10. da LINDB), sendo que a capacidade para receber a herança, não se confunde com a qualidade de herdeiro.

Nos últimos anos, vários pedidos de homologação de sentenças estrangeiras foram deferidos parcialmente, eis que cuidavam da declaração de herdeiros e da sucessão de bens

situados no Brasil e no exterior. Apenas a parcela referente ao exterior foi homologada⁹⁸².

17. Alimentos

“It is hoped and expected that the new Hague Convention [on maintenance] will provide the common global framework for international maintenance procedures – one which helps to reduce the confusing multiplicity of procedures which characterises the existing international set-up.”

William Duncan ⁹⁸⁹

A célula familiar é uma entidade feita para funcionar em conjunto, provendo seu sustento, especialmente com relação à prole. No entanto, nos dias de hoje, está cada vez mais distante a idéia de que os casais permanecem juntos por toda a vida.

No plano interno, o direito de família é intensamente regulado pelo Código Civil. No momento da separação a lei precisa garantir o devido amparo aos que dele necessitam, através do estabelecimento de uma obrigação alimentar. Seu estabelecimento e cobrança demandam grande dispêndio de energia e recursos da máquina jurisdicional, sendo uma das áreas do Poder Judiciário mais utilizadas pela população.

Inúmeros são os problemas da efetiva prestação dos alimentos aos necessitados e o seu descumprimento é de tal gravidade que até a pena da prisão civil pode ser aplicada ao devedor. Dada a premência da necessidade dos que dela dependem, a fixação e a cobrança de alimentos desafiam o poder público. A prestação jurisdicional deve ser rápida, porque não há como suportar qualquer

atraso sem comprometer a sobrevivência dos alimentandos. No direito comparado, esta é uma área na qual as características individuais e as tradições de cada país se revelam por inteiro nas opções legislativas adotadas.

As obrigações alimentares estão reguladas no Código Civil nos Arts. 1.694 a 1.710. Ao longo dos anos, a matéria foi tratada à exaustão pelos tribunais, consolidando uma rica jurisprudência sobre diversos pontos.⁹⁹⁰

A cobrança de alimentos no plano internacional é um desafio, para o qual se torna imprescindível uma atuação conjunta dos Estados, através da cooperação interjurisdicional ou administrativa. Nesse ponto, assumem grande importância os tratados multilaterais e bilaterais firmados pelo Brasil.

No estudo do tema em DIPr, a matéria transcende a questão da lei aplicável, pois cuida de diversos aspectos relativos à jurisdição internacional e à cooperação jurídica internacional, sobretudo no que concerne à transferência de fundos de uma jurisdição à outra para fazer frente ao pagamento das obrigações alimentares estipuladas.⁹⁹¹

17.1. A legislação brasileira: normas de origem interna e internacional

A legislação brasileira de DIPr não possui normas específicas sobre alimentos. A regra de conexão aplicável aos alimentos é a mesma regra do direito de família, que na Introdução ao Código Civil de 1916 era a da nacionalidade, e mudou para a do domicílio, em 1942, persistindo inalterada até os dias atuais.

As questões processuais relativas à cobrança de alimentos, como a citação no curso do processo do devedor domiciliado no exterior, e a homologação da sentença estrangeira, são tratadas através de instrumentos que regulam a utilização de tais institutos em geral: as cartas rogatórias e a homologação de sentenças estrangeiras, bem como convenções bilaterais e multilaterais de cooperação jurídica internacional.

Há fontes de origem interna — as regras da

LINDB-, e de origem internacional. Estas últimas podem ser divididas segundo sua origem universal (a Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, mais conhecida como Convenção de Nova York⁹⁹²), ou regional (a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar⁹⁹³). Essas duas convenções também regulam as situações existentes entre os países signatários e não signatários. A prática brasileira de aplicar a Convenção de Nova Iorque aos não signatários que assim demandem, mediante a utilização da mesma autoridade central, se dá em nome da boa-fé e da cooperação internacional.

O Brasil finalmente enviou ao Congresso Nacional para aprovação a Convenção da Haia sobre a cobrança internacional de alimentos para crianças e outros membros da família, bem como o

seu Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de prestar alimentos.

