



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

CAMILA OLIVEIRA DA COSTA

**DESAFIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA INTERNACIONAL:  
CASAMENTO E UNIÕES ESTÁVEIS; ALIMENTOS E A SUBTRAÇÃO  
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS**

NATAL – RN  
2021

**CAMILA OLIVEIRA DA COSTA**

**DESAFIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA INTERNACIONAL:  
CASAMENTO E UNIÕES ESTÁVEIS; ALIMENTOS E A SUBTRAÇÃO  
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como pré-requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

Área de Concentração: Direito Internacional e Garantia de Direitos

Orientadora: Profa. Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

NATAL – RN  
2021

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN  
Sistema de Bibliotecas - SISBI

Catálogo de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Costa, Camila Oliveira da.

Desafios do Direito de Família Internacional: casamento e uniões estáveis; alimentos e a subtração internacional de crianças / Camila Oliveira da Costa. - 2021.

139f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós Graduação em Direito. Natal, RN, 2021.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave.

1. Direito de Família Internacional - Dissertação. 2. Famílias Transnacionais - Dissertação. 3. Casamento Internacional - Dissertação. I. Presgrave, Ana Beatriz Ferreira Rebello. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca CCSA

CDU 347.6:341

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

A dissertação “**Desafios do Direito de Família Internacional: Casamento e Uniões Estáveis; Alimentos e a Subtração Internacional de Crianças**”, de autoria da mestranda Camila Oliveira da Costa, foi avaliada e aprovada/reprovada pela comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup>. Doutora Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

---

Prof. Doutor Leonardo Oliveira Freire

---

Prof.<sup>a</sup>. Doutora Maria Rosa Guimarães Loula

**Natal/RN, 02 de julho de 2021**

Para meus pais, que jamais poderiam ter previsto as minhas excentricidades, e a todos que, comigo, não desistiram deste trabalho.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à força divina em minha vida que influencia minha vida, independentemente do que seja.

Agradeço, inicialmente à minha família, minha mãe, meu pai, meu irmão e minha sobrinha. Foram os momentos de compreensão, carinho, apoio e mão estendida que me fizeram continuar e persistir sem desvaecer. Agradeço a meus avós, Amélia (*in memoriam*) e Antonio, e à minha tia Vilma por me acolherem nesse período. Obrigada por tudo e por me aceitarem independentemente de um resultado bom ou ruim.

Agradeço, sinceramente, à Professora Ana Beatriz Rebello Presgrave que abraçou com verdadeiro entusiasmo, desde o início, esta proposta de pesquisa. Suas primeiras palavras para mim foram “Que projeto bacana! Tenho o maior interesse em te orientar”, após receber um e-mail de uma aluna desconhecida e recém-chegada no Programa de pós-graduação, logo no seu primeiro ano como professora do programa, apostando nela todas as suas fichas, sem nunca duvidar, mesmo nos tempos mais sombrios. Sua influência neste trabalho é notória, seja nas contribuições e discussões nos seminários da disciplina de Direito de Família Internacional, o entusiasmo nas suas aulas compartilhadas no um ano de estágio de docência, afora a confluência de ideias constantes. Em minha vida pessoal, ela se tornou uma das maiores referências como uma mulher naturalmente líder, empoderada e indiscutivelmente alpha. Seu apoio, gentileza e insistência em mim, em momentos tão difíceis, é algo que nunca conseguirei agradecer suficientemente. Posso dizer, com pura convicção e por mais clichê que pareça, que sem ela como orientadora, jamais teria conseguido. Sortudo é o(a) aluno(a) em quem ela acredita.

A Dimitre, meu par, que nesses anos de Academia me viu no meu melhor e no meu pior, mas segue sempre me apoiando, puxando a minha mão e me mostrando que sou mais forte do que imaginei, mesmo quando não concorda com o caminho escolhido por mim. Jamais conseguirei te agradecer por isso. Uma parte desse trabalho também é fruto de sua influência constante na minha vida e não só isso. O seu conhecimento profundo em Direito de Família me possibilitou conhecer a melhor doutrina possível para, ao fim, poder escolher meu próprio caminho.

Às minhas amigas do coração, Raíssa, Melissa, Letícia e Amanda, obrigada por se terem feito presentes em todo esse período, apoiando e impulsionando. Agradeço aos amigos e amigas feitas ao longo desse curso, em especial os três mosqueteiros Débora, Fernanda e Simões, que se tornaram grandes companheiros de jornada e de vida. Aos meus colegas de linha de pesquisa,

nossos momentos e perturbações divididos nessa jornada tornaram as agonias mais leves e fraternas.

À Wisllene, cuja amizade começou, por acaso, com uma felicidade compartilhada em conjunto, que logo se seguiu em momentos de desesperos noturnos, continuando em uma montanha russa de emoções em conjunto. Nossa amizade é intensa, repleta de momentos de pura felicidade, andando pelas ruas de Paris e Lisboa, ou de angústias, choros e resiliências compartilhadas, sejam juntas em uma noite hostil e em claro em um aeroporto, ou a quilômetros de distância compartilhando amarguras e, novamente, em claro. Uma coisa é certa: quando nos reunimos, estamos sempre rindo de nós mesmas. Gratidão por nos entendermos e por compartilharmos vários dos melhores e piores momentos das nossas vidas.

Aos professores e servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em especial o professor coordenador Vladimir Rocha França, agradeço de maneira muito sincera pela paciência, sensibilidade, gentileza e compreensão sobre os fatores atípicos que podem ocorrer na vida de alguém, tornando possível esse momento.

Nesta oportunidade, agradeço ainda às valiosas contribuições dos membros de minhas bancas, Marco Bruno Miranda Clementino, cujas aulas alegraram minhas tardes desde o primeiro semestre de curso, a Leonardo Oliveira Freire e Maria Rosa Guimarães Loula.

Registro, igualmente, meu agradecimento à Universidade Federal do Rio Grande do Norte por, mais uma vez, ter sido minha segunda casa. É um orgulho ter feito parte da sua história.

Ao Professor Jacob Dolinger, de maneira póstuma, pelos anos de árduo trabalho e pesquisa que tanto me influenciaram e deram origem à paixão pelo tema, junto a uma busca incessante por soluções nas famílias transnacionais. Sua forma de pesquisa, tão precisa, extensa e surpreendente será um marco eterno nas inspirações de minha vida acadêmica. Seu livro foi o primeiro material específico de Direito de Família Internacional que adquiri e, até hoje, me deixam boquiaberta com o perfeito compilado de julgados tão raros e antigos sobre o tema, com observações tão coerentes e lógicas.

Por fim, agradeço não ao título, mas à escalada dessa montanha entrincheirada, que me ensinou a resiliência e a nem sempre ouvir tudo o que a sua própria cabeça tem a dizer.

*“[...] sobre a ciência: na verdade, a gente nunca encontra respostas, apenas perguntas novas e mais interessantes”*

(John Green)

## RESUMO

Em tempos de mobilidade internacional, os fenômenos migratórios têm acarretado a formação de diversos tipos de relações familiares transnacionais, que se caracterizam pela união de pessoas de domicílios ou nacionalidades diferentes, ou ainda pela incidência de leis e jurisdições múltiplas nessas relações. Em verdade, diante dessas incidências legislativas diversas em uma relação familiar, além das dessemelhanças socioculturais envolvidas, a intensificação periódica dos fenômenos migratórios gera, como consequência, um aumento da incidência de famílias internacionais, bem como de suas desordens. A complexidade das questões das famílias fluidas (como casamento, regime de bens, união estável, divórcio, alimentos, guarda, poder familiar, e direito sucessórios) traz novas incertezas e dificuldades, seja na utilização prática dos elementos de conexão, quer na solução de problemas como a efetivação do divórcio entre pessoas de países diferentes, a guarda internacional de filhos e questões de responsabilidade parental, a falta de segurança jurídica para as uniões estáveis internacionais, os empecilhos na aplicação da lei (estrangeira ou nacional) mais apropriada para o regime de bens, o turismo reprodutivo internacional, a violência de gênero nas mulheres estrangeiras e/ ou sua exploração sexual e as multipartilhas em outras jurisdições de bens localizados no exterior. Apesar de tão significativo rol de questões proeminentes a serem enfrentadas, três se destacam por sua recorrência na aplicação prática e pelas vicissitudes e idiossincrasias, quais sejam: o casamento internacional no Direito Brasileiro, os desafios na execução de alimentos e a questão da mulher migrante na subtração internacional de crianças. Para analisar esses três pontos, a presente pesquisa empreende um estudo lógico-dedutivo, com base nas convenções internacionais, legislações, jurisprudências e doutrinas nacionais e estrangeiras, com o objetivo de compreender as nuances do Direito de Família Internacional, considerando inclusive os direitos fundamentais envolvidos. Ao final, são apontadas as questões mais importantes para compreender e viabilizar a concretude dessas questões, demonstrando o impacto da questão na complexa sociedade contemporânea, afeita a movimentos migratórios e às velocidades dos tempos atuais. De igual modo, identificar as questões que justificam a subtração internacional de crianças, seus aportes jurídicos e normativos, e oferecer caminhos para a solução desse problema tão impactante.

**Palavras-chave:** Direito de Família Internacional. Subtração Internacional de Crianças. Alimentos Internacionais. Famílias Transnacionais.

## ABSTRACT

In times of international mobility, the migratory phenomena have led to the formation of various types of transnational family relationships, which are characterized by the union of people from different nationalities or domiciles, or even by the incidence of multiple jurisdictions and laws in those relations. In fact, given the incidence of different laws in the same family tie, in addition to the involvement of sociocultural dissimilarities, the periodic intensification of migratory phenomena generates, consequently, an increase in the number of international families, as well as their disorders. Furthermore, the modern complexity of fluid family issues (such as marriage, marital property systems, informal marriage, divorce, alimony rights, custody, parental controls, and inheritance rights) brings new uncertainties, such as the difficulty in the practical use of the connection factors; divorces between people from different countries, impacts on the children's international custody and questions of parental control, the lack of legal security for international informal marriages; the difficulties in the application of the more appropriate law (foreign or national) for marital property systems, international reproductive tourism, gender violence against foreign women and/or their sexual exploration, and multiple judicial inheritance process of assets located abroad. Despite such a significant list of prominent issues, two stand out with more predominance, due to their recurrence in practical application and also because of the vicissitudes and idiosyncrasies that the matter holds at the international level, which are the challenges in the alimony's enforcement and the ones in international parental child abduction. For this reason, a logical-deductive study is taken, based on international conventions, legislation, jurisprudence, and national and foreign doctrines. The main goal was the understanding of the nuances of International Family Law, including the consideration of fundamental rights involved in specific cases. At the end, pointing out the most important issues to understand and enable the concrete enforcement of international alimony demonstrates the impact of the issue in the complex contemporary society, affected by migratory movements and the speeds of current times. An important focus was brought on the identification of issues that justify international parental child abduction, their legal and normative contributions offer ways to solve this very impactful problem.

**Keywords:** International Family Law. International Parental Child Abduction. International Alimony. Transnational Families.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

ADFAS – Associação de Direito de Família e Sucessões.

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CC/02 – Código Civil de 2002.

CC/16 – Código Civil de 1916.

CF/67 – Constituição Federal de 1967.

CF/88 – Constituição Federal de 1988.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CJF – Conselho da Justiça Federal.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

DIPr – Direito Internacional Privado

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

REsp – Recurso Especial.

RE - Recurso Extraordinário.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

UE – União Europeia

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
---------------------------	-----------

### PARTE I

#### A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

<b>2 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SEU PAPEL ESTRUTURANTE CONSOANTE AS CIÊNCIAS SOCIAIS.....</b>	<b>17</b>
--	-----------

2.1 A FAMÍLIA PELA ANTROPOLOGIA .....	17
---------------------------------------	----

2.2 AS RELAÇÕES FAMILIARES PELA SOCIOLOGIA .....	27
--	----

2.3 A FAMÍLIA NA COGNIÇÃO DO INDIVÍDUO PELA PSICOLOGIA.....	35
---	----

<b>3 A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL.....</b>	<b>40</b>
--	-----------

3.1. TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES FAMILIARES BRASILEIRAS E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL .....	40
--	----

3.2 A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	50
--	----

### PARTE II

#### O DIREITO DE FAMÍLIA INTERNACIONAL E SEUS DESAFIOS LATENTES EM MATÉRIA DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL, ALIMENTOS E SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

<b>4 FAMÍLIAS INTERNACIONAIS E NORMATIVIDADE INICIAL: PRIMEIROS DESAFIOS .....</b>	<b>58</b>
--	-----------

4.1 NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E COMO FUNDAMENTO AO DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA.....	62
---	----

4.2 UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA INTERNACIONAL E O MODELO EUROPEU PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS .....	72
--	----

<b>5 DESAFIOS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL INTERNACIONAL .....</b>	<b>78</b>
---	-----------

<b>6 DESAFIOS NA EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>95</b>
--	-----------

6.1 NATUREZA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE OBRIGAÇÕES ALIMENTÍCIAS.....	96
---	----

6.2 A CONVENÇÃO DE NOVA YORK SOBRE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO ESTRANGEIRO .....	97
--	----

6.3 A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO ESTRANGEIRO .....	99
---	----

6.4 A CONVENÇÃO E PROTOCOLO DA HAIA DE 2007 SOBRE OBRIGAÇÕES ALIMENTARES .....	100
--	-----

6.5 ANTINOMIAS ENTRE AS CONVENÇÕES DE ALIMENTOS RATIFICADAS NO BRASIL .....	102
6.6 CONFLITOS ENTRE TRATADOS: DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O DIREITO INTERTEMPORAL .....	105
<b>6.6.1 Direito Intertemporal Internacional x Direito Internacional Intertemporal.....</b>	<b>107</b>
<b>6.6.2 Tratados Sucessivos e Conflitos de leis de mesma categoria .....</b>	<b>107</b>
<b>6.6.3 Cláusulas de Compatibilidade, Substituição e Disposições Transitórias nas Convenções de Alimentos.....</b>	<b>111</b>
<b>7 DESAFIOS NA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....</b>	<b>114</b>
7.1 A MULHER MIGRANTE E A SUA DUPLA VULNERABILIDADE.....	114
7.2 FAMÍLIAS TRANSNACIONAIS E A SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 .....	117
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>124</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>129</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional, a mobilidade de pessoas e o comércio entre os particulares estrangeiros sempre estiveram atrelados em um nascedouro sincrônico. Indissociável disso é o fenômeno das migrações humanas. Se as pessoas se tornam cada vez mais móveis e globais, as famílias, conseqüentemente, também assim se tornam.

Até meados da primeira metade do século XX, o Direito Internacional foi fundamental na abordagem normativa voltada para a manutenção da ordem básica e paz social entre os Estados, por meio do reconhecimento da igualdade formal entre eles e os ditames de soberania, partindo-se dos ideais alcançados a partir dos Tratados de Westfália. Os acordos internacionais também eram voltados para a regulamentação do comércio internacional e da circulação de estrangeiros.

A partir de 1945, após a mudança de panorama mundial com os impactantes acontecimentos ocasionados pela segunda guerra mundial, é que surge, naturalmente, um sistema jurídico mais preocupado em proclamar e buscar garantir direitos humanos e a sua inserção constitucional nos Estados partes como direitos fundamentais.

Um desses direitos fundamentais é a garantia, ao estrangeiro, de que o Estado e a comunidade local farão um esforço em comum para balancear a convivência entre as culturas distintas existentes entre as partes. Muitas vezes visto como imigrante econômico, a pessoa estrangeira acaba por sofrer ataques xenofóbicos de intolerância religiosa, de culto e de expressão. Essa proteção dos Estados e da comunidade internacional torna-se ainda mais necessária no caso dos refugiados, pois são migrantes forçados, que se viram instados a sair de seus Estados de origem.

Por isso muito tem se falado na criação de programas de inclusão social e cultural, com tolerância à expressão e preservação da sua cultura no país que passa a habitar, como forma de estabelecer coesão social e paz civil. Tem sido, então, cada vez maior a busca por formas que promovam um relacionamento amigável entre culturas, especialmente quando o país que o recebe será visto, provavelmente, como um lar prolongado.

Atrelada à ideia de circulação de pessoas e promoção de direitos civis fundamentais, o Direito Internacional Privado (DIPr) e, especificamente, o Direito de Família Internacional, buscam resolver as questões causadas pela mobilidade de pessoas de diferentes nacionalidades e dos relacionamentos que sobrevêm dessas situações, que podem gerar problemas de extrema complexidade, por envolver pessoas de nacionalidades diversas e que foram criadas a partir de leis e culturas diferentes.