Espera-se que sua aprovação seja benéfica para o país e seus cidadãos, em especial a grande comunidade de brasileiros que vive em países que não são parte da Convenção de Nova York, os Estados Unidos e o Japão. Ademais, a convenção regulamentou a matéria possuiu instrumentos modernos para que a cooperação entre os países seja mais célere e eficiente, conseqüentemente com a utilização de menos recursos para chegar a um resultado satisfatório. Destaca-se, nesse sentido, o uso de formulários e a maior regulamentação da atuação das autoridades centrais, aumentando o seu escopo.

18. Aspectos civis do Sequestro Internacional de Menores

“Conflict over the care and control of a child following the breakdown of a marriage or relationship is undoubtedly an emotive issue. This is only exacerbated when an international element is added and the matter descends into the merits of life in one state being set against those in another.”

Beaumont and McEleavy¹⁰³⁸

A sociedade global, com sua imensa gama de comunicações e mobilidade, mudou o perfil das famílias: é comum haver mais de uma nacionalidade no grupo familiar e um ou mais membros fixar residência em outro país.

Aos problemas já existentes, objeto do direito de família, adicionam-se os de caráter internacional, a reclamar uma regulamentação específica. Esta situação é o centro das atenções de organizações internacionais que procuram uniformizar procedimentos e regras substantivas necessárias a esses casos multiconectados, como a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado; a Organização das Nações Unidas, ambas no plano internacional; e, no plano regional, a Organização dos Estados Americanos, através das Conferências Interamericanas de Direito

Internacional Privado.

O tema da proteção à criança inclui-se no âmbito dos estudos de direitos humanos. Sua regulamentação, mesmo nos aspectos privados, não perde de vista este viés, ligado aos direitos fundamentais.¹⁰³⁹ Nesta área, as fronteiras do direito internacional se diluem e se misturam aspectos públicos com privados. O DIPr e sua técnica devem ser entendidos como integrantes do sistema de proteção à dignidade da pessoa humana, e a proteção à infância é o seu maior exemplo.

A proteção da criança de forma isolada é tema recente, pois até pouco tempo seus destinatários apenas se sujeitavam ao poder familiar.¹⁰⁴⁰ Nesse sentido, servem de baliza as normas específicas da Convenção sobre os Direitos da Criança,¹⁰⁴¹ que

estabelece os princípios de proteção. Interessam ao DIPr os artigos que remetem às questões de cunho privado com repercussão na esfera de mais de um país, de mais de um ordenamento jurídico.¹⁰⁴² Os tópicos contemplados de forma genérica nessa Convenção, que foi celebrada no âmbito da ONU, foram regulamentados pela Conferência da Haia e pelas Conferências Especializadas da OEA.

O fenômeno mais dramático da separação de casais de nacionalidades diversas é o aumento de casos em que um dos pais retira o menor do país de sua residência habitual sem a permissão do outro. É uma situação típica da vida moderna, onde a maior mobilidade do indivíduo resulta em inúmeros casamentos internacionais, ou em crianças advindas de relacionamentos fortuitos, em que a família não se estruturou legalmente. O alto índice

divórcios na atualidade é fator complicador dessa situação.¹⁰⁴³ Até alguns anos essa situação não apresentava solução satisfatória e a maioria dos países tendia a reter o seu nacional, ainda que a criança tivesse ingressado através de um ato ilícito. Além disso, uma das maiores dificuldades era a localização do menor, já que os Estados não dispunham de mecanismos de cooperação internacional nessa matéria.

Para essas situações, os instrumentos tradicionais do direito internacional privado eram inadequados: era difícil tanto o pedido de guarda no país estrangeiro, quanto o cumprimento da ordem proveniente do exterior, que necessitava ser cumprida em outra jurisdição, pois havia grande sentimento de desconfiança entre os juízes. Presumia-se que depois que a criança fosse

restituída para outro país jamais retornaria. Isso gerava grande sensação de frustração por parte de todos os envolvidos. Não havia nenhum instrumento em prol da cooperação entre os poderes judiciários e a exceção de ordem pública assumia um papel preponderante na maioria dos julgamentos.

Essa situação só mudou com o trabalho realizado pela Conferência da Haia de Direito Internacional que, ciente das dificuldades, iniciou discussões para a celebração de um instrumento multilateral a respeito a partir da década de 1970. O projeto de convenção foi objeto de muita controvérsia durante as reuniões da Comissão Especial, e com muita dificuldade se atingiu a fórmula de equilíbrio entre a regra geral da devolução da criança e as exceções permitidas.¹⁰⁴⁴

Concentrando-se primordialmente na cooperação entre Estados, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 se tornou uma das mais importantes já elaboradas pela Conferência de Haia. A Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.413/2000.

18.1. A regulamentação brasileira

Como já examinado, o DIPr brasileiro utiliza a regra clássica da lei do domicílio como lei aplicável ao direito de família, ¹⁰⁴⁵. Os mecanismos processuais utilizados ainda são os genéricos,

comuns a todas as causas internacionais. Isso ocorre através da carta rogatória ou da homologação de uma sentença, utilizados indistintamente para a área de família e para as demais, como a comercial. Até a adesão do Brasil aos instrumentos internacionais de proteção à infância, a questão dos aspectos cíveis do sequestro internacional de menores não possuía nenhuma legislação específica internamente. Nos casos em que a criança era retirada do Brasil de forma ilícita, cabia ao pai ou à mãe recorrer à justiça estrangeira sem qualquer apoio das autoridades brasileiras. Ao contrário, quando a criança vinha para o Brasil, a decisão estrangeira ordenando sua restituição precisava ser homologada previamente no STF, que reiteradamente negava o *exequatur* às medidas de caráter executório. Como era fácil a obtenção de uma guarda provisória no país, o destino da

sentença estrangeira era invariavelmente o indeferimento, por já existir decisão nacional sobre a matéria.¹⁰⁴⁶

A partir da promulgação da convenção no Brasil, passou a ser possível requerer diretamente ao juiz de 1º grau o pedido de restituição, no que se denomina *auxílio* ou *assistência direta*.

18.2. Convenções internacionais e sua aplicação no Brasil

O Brasil aderiu à Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Menores¹⁰⁴⁷ e à

Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores¹⁰⁴⁸. No entanto, as convenções não são aplicáveis para todos os pedidos, pois só podem ser utilizadas para os casos envolvendo Estados signatários. Assim, ainda há pedidos que são transmitidos pelos meios tradicionais de cooperação jurídica internacional.

18.2.1 A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Menores e sua aplicação no Brasil

A Conferência de Haia iniciou o estudo do “rpto legal” nos anos 1970, quando a maioria dos casos dizia respeito à retirada ilegal do menor pelo

pai, insatisfeito com as decisões judiciais que na maior parte das vezes beneficiavam somente a mãe para a ser a responsável pela criança.¹⁰⁴⁹

Nos estudos preliminares, a Conferência deu-se conta dos diversos aspectos da questão, como os casos de sequestro ocorridos antes da determinação legal da guarda. As negociações foram tensas e complexas. O sucesso da Convenção deveu-se ao trabalho de uma comissão especial reunida na Haia em setembro de 1979, que preparou o projeto do Secretariado para a reunião plenária.¹⁰⁵⁰ Com isso, chegou-se a uma fórmula de compromisso em um dos assuntos chave do novo documento: o retorno ao *status quo ante* sem nenhuma dependência de uma decisão do foro acerca do mérito da guarda.

A Convenção inova em vários aspectos e foge

do modelo tradicional, preocupado somente com as questões relativas à lei aplicável. É um exemplo de um novo sistema de cooperação, com dispositivos de caráter *legislativo, judicial e administrativo*. Pretende conjugar instrumentos para o rápido retorno da criança, bem como garantir o respeito aos direitos de guarda e visitação. Não deixa de prever regras que permitam evitar o retorno da criança em exceções muito bem delineadas, para serem usadas de forma bastante restrita.