Como se poderia resolver o problema de pessoas de nacionalidades diferentes, que se casaram em um país, mas passaram a residir em outro? Qual ordenamento jurídico deveria julgar os problemas dessa relação e, principalmente, qual lei aplicar? Seria possível a competência processual recair em um país e esse julgar pela lei de outro? Essa família poderá manter os hábitos culturais de seu país de origem? Os filhos serão nacionais de que país – o de seus pais ou o de nascimento? Qual o impacto da nacionalidade da criança nas relações entre ela e seus genitores? O local de residência da criança é determinante para se estabelecer direitos e obrigações com relação aos seus genitores? São inúmeras questões que decorrem das chamadas “famílias transnacionais”.

O Direito Internacional Privado entre o final do século XIX e início do século XX passa a querer responder essas perguntas, estabelecendo elementos de conexão, que ditariam qual lei utilizar em cada situação jurídica, e como aplicar, eventualmente, o direito estrangeiro, precisando os meios de prova e exceções de aplicabilidade, protegendo por elas também o interesse público, a ordem pública, a soberania e impedindo que as pessoas utilizem essas regras como forma de fraudar a lei nacional.

À medida que as famílias e o Direito de família se transformaram e a mobilidade de pessoas aumentou, esses problemas também foram se intensificando e se tornando mais complexos. Se há alguns séculos os problemas dessa ordem se limitavam a casamento, sucessão e, posteriormente, a possibilidade ou não do divórcio, aos poucos surgiram questões relativas à proteção de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; guarda; poder familiar; adoção; tutela e curatela; além do direito a alimentos e sua consequente necessidade de execução no âmbito internacional.

Esses quebra-cabeças citados levaram à necessidade de desenvolvimento de Tratados e Convenções internacionais, com o escopo de estabelecer parâmetros para auxiliar os conflitos de leis na sua resolução, os quais simplificaram uma grande parte das demandas. Era a fusão do Direito Internacional Público com o Direito Internacional Privado.

Contudo, a temática da constituição familiar e do casamento, como forma universalmente legítima de formação da família, ainda continua gerando problemas, alguns deles nunca resolvidos. Com as recentes mobilidades estrangeiras e ondas de refúgio, problemas antigos voltam às pautas internacionais.

O instituto matrimonial possui conteúdo de direitos civis que revelam os principais interesses das sociedades políticas, refletindo o conteúdo moral, religioso e econômico dos países. Apesar do princípio da autonomia privada ter ganhado grande destaque nos países ocidentais, o casamento parece continuar sendo tratado de maneira arraigada à Constituição e à

ordem pública nacional. Dito isso, essa matéria sempre apresentou no Direito Internacional Privado mais dificuldades de resolução do que qualquer outro tema de Direito Civil, já que os problemas não se esgotam na confusão legislativa e de competência, mas também no âmbito valorativo e econômico das nações. A ausência de uniformização acerca das normas de direito de família internacional também leva a dificuldades extras para a efetivação dos direitos que decorrem das relações familiares, sobretudo na esfera internacional.

A complexidade das questões relacionadas às famílias modernas traz novas incertezas, como a dificuldade na utilização prática dos elementos de conexão. Questões relativamente simples passam a ser desafiadoras, como o divórcio entre pessoas de países diferentes, a guarda internacional de filhos, a responsabilidade parental, a falta de segurança jurídica para as uniões estáveis internacionais, os empecilhos na aplicação da lei (estrangeira ou nacional) mais apropriada para o regime de bens, o turismo reprodutivo internacional, a violência de gênero nas mulheres estrangeiras e/ ou sua exploração sexual e as multipartilhas em outras jurisdições de bens localizados no exterior.

Entretanto, a despeito de tão significativo rol de questões proeminentes a serem enfrentadas, três questões se destacam, quer por sua recorrência na aplicação prática, seja pelas vicissitudes e idiosincrasias que a matéria guarda no âmbito internacional, são elas: os desafios na concatenação dos elementos de conexão de uma lei de 1942 para o casamento e para a União Estável, o conflito de tratados na execução de alimentos e a dupla vulnerabilidade da mulher migrante como causa de subtração internacional de crianças filhas de pais separados.

Esta pesquisa tem como tema central discutir os problemas gerais, aos poucos delineados em tópicos especiais das famílias transnacionais, tendo como objetivo geral definir se as normas atuais conseguem resolver esses problemas tão complexos que unem migrações, gênero, Direito de Família, tratados internacionais e leis internas

A pergunta principal da pesquisa é: diante das dificuldades e desafios apresentados, os instrumentos de Direito Internacional e as regras de Direito Internacional Privado são suficientes para resolver os problemas decorrentes do casamento, da execução internacional de alimentos e da subtração internacional de crianças?

Esses três tópicos especiais foram escolhidos por sintetizarem o que se considerou como as três maiores problemáticas desse ramo. Destaque-se que o objetivo da pesquisa não é exaurir as fontes e as discussões dessas três questões escolhidas, mas sim demonstrar o panorama geral da gama de problemas que fazem parte do Direito de Família Internacional, exemplificando com três tópicos especiais se as normas e legislação que temos hoje conseguem resolver, minimamente, três problemas dos principais, sem os pormenorizar obsequiosamente.

Para responder a esse questionamento, a pesquisa inicia abordando a perspectiva da família para as ciências sociais da antropologia, da sociologia e da psicologia, investigando a importância que ela tem na formação humana, tanto individual quanto coletiva.

Em seguida, far-se-á um apurado legislativo brasileiro, em consonância com o apanhado histórico das transformações na família brasileira e seu processo garantista, ao lado da família nas Constituições brasileiras, para se entender quais são os desafios contemporâneos do Direito de Família no âmbito interno.

Na parte II, a pesquisa aborda o Direito de Família Internacional, com a investigação de como essas famílias migrantes se formam, quais seus problemas e quais soluções são aplicadas na doutrina. Nessa mesma linha, serão investigadas a influência da proteção internacional dos Direitos Humanos na família e como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em âmbito regional, tutelam a família.

Em seguida, inicia-se a análise dos desafios das famílias transnacionais, abordando a problemática que envolve o regramento dos casamentos e uniões estáveis intituladas transnacionais, seus conflitos de lei no espaço a partir da compreensão dos seus elementos de conexão, explicitando a normativa dos principais dispositivos que tratam da matéria, especialmente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dando ênfase se esses elementos que norteiam essas relações conseguem suprir as necessidades contemporâneas para solução dos conflitos familiares.

Na sequência serão abordados os conflitos de leis e fontes internacionais no tempo, pois se encontram vigentes no Brasil três Convenções internacionais independentes entre si sobre o direito aos alimentos e sua execução, quais sejam: a) a Convenção de Nova York de 1956; b) a Convenção Interamericana de Obrigações Alimentares de 1989; e c) a Convenção de Haia de 2007 e seu respectivo Protocolo. Verificar-se-á, nesse capítulo, o objeto e partes das três convenções, suas possíveis antinomias e a análise das teorias existentes para conflitos entre tratados e se eles conseguem resolver as supostas antinomias.

Por fim, no penúltimo capítulo será analisada a situação de crianças e adolescentes e a ruptura dos laços familiares decorrentes da migração de mulheres inseridas em situações de fragilidades sociais após a dissolução familiar. Muitas mulheres que migraram para viver com seus companheiros acabam por voltar para seus países de origem quando esses relacionamentos acabam, trazendo consigo seus filhos sem a autorização do pai. Nesse enfoque, acabam cometendo a Subtração Internacional de Crianças e adolescentes, enquadradas na Convenção de Haia de 1980 sobre esses aspectos civis.

Para se determinar as causas, consequências e soluções da questão de gênero, seja por discriminação ou violência, como maior meio motivador da Subtração Internacional de Menores por mulheres brasileiras, será estudada a dupla vulnerabilidade da mulher migrante, a formação e dissolução das famílias transnacionais, a ocorrência dos motivos atrelados ao desamparo social da mulher migrante para o Sequestro Internacional de Crianças e adolescentes, analisando-se também as linhas gerais da mencionada convenção e suas exceções.

Em termos metodológicos, a pesquisa parte de um estudo lógico-dedutivo, realizado com base nas convenções internacionais, legislações, jurisprudência e doutrina nacionais e estrangeiras.

## PARTE I

### A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

#### 2 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SEU PAPEL ESTRUTURANTE CONSOANTE AS CIÊNCIAS SOCIAIS

Ao longo dos séculos filósofos, sociólogos, antropólogos e psicólogos estudaram as formas de estruturação das famílias na sociedade e sua respectiva importância para o desenvolvimento humano, seja enquanto indivíduo, seja na qualidade de organização social. Foram esses estudos das ciências sociais, exaltando as construções familiares, que demandaram do Direito tamanha importância à família, a ponto de ser legislado<sup>1</sup>.

Para essas instituições sociais, a família, independentemente da formação que teria no ambiente, sempre significou a essência da sociedade, representando um enorme e respeitável elemento na estrutura social, a despeito de ainda existirem correntes que a condenam como um reflexo da sociedade burguesa opressora<sup>2</sup>.

A família sempre foi uma instituição polêmica, porém, nas últimas décadas, as transformações nos seus personagens-chave ocasionaram discussões sobre a chamada “crise da família”, em que novos casais se formam, se casam, se divorciam, às vezes sem haver nem coabitação. Enquanto alguns chamam isso de desaparecimento da família como se conhece, outros apelidam de remodelação dos laços familiares na pós-modernidade<sup>3</sup>.

Neste capítulo, para entender o que são famílias, como se constituíram ao longo dos séculos e antes de se investigar o papel constitucional da família, bem como a sua formação internacional, abordar-se-ão as teorias antropológicas sobre a origem da família; seu papel e influências perante a sociedade; a função da família na estruturação do ser humano como sujeito e na psique; e, por fim, as consequências dessas três estruturas para o Direito de Família, cruzando os dados científicos descobertos, sejam por sociólogos, antropólogos ou historiadores.

#### 2.1 A FAMÍLIA PELA ANTROPOLOGIA

---

<sup>1</sup> MELO, Luís Gonzaga de. **Introdução ao Estudo do Direito Internacional Privado**. 2ª ed. São Paulo: WVC/EDUEP, 2001. v.1. p.145-146.

<sup>2</sup> DAVID, Pierre. **Psicanálise e família**. Santos: Martins Fontes, 1977. p. 23.

<sup>3</sup> Essas transformações, que serão discutidas com maior grau de detalhe posteriormente, foram precipuamente: a mudança na função social da mulher na sociedade, a função do pai e a realocação do lugar da criança como centro da família, gerando uma organização familiar inconformista. DAVID, Pierre. **Psicanálise e família**. Santos: Martins Fontes, 1977p. 23.

A antropologia, preocupada em compreender os bilhões de anos que contabilizam a história da humanidade e do planeta, descobre no estudo das civilizações a importância que os costumes, hábitos e o conjunto de tradições têm na elaboração da vida do homem como sujeito, até à formação de um grupo humano como sociedade particular, individualizada

A antropologia como ciência é ampla, estudando e analisando o ser humano e a humanidade em sua totalidade, tal como sua relação simbiótica. No entanto, o estudo da cultura tomou especial destaque, encadeando uma linha de estudos aprofundada sobre ela nos últimos cem anos. Essa ligação deu origem ao lugar da antropologia cultural como uma de suas quatro áreas básicas de pesquisa, junto à antropologia biológica; a arqueológica e a linguística.

O homem, derivado do *homo sapiens*, ou seja, de um padrão igual, consegue desenvolver traços que ora são padrões comportamentais impressionantemente semelhantes, ora são unicamente distintos. Então, surge a cultura como um dos pontos centrais do estudo da antropologia, que até o presente momento, dada a complexidade do tema, não conseguiu explicar uniformemente como podem acontecer simultaneamente a conciliação da unidade biológica da raça humana e a grande diversidade cultural desta espécie. É nesse campo de pesquisa que se insere a busca da antropologia pela organização social e familiar.

O estudo do parentesco, da genealogia e da família tem sido dos grandes objetos da Antropologia, desde a sua construção como ciência. Durante muito tempo foi considerada a sua “galinha dos ovos de ouro”, dado a gama de cientificidade que promoveu à essa ciência, acompanhada de gráficos, diagramas, teorias e abreviações<sup>4</sup>.

As organizações familiares e o parentesco foram o grande foco de estudo dos primeiros antropólogos nos séculos XVIII e XIX. Nas sociedades inicialmente investigadas, aquelas de origens remotas e primitivas, a família ocupava um espaço central e determinante dos outros aspectos sociais, como economia, religião e política. A organização do parentesco familiar era uma representação análoga e estritamente ligada à organização social. Para se entender o aparelhamento da vida política, religiosa e econômica de uma sociedade remota africana, por exemplo, era essencial possuir um conhecimento aprofundado da respectiva organização familiar e matrimonial<sup>5 6</sup>.

<sup>4</sup> SANTOS, Armindo dos. **Antropologia do Parentesco e da Família: Teorias e Investigação**. Instituto Piaget: Lisboa, 2006. p. 21.

<sup>5</sup> SANTOS, Armindo dos. **Antropologia do Parentesco e da Família: Teorias e Investigação**. Instituto Piaget: Lisboa, 2006. p. 21-22.

<sup>6</sup> O autor cita que em estudos conduzidos na Europa demonstram que tanto nas sociedades orientais como ocidentais o peso do parentesco era igualmente importante. A ideia de que o parentesco só teria importância nas “sociedades *selvagens*”, era falso, baseado em pesquisas realizadas em uma aldeia da Beira-Baixa, em 1980. Esse estudo nas sociedades ocidentais seria atualmente até mais importante, pois não receberam, primitivamente, o destaque devido, já que se considerava, historicamente, que as sociedades (no pensamento da época) mais

Até o século XIX, várias teorias sobre as atividades sexuais dos primeiros humanos surgiram, especialmente aquelas que relatavam notória promiscuidade. No livro “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, de Friedrich Engels, a partir de estudos de Lewis Henry Morgan, ele reescreve a origem da família e suas mudanças seculares que geraram as trocas comerciais, o próprio comércio e a propriedade privada<sup>7</sup>.

Para melhor compreensão da questão relativa à família contemporânea e os distintos modelos de família facilmente encontrados também no campo do Direito Internacional de Família, bem como no afã de compatibilizar arranjos distintos (seja do ponto de vista histórico, cultural ou social), faz-se necessário retomar, ainda que brevemente, a alguns conceitos da formação da família apontados por Friedrich Engels na obra clássica mencionada.

Cumprе enfatizar, antes, que o texto de Engels está impregnado pelo conjunto teórico do materialismo histórico, linha de análise da qual o autor é considerado um dos desenvolvedores, além de ser um dos seus expoentes. A visão de Engels, portanto, é categorizada pela perspectiva da divisão do trabalho por classes e da exploração do homem pelo próprio homem. A evolução da organização de família, analisada sob a ótica da passagem da barbárie até a civilização, pode servir como mecanismo de compreensão das diferenças multiculturais da sociedade contemporânea, com enfoque nas distinções próprias de cada grupo de família.

O autor explica o desenvolvimento da família a partir dos estágios anteriores da civilização humana. No período pré-histórico, que se divide nas épocas do estado selvagem, da barbárie e de civilização, houve um grande desenvolvimento dos meios de produção para a subsistência e domínio do homem sobre a terra. Nesses períodos o aperfeiçoamento familiar ocorreu paralelamente, mas não com características precisas que delimitassem suas singularidades<sup>8</sup>.

Nos períodos selvagem e da barbárie, ocorrem os estágios iniciais da organização humana como civilização, em que cada grupo de sociedade possuía denominações específicas para as diferentes formas de parentesco, muitas vezes organizadas de maneira similar e que se repetiam até em outros lugares mais longínquos.

---

desenvolvidas (segundo o ideal etnocêntrico), não necessitavam desse aprofundamento para sua compreensão. SANTOS, Armindo dos. **Antropologia do Parentesco e da Família: Teorias e Investigação**. Instituto Piaget: Lisboa, 2006.p. 22-23.

<sup>7</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: LaFonte, 2017. p. 9-10.

<sup>8</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: LaFonte, 2017. p. 29.

Essa formação de parentesco, independentemente de como constituída, possuía importância decisiva para a ordem social dos povos<sup>9</sup>, independentemente da forma de família<sup>10</sup> que foi concebida - poligâmica (ou poliginia, em que um homem forma relações familiares com mais de uma mulher), poliandrica (uma mulher forma relações familiares com mais de um homem) ou monogâmica<sup>11</sup>.