A convenção não trata da questão da guarda, prevendo tão somente a uniformização de uma regra de direito internacional privado para determinação da lei aplicável, a saber, a lei da residência habitual. A Convenção tampouco se propõe a ser um conjunto de regras para o reconhecimento da decisão estrangeira. Ao contrário, cria um

procedimento específico para o retorno do menor ao país de sua residência habitual, referindo a questão da guarda também à lei da residência habitual do menor. Nas palavras de Alfonso Carlos Calvo Caravaca,¹⁰⁵¹ a situação contemplada na Convenção equivale a um interdito possessório, resolvido através de uma ação direta. Paul Beaumont alerta para a difícil tarefa dos tribunais, que precisam cumprir o caráter peremptório da Convenção e ao mesmo tempo garantir a proteção adequada à criança e aos direitos do requerido. Há um equilíbrio porque a presunção do retorno não é absoluta, admitindo exceções e assegurando a flexibilidade necessária a sua adequação à miríade de casos concretos.¹⁰⁵²

Análise da Convenção

No Art. 1º da Convenção estão delineados os seus objetivos: a) assegurar o retorno imediato das crianças ilicitamente transferidas para outro Estado ou neles retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva os direitos de guarda e de visita existentes no outro Estado contratante. A Convenção possui duas ideias-força: a retirada ilícita provoca uma ruptura na vida do menor, que é negativa, e as autoridades do país de sua residência habitual são as que estão em melhor posição para tomar uma decisão sobre quem deve manter a guarda da criança e o local onde o menor deve viver. Por isso, o retorno deve ser assegurado, de modo mais imediato possível. Só depois é que os demais aspectos do caso concreto serão discutidos.

A Convenção protege, também, o direito de visita, que é a contrapartida dos direitos de

guarda¹⁰⁵³. Desta forma, também pode ser utilizada para tornar efetivo o *direito de visita* de um dos pais ou parente, através dos mecanismos postos à disposição das autoridades centrais de cada Estado signatário.

A convenção estabelece em seu preâmbulo uma série de princípios que devem nortear sua aplicação e interpretação. Esses princípios de proteção devem ter por objetivo resguardar os interesses da criança nos assuntos relativos à sua guarda, protege-la dos efeitos prejudiciais resultantes da mudança de domicílio, ou da retenção ilícita, garantindo o seu retorno imediato ao Estado de sua residência habitual, e ainda preservando o direito de visitação dos pais e parentes.

Seguindo a metodologia dos princípios, já exposta neste livro como basilar para a aplicação do método conflitual, o Art. 20 da Convenção¹⁰⁵⁴ amplia a noção de ordem pública para adequá-la aos movimentos de um direito constitucional pós-positivista, em consonância com os direitos humanos protegidos pelas convenções internacionais da matéria: embora a regra geral seja a de que é preciso promover o retorno de forma célere, há situações excepcionais em que o retorno não é possível. Tais exceções estão amparadas na defesa dos direitos fundamentais.

Constitui direito fundamental, protegido pela Constituição,¹⁰⁵⁵ o princípio da *proteção do melhor interesse da criança*. Seu efeito irradiador atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser seguido quando postos em

causa os interesses da criança. Sua penetração no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais. Por isso, na aplicação da Convenção, o magistrado precisa ter em mente a aplicação do princípio da proteção de forma ampla.

Com isso, tem-se uma *aplicação positiva* da ordem pública, que garante os direitos individuais de respeito ao patrimônio jurídico e cultural das pessoas.

Para sua aplicação, a Convenção estabeleceu um procedimento especial, uma verdadeira ação, que deve ser seguida cuidadosamente, pois envolve inúmeras questões de prova, tanto no que concerne o retorno, quanto no que concerne a existência de motivos válidos para o seu indeferimento.

A Convenção estabelece um sistema que exige o retorno imediato da criança. No entanto, o juiz precisa apreciar toda a prova para determinar se a saída foi ilícita nos termos do Art. 3º e se estão presentes as exceções que impedem a volta da criança (Arts. 12, 13 e 20, além de *outras circunstâncias* previstas no Art. 17).

Em primeiro lugar, é importante pontuar que o mecanismo de retorno disponibilizado pela Convenção só abarca crianças menores de 16 anos de idade, nos termos do Art. 4º. Observado esse limite etário, a determinação da ilicitude da retirada da criança está explicitada no Art. 3º, exigindo a ocorrência de *dois fatores*:

a) *tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro*

organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente. no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

O Art. 3º não fixou os critérios de

determinação da residência habitual da criança, mas o direito local sempre tem a última palavra sobre as regras qualificadoras. Portanto, para qualificar a residência habitual utilizar-se-á a noção do direito brasileiro. Uma vez definida a residência habitual em país estrangeiro, será necessário proceder-se à prova do direito estrangeiro, para verificar a ocorrência ou não da ilicitude. No Brasil, essa comprovação segue as normas do Art. 376 do CPC, do Código Bustamante e da Convenção Interamericana sobre a matéria, para os signatários, e considerando que não há norma na legislação nacional a respeito, pode-se usar essa regra para os países não signatários por analogia, para preencher a lacuna legal.

A operacionalização da Convenção da Haia se dá através das autoridades centrais, cujo papel é

crucial para que seus mecanismos não se transformem, como ocorre em tantas outras convenções, em letra morta. Além das funções próprias de atuação judicial, existem outras de cunho administrativo em que o judiciário não é acionado, como nas hipóteses de acordo e de prestação de informação acerca do paradeiro da criança.¹⁰⁵⁶

O Brasil evolui muito nos últimos anos e agora possui um sistema disponível para consultas na *internet* ao grande público, contando ainda com a relevante atuação da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República¹⁰⁵⁷ — autoridade central brasileira para a Convenção da Haia — está estruturada com os meios e recursos adequados para tratar da matéria.¹⁰⁵⁸ A SDH, na qualidade de autoridade central, cuida de todos

esses aspectos. Todavia, para representação em juízo, é necessária a atuação da Advocacia Geral da União, pois a SDH não tem capacidade postulatória. A Convenção fixa os requisitos do pedido de retorno da criança, e os critérios para a adoção de medidas urgentes para o restabelecimento imediato do *statu quo ante*. A Convenção estabelece um prazo máximo de seis semanas para que o cabimento de tais medidas seja deferido ou indeferido pelas autoridades do Estado Contratante requerido.¹⁰⁵⁹

A Convenção possui regras sobre acesso à justiça e assistência judiciária para a parte requerente, pois os custos de processos transnacionais muitas vezes são proibitivos. No Art. 22, eliminou-se a imposição de caução ou depósito para o pedido. Para o Brasil, este artigo é relevante

porque representa uma norma especial a ser seguida, em face do Art. 83 do CPC. A Convenção também dispensa no Art. 23 a legalização dos documentos, ou de qualquer formalidade similar, para os nacionais e residentes dos Estados signatários. Esta regra impede qualquer discriminação entre residentes e não residentes, nacionais e estrangeiros.¹⁰⁶⁰ O Brasil efetuou uma reserva ao Art. 24, exigindo a tradução do pedido, das comunicações ou de outros documentos por tradutor juramentado oficial.¹⁰⁶¹

Aspectos processuais da Convenção

A Convenção estabelece uma *ação*, iniciada com o pedido de restituição da criança, que deve ser corretamente instruído, de modo a permitir que no

curso do processo sejam discutidos todos os aspectos relevantes do pedido, inclusive suas exceções, em cumprimento ao que determina a Convenção, para se chegar a uma ordem de retorno ou seu indeferimento.

O procedimento contraditório é indispensável para se analisar as exceções previstas em caso de pedido de retorno. Desta forma, uma ordem liminar impondo o retorno, embora possa parecer atingir o objetivo da rapidez em restabelecer o *status quo ante* da situação, é contrária ao espírito da Convenção, porque não permite a análise da questão de todos os seus ângulos, em face da sua natureza manifestamente satisfativa.

As exceções ao retorno da criança estão previstas nos Arts. 12, 13 e 17. A primeira exceção, consubstanciada no Art. 12¹⁰⁶², busca preservar o

bem-estar do menor, que depois de algum tempo já estará adaptado à nova vida no Estado requerido. Não obstante, para que seja utilizado como exceção, é necessária a comprovação do tempo decorrido e das condições de adaptação do menor à sua nova vida (familiar, social, educacional, etc).

A segunda exceção, constante do Art. 13, é fundada na existência de um grave risco para a criança caso seja restituída ao Estado de sua residência habitual. A condição da letra (a) envolve a comprovação da situação jurídica da criança, segundo o direito de sua residência habitual, ao passo que a letra (b) novamente exige prova firme do alegado, utilizando, inclusive, informações fornecidas pela autoridade central.¹⁰⁶³ Outra questão que precisa ser comprovada adequadamente diz respeito à manifestação do menor, se tal for

possível, a respeito de sua permanência no Estado requerido.