Houve por um tempo um relativo consenso antropológico de que a liberdade familiar nessa época era praticamente irrestrita, em que ninguém “pertencia” a ninguém, ao mesmo tempo em que todos “pertenciam” a todos, sucedendo, inclusive, aos casamentos grupais, em que a barreira do ciúme era inexistente. Nos casamentos grupais grupos inteiros de homens e mulheres mutuamente se possuíam<sup>12</sup>. Nessa época, coexistiam relações sexuais sem restrições, em que não havia os limites proibitivos morais atuais, como por exemplo o incesto<sup>13</sup>.

A ideia era a de que se vivia em sistema de promiscuidade absoluta, em poliandria e poliginia eram igualmente indefinitas<sup>14</sup>. Pontes de Miranda<sup>15</sup> relata que a poligamia é um regime anterior à monogamia, enquanto a poliandria seria uma forma de família que apareceu após essa última. Posto isso, argumenta-se que as formações familiares não tinham um padrão,

<sup>9</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: LaFonte, 2017. p. 48.

<sup>10</sup> Esse critério pelo qual se estabelecem relações entre os cônjuges e desses entre os filhos chama-se de forma de família. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial: Tomo VII. Direito de Personalidade. Direito de Família**. Atualização por NERY, Rosa Maria de Andrade. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT, 2012. p. 246.

<sup>11</sup> Modelos de união conjugal, as quais classificam as famílias conforme a aproximação sexual do par andrógino. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial: Tomo VII. Direito de Personalidade. Direito de Família**. Atualização por NERY, Rosa Maria de Andrade. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT, 2012. p. 246.

<sup>12</sup> Engels conclui que o “estudo da história primitiva revela-nos, em contrapartida, situações em que os homens praticam a poligamia ao mesmo tempo em que suas mulheres praticam a poliandria e, portanto, os filhos de uns e outros tinham de ser considerados comuns. Essas situações, por sua parte, ao passarem por uma série de transformações convergem finalmente para a monogamia. Essas transformações são compreendidas dentro de um processo paulatino: o círculo da união conjugal comum, que era muito amplo em sua origem, estreita-se pouco a pouco até que, finalmente, compreende apenas o casal isolado que hoje predomina”. ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: LaFonte, 2017. p.48.

<sup>13</sup> Engels cita em seu livro as pesquisas de Hubert Bancroft sobre as relações incestuosas dos kaviats no estreito de Behring, no Alasca e dos tinnerhs na América do Norte, além das pesquisas e relatos de Letourneau sobre a presença do incesto nos índios chippewas, cucus no Chile, no Caribe e os Karens na Indochina. Em documentos dos gregos e romanos haveria também histórias a respeito desse costume nos citas, persas e partos. O incesto estaria dentro das regras e convenções humanas inventadas e que, antes disso, não eram mais ou menos repugnantes do que qualquer outro ato sexual. Não haveria promiscuidade no incesto, isto posto não haver relações proibidas pela moral nessa fase. ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: LaFonte, 2017. p.53.

<sup>14</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial: Tomo VII. Direito de Personalidade. Direito de Família**. Atualização por NERY, Rosa Maria de Andrade. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT, 2012. p. 246.

<sup>15</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial: Tomo VII. Direito de Personalidade. Direito de Família**. Atualização por NERY, Rosa Maria de Andrade. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT, 2012. p. 246.

nem a obrigatoriedade de modelo único a ser seguido, já que não haveria regras morais socialmente impostas. No período primitivo, coexistiriam várias formas de regimes familiares não só na sociedade, mas dentro de um mesmo núcleo familiar.

Contudo, essa não é uma doutrina comum aos antropólogos. Três correntes principais se formaram sobre a origem da família nessa época: a da monogamia originária; a da promiscuidade primitiva; e, por fim, a das uniões transitórias. Esse viés foi se estreitando, até chegar à monogamia dos períodos mais clássicos, contemporâneos e modernos, enquanto na fase pós-moderna atual, presencia-se a tendência de alargamento desses laços sociais em novos modelos familiares.

É com o fim da família “comunista”, primitiva, organizada em uma propriedade comum, subsistente e autossuficiente, que através dos séculos teve suas dinâmicas alteradas, criando-se necessidades fora do grupo familiar. Essas necessidades, tanto sociais como de agricultura em maior escala, deram origem a contatos com “estrangeiros”, comércio, expansões e guerras.

A família, entendida como um grupo humano mais ou menos uniforme, estaria, segundo Engels, baseada no domínio da vontade do homem sobre a mulher, haja vista a necessidade de estruturar a união do casal na paternidade indiscutível. A certeza sobre a origem dos filhos justificaria a condição de herdeiros destes e, portanto, a transferência patrimonial associada à também nascente noção de propriedade privada. Por essa razão, um visível fortalecimento dos laços conjugais foi sendo estabelecido naquele momento histórico, e a monogamia desponta como elemento de junção necessária para o atingimento dessa “segurança”.

Entretanto, é preciso reforçar que, para o próprio Engels, a relação monogâmica demonstraria a carência de igualdade entre homens e mulheres, vez que o rigor monogâmico só exigia relações exclusivas para as mulheres. No patriarcado, o homem sempre poderia satisfazer sua libido com outras mulheres, manter casos adúlteros e concubinas, enquanto para a mulher cabia os cuidados com os filhos e a administração do lar. Segundo o autor alemão, tal estado de coisas demonstraria cabalmente a aplicação do materialismo histórico, senão vejamos:

A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos [...] O primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre homem e mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que durante nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada [...].<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup>ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Escala, 2017, p. 82.

A castidade, o tabu da virgindade feminina, a fidelidade matrimonial seriam exemplos da representação de uma forma de escravização de um sexo pelo outro. O grande feito de Engels parece ser, portanto, a conexão entre a organização da família em relações monogâmicas e o acúmulo de patrimônio, representado na propriedade privada. E estes elementos, reunidos, dão ensejo à organização política do estado, constituído pelas mesmas premissas de distinção de classes e da exploração humana. A organização da família, em tal formatação, não estaria justificada por lações de amor ou de afeto entre os envolvidos, mas unicamente pela premissa da segurança patrimonial.

Ao tratar dos impedimentos matrimoniais, ilustrativamente, Engels demonstra, de forma minuciosa, que na origem da raça humana, essa não era uma preocupação inata à sociedade. E, por conseguinte, a monogamia resulta em consequências também danosas, mas inevitáveis, como o adultério e a prostituição.<sup>17</sup> Segundo ele, somente seria possível conceber um casamento propriamente dito, pleno de liberdade e de vinculação afetiva, quando fossem afastadas todas as premissas econômicas relacionadas ao ato. Ou seja, o casamento no sistema capitalista seria uma reprodução permanente das desigualdades da própria sociedade.<sup>18</sup>

O desenvolvimento do Estado, a organização das cidades e a estruturação das sociedades clássicas, segundo Engels, fundaram-se, dentre outras coisas, na família monogâmica, na sua funcionalidade patrimonial e nos desdobramentos de acumulação e manutenção do patrimônio no seio das famílias, como os direitos reais e os direitos sucessórios.

---

<sup>17</sup> “Em alguma medida, o adultério masculino, no Ocidente, sempre foi tolerado, ao tempo em que o feminino, severamente reprimido, pois poderia provocar a chamada *turbatio sanguinis*. A moldura jurídica reconsagra a regra escrita secularmente na cultura patriarcal. Ao marido, com exclusividade, e dentro do lapso temporal limitadíssimo cabia o direito de impugnar a paternidade resultante da presunção *pater is est*. Na perspectiva de Engels, a razão subliminar, mas verdadeira e profunda da monogamia reside na dominação do homem sobre a mulher. Trata-se de mecanismo que possa assegurar-se de que a prole que da sua mulher descende é, efetivamente, também sua, e tem, portanto, a legitimidade para sucedê-lo na titularidade de seu patrimônio.” SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia**. Curitiba Juruá, 2013, p. 45

<sup>18</sup> “Além do heterismo e da prostituição, outro desdobramento da monogamia é o adultério, demonstração de que o progresso manifestado nessa sucessão de matrimônios, cuja expressão máxima é a monogamia, consiste no fato de que se foi tirando, cada vez mais, das mulheres, a liberdade sexual do matrimônio por grupos. Se a monogamia nasceu da concentração de riquezas nas mesmas mãos, as do homem, e do desejo de transmitir essas riquezas por herança, aos filhos desse homem, simbolizando, na relação conjugal, a propriedade privada, quando os meios de produção passarem a ser propriedade comum, a família individual deixará de ser a unidade econômica da sociedade e, conseqüentemente, o fim da propriedade privada coincidirá com a libertação sexual da mulher. Deste modo, para Engels, “o matrimônio, pois, só se realizará com toda a liberdade quando, suprimidas a produção capitalista e as condições de propriedade criadas por ela, forem removidas todas as considerações econômicas acessórias que ainda exercem uma influência tão poderosa na escolha dos esposos. Então, o matrimônio já não terá outra causa determinante que não a inclinação recíproca” MARCASSA, Luciana. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado – Friedrich Engels**. Disponível em: <https://revista.pgskroton.com/index.php/educ/article/view/2178>. Acesso em 26 de junho de 2021.

A consolidação da cultura patriarcal permitiu, então, a subjugação definitiva da mulher, na sua flagrante condição feminina de inferioridade, até hoje extremamente combatida, mas ainda presente. O estabelecimento da monogamia e da família patriarcal constituiu o ambiente exato para a exploração feminina, que na obra de Engels está personificada também na ótica do materialismo histórico.<sup>19</sup>

Como lembra Marcos Alves da Silva, apesar de certo determinismo econômico da análise de Engels, não se pode negar a pertinência e acerto de suas reflexões, especialmente quando se toma em consideração e consagração da regra *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*. A lógica do princípio não seria tanto manter a honra e a ordem social, como aparentemente seria possível inferir, mas sim, a assegurar a transmissão patrimonial aos descendentes do chefe da família.<sup>20</sup> Apesar da correção (ou equívoco) do raciocínio de Friedrich Engels, parece pertinente reconhecer que a era das codificações, iniciada pelo Código de Napoleão, ocupou-se de legislar no sentido de garantir a propriedade privada como marco de referência, tendo o casamento e o contrato como os outros dois pilares a comporem o tripé do Estado Liberal.

A rigidez das primeiras codificações, que no Brasil teve sua versão em 1916 com o ‘Código Beviláqua’, refletiu no instituto jurídico do casamento todo um enorme conjunto normativo patrimonializante, como o estabelecimento detalhado de regimes de bens, regras econômicas entre os cônjuges e de preservação e administração do patrimônio comum. Somente após a virada constitucional de 1988, da emergência da principiologia fundada em direitos fundamentais e (na experiência pátria), da égide da abordagem metodológica do Direito Civil Constitucional, que tais conceitos começaram a ser revistos, sobretudo por meio da despatrimonialização e da repersonalização do Direito de Família.

Refletir sobre a família antiga importa na herança de conceitos, estruturas e vínculos jurídicos históricos que formaram o alicerce da evolução normativa sobre a matéria. O passado está arraigado na nossa realidade, não conseguimos nos afastar dele definitivamente. As

---

<sup>19</sup> “A derrocada do direito materno foi a derrocada do sexo feminino na história universal. O homem tomou posse também da direção da casa, ao passo que a mulher foi degradada, convertida em servidora, em escrava do prazer do homem e em mero instrumento de reprodução. Esse rebaixamento da condição da mulher, tal como aparece abertamente sobretudo entre os gregos dos tempos heroicos e mais ainda dos tempos clássicos, tem sido gradualmente retocado, dissimulado e, em alguns lugares, até revestido de formas mais suaves, mas de modo algum eliminado. O primeiro efeito do domínio exclusivo dos homens, desde o momento em que foi instituído, pode ser observado na forma intermediária da família patriarcal, que então surgia.”

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Escala, 2017, p. 56.

<sup>20</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia**. Curitiba Juruá, 2013, p. 44.

sociedades da Grécia e de Roma consolidaram o próximo vínculo antigo entre as ideais de um povo e seu estado social. A sua história, tradições e crenças moldaram as tradições sobre família e as regras que constituíam, na origem, os remotos fundamentos de Direito de Família.<sup>21</sup>

Poucos trabalhos sobre a estrutura da família antiga foram tão robustos e consistentes quanto o livro “A cidade antiga”, do professor e historiador francês Numa Denis Fustel de Coulanges. Estudo denso e elaborado sobre metodologia historiográfica em vigor na Europa na segunda metade do século XIX, portanto bem distinto dos rigores acadêmicos contemporâneos. De todo modo, o esforço de Fustel de Coulanges permanece como leitura obrigatória e seminal para a compreensão da matéria.

A família antiga se baseava em credos sobre manutenção dos vínculos através da cultura religiosa. A família se concentrava no que se chamava de “culto doméstico”. A tradição e transmissão desse culto se caracterizava como transmissão da estrutura e conexão das pessoas em vinculação de parentesco. O “fogo sagrado”, existente tanto na velha família grega, quanto na romana, estava localizado dentro do espaço doméstico da casa e servia como uma espécie de altar, constantemente aceso, com cinzas e brasas que não podia nunca se apagar<sup>22</sup>.

Esse “fogo sagrado” simbolizava a continuidade do clã, sua identidade social, uma espécie de afirmação pública da continuidade de um eixo familiar autônomo, fortemente vinculado às tradições e lembranças dos antepassados já falecidos<sup>23</sup>. A religião era a própria família. Cada família, portanto, tinha seu culto individual e autônomo, representando a existência forte de uma família. Esse fogo era algo divino: pedia-se sua proteção, rezavam em sua intenção, solicitavam a obtenção de favores especiais e de desejos humanos, de saúde, riqueza e felicidade.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup>“A história da Grécia e de Roma é um testemunho e um exemplo da estreita relação que sempre há entre as ideias da inteligência humana e o estado social de um povo. (...) Mas que esperança há de se chegar ao conhecimento desse passado distante? Quem nos dirá o que pensavam os homens, dez ou quinze séculos antes da nossa era? (...) Felizmente o passado jamais morre completamente para o homem. O homem pode muito bem o esquecer, mas continua trazendo-o consigo. Pois, tal como é em cada época, ele é produto e o resumo de todas as épocas anteriores. Se descer ao fundo da alma, pode reencontrar e distinguir essas diferentes épocas pela qual cada uma delas nos deixou”. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 18.

<sup>22</sup>“A casa de um grego ou de um romano continha um altar; sobre esse altar devia haver sempre um pouco de cinzas e brasas acesas. Era uma obrigação sagrada para o senhor de cada casa conservar o fogo aceso dia e noite. Ai da casa na qual ele viesse a se apagar. (...) O fogo só cessava de brilhar no altar quando a família inteira se houvesse extinguido; lareira extinta, família extinta, eram expressões sinônimas entre os antigos.” COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 18.

<sup>23</sup> Para os povos da antiguidade clássica, os antepassados não se desvinculavam dos vivos. Ao contrário, estavam presentes para lhes dar proteção, saúde e sabedoria. Era comum derramar leite, vinho e cavar buracos na terra para depositar alimentos para os mortos, sob a crença de que, agradados, os falecidos realizariam intervenções mais diretas na vida das pessoas daquela família.

<sup>24</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 37.

Dentre todas as instituições da família antiga, a primeira delas foi, provavelmente, o casamento. O matrimônio tinha viés de essencialidade para a organização social grega e romana. Desde a primeira infância, as meninas estão ligadas visceralmente ao casamento. Primeiro porque cultuam a lareira e o fogo sagrado do seu pai, como representação de devoção ao culto doméstico. Em segundo lugar, para que ficasse estabelecido que não se toleraria o culto a dois fogos sagrados simultaneamente. Por isso mesmo, ao casar-se, a mulher deixava a residência paterna (e, portanto, o seu culto religioso familiar) para passar a cultuar a lareira e o fogo sagrado do seu esposo<sup>25</sup>.

Essa imagem possibilita compreender a seriedade e a importância da união conjugal para aqueles povos, bem como o nível de intersecção religiosa no âmbito matrimonial. A cerimônia religiosa, inclusive, era permeada de muita simbologia. Primeiro o genitor, ao lado da família, oferece um sacrifício. Em seguida, profere palavras em forma sacramental, pronunciando expressões que significam a entrega da filha para o noivo. Posteriormente a moça é transportada para a casa do marido, através da simulação de um rapto, uma cena quase teatral.

A seguir, a moça aproxima-se da lareira e do fogo sagrado da família do marido, a quem é apresentada, para ratificar a entrega, e os noivos comem um pão especificamente preparado para a cerimônia nupcial. A singularidade e a robustez do casamento na família antiga era tanto que o matrimônio era tido como indissolúvel, e o divórcio, raríssimo. Somente permitido através de nova cerimônia religiosa. Normalmente o divórcio era autorizado para hipóteses de infertilidade, tomando por base a obrigatoriedade matrimonial para fins de perpetuação da família e de sua religião.

Identicamente ao divórcio, o celibato e a esterilidade representavam falta grave, na medida em que se caracterizavam por descontinuidade da hierarquia e da estrutura familiar, afinal, sem descendentes, não haveria culto familiar em sua homenagem após a morte. Identicamente, encerraria o culto aos antepassados, haja vista que não haveria quem o recordasse ou lhe continuasse a lembrança, a memória e a adoração. O esquecimento seria a consequência mais grave dessas circunstâncias.

---

<sup>25</sup> “Trata-se de abandonar o lar paterno para passar a invocar o lar do marido. Trata-se de mudar de religião, de praticar outros ritos e de pronunciar outras preces. Trata-se de deixar o deus da sua infância para se colocar sob o jugo de um deus que ela não conhece. Que não espere permanecer fiel a um ao honrar o outro; pois nessa religião é o princípio imutável que a mesma pessoa não pode invocar dois lares nem duas séries de antepassados. ‘A partir de um casamento’, diz um antigo, ‘a mulher nada mais tem em comum com a religião doméstica dos pais; ela sacrifica à lareira do marido’”. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 54.

Quando se tratava de infertilidade feminina, havia a possibilidade de rompimento do casamento. Não se levava em consideração questões afetivas ou mesmo as tradições da força do instituto do matrimônio. Como a família não poderia chegar ao seu fim, a perpetuação era vista como norma, devendo, então, ser perseguida. Por igual razão, o nascimento de filhos era tido como etapa cumprida do casamento. O nascimento de filhas, por seu lado, não satisfazia as intenções de perpetuação da família, posto que ela não poderia dar continuidade ao culto doméstico e seria transferida para a religião do esposo após quando contraísse matrimônio<sup>26</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, a família antiga fundamentou a noção de adoção, como um recuso final para os casos de esterilidade, impotência ou falecimento do varão, a fim de superar a temida desgraça de encerramento da família por falta de descendentes. Essa era sua única razão de ser. Não havia impulsos altruísticos por sobre a criança, ou mesmo exacerbações afetivas que justificassem o ato, mas sim, o medo e receio da impossibilidade de se perpetuar o culto familiar. Para tanto, o adotando, seguindo a ordem lógica do casamento, era desconectado do culto da sua família anterior, e ligado à sua família adotiva de forma definitiva.

Da mesma forma, e em sentido contrário à adoção, a emancipação caracterizava-se pelo afastamento definitivo do agrupamento familiar de determinado filho. Era necessário sair do culto doméstico e renunciar ao culto antigo, a fim de ser liberado. Como se percebe, casamento, divórcio, adoção e emancipação conectavam-se em arraigada cultura religiosa. Família e religião estavam no mesmo tipo de vinculação social e jurídica.

O parentesco estava constituído em idêntica perspectiva de ratificação do culto doméstico a família se consolidava quando as pessoas estavam vinculadas a um mesmo culto doméstico. As noções modernas de parentesco decorrente de laços de sangue ou mesmo por estabelecimento de afeto entre os envolvidos não serviam à família antiga.<sup>27</sup> Oferecer o banquete aos antepassados e manter a tradição dos ritos domésticos vinculava as pessoas em graus de parentesco que, por ironia, passaram à posteridade contemplados, tempos depois, pela noção de vinculação por sangue.

O patrimônio entrava, também, nessa perspectiva. Observe-se que não havia, naquele então, a noção de propriedade privada como a conhecemos. A propriedade privada encontrava-

---

<sup>26</sup>“O nascimento da filha não cumpria o objetivo do casamento. Com efeito, a filha não poderia continuar o culto, pelo fato de que, no dia em que casasse, renunciaria à família e ao culto do pai, e pertenceria à família e à religião do marido. A família não tinha continuidade, assim como o culto, senão pelos varões. (...) O esperado, o necessário era, portanto, o filho. Era ele que a família, os antepassados, o lar exigiam”. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 64.

<sup>27</sup>“Era, com efeito, a religião doméstica que constituía o parentesco. Dois homens podiam dizer-se parentes quando tivessem os mesmos deuses, o mesmo lar, a mesma refeição fúnebre. (...) O princípio não era o nascimento, era o culto. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 68.

se profundamente vinculada a própria noção de família, pois estava atrelada ao seu culto. A família fixa-se no ambiente do lar, constitui ali seu domicílio. Família e propriedade se entrelaçam, se complementam e se justificam reciprocamente<sup>28</sup>.

A propriedade da casa não é de seus membros individualmente, mas da própria família, e o direito que lhe assegura é a transmissão que a religiosidade autoriza e garante, de geração em geração. Por tal razão, a venda da terra era impossível. A lei garantia a inalienabilidade e não se conhecia a expropriação por utilidade pública. Nem mesmo a dívida garantia a expropriação. O homem poderia pagar a dívida com seu próprio corpo, mas a sua terra era inseparável da família, pois ali estava a centralidade do seu culto doméstico, em torno do qual gravitava toda a compreensão de vida e sociedade daquela época.

É importante ainda trazer as distinções que as cidades de Grécia e Roma faziam em relação aos estrangeiros, sobretudo no que diz respeito à religião, que ao excluí-lo de participação conservava a santidade e pureza das cerimônias. Essa exclusão religiosa levava a outras conseqüentes supressões de direitos, não podendo ser proprietário ou constituir matrimônio, nem contratar cidadãos, exercer comércio. Ainda em relação ao Direito de Família, não poderia herdar ou ali deixar herança e os filhos de uma estrangeira com um cidadão eram considerados bastardos. Posteriormente, foi criado um Tribunal excepcional para os estrangeiros<sup>29</sup>.

## 2.2 AS RELAÇÕES FAMILIARES PELA SOCIOLOGIA

A Sociologia, ciência que estuda as relações humanas em sociedade, analisa as particularidades dos diversos ambientes de coletividade da humanidade, em diferentes âmbitos. A família recebe um especial destaque por ser o ambiente em que o ser humano primeiro se socializa e encontra-se inserido desde o nascimento. O estudo aprofundado sobre a família na Sociologia tem crescido das últimas décadas do século passado até a atualidade, especialmente pelas transformações que ela tem passado neste período chamado pós-modernidade.

---

<sup>28</sup> Fustel de Coulanges assim define a intrínseca relação entre família, religião e propriedade: “E a família, que por dever e por religião permanece sempre reunida ao redor do seu altar, fixa-se ao solo como altar. A ideia de domicílio ocorre naturalmente. A família é vinculada à lareira, e a lareira ao solo; estabelece-se uma relação estreita, pois, entre o solo e a família. Ali deve ser a sua morada permanente, que ela não pensaria em deixar, a menos que uma necessidade imprevista a obrigue a tanto. Como lareira, ela ocupará sempre aquele lugar. Aquele lugar lhe pertence; ela é sua propriedade, não de um homem apenas, mas de uma família, cujos diversos membros devem vir, um após o outro, nascer e morrer ali”. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 74.

<sup>29</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 240-242.

Pierre Bourdieu chama a família da primeira fonte de aquisição do capital cultural, sendo, ela a principal instituição social encarregada da sua transmissão entre gerações<sup>30</sup>. Esse papel da família na disseminação do capital cultural termina por, aos poucos, ser passado à escola e ao Estado, à medida que também os delega papéis educacionais.

A Sociologia da Família estuda essas relações familiares e o seu papel em cada estágio evolutivo do indivíduo, além das modificações do ambiente familiar em determinados períodos de tempo, em uma abordagem estrutural-funcionalista, em que a família se assemelha mais a um subsistema social (em que cada indivíduo desempenha e possui um papel próprio), do que uma micro representação da sociedade, desvinculando um pouco da ideia universal de que a sociedade é um reflexo geral das unidades familiares.

Um dos primeiros sociólogos a estudar os impactos sociais da família foi o árabe Ibn Khaldun, em 1377, em suas pesquisas sobre as sociedades mais primitivas de sua região, originando ali o termo *asabiyyah*, designado para determinar os laços familiares encontrados nos clãs e tribos nômades, que, posteriormente, passou a ter sentido de comunidade, coesão social ou solidariedade<sup>31</sup>.

No século XIX, a sociologia da família começa a ganhar mais destaque com Durkheim, que considerava a família como uma das principais instituições sociais. Foi o primeiro sociólogo a dedicar um pouco de atenção à Sociologia da Família e destacar-se no assunto, especialmente no que diz respeito à família conjugal. Essa seria o resultado da contração da família paternal (formada principalmente pelo pai, a mãe e todas as gerações saídas deles, salvo as filhas e seus descendentes).

Ressalte-se que era a forma familiar mais comum de sua época, a era da revolução industrial. A família conjugal, por sua vez, em um viés mais nuclear, compreende o marido, a esposa, os filhos menores e celibatários, na qual estes últimos eventualmente sairão dessa família conjugal e formarão a sua própria. A principal diferença para Durkheim da família conjugal para as outras anteriores era a cessação da dependência perpétua para com o pai, chefe da família, e do fato de cada membro daquela ordem ter a sua importância, seu eu e sua contribuição, tanto social, quanto na ordem interna familiar<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Capital cultural é uma expressão utilizada e criada por Bourdieu para fomentar a análise de situações de classe na sociedade, servindo para caracterizar subculturas de classe ou de setores de classe. Ou seja, é a capacidade de cada pessoa se inserir culturalmente, de acordo com a sua classe social. BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma Teoria da Prática. Ortiz, Renato (org.). **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

<sup>31</sup> THORPE, Christopher; YUILL, Chris; HOBBS, Mitchell et al. **O livro da sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Globo livros, 2016. p. 20.

<sup>32</sup> MAIOR, Heraldo Pessoa S. Durkheim e a família: Da “Introdução à Sociologia da Família” à “Família Conjugal”. **Revista Antropológicas**, [S.l.], v. 16, n. 1, set. 2011. ISSN 2525-5223. Disponível em:

Já se encontra, em Durkheim, indícios da teoria atual sobre a função social da família, que compreende a facilitação da instituição em promover a realização pessoal de cada membro. É notório marcar que, para o sociólogo, existe uma distinção entre ser social e ser individual. O ser humano não nasce social. Esse desenvolvimento como tal surge a partir das influências externas que o seu ser individual recebe ao longo da vida, especialmente por meio da educação familiar e escolar<sup>33</sup>. Seus principais textos sobre o tema se resumem a dois artigos, que são “Introduction à la sociologie de la famille” e “La famille conjugale”<sup>34</sup>.

Sobre o Direito e a família, Durkheim tinha uma posição interessante, em que

o direito e os costumes “exprimem apenas as mudanças sociais já fixas e consolidadas”; não nos dizem sobre os fenômenos que “ainda não chegaram ou não devem chegar a esse grau de cristalização, isto é, que não determinam modificações de estrutura”. Existem fenômenos fluidos que são muito importantes. O direito pode não exprimir o estado real da sociedade. “Há então certos fenômenos a que estamos sujeitos a não perceber senão depois de muito tempo que são produzidos, ou mesmo deixá-los despercebidos”<sup>35</sup>.

O que o sociólogo afirma é que as transformações familiares demoram um pouco para serem solidificadas pelo Direito. Elas só passam para o mundo jurídico quando estão penetradas de maneira cristalina e visível. Quanto à própria sociologia da família, Durkheim segue aconselhar a seguir uma metodologia imparcial e que evite julgamentos e classificações sobre as formas familiares encontradas na sociedade, sejam no presente ou no passado, em “melhores e mais evoluídas” ou “piores”. Não há progresso ou regresso nesse sentido. Isso porque os seres humanos não estão acima de uns dos outros e essas famílias são apenas o reflexo de conjunturas diversas, em que “não é mais nem menos perfeita que a de antigamente: ela é outra porque as circunstâncias são diferentes<sup>36</sup>”. Cada uma possui sua complexidade temporal.

---

<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaanthropologicas/article/view/23622/19277>. Acesso em: 3 de junho de 2019. p. 9.

<sup>33</sup> ESTÁCIO, Mércia Maria De Santi. A visão de Durkheim sobre a escola e a família na transformação da criança em um ser social. In: **Anais do XXVII Congresso de la Asociación Latinoamericana de Sociología**. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Asociación Latinoamericana de Sociología, 2009. Disponível: <https://www.aacademica.org/000-062/1771>. Acesso em 19 maio de 2020.

<sup>34</sup> MAIOR, Heraldo Pessoa S. Durkheim e a família: Da “Introdução à Sociologia da Família” à “Família Pessoa S. Durkheim e a família: Da “Introdução à Sociologia da Família” à “Família Conjugal”. **Revista Antropológicas**, [S.l.], v. 16, n. 1, set. 2011. ISSN 2525-5223. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaanthropologicas/article/view/23622/19277>. Acesso em: 3 de junho de 2019. p. 9.

<sup>35</sup> DURKHEIM apud MAIOR, Heraldo Conjugal. **Revista Antropológicas**, [S.l.], v. 16, n. 1, set. 2011. ISSN 2525-5223. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaanthropologicas/article/view/23622/19277>. Acesso em: 3 de junho de 2019. p. 10.

<sup>36</sup> MAIOR, Heraldo Conjugal. **Revista Antropológicas**, [S.l.], v. 16, n. 1, set. 2011. ISSN 2525-5223. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaanthropologicas/article/view/23622/19277>. Acesso em: 3 de junho de 2019. p. 17-19.

Feitas as considerações sobre Durkheim, há sociólogos, como Collins, que afirmam a existência de uma teoria sociológica da família em Weber. Teria evidência comparativa, levando em conta os fatores políticos e econômicos que tinham influência na instituição àquela época, relembrando a história global. A sua teoria estudaria ainda a estratificação social entre homens e mulheres e suas posições na sociedade, ou seja, de maneira completamente contemporânea, mas que não teve abrangência significativa<sup>37</sup>.

Contudo, em suas publicações, apesar de não ter escrito ou formado uma teoria própria da família, Weber fez algumas observações, mormente no que diz respeito à educação familiar reforçar e contribuir para a perpetuação de formas de trabalhos que retardariam o desenvolvimento capitalista racionalizado. As suas referências à família estavam quase sempre ligadas à propagação e reforço da ética religiosa<sup>38</sup>.

Nos meados da Segunda guerra mundial, Amitai Etzioni, sociólogo alemão, formou sua teoria do espírito das comunidades, as quais são formadas por redes de relações sociais que engloba valores compartilhados em escalas micro, formada por famílias e escolas, por exemplo, até escalas macro, formadas por nações, religiões e ideologias. Portanto, os pais, ao terem filhos, possuem uma dupla responsabilidade nas consequências da criação ofertada, sendo uma intrafamiliar e a outra na própria comunidade. A procriação seria, assim, um ato comunitarista em que sociedade e Estado devem participar solidariamente<sup>39</sup>.

Entre a Revolução Industrial e as duas grandes guerras mundiais, a sociologia embarca no estudo das classes sociais e sua manutenção/revolução de acordo com os regimes econômicos que as nações estavam envolvidas. Como efeito, o conceito de patriarcado passa a ser estudado à medida em que a urbanização se intensifica e as mulheres entram no mercado de trabalho. As ondas feministas que buscavam direitos básicos das mulheres, como votar, ter propriedade, ter capacidade jurídica, além de trabalhar e estudar, isocronamente no mundo destrinchou, pouco a pouco, o complexo sistema de forças convergentes para a dominação e condensação da masculinidade hegemônica. O patriarcado possuía estruturas e práticas seculares em seis estruturas principais: a família, no trabalho, no Estado, na violência

---

<sup>37</sup> MAIOR, Heraldo Pessoa S. Durkheim e a família: Da “Introdução à Sociologia da Família” à “Família Pessoa S. Durkheim e a família: Da “Introdução à Sociologia da Família” à “Família Conjugal”. **Revista Antropológicas**, [S.l.], v. 16, n. 1, set. 2011. ISSN 2525-5223. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaantropologicas/article/view/23622/19277>. Acesso em: 3 de junho de 2019. p. 16-17.

<sup>38</sup> COUTO, Márcia Thereza. Em busca de uma Teoria da Família na obra de Max Weber. **Ciência e Trópico**. v. 30, n. 2, julho-dezembro. 2002. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/777/508>. Acesso em: 28 de junho de 2021. p. 269-272.

<sup>39</sup> HOBBS, Mitchell; THORPE, Christopher; TODD, Sarah et al. **O livro da Sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Globolivros, 2016. p. 97

doméstica, na cultura e na sexualidade<sup>40</sup>. Os estudos sobre a complexa influência do *patrio poder* na estrutura social perduraria até o final do século XX e suas sequelas ainda são sentidas.

A família, como uma microestrutura que serve de base e reflexo social, não passaria ileso à essas mudanças ideológicas e legais. À medida que os direitos das mulheres foram sendo conquistados, a sua estrutura também mudou, só que de maneira mais resistente e devagar. Sylvia Walby afirma que os direitos não foram efetivados completamente porque a família continuou a operar em um “modo de produção patriarcal” por muito tempo, tendo em vista que ela foi o seu berço e origem. Segundo ela, em termos marxistas, as mulheres “do lar”, especialmente da classe média e alta, estavam confinadas à esfera privada e não participavam da classe produtiva diretamente. Os benefícios de seu trabalho não remunerado ficavam adstritos ao mérito masculino. A lógica era simples: ao trabalhar para o capitalismo, as mulheres teriam menos tempo de se trabalhar para os seus maridos<sup>41</sup>.

O conflito trabalhista vem sendo resolvido, aos poucos, pela intervenção estatal na esfera privada e trabalhista a partir da inserção de normas jurídicas de igualdade, inclusive salarial. As leis opressoras da liberdade sexual foram também sendo abolidas e cada vez mais havia a difusão midiática de métodos contraceptivos e uma sexologia voltada ao prazer feminino. Contudo, Walby afirma que a violência doméstica se intensificou como forma de contraposição, em que o homem continua a assumir uma posição de poder e ameaça como forma de controle<sup>42</sup>.

Além da consistência fluída dos relacionamentos atuais, outras questões sobre a formação familiar têm sido estudadas pelos sociólogos. Com o livro “A família em desordem”, Roudinesco se torna um centro referencial em teorias da família na pós-modernidade. Após o surgimento da militância em favor das variadas formas de liberdade sexual, que condenou o ambiente familiar patriarcal como opressora dos deficientes e dos homossexuais, a autora passa a investigar qual a razão que levou esse mesmo grupo a se incluir no ambiente que historicamente os rejeitou, buscando a legalização do casamento homoafetivo, da adoção por

---

<sup>40</sup> HOBBS, Mitchell; THORPE, Christopher; TODD, Sarah et al. **O livro da Sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Globolivos, 2016. p.97.

<sup>41</sup> HOBBS, Mitchell; THORPE, Christopher; TODD, Sarah et al. **O livro da Sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Globolivos, 2016. p.97-99.

<sup>42</sup> Interessante a posição de Bell Hooks ao afirmar que as mulheres negras, por muito tempo, foram cúmplices do patriarcalismo, ao passo que as mulheres negras entenderam muito mais cedo que a igualdade feminina dentro do patriarcado branco era impossível, pois elas sentiram, de maneira mais forte, as suas forças opressivas. As mulheres brancas ainda exploraram duas formas de privilégios do patriarcalismo: classe (padrão) e cor. A socióloga afirma ainda que o feminismo das décadas de 60 e 80 representaram, majoritariamente, os interesses das mulheres brancas. HOBBS, Mitchell; THORPE, Christopher; TODD, Sarah et al. **O livro da Sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Globolivos, 2016. p.92-93.

homossexuais e à procriação assistida, como a gestação de substituição. A busca pela motivação da transformação da tentativa de abolir a família como instituição social, à desistência dessa ideia, chegando-se na inclusão desses grupos à um novo tipo de família, redescoberta e inclusiva, força motriz da citada autora<sup>43</sup>.

A família de perseguidora passou a ser perseguida pela busca inclusiva dos homossexuais, da mulher como ser produtivo e sexual, da vulnerabilidade das crianças e incapazes. Essas transformações, encaradas como disfunções familiares, geraram uma preocupação social sobre a função familiar de célula base da sociedade e a incapacidade da instituição transmitir valores. Não havendo ordem familiar e regras, pouco a pouco toda a sociedade, como reflexo, eclodiria em igual desordem. A ameaça seria não só à autoridade paterna e subjugação de homem à mero acessório social, mas também a qualquer tipo de autoridade social. A contestação do modelo familiar conservador não seria ainda o maior incômodo, mas sim a vontade das minorias sociais de a ela se submeter<sup>44</sup>.

O rigor da estrutura jurídica sobre família e Direito de Família, estabelecida no âmbito codificado das legislações oitocentistas (e nas que se seguiram), compreendia um arranjo familiar estritamente tradicionalista, caracterizado pela força do patriarcado, pela subserviência da mulher ao seu marido, pelo grande número de filhos e por um modelo sacralizado, que não reconhecía o divórcio e estendia efeitos religiosos ao matrimônio.

Tal estrutura familiar foi profundamente modificada ao longo do século passado, principalmente após a segunda metade dos anos 1960. A urbanização das famílias, a participação da mulher no mercado de trabalho, a popularização dos métodos contraceptivos e possibilidade de dissolução do casamento flexibilizaram a forma e a organização da própria família, que foi nuclearizada.

A emergência da teoria da afetividade, justificando a construção de vínculos baseados no amor e no carinho envolvidos, coincidiu, na experiência brasileira, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trazendo a pluralidade familiar como regra e o respeito máximo à dignidade da pessoa humana como referência interpretativa.

A chamada “modernidade líquida”, expressão cunhada pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, consolida a interpretação de uma estrutura de família pouco rígida e distante da noção de “durabilidade” dos vínculos.<sup>45</sup> Tal liquidez se apresenta pela frouxidão nos laços de afeto,

---

<sup>43</sup> ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 7-9.

<sup>44</sup> ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 7-9.

<sup>45</sup> “O sociólogo alemão Zygmunt Bauman cunhou a expressão “modernidade líquida” para retratar o comportamento pouco compreensível, moldável e não rígido da sociedade atual. Dentro dessa perspectiva de análise, o mesmo autor vai mais adiante e trata do “amor líquido”, que muito bem se aplica à característica do

pela substituição de relacionamentos afetivos (em flagrante comparação com uma relação de consumo) e pela possibilidade de se deixar sempre as portas abertas para um permanente recomeço. Segundo a tese de Bauman, a sociedade se afastou da primeira fase da modernidade, que ele nomeou de “modernidade sólida”, e passou a uma etapa chamada de “modernidade líquida”, período estabelecido pelas incertezas e mudanças em todo o contexto global.<sup>46</sup>

Enquanto a modernidade sólida estava fundada na produção industrial de bens duráveis e nas fábricas, a modernidade líquida representa o consumo rápido e excessivo de bens de consumo. A instabilidade das relações econômicas e a diminuição da segurança sobre a vida se espalha, igualmente, para a existência dos casais e das famílias. As antigo “felizes para sempre”, é substituído por “felizes enquanto durar o relacionamento”, e uma união que era anteriormente imaginada para ser bastante duradoura pode ter sua existência reduzida a determinados ciclos da vida dos envolvidos.

A teoria de Bauman é festejada por autores de diversas áreas, tendo aplicação em inúmeras ciências, como Administração, Finanças, Filosofia, Sociologia e Psicologia. Mas foi no Direito, sobretudo no Direito de Família, que a noção de liquidez vem sendo notadamente utilizada. A compreensão de que os relacionamentos afetivos tendem a durar pouco, e a rápida passagem para novos vínculos familiares está diretamente enquadrada nessa perspectiva.<sup>47</sup>

A noção de “amor líquido” vai ao encontro da tese e a complementa, na medida em que são inseridos os laços interpessoais também na lógica da superficialidade, da frouxidão e da incerteza. Amores líquidos se contrapõem a amores permanentes, descartam toda uma antiga lógica de durabilidade e estabilidade do vínculo familiar e propõem a existência de uma família eudemonista.<sup>48</sup>

---

Direito de Família atual, em que as pessoas não se preocupam com a durabilidade dos vínculos. (...) A ideia de que as portas do relacionamento devem estar sempre abertas coaduna-se, de certo modo, com a própria “teoria da afetividade”, que pressupõe a quebra de barreiras e paradigmas ao sucesso individual. A par da premissa de que ninguém deve ficar atado a um relacionamento que não lhe gere felicidade e realização pessoal, surge a premissa de que pode se tornar bastante simples o rompimento de um vínculo e a construção de um próximo, sem que as pessoas precisem ou devam voltar a pensar nas coisas que já foram rejeitadas.” CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A crise do Direito de Família codificado no Brasil**. Porto: Editorial Juruá, 2019. p. 153.

<sup>46</sup> “O uso por Bauman do termo líquido é uma poderosa metáfora da vida contemporânea: ela é móvel, fluida, maleável, amorfa, sem centro de gravidade e difícil de conter e predizer. HOBBS, Mitchell; THORPE, Christopher; TODD, Sarah et al. **O livro da Sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Globolivos, 2016. p. 138.

<sup>47</sup> “No mundo voltado ao consumo, ficar parado é uma impossibilidade. Assim, em comparação com a legislação de Direito de Família, é nítida a perda do valor simbólico das normas que ficaram paradas ao longo do tempo, estampadas em uma crise do Direito de Família codificado. A perda simbólica do Direito de Família codificado, em grande parte, decorre desse fenômeno.” CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A crise do Direito de Família codificado no Brasil**. Porto: Editorial Juruá, 2019, p. 157.

<sup>48</sup> “Eudemonismo é a doutrina que tem como fundamento a felicidade como razão da conduta humana, considerando que todas as condutas são boas e moralmente aceitáveis para se buscar e atingir a felicidade. Assim, família eudemonista é aquela que tem como princípio, meio e fim a felicidade. Essa ideia da busca da felicidade vincula-se diretamente a valores como liberdade e dignidade da pessoa humana, que por sua vez pressupõe o sujeito de direitos como sujeito de desejos, isto é, a felicidade do sujeito de direito está diretamente relacionada

Elisabeth Roudinesco pontua algumas das peculiaridades das famílias constituídas sob a égide do amor líquido, quais sejam: matrimônios dessacralizados, cônjuges que muitas vezes não querem ser pais, casamentos tardios, muitas vezes precedidos de períodos de uniões livres ou de experiências múltiplas de vida comum ou solitária, filhos concebidos fora dos laços matrimoniais, divórcios cada vez mais comuns e estabelecimento progressivo de mulheres em situação de monoparentalidade.<sup>49</sup>

Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim apontam outras características que precisam ser lembradas, e que servem para consolidar o panorama contemporâneo da modernidade líquida. Para esses autores, por exemplo, o individualismo marcante dos nossos tempos representa um retorno à subjetividade, ratificando o perfil de uma geração focada nas próprias necessidades e nos seus desejos acima de tudo. E informam os renomados autores que, paradoxalmente, a diferenciação das situações individuais é, ao mesmo tempo, acompanhada de um alto grau de padronização do comportamento na sociedade<sup>50</sup>.

Decerto, o ambiente virtual e a digitalização da vida, dados tão marcantes do mundo atual, são perfeitamente adaptáveis aos parâmetros da vida líquida, com a velocidade nas comunicações, a instantaneidade, o imediatismo e o encurtamento das distâncias. Os relacionamentos afetivos, por óbvio, também fazem parte desse contexto.

Dentre as várias conclusões possíveis no que tange a aplicação da teoria da liquidez da sociedade moderna para as relações de Direito de Família, talvez a mais marcante seja a impossibilidade de se definir, taxativamente, o que família, ainda mais em face da dificuldade imposta pela ausência de conceitos rígidos. Tal raciocínio se alinha, perfeitamente, com o presente estudo, haja vista a necessidade de compreensão do que é família na atualidade,

---

ao desejo do sujeito. Os valores eudemonistas ganharam força, e reforço, com o declínio do patriarcalismo e com a sociedade do hiperconsumo. E foi assim com o enaltecimento de tais valores, que são ao mesmo tempo causa e consequência, que a família perdeu sua preponderância como instituição, sua forte hierarquia, deixando de ser, principalmente, um núcleo econômico e de reprodução. Se o que interessa na família é a felicidade de seus membros, a sua força como instituição não tem mais a relevância que tinha antes e não prevalece mais a vontade do Estado na determinação de sua formatação jurídica. A família continua, e está mais do que nunca, empenhada em ser feliz. A manutenção da família depende sobretudo, de se buscar, por meio dela, a felicidade. Daí poder-se dizer: casamos para sermos felizes e também nos separamos à procura da felicidade.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990817/>. Acesso em: 08 Maio de 2020. p. 21

<sup>49</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 197.

<sup>50</sup> “Na sociedade individualizada, o indivíduo deve aprender – sob pena de desvantagem permanente - a ver a si mesmo como eixo central das ações, como escritório de planejamento no que diz respeito às possibilidades e obrigações da sua biografia. Nas condições da biografia a ser criada, a sociedade precisa ser compreendida como uma variável que pode ser manejada individualmente. (...) Exige-se um modelo ativo de ação no cotidiano, que tenha o Eu como centro, que lhe adjudique e abra oportunidades de ação e assim lhe permita controlar sensatamente as obrigações de configurar a própria biografia e as possibilidades de decisão em relação a ela.” BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. **O caos totalmente normal do amor**. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 204.

reforçada pela perspectiva internacional, pela variedade de culturas e por incontáveis formas de organização familiar.

### 2.3 A FAMÍLIA NA COGNIÇÃO DO INDIVÍDUO PELA PSICOLOGIA

A família recebeu a devida importância na psicologia e nas suas vertentes de pensamento, como a psicanálise, seja ela essencialmente ligada às causas de transtornos emocionais e psicológicos, dada a sua essencialidade na formação do *eu sujeito*, como espaço apropriado e essencial para a mudança na vivência diária das famílias que têm membros com transtornos.

As primeiras construções da psicologia sobre a família vêm das observações do filósofo John Locke, em 1690, de que a mente de uma criança é uma folha em branco, uma tábula rasa. Com a teoria evolutiva de Charles Darwin, em 1858, ao afirmar que todo desenvolvimento humano decorre de uma adaptação ao ambiente, surgem no início do Século XX as bases do *behaviorismo* na psicologia. É nessa tendência que as observações de Francis Galton se inserem sobre a importância dos genes e da hereditariedade familiar no desenvolvimento cognitivo das habilidades do ser humano, em um viés da biopsicologia<sup>51</sup>.

Na mesma época, Wilhelm Wundt aborda a psicologia cultural, na qual o desenvolvimento psicológico é determinado pelas sensações e pelas influências sociais e culturais, como a religião, a linguagem, a história, as leis, costumes e, por extensão, a família. Essas influências não poderiam ser replicadas ou controladas em condições experimentais<sup>52</sup>.

Passando para a abordagem da terapia familiar, Virgínia Satir traz grandes inovações para o significado de família na psicologia. Segundo a autora, a partir da tese do psiquiatra americano Harry Stack Sullivan de que as pessoas são produtos do meio em que vivem, o ser humano aprende a reagir de maneiras baseadas nos seus familiares. Sendo assim, a família de cada pessoa seria a fábrica na qual suas personalidades são moldadas, apontando que membros resultantes de “famílias saudáveis”, tendem a permanecer dessa forma, enquanto os arranjos familiares disfuncionais, normalmente, originam membros análogos. Segundo ela, “o papel

---

<sup>51</sup> BENSON, Nigel; COLLIN, Catherine; GINSBURG, Joannah et al. **O livro da psicologia**. 2ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2016. Tradução de: The psychology book. p. 28-29.

<sup>52</sup> BENSON, Nigel; COLLIN, Catherine; GINSBURG, Joannah et al. **O livro da psicologia**. 2ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2016. Tradução de: The psychology book. p. 37.

assumido por nós em nossa ‘família de origem’ (a família em que crescemos), em geral, é a semente da qual brota o adulto”<sup>53</sup>.

Seguindo a esteira da importância familiar, John Bowlby, em meados da década de 1950, adotou uma teoria sobre a perspectiva de evolução dos primeiros laços afetivos das crianças, em que os vínculos emocionais da primeira infância são partes essenciais para a construção da natureza humana. Esse apego teria tanto impacto para a formação, que caso não ocorra ou inexista, especialmente nos primeiros anos de vida, a criança sofrerá consequências graves no futuro. A teoria de Bowlby foi intensamente polêmica ao pressagiar que “adotar crianças com mais de três anos seria uma tentativa vã, pois os pequenos já estariam condenados a sentir os efeitos da privação materna”<sup>54</sup>.

Todavia, as conclusões de Bowlby foram baseadas em experimentos feitos com metodologia científica. Em 1950, o psicólogo e psiquiatra investigou, a convite da OMS (Organização Mundial de Saúde), crianças que sofreram privações materna e familiar na Segunda Guerra Mundial, sendo criadas em berçários e/ou orfanatos. Esses apresentaram algum nível de retardo, quer fosse emocional, intelectual ou social, variando no nível de brutalidade em brincadeiras até psicopatia insensível, sem formar futuros relacionamentos interpessoais significativos, com maior propensão à antissocialidade e à delinquência juvenil<sup>55</sup>.

Comprovando as questões trazidas por Bowlby, Mary Ainsworth, em 1963, conclui haver evidências de que o modelo de apego de um indivíduo durante a primeira infância “é profundamente influenciado pela maneira como os cuidadores primários (pais ou pessoas substitutas) o tratam, além de estar ligado a fatores temperamentais e genéticos”<sup>56</sup>.

Segundo Bowlby, o fenômeno aconteceria de forma que:

A criança constrói um modelo representacional interno de si mesma, dependendo de como foi cuidada. Mais tarde, em sua vida, esse modelo internalizado permite à criança, quando o sentimento é de segurança em relação aos cuidadores, acreditar em si própria, tornar-se independente e explorar sua liberdade. Desse modo, cada indivíduo forma um "projeto" interno a partir das primeiras experiências com as figuras de apego<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> BENSON, Nigel; COLLIN, Catherine; GINSBURG, Joannah et al. **O livro da psicologia**. 2ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2016. Tradução de: The psychology book. p. 146-147.

<sup>54</sup> BENSON, Nigel; COLLIN, Catherine; GINSBURG, Joannah et al. **O livro da psicologia**. 2ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2016. Tradução de: The psychology book. p. 274-275.

<sup>55</sup> BENSON, Nigel; COLLIN, Catherine; GINSBURG, Joannah et al. **O livro da psicologia**. 2ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2016. Tradução de: The psychology book. p. 276-277.

<sup>56</sup> DALBEM, Juliana Xavier; DELL’ANGLIO, Débora Dalbosco. **Teoria do apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento**. Arquivos Brasileiros de Psicologia, v. 57, n. 1, p. 12-24, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/arbp/v57n1/v57n1a03.pdf>. Acesso em novembro de 2019. p. 14.

<sup>57</sup> DALBEM, Juliana Xavier; DELL’ANGLIO, Débora Dalbosco. **Teoria do apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento**. Arquivos Brasileiros de Psicologia, v. 57, n. 1, p.

Posteriormente, Rudolph Schaffer e Peggy Emerson aprimoram a Teoria do Apego de Bowlby, que desconsiderava a importância do papel paterno, e concluíram, por métodos observatórios, segundo os quais as crianças conseguem formar múltiplos vínculos afetivos, sendo essa, provavelmente, a regra geral. Tal realidade parece fazer sentido diante da realidade social atual em que as mães que trabalham conseguem ter filhos mentalmente saudáveis<sup>58</sup>.

No contexto de abordagem das teorias da aprendizagem social, Albert Bandura concedeu importantes contribuições por meio de experimentos de que as crianças aprendiam a ser agressivas por meio da imitação do comportamento humano, especialmente dos familiares. Observamos as ações daqueles que são modelos de comportamento, as encenamos mentalmente e as repetimos. Isso representaria a grande parte das ações humanas. Bandura veio, portanto, provar que os adultos moldam involuntariamente comportamentos das crianças, inclusive com relação às perspectivas de seus gêneros socialmente estabelecidas<sup>59</sup>.

Uma das principais forças que introduziu os personagens da família no estudo da psicologia foi a psicanálise, especialmente por meio de teóricos franceses<sup>60</sup>. Sigmund Freud foi o neurologista e psiquiatra criador desta escola de pensamento, desenvolvendo as bases científicas do estudo da mente, aplicáveis até hoje no que se denomina de consciente, subconsciente e inconsciente. Apesar do estudo de Freud ter se dedicado, no que diz respeito à família, precipuamente às influências da sexualidade em todas as fases do indivíduo, ao discurso “fálico”<sup>61</sup> e suas fases (da infância à fase adulta), suas bases científicas puderam desenvolver muitos dos estudos atuais sobre a família e a psicologia, em especial aos papéis paternos e maternos.

Em 1938, o francês Jacques Lacan, seguidor da linha teórica da psicanálise, publica seu texto “A família” e demonstra que é ela um grupo cultural, sem necessidade de laços biológicos, em que cada membro possui uma função e um lugar designado. A ligação entre eles é muito mais formada por uma estruturação psíquica, tanto que um estranho poderia desempenhar as funções de pai, apesar de não negar que sua origem tenha traços da biologia<sup>62</sup>, fazendo uma

---

12-24, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/arb/v57n1/v57n1a03.pdf>. Acesso em novembro de 2019. p. 15

<sup>58</sup> BENSON, Nigel; COLLIN, Catherine; GINSBURG, Joahnnah et al. **O livro da psicologia**. 2ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2016. Tradução de: The psychology book. p. 274-275.

<sup>59</sup> BENSON, Nigel; COLLIN, Catherine; GINSBURG, Joahnnah et al, op. cit., p. 288-291.

<sup>60</sup> DAVID, Pierre. **Psicanálise e família**. Santos: Martins Fontes, 1977. p. 41.

<sup>61</sup> É o discurso de autoridade, representado e constituído por muitos anos por homens. Aquele que advém de uma força que é supostamente masculina, ainda que uma mulher o exerça. PEREIRA, Rodrigo da Cunha, op. cit. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 62.

<sup>62</sup> LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.

interpretação e previsão muito a frente de seu tempo, época em que muitos países, como o próprio Brasil, tratavam social e legislativamente os filhos adotivos diferente dos biológicos, ou sequer consideravam a afetividade como um elemento possível de originar famílias que não tinham vínculo sanguíneo. Essas funções desempenhadas, especialmente pelo pai e pela mãe, seriam primordiais para a formação como ser humano, para sua estrutura psíquica e ainda para a transmissão da cultura, estando esta instituição no alicerce da primeira educação.

A família, em Lacan, “preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos”<sup>63</sup>. Ainda segundo ele, a análise da psicologia que deve se adaptar à família como estrutura complexa, sem tentar simplificá-la a um mero fato biológico, mas sim a um “elemento teórico da cidade”<sup>64</sup>, ou seja, uma estrutura psíquica.

Lacan, trabalhando de modo distintivo de seus outros colegas e do que se vê hoje na legislação cível, chega a fazer uma diferenciação entre família e casamento ao invés de uma equiparação. Apura-se:

O grupo reduzido formado pela família moderna não se apresenta, com efeito, ao exame, como uma simplificação, mas antes como uma contração da instituição familiar. Ele mostra uma estrutura profundamente complexa, da qual alguns pontos são muito melhor esclarecidos pelas instituições positivamente conhecidas da família antiga que pela hipótese de uma família elementar que não se apreende em lugar nenhum. Isso não quer dizer que seja ambicioso demais procurar nessa forma complexa um sentido que a unifique e talvez dirija sua evolução. Esse sentido é dado precisamente quando, à luz desse exame comparativo, se apreende o remanejamento profundo que conduziu a instituição familiar à sua forma atual; reconhece-se, ao mesmo tempo, que é preciso atribuí-lo à influência prevalente que assume aqui o casamento, instituição que devemos distinguir de família. Daí a excelência do termo “família conjugal”, pelo qual Durkheim a designa<sup>65</sup>.

E continua posteriormente dizendo que “é na ordem original de realidade constituída pelas relações sociais que se deve compreender a família humana”<sup>66</sup>. O psicanalista seguiu estudando as questões familiares envolvendo os traumas, o desmame, o incesto, a relação triangular de pai-filho(a)-mãe geradora do complexo de Édipo, o *falo*, e as psicoses de tema familiar.

<sup>63</sup> LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 10.

<sup>64</sup> LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 8-9.

<sup>65</sup> LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 12.

<sup>66</sup> LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15.

Sobre a atual suposta crise da família, buscando influências mais atuais da psicanálise na família, Pierre David concluiu em suas pesquisas que a estrutura complexa familiar atual não consegue formar um paralelo com as famílias primitivas em se tratando das estruturas elementares do parentesco. Elas devem ser repensadas em cada indivíduo dessa família moderna, especialmente dos filhos. A legislação civil internacional avançou de tal modo a posicionar os menores de idade, seres frágeis em sua capacidade de discernir ações, como centro da família e de tutela<sup>67</sup>. De igual modo, a criança passa a ser vista como uma etapa da vida privilegiada pelos cuidados familiares, na qual as impressões ali estabelecidas formarão as possibilidades do futuro adulto<sup>68</sup>.

Para Philippe Ariès, a família não se encontra em crise, mas sim em hipertrofia, em que tenta “preencher o vazio deixado pela decadência da cidade e das formas urbanas de sociabilidade<sup>69</sup>”, já que nos tempos de Idade Média e Revolução Industrial era a comunidade que determinava o destino de cada família. Atualmente, esse sistema não acontece mais. A construção desses papéis sociais determinantes de cada indivíduo foi designada à família. Ela passa a ter o monopólio da afetividade, da preparação, do lazer, criando uma situação de mal-estar e intolerância. A família, conforme Ariès, não teria condições de exercer tantos papéis determinantes que se apropriou de maneira improvisada. Vive-se a era da “hipertrofia dos papéis familiares” em razão de uma decadência da sociabilidade pública, em que “a causa profunda da crise atual da família não está na família, mas na cidade”<sup>70</sup>.

Por fim, o Direito, especialmente o de Família, não pode deixar de considerar a psicologia e a família como uma estruturação psíquica, formadora do eu sujeito, ou então destoará da realidade social. Somente quando isso foi considerado no Direito é que se pôde observar e autorizar que outras formas de família, anteriormente tidas como inadmissíveis, como a família homoafetiva, viessem a ser juridicamente consideradas, tuteladas e legitimadas. A família como estrutura psíquica auxiliou também na compreensão e transformação atual dos papéis masculino e feminino<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> DAVID, Pierre. **Psicanálise e família**. Santos: Martins Fontes, 1977. p. 44.

<sup>68</sup> BIANCO, Anna Carolina Lo. Concepções de família em atendimentos psicológicos fora do consultório: Um estudo de caso. In: VELHO, Gilberto; FIGUEIRA, Sérvulo A (coord.). **Família, psicologia e sociedade**. Rio de Janeiro: Campus, 1981. p. 157.

<sup>69</sup> ARIÈS, Philippe. A família e a cidade. In: VELHO, Gilberto; FIGUEIRA, Sérvulo A (coord.). **Família, psicologia e sociedade**. Rio de Janeiro: Campus, 1981. p. 13.

<sup>70</sup> ARIÈS, Philippe. A família e a cidade. In: VELHO, Gilberto; FIGUEIRA, Sérvulo A (coord.). **Família, psicologia e sociedade**. Rio de Janeiro: Campus, 1981. p. 23.

<sup>71</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, op. cit. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 151-152.

### **3 A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL**

Traçadas as considerações sobre a importância da família como instituição para as ciências sociais, passa-se à análise das transformações sociais na família brasileira nos séculos XX e XXI, utilizando, de maneira conjunta, a legislação infraconstitucional vigente à época. Desde o movimento das sufragistas, há mais de cem anos, a família se vê transformada por uma série de fenômenos históricos importantes, impactando sobremaneira a legislação civilista nos últimos 50 anos.

Levando-se em consideração as linhas de pesquisa e os referenciais teóricos específicos de Direito Constitucional, Direito Internacional e garantias de direitos nos quais este trabalho se encontra inserido, é essencial pesquisar o valor da família (e de seus membros) em cada Constituição brasileira, dando-se especial destaque à Constituição Federal Brasileira de 1988 e à proteção jurídica concedida a ela como valor e instituto social. Essa noção é indispensável para entender o estágio dos problemas complexos da atual família e como eles se intensificam quando o elemento transnacional é adicionado.

#### **3.1. TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES FAMILIARES BRASILEIRAS E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL**

O transcurso histórico revela que as mudanças na sociedade brasileira são, em igual compasso, simbólicas das mudanças legislativas sobre família, afeto e organização familiar. O Direito de Família caminha, em paralelo, às transformações de comportamento, cultura, transições políticas e religiosas de qualquer povo. Dessa maneira, o estudo do percurso legislativo da família deve ser contextualizado e ao lado da sua situação histórica.

No Brasil, em sua história recente, tais fenômenos foram demonstrados de igual modo, sempre com a natural lentidão de adaptação entre o que acontece no seio social e as mudanças da norma jurídica acerca da matéria.

O direito civil é, antes de tudo, um fenômeno cultural, em que predominam as notas da historicidade e da continuidade. [...] Creio ser impossível uma perfeita compreensão do fenômeno jurídico, principalmente do direito civil, sem o recurso à investigação histórica, que permite identificar os fatores que nele vêm influenciando, ao longo do seu processo de formação, principalmente os que se verificam no seu estágio atual, de significativas mudanças.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 194.

No intervalo do último século, o Direito de Família brasileiro atravessou mudanças significativas, em escala evolutiva, sem as quais seria impossível compreender as transformações do conjunto normativo codificado da matéria, tampouco reconhecer a feição contemporânea da família brasileira, as conseqüentes adaptações legislativas e a progressiva mudança nos parâmetros jurisprudenciais sobre família e Direito de Família.

É pertinente, portanto, registrar as profundas variações observadas entre a primeira legislação brasileira, a partir do Código Civil de 1916, até a atual codificação, além dos avanços posteriores ao texto normativo da época presente, que já conta com quase duas décadas de existência.

Cumprido, de início, salientar, que a geração jurídica e o contexto social resultante do primeiro Código Civil brasileiro, eram eminentemente rurais, com uma lavoura rudimentar e extensiva. Resta patente que o imenso trabalho de Clóvis Beviláqua<sup>73</sup>, que culminou com o Código Civil de 1916, não deixava de espelhar uma população afeita a hábitos menos urbanos, recém-saídos de uma longa experiência imperial, ainda muito envolvidos com costumes e tradições herdadas do legado colonizador lusitano<sup>74</sup>.

Importante lembrar que o trabalho de Beviláqua utilizou a contribuição da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas e do Esboço de Código Civil de Antonio Coelho Rodrigues, aproveitando esses trabalhos no que foi possível e que não contrariasse suas concepções ideológicas como elaborador. Tal compilação resultou em um Código Civil com clareza científica e profundidade teórica, mas revelava, de igual forma, o tradicionalismo e conservadorismo que imperavam na sociedade daquele tempo<sup>75</sup>. É o que conclui Amaral, aduzindo que

O Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pelas circunstâncias histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das ideias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dessas classes, detentoras do poder político e social

---

<sup>73</sup> É importante registrar, para os fins específicos deste trabalho, que Clóvis Beviláqua foi, também, um dos pioneiros no Direito Internacional Privado do Brasil, publicando, em 1906, a primeira versão de “Princípios Elementares de Direito Internacional Privado”, praticamente lançando o estudo científico dessa disciplina jurídica no Brasil. A sua competente definição para ela foi “é o direito privado dilatando-se e despojando-se das prevenções mesquinhas que ainda o maculam, para colher, nas suas malhas, os interesses da humanidade. É o Direito Privado rompendo o tegumento nacional, onde nasceu e se desenvolveu, para viver no vasto ambiente da sociedade internacional.”

BEVILAQUA, Clóvis. **Princípios elementares de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 09.

<sup>74</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24-25.

<sup>75</sup> DELGADO, Luiz Mário. **Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 11/2010. p. 205.

da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais<sup>76</sup>.

Além de rural, a família brasileira da primeira codificação civil era extremamente patriarcal, baseada também nos modelos ocidentais. São significativos os exemplos da hierarquia patriarcal naquela codificação, como a impossibilidade de registro de filhos adúlteros de pais casados, ou a flagrante desigualdade entre homens e mulheres, tanto nos direitos e deveres, quanto na administração da sociedade conjugal. O regime dotal era modelo acabado da ausência de participação feminina nas decisões sobre casamento, modelo de descuido com o afeto e a manifestação igualitária de vontades entre os cônjuges, que também descambava para a diferenciação entre os filhos, divididos entre legítimos e ilegítimos. O poder masculino do patriarcalismo se espalhava não apenas entre a esposa e filhos, mas também sobre agregados, empregados domésticos e pessoas que se encontravam sob o jugo econômico e poderio do chefe da família<sup>77</sup>.

Aquela família era numerosa, representada por muitos filhos. Não era incomum que superassem uma dezena os filhos de um único casal, além de existirem os filhos advindos de relações concubinárias. Muitos filhos representavam, para uma família ruralizada, inúmeros braços de trabalho, reafirmando os valores patriarcais, em nítida reprodução do modelo agrário e econômico<sup>78</sup>.

A família dessa época era caracterizada como uma verdadeira instituição. Ou seja: os interesses da família, abstratamente considerada, enquanto conjunto social, eram predominantes sobre quaisquer elucubrações de ordem individual. Não se cogitava se os membros da família eram felizes ou estavam tendo oportunidade de realização pessoal, afetiva ou sexual. Não existia a noção contemporânea de família eudemonista. Havia a manutenção dos valores de um conjunto social rígido, hierarquizado, formal e tradicionalista.

A família, do ponto de vista jurídico, somente se constituía pelo casamento. O matrimônio era a única opção reconhecida legislativamente. A codificação de 1916 tratava o casamento como base da família, consoante texto do art. 229, nos seguintes termos: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”<sup>79</sup>. Em outras palavras, só havia família se houvesse casamento.

<sup>76</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 226.

<sup>77</sup> BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

<sup>78</sup> CARVALHO, Dimitre Soares Braga de. **Direito de Família e Direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Edijur, 2012. p. 86.

<sup>79</sup> BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

Às outras formas de organização familiar não fundadas no casamento não recaía o respaldo da legitimidade, estando, portanto, fadadas ao tratamento popular pejorativo, em adjetivos desqualificadores como “amancebados”, “amaziados”, “amigados”, e na lei – “concubinos”. A norma civil se revestia, então, de características excludentes, pouco democráticas e socialmente rígidas, alicerçadas em valores econômicos e conservadores.

As atuais e democráticas uniões estáveis contrariavam fortemente o único modo de formação familiar possível na época: a institucionalizada, influenciada diretamente pelos dogmas cristãos e, em especiais, católicos<sup>80</sup>. Contudo, o Código Civil de 1916 conseguiu ainda imprimir uma ideologia de liberdade e igualdade, transformando um pouco as famílias nos tempos vindouros. Vê-se o trecho de Maluf

O Código Civil brasileiro de 1916 trouxe algumas inovações ao Direito de Família, mas manteve muitas das estruturas que se estabeleceram no longo dos tempos, como uma estratificação da consciência jurídica popular. Os princípios de liberdade e igualdade consignados no período possibilitaram a disseminação do divórcio e o reconhecimento da família natural ao lado da então denominada família legítima. Também se relativizaram os conceitos de autoridade marital e parental em matéria de família. Nesse sentido, houve uma significativa alteração dos costumes e uma evolução paralela da legislação familista<sup>81</sup>.

Atualmente, tais preceitos não fazem mais sentido. Reconhecer a família brasileira como exclusivamente matrimonializada implicaria na negação do Direito Civil e do próprio Direito de Família a todas as famílias que viviam à margem do casamento civil ou religioso, o que talvez ocorra em proporções maiores, especialmente, na formação embrionária desta instituição. Tal afirmação é ainda mais sintomática quando se recorda que, historicamente, a formação social brasileira é permeada pela dicotomia entre os que fazem parte da conjuntura econômica predominante e aqueles que não tinham/têm acesso aos direitos civis estabelecidos por absoluta carência financeira, sendo relegados, também, à marginalidade jurídica<sup>82</sup>.

Sintomática a condição feminina naquele modelo jurídico e social. A mulher tinha um papel específico a cumprir. Tradicionalmente afeita às atribuições do lar e vinculada à vida doméstica, a mulher era, sobretudo, mãe e dona de casa. Pouco estudava e quase nunca trabalhava fora do lar após o casamento. Cuidar do marido e dos filhos era sua maior prerrogativa, dentro do contexto típico da hierarquia familiar. Era relativamente capaz e seu

<sup>80</sup> CARVALHO, Dimitre Soares Braga de. **Direito de Família e Direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Edijur, 2012. p. 88 et. seq.

<sup>81</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Editora Atlas, 08/2010. p. 25.

<sup>82</sup> A situação é facilmente compreensível, na atualidade, em comparação às famílias migrantes, que perdem seus direitos ao sair de seus países e passam a residir com visto em outras nações, especialmente as refugiadas, relegados à marginalidade social e jurídica.

domicílio era, pela lei, o mesmo do seu marido. Casava-se, muitas das vezes, bem cedo, ainda na adolescência, e a virgindade até o matrimônio era tabu inexorável no Brasil da primeira metade do século passado. A própria norma codificada permitia a nulidade matrimonial em prazo decadencial de dez dias após as núpcias, quando o esposo descobrisse que a sua consorte não era mais virgem quando do casamento<sup>83</sup>.

No mesmo sentido, o unívoco modo de organização familiar, que era o casamento, revestia-se de conteúdo sacralizado. O casamento era umbilicalmente ligado ao sacramento do matrimônio cristão, ainda que legalmente não o fosse. Sendo, assim, era revestido da característica da indissolubilidade. O divórcio somente foi autorizado no Brasil no final da década de 1970<sup>84</sup>, e a única alternativa possível era o desquite, modalidade arcaica que autorizava tão somente a separação de corpos, mas não era permitido aos cônjuges contraírem novas núpcias, haja vista continuavam unidos pelo vínculo do matrimônio até a morte.

A família, portanto, era unidade rígida, estruturada e sacralizada, com profunda influência do Estado na vida doméstica e pouco espaço para a autonomia privada dos membros de cada núcleo familiar. Por consequência, tal modelo não conseguiria perdurar por muito tempo. A estrutura da família se alterou concomitantemente às modificações na cultura, com novos comportamentos e novos princípios. De maneira resumida, alguns fatores foram essenciais para a transformação nos paradigmas familiares, são eles: a independência econômica da mulher; a igualdade entre o casal e a emancipação dos filhos; a abertura legal do

---

<sup>83</sup> BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

<sup>84</sup> Destaque-se a importância que o Direito Internacional Privado teve para a legalização e regularização do divórcio no Brasil, fato que é rotineiramente ignorado pela doutrina civilista. Conforme as decisões jurídicas do Supremo Tribunal Federal na época, como órgão que homologava as decisões estrangeiras, os brasileiros e estrangeiros que moravam no Brasil foram, em várias ocasiões, se socorrer da legislação de outros países que reconheciam o divórcio, como Bolívia, Uruguai, Paraguai, México e Estados Unidos. Foi instalado um verdadeiro “comércio internacional do divórcio”, em que eles se dirigiam a esses países para requerer o divórcio e obter seus totais efeitos, que o desquite não abarcava. Até meados da década de 40, o STF o reconhecia apenas para estrangeiros não residentes no Brasil. Aos poucos, por anos de idas e vindas entre decisões procedentes/improcedentes, foi-se homologando divórcios de estrangeiros residentes no Brasil, e, em alguns casos, até de brasileiros natos, em flagrante sistema de fraude à lei. Houve casos em que se fazia a naturalização das partes nos países em que requeriam o divórcio inicial. Com o pedido deferido, homologado pelo STF, havia um sequente pedido de *renaturalização*, dessa vez no Brasil. Para os casos de indeferimento baseado na fraude na lei, o divórcio, na maioria dos casos, foi aqui reconhecido como desquite, até a instituição do divórcio a partir de 1977. O percurso legislativo desse instituto jurídico no Brasil é, deveras, muito interessante e foi excelentemente refinado por Jacob Dolinger.

DOLINGER, Jacob. **Direito civil internacional. A família no Direito Internacional Privado. Tomo Primeiro: Casamento e Divórcio no Direito Internacional Privado**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 201 et seq.

divórcio; a iniciação dos métodos contraceptivos; a reprodução assistida; a reciprocidade alimentar; a afetividade; a autenticidade<sup>85</sup>.

No início da década de 1950, essa estrutura já dava seus primeiros sinais de esmorecimento, a partir de fortes transformações sociais e de comportamento, mas também de ordem política, econômica e cultural. O auge das mudanças veio com os idos das décadas de 1960 e 1970, que já refletiam um significativo hiato entre a família registrada nos artigos do Código Civil e a realidade da sociedade brasileira.

Alguns elementos de transformações precisam ser registrados. O primeiro deles foi a urbanização, lenta e progressiva, das famílias, que não só mudou significativamente a economia e a geografia populacional do país, mas também a organização familiar. A migração do campo para as cidades forçou a família brasileira a abandonar o modelo rural e agrário paulatinamente, migrando para uma estrutura mais arejada e menos patriarcal, dessa vez nas grades cidades. O crescimento populacional nas zonas urbanas e o inchado das regiões periféricas das maiores cidades brasileiras também refletiam mudanças arquitetônicas nas residências.

Uma vez urbanizada, a estrutura econômica da família brasileira se transformava. Os filhos deixavam de representar força de trabalho braçal e seu significado já não era mais o mesmo dos tempos da vida campestre. A mulher, maior ícone das transformações sociais e familiares, precisou deixar as atribuições e os afazeres de casa e teve que ir trabalhar na rua, rompendo, paulatinamente, com o modelo de submissão masculina que até então vigorava. Em 1962 foi necessária a mudança legislativa advinda do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/1962<sup>86</sup>), para dizer que a administração da sociedade conjugal deveria ser exercida em conjunto, tanto pelo homem quanto pela mulher. O hoje pode parecer óbvio, foi de grande comemoração a incorporação legal da igualdade entre os cônjuges.

A mudança perpassa a saída da mulher da casa para a rua. Isto é, dos afazeres domésticos e cuidados com a família para os estudos universitários e para o mercado de trabalho. No mesmo sentido, a mudança trazida pela popularização dos métodos contraceptivos foi definitiva, principalmente a partir da pílula anticoncepcional. A égide do que passou a ser jocosamente chamado de “sexo esportivo”, deu autonomia reprodutiva às mulheres e inseriu no contexto de debates o prazer sexual feminino, até aquele momento, mais um tabu de valores e normas do

---

<sup>85</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (Org.). **Direito de família, diversidade e multidisciplinaridade**. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 12-14.

<sup>86</sup> BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Estatuto da mulher casada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm). Acesso em 14 de setembro de 2019.

conjunto normativo patriarcal. Com a pílula anticoncepcional, a mulher passou a decidir “quando”, “com quem” e “quantos” filhos ter. A reprodução foi desvencilhada do sexo e os filhos deixaram de caracterizar o conceito de família. Ato contínuo, a família foi reduzida no número de filhos. Nuclearizada, a família passou a ser um conjunto formado pelos pais e poucos filhos, unidade menor e mais afetuosa que a família tradicional.

De maneira específica, na experiência brasileira, o auge e posterior declínio da ditadura militar reforçaram o desejo por transformações legislativas que reconhecessem direitos historicamente negados a sucessivas gerações, processo catalisado pela industrialização do país e pelas crescentes crises econômicas advindas nos anos seguintes. As demandas por mudanças na legislação familiarista também eram evidentes.

O divórcio, como já apontado, finalmente aceito no final do ano de 1977, revela a sociedade em ebulição, que rechaçava o conservadorismo latente de normas projetadas para as famílias do início do século, mas que já não comportava as dimensões continentais de mudanças de comportamento e de estilos de vida. A essa altura, o já velho Código Civil de 1916 havia perdido sua função de apaziguar os conflitos sociais, e, mesmo após insistentes alterações legislativas, não abarcava a amplitude da renovação da família brasileira.

A Constituição Federal de 1988, fruto de todo esse movimento renovador (político, social, econômico, ideológico e comportamental), foi decisiva para o desenvolvimento de um novo Direito de Família no Brasil. A pluralidade familiar, marco maior do texto constitucional no âmbito da seara familiarista, acabou definitivamente com a velha família instituição, e abriu espaço para a família permeada pelos princípios da dignidade humana, da igualdade entre homens e mulheres, da proibição de tratamento discriminatório entre os filhos, do superior interesse das crianças e adolescentes e da solidariedade familiar.

A família só será forte, no plano jurídico, quando não sofrer discriminações, quando for protegida em toda a sua integridade, quer nascendo do casamento de direito, quer do concubinato puro, quer do casamento de fato<sup>87</sup>.

Ao incluir no sistema legislativo as possibilidades de constituição de família e reconhecimento jurídico através da união estável e da monoparentalidade (núcleo formado por um dos pais e os filhos), além do já tradicional casamento, o constituinte não apresenta apenas um rol taxativo de formas de organização familiar, mas um número aberto de arranjos familiares, em constante processo de reformulação, conforme as mudanças emergentes do âmbito social. Sendo, então, um rol exemplificativo, a Carta Federal de 1988 dá ao Direito de

---

<sup>87</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 3ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2011. p. 5. (ebook).

Família a autonomia de refundação permanente, sendo o “afeto” o marco teórico e regulatório do dinamismo familiar brasileiro constitucionalizado.

Assim, o que se vem buscando com o surgimento de modelos familiares diferentes dos tradicionais é a definição da estrutura familiar com base nas expressões de afeto, igualdade, companheirismo e respeito. Passou-se, destarte, a uma família inclusiva, em conceito aberto, e a um Direito de Família que deixa de ser um fim em si mesmo. A Teoria da Afetividade passou a ser, para alguns, uma estruturante fundante do Direito de Família brasileiro pós 1988, e maior contribuição teórica contemporânea do Direito Brasileiro ao mundo ocidental, é o significado e o significante das transformações democráticas pelas quais atravessou a família brasileiro no intervalo de um século<sup>88</sup>.

Nesse contexto, a busca pela felicidade pessoal das partes, a família como instrumento para a satisfações dos desejos e realizações dos seus membros e, mais recentemente, a influência da tecnologia redesenham o perfil da família pátria, e impõem aos operadores do Direito de Família a elaboração de hermenêutica interpretativa condizente com tal arcabouço transformativo, que faça jus a uma nova família, elevada ao status constitucional de proteção legal e jurídico. As famílias se remodelaram não só socialmente nos últimos 80(oitenta) anos, mas também juridicamente.

As entidades familiares constitucionalizadas inseriram o conceito de pluralidade familiar, linha interpretativa majoritária na doutrina especializada e amplamente reconhecida no âmbito jurisprudencial brasileiro, fruto das diretrizes hermenêuticas e metodológicas de uma ideia de constitucionalização mais forte no Direito Civil. Compreender a composição e a estrutura jurídica de cada uma das mais comuns entidades familiares presentes na sociedade é de suma importância para estabelecer a relação entre indivíduos e o contexto social familiar de um país. Nesse sentido, em seguida, são brevemente analisadas as modalidades de entidades familiar mais comuns na família brasileira contemporânea.

A família matrimonial é a mais antiga, podendo ser chamada de modalidade originária, servindo de modelo de partida para o surgimento de novos arranjos familiares. Na sociedade moderna ocidental, o casamento monogâmico é a base familiar predominante. Em que pese existir forte influência do cristianismo na sua estruturação e esteja intimamente relacionada ao firmamento da propriedade privada, a antiga sociedade greco-romana doutrinava os indivíduos

---

<sup>88</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 53. (ebook).

para a constituição da família monogâmica, servindo desde aquela época como a base familiar da sociedade<sup>89</sup>.

O direito romano considerava o casamento como um ato privado e um negócio celebrado entre duas famílias, entendendo o casamento como monogâmico, heterossexual e fundamentado no consentimento recíproco. Era mais do que um ato romântico ou de procriação: era a aliança entre duas famílias, instituindo o pagamento do dote ao entregar a mulher à família do homem, podendo servir, ainda, para interesses políticos<sup>90</sup>. Entretanto, foi na idade média que o casamento ganhou um papel religioso, cujos contornos ideológicos podem se observar até os dias atuais. Suas normas passaram a ser regidas pelo Direito Canônico, e o casamento religioso entendido como casamento legítimo e celebrado com base no consentimento dos nubentes.

A legislação brasileira, historicamente, confere importância à família matrimonializada, como base na sociedade, com proteção especial do Estado, conferindo a gratuidade da celebração do casamento civil, bem como prevendo o casamento religioso com efeitos civis. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao instituto garantias não conferidas anteriormente por outras Constituições brasileiras, como o tratamento igualitário entre homem e mulher no casamento, e a proibição de intervenção estatal na vida privada do casal. Mais recentemente, o casamento passou a ser, também, possível para casais homoafetivos, em pleno reconhecimento das transformações inclusivas pelas quais a família e o próprio Direito de Família atravessaram nas últimas décadas.

Apesar da legislação pátria não trazer o conceito de casamento, pode se inferir que casamento é um ato solene, contratualizado, com previsão legal que objetiva a formação de uma entidade social com a finalidade de proteção mútua entre os membros, e sob a promessa de fidelidade e amor recíproco.

Nova espécie a ser tutelada pela Constituição foi a união estável, que é a união de pessoas objetivando a vida em comum, de maneira informal, caracteriza o reconhecimento jurídico deste arranjo familiar, historicamente disseminado na sociedade brasileira. Por esta razão, assim como o matrimônio, tal modelo de família é tutelada pela Constituição Federal em seu art. 226, §3º. Embora a união estável seja equiparada ao casamento, isso não quer dizer que ambas são sinônimas. Em que pese não exigir os mesmos formalismos do casamento, para se compreender a união estável é forçosa a observância de alguns requisitos para sua formação e

---

<sup>89</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 60.

<sup>90</sup> ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: uma história dos costumes. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 178.

validade jurídica, como convivência, publicidade, durabilidade, continuidade, e objetivo de constituir família.

Portanto, de modo diverso do que ocorre no casamento, a união estável não se realiza em um único ato, e sim é oriundo de um conjunto de fatos que se concretizam ao logo do tempo. Contemporaneamente, a teoria predominante para analisar a natureza jurídica da união estável é a que entende como um “ato-fato jurídico”, de autoria do Professor Paulo Luiz Neto Lobo. As uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo são plenamente reconhecidas no direito brasileiro, por sólida construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, desde 2011.

Na família monoparental, reconhece-se arranjo familiar pela possibilidade de existência de uma família sem que seja necessário um par afetivo para seu reconhecimento. Esta modalidade de família é constituída pela relação de um dos pais com seus filhos e é dissociada da ideia de casal e filhos, tendo em vista que é formada tão somente pela relação da prole com apenas um dos genitores.

O surgimento de família monoparental se dá por diversas modalidades, dentre as quais é possível destacar o divórcio e a separação, a viuvez, a adoção, a inseminação artificial, o projeto parental independente, dentre vários outros. Assim como o casamento e a união estável, esse tipo de família está prevista na Constituição Federal de 1988, no rol exemplificativo de famílias possíveis.

A família anaparental é aquela formada sem a presença dos genitores. Constituída, normalmente, por irmãos que vivem juntos, estabelecem laços comuns e dividem as experiências da vida, compartilham angústias, alegrias, vitórias e derrotas, em claro laço de solidariedade interpessoal.

A família anaparental pode ser entendida como um arranjo familiar que pode ganhar as mais variadas configurações, haja vista que o principal requisito para sua formação é a ausência dos pais. Assim, dois irmãos, ou dois amigos que se juntam com o propósito de terem uma convivência longa e duradora, dividindo benefícios para ambos, pode ser entendido como modelo anaparental, inclusive como vínculos previdenciários, direitos hereditários e alimentos. São requisitos jurídicos, como critérios para reconhecimento e legitimidade de uma família anaparental a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade.

A proteção dos mais variados modelos de família está insculpida na Constituição mais recente, sendo que a rota do Direito de Família brasileiro incluiu direitos mais ampliados e uma nova base principiológica que, antes, não estava em questão. Após as transformações jurídicas no Direito de Família levadas a critério pela Constituição Federal de 1988, um novo Código Civil se fez ainda mais necessário.

### 3.2 A FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição Imperial de 1824, a primeira brasileira, não possuía nenhuma referência à família como instituição, nem mesmo ao casamento, tratando somente de questões relacionadas à família imperial em onze artigos, ou seja, atendendo unicamente aos interesses da coroa<sup>91</sup>. Foi instituída como religião oficial o Catolicismo, havendo a união entre Igreja e Estado, apesar da liberdade de culto a outras formas de fé<sup>92</sup>.

Portanto, todos os atos referentes ao casamento seriam regulados pela religião, haja vista o decreto de 03 de novembro de 1827, em que o direito canônico regia os atos nupciais, baseados no Concílio Tridentino de 1563 e da Constituição do Arcebispado da Bahia<sup>93</sup>.

No Brasil, durante todo o Império, o casamento, sua celebração, os impedimentos, e todas as questões envolvendo o vínculo matrimonial estiveram a cargo da igreja católica. Como não existia casamento civil, o casamento religioso era o único instituto válido e a igreja era considerada o “órgão” competente pela sua realização e regulamentação. Portanto, há nesse caso, um deslizamento de sentido em relação ao termo “casamento civil”, pois, ele era civil, mas era regulamentado pela igreja<sup>94</sup>.

Sendo assim, observada a situação criada pelo decreto em 1827 e inalterada pela Constituição imperial, o casamento puramente civil inexistia, sendo dado como válido o casamento católico, sacramentado, com extensão de efeitos civis.

A situação vem a se remodelar em 1861, a partir do aumento imigratório, com a promulgação do Decreto nº 1.144, o qual passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade desta forma de casamento, estendendo efeitos civis aos casamentos celebrados por outras formas de religião, diferente daquela do Estado e seu registro, bem como a prática de outros atos de natureza cível (como nascimento e óbito) por

<sup>91</sup> BRASIL. **Constituição política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

<sup>92</sup> Artigo 5º. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo.

BRASIL. **Constituição política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

<sup>93</sup> SILVA, Edvania Gomes da; VIEIRA, Flávia David. O instituto do matrimônio e os efeitos de sentido de “casamento” no decreto de 3 de novembro de 1827 e no decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. REDISCO – **Revista Eletrônica de Estudos do Discurso e do Corpo**, [S.l.], v. 8, n. 2, dez. 2015. ISSN 2316-1213. Disponível em: <http://periodicos2.uesb.br/index.php/redisco/article/view/2536>. Acesso em: 29 nov. 2019. p. 23.

<sup>94</sup> SILVA, Edvania Gomes da; VIEIRA, Flávia David. O instituto do matrimônio e os efeitos de sentido de “casamento” no decreto de 3 de novembro de 1827 e no decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. REDISCO – **Revista Eletrônica de Estudos do Discurso e do Corpo**, [S.l.], v. 8, n. 2, dez. 2015. ISSN 2316-1213. Disponível em: <http://periodicos2.uesb.br/index.php/redisco/article/view/2536>. Acesso em: 29 nov. 2019. p. 23.

outros chefes religiosos<sup>95</sup>. De maneira geral, o decreto estendeu às outras religiões a prática de atos que poderiam ser dotados de efeitos civis.

Diante desses fatos, constata-se que na época havia 03 (três) tipos de ato nupcial, que eram: o católico, o misto (entre um católico e outro não) e o acatólico. Os dois primeiros eram regulados pelo catolicismo e direito canônico. A modalidade acatólica unia pessoas de religiões diferentes, conforme suas crenças.

Na Proclamação da República e antes da segunda constituinte em 1890, durante o governo provisório, houve o rompimento entre o poder político brasileiro e a igreja. Com isso, o catolicismo deixava de ser a religião oficial<sup>96</sup> e o reconhecimento do casamento pelo Estado passa a ser estritamente o da modalidade civil, a partir do Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890<sup>97</sup>. Isso extirpou o casamento puramente religioso de quaisquer efeitos jurídicos, o qual deveria ser realizado após o civil.

Nesta direção, com a Constituinte de 1891, o conceito jurídico de família no Brasil permaneceu sendo o da família constituída unicamente pelo casamento civil, regulado pelo referido decreto. Nela, havia apenas um artigo que mencionava a família, que era o art. 72, §4º, dispondo que “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”<sup>98</sup>

Fora do âmbito Constitucional, o Código Civil de 1916<sup>99</sup> veio regulamentar o regimento do casamento civil, seus requisitos, impedimentos, formalidades, nulidades e anulação, bem como os efeitos aplicáveis, fazendo isto entre os arts. 180 a 329. Posteriormente, na Constituição Federal de 1934, momento em que o Brasil era comandado pelo populismo de Getúlio Vargas e sua política contempladora de diversos Direitos sociais, que introduziu no documento inovações, especialmente em relação à Família, e trazia um capítulo formado por quatro artigos sobre o vínculo indissolúvel do casamento e a família<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> BRASIL. **Decreto nº 1.144, de 11 de Setembro de 1861**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>. Acesso em 29 de nov. de 2019.

<sup>96</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 4-5.

<sup>97</sup> BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Lei do Casamento Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

<sup>98</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

<sup>99</sup> BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

<sup>100</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

É no art. 144<sup>101</sup> que uma Constituição Brasileira insere explicitamente, pela primeira vez, a família como instituição merecedora de proteção do Estado, sendo esta unicamente constituída pelo casamento. Apesar da expressa proibição ao divórcio, a lei suprema brasileira permitia o desquite, como oficialização da separação de fato e de corpos, além da sua anulação. Portanto, as únicas formas de rompimento do vínculo conjugal seriam pela morte ou pelas teorias da nulidade do fato jurídico. O desquite separava e desobrigava o casal, mas não encerrava o vínculo.

Apesar da expressa proibição ao divórcio, a lei suprema brasileira permitia o desquite, como oficialização da separação de corpos e de fato, e a anulação. Portanto, as únicas formas de rompimento do vínculo conjugal seriam pela morte, ou através da teoria da nulidade do fato jurídico.

A partir desta Constituição, houve a possibilidade de o casamento religioso ter os efeitos do civil, caso não infringisse a ordem pública brasileira e tivesse cumprido os mesmos requisitos do civil; com forma legal de habilitação; celebração e autoridade, além de ser obrigatória a sua inscrição posterior no Registro civil, na qual seriam verificados os cumprimentos das normas legais, bem como a gratuidade. Houve, também, a diferenciação entre filhos legítimos, aqueles havidos entre cônjuges, e os ilegítimos, que eram os originados de relacionamentos extraconjugais ou concubinos<sup>102</sup>. Ressalte-se que várias dessas alterações já existiam no Código Civil de 1916. Contudo, somente vieram a ter um impacto legal ainda maior ao estarem insculpidas no texto constitucional.

---

<sup>101</sup> Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo. Art. 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País. Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas. Art 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

<sup>102</sup>BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

Conforme Dilvanir José da Costa<sup>103</sup>, várias leis especiais posteriores vieram a regulamentar a matéria atinente do casamento religioso com efeitos civis, quais sejam, em ordem cronológica: a Lei nº 379/37<sup>104</sup>; Decreto-Lei nº 3.200/41<sup>105</sup>; Lei nº 1.110/50<sup>106</sup>; Lei nº 6.015/73<sup>107</sup>; arts. 71 a 75 e Código Civil de 2002; arts. 1.515 e 1.516<sup>108</sup>.

A formação familiar na Constituição de 1937 seguiu o modelo da Carta Magna anterior, em restringir a família àquela espécie matrimonial e indissolúvel, dispondo apenas um artigo sobre o tema<sup>109</sup>. Em rol restrito de dispositivos, havia somente mais três artigos na seção, que versavam sobre a prole e sua educação.

A Constituição Federal de 1946<sup>110</sup> dedicou três artigos à família e o primeiro deles ao casamento. Explicitamente o considerou indissolúvel, que poderia acontecer na forma do casamento civil; casamento religioso equivalente ao civil, dadas as observações legais infraconstitucionais e se requeridas como tal; e o casamento religioso celebrado sem prévia habilitação civil, mas inscrito posteriormente no registro público, a requerimento do casal, mediante habilitação civil posterior à cerimônia religiosa. Com relação ao DIPr e a família, a

<sup>103</sup> COSTA, Dilvanir José da Costa. A família nas Constituições. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 48, p.67-80, 2006. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1455>. Acesso em 7 de maio de 2019. p. 71.

<sup>104</sup> BRASIL. **Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-379-16-janeiro-1937-537957-publicacaooriginal-75389-pl.html>. Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>105</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13200.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>106</sup> BRASIL. **Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1110.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1110.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>107</sup> BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>108</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>109</sup> Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>110</sup> Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. Art. 164. É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa. Art. 165. A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

Constituição fez interessante observação sobre a sucessão de bens de estrangeiros no Brasil, que foi inserida na LINDB em 1995, no art. 10, §1º<sup>111</sup>.

Na Constituição de 1967<sup>112</sup>, apenas um artigo foi dedicado ao assunto. Nele, se destacou novamente que a família legalmente protegida pelo Poder público só seria aquela constituída pelo casamento indissolúvel, com efeitos civis, de celebração (ou conversão) gratuita, mantendo a possibilidade de extensão desses efeitos aos religiosos, desde que requerido e preenchidos os respectivos requisitos. A Constituição de 1969 seguiu, exatamente, a mesma linha de raciocínio, sem qualquer inovação de relevo na matéria.

Barroso<sup>113</sup> afirma que, apesar da existência de dispositivo determinando a exclusividade da formação familiar pelo casamento, houve julgados em que se reconheceu alguns efeitos jurídicos às uniões estáveis. De maneira semelhante, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>114</sup> sugere que a partir do momento em que as Constituições passaram a tornar explícito que a família só poderia ser constituída pelo casamento civil, a situação fática indicaria algo diferente, já que, se havia a necessidade de proibição, seria porque a sociedade estava caminhando para outro lado. A imposição legislativa constitucional teria por função “frear” alguma rota social divergente do que estava sendo legalmente previsto.

Podemos verificar, portanto, que a lei, ao dizer que a forma de constituir família é o casamento civil e que este é indissolúvel, estava cerceando algo que se lhe contrapunha. Ou seja, se havia necessidade de se impor o casamento civil é porque deveria haver outras formas de constituir família que iriam, ou queriam, surgir a partir do Brasil República. É como os Dez Mandamentos. Eles só existem porque existem aqueles dez desejos que se lhes contrapõem.

Em 1977 foi implementado o divórcio, por meio da Emenda Constitucional nº 9, mudando a redação do §1º, do art. 175, o qual passou ser “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.” Era o fim da indissolubilidade do casamento e a morte da nomenclatura jurídica “desquite” para novas separações de fato. Conforme já visto anteriormente, foi promulgada a

---

<sup>111</sup>Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. § 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus. (Redação dada pela Lei nº 9.047, de 1995).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

<sup>112</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>113</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137-138.

<sup>114</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 6.

Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77<sup>115</sup>), que modificou o Código Civil e regulamentou, finalmente, a nova modalidade jurídica no território nacional.

Em 1988, após o fim do período ditatorial no Brasil, com a nova fase democrática e mediante todas as transformações sociais e familiares no país, a chegada da Constituição Federal exigiu que mudanças legais paradigmáticas fossem feitas por esse documento. A Constituição Federal de 1988 trouxe novas entidades familiares, equiparadas, formadas por novos princípios que seriam carregadas dos valores democráticos e pluralistas existentes nas normas constitucionais. Família passaria a ser gênero, que comportaria várias espécies.

O texto dedicou poucos artigos para a família e sua proteção, sendo eles do nº 226 ao 230, mas que produziram consequências e diretrizes importantíssimas para o delineamento de novos paradigmas do Direito Civil, especialmente nos novos modelos de família, na inserção da pluralidade familiar e na construção de base principiológica fundada nos direitos fundamentais.

Inicia-se, assim, uma nova fase, na qual a família é constituída por um “poliformismo de arranjos multifacetados<sup>116</sup>”, em que as mais diferentes maneiras de organização familiar são igualmente consideradas, sem nível de hierarquia. Não só a família originada pelo casamento recebeu proteção especial do Estado, mas toda e qualquer entidade desse gênero. A família, oficialmente, desvinculou-se da obrigatoriedade do matrimônio e da finalidade reprodutiva. Mais importante do que a forma e a origem, era a proteção constitucional aos seus membros, sejam individualmente, ou socialmente considerados<sup>117</sup>.

De início, o caput do artigo 226 estabelece que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, trazendo a concepção de que a família constitui a base social e que a sociedade brasileira se institui como reflexo das microestruturas familiares que a compõem, e por essa razão, houve uma imposição para o Estado protegê-las. Apesar da desvinculação ao casamento, a família não deixa de ser importante na Constituição, ao contrário. Dela viria o núcleo fundamental de toda a sua organização social, sendo o Estado o seu principal protetor.

Essa concepção de família como base social vêm da construção das ciências sociais sobre o papel elementar da família no desenvolvimento sociocultural do indivíduo,

---

<sup