Por fim, o Art. 17 trata da exceção da ordem pública, sob o prisma dos direitos fundamentais, que tem cunho essencialmente jurídico, mas exige também a comprovação de fatos subjacentes à norma para embasar a alegação.

A Convenção passou a ser empregada efetivamente no Brasil a partir de 2001, tendo-se notícia de dezenas de casos por ano. A Autoridade Central Federal tem mantido os dados a respeito dos casos em que trabalha. Há maior número de pedidos passivos do que ativos, pois no Brasil o controle das fronteiras nacionais com relação à saída de crianças é bastante rígido, exigindo-se documentação apropriada, enquanto em países europeus, por exemplo, isso não ocorre.¹⁰⁶⁴

Todavia, ainda é difícil fazer uma pesquisa completa de todos os casos nacionais. Isso porque muitos deles estão inacessíveis por estarem sob o manto do segredo de justiça. Por essa razão, serão tratados primordialmente os casos julgados no STJ, em que os acordãos são disponibilizados.

18.2.2. Jurisprudência brasileira da Convenção

Casos recentes julgados pelo STJ tem esclarecido pontos importantes sobre sua aplicação. A análise que se segue não é exaustiva, nem do ponto de vista da pesquisa, nem dos temas. Apenas foram apontados os temas mais relevantes. Dentro dessa ótica, tratar-se-á da questão do conflito de

competência entre a justiça estadual e federal; da legitimidade da AGU e da interpretação dos Arts. 12 e 13 e das causas da recusa à devolução.

A questão do conflito de competência entre a justiça estadual e federal tem assombrado inúmeros casos da convenção, mas foi afinal dirimida pelo STJ no CC 100.345.¹⁰⁶⁵ A confusão se dava porque enquanto a justiça federal é competente para a ação fundada no tratado, a justiça estadual cuida dos casos de guarda. Nos casos de sequestro, é comum o genitor que chega ao Brasil iniciar uma ação de guarda, sem mencionar as circunstâncias de sua vinda, no intuito de regularizar a situação do menor em solo brasileiro. Se não houver, por parte do outro genitor, nenhum pedido de retorno com base na Convenção, o que pode ocorrer, apesar da retirada ilícita do menor, não haverá pedido ou

conflito. No entanto, quando há um pedido da Convenção, o requerimento de guarda fica prejudicado e, por força do disposto na própria Convenção, o mesmo juiz deve julgar os dois casos. É o que dispõe, inclusive, a Súmula 150 do STJ¹⁰⁶⁶, que dá aos casos em que a União tiver interesse a sua prevalência.

No caso, a negativa ao pedido do juiz federal de que o juiz estadual lhe enviasse os autos da ação de paternidade sócio-afetiva gerou o conflito de competência, dirimido pelo STJ. A situação restou assim esclarecida: a competência do juiz federal para a ação de retorno tem o poder de atrair os casos sobre guarda em andamento na justiça estadual, para que não sejam tomadas decisões conflitantes, o que poderia acarretar o descumprimento das obrigações internacionais que

o Estado brasileiro assumiu.

Mesmo depois dessa precedente, ainda continuaram a existir outras situações de conflito em que o STJ foi chamado a dirimir. No CC 132100¹⁰⁶⁷, o conflito entre o juiz federal e o juiz estadual não foi conhecido, mas foi recomendado que a ação da alçada estadual fosse suspensa até o final da ação de retorno, em face de sua prejudicialidade externa. Isso porque, se a ação de retorno for julgada improcedente, caberá ao juiz de família a decisão sobre a guarda.¹⁰⁶⁸

No que diz respeito à legitimidade da União em promover essas ações, também o STJ se manifestou na Recl. 3863¹⁰⁶⁹, em que a parte insistia na impossibilidade da propositura de ação de retorno pela AGU. Em decisão monocrática, o STJ

negou seguimento à reclamação. O Tribunal Federal da 2ª Região já havia se manifestado categoricamente sobre a legitimidade da AGU, como se vê no trecho: “Não há falar em inconstitucionalidade na atuação da União Federal, pois, para o exame da aplicabilidade dos preceitos contidos na Convenção de Haia de 1980, afigura-se irrelevante a nacionalidade da criança, porquanto a sistemática adotada é no sentido de possibilitar seu retorno ao Estado de sua residência habitual, certo que entendimento diverso frustraria a aplicabilidade interna do mencionado Tratado, na medida em que estaria criado óbice intransponível para solução de problemas envolvendo crianças indevidamente transferidas ou retidas em território nacional, contrariando-se a própria gênese da Convenção. — Afastada a alegação de ilegitimidade ativa *ad causam* da União, pois, tendo em sua

estrutura a Secretaria Especial de Direitos Humanos, atua na qualidade de representante do Estado brasileiro, na forma do disposto no Art. 21, incisos I e IV da Constituição Federal, dotada de competência para se utilizar medidas necessárias ao integral cumprimento das obrigações assumidas pelo País, por ocasião da adesão e ratificação dos preceitos contidos na Convenção, inclusive a propositura de ações de busca, apreensão e restituição de menores.” Esse entendimento já se encontra pacificado.

A questão relativa à interpretação do Art. 12 da Convenção, que cuida em devolução imediata a menos que a criança já esteja adaptada e as razões da recusa previstas no Art. 13 são as que apresentam maiores dificuldades de interpretação. Isso porque os casos no Brasil tem sido lentos, e

muitas vezes ao final a criança já está adaptada. Mas negar a devolução por esse motivo acaba significando a frustração dos objetivos da Convenção. Além do mais, todas essas questões dependem de prova, cuja produção de maneira cabal não costuma ser fácil. Assim, ainda há decisões conflitantes a esse respeito¹⁰⁷⁰.

Caso emblemático da situação acima transcrita é o REsp 1214408¹⁰⁷¹. A vinda das crianças da Argentina para o Brasil se deu em 2003 e o pedido de retorno foi feito antes do transcurso de um ano da retirada ilícita. No entanto, a decisão do judiciário a respeito do pedido de devolução se deu após decorridos muitos anos de sua vinda ao Brasil. Ouvidos os menores, o contexto probatório indicou sua plena adaptação ao Brasil e sua vontade de aqui permanecer. O desejo dos menores foi,

então, considerado como fator de recusa ao retorno, a teor do Art. 13. Nota-se um certo constrangimento do STJ com o tempo decorrido sem solução do caso, o que impôs uma vitória indevida à mãe dos menores.

Já em outro caso, no REsp 1315342¹⁰⁷², apesar do longo tempo decorrido, o STJ aplicou de forma bastante técnica a Convenção e entendeu que provada a residência habitual dos menores e o direito aplicado como sendo o direito estrangeiro, nada mais havia a fazer além de cumprir o diploma legal internacional, ainda que decorridos vários anos da subtração.

As ações mais antigas contrastam sobremaneira com o exíguo prazo de seis meses previsto na Convenção para o retorno. Não obstante, atualmente, a justiça federal tem

imprimido maior celeridade a esses casos, a fim de . Os novos casos começarão em breve a chegar no STJ.

A situação que mais tem se apresentado é de mães que vêm para o Brasil com os filhos, sem antes obter a devida autorização dos pais, muitas vezes em razão da ausência de condições de permanecerem no país estrangeiro depois da separação, e aqui logo obtêm uma guarda provisória. Mas as regras da Convenção têm o objetivo de serem neutras, de forma a assegurar que o juiz natural para decidir o futuro das famílias seja aquele do local da residência habitual. Permitir a ação unilateral de um dos pais, que vai para outro país sem discutir essa mudança drástica na vida da criança, é contrário à Convenção e ao que ela preconiza como melhor interesse da criança: o de

ter acesso à toda a sua família, e não apenas à parte dela. Na medida em que os juízes brasileiros começam a ter mais intimidade com a Convenção e com seus casos, as decisões são tomadas de forma mais célere, devolvendo-se as crianças que aqui vieram de forma ilícita. O poder de persuasão da convenção aumenta e, com o tempo, a tendência é a de que os casos diminuam, pois haverá mais consciência de que é preciso resolver essas questões antes de deixar o país da residência habitual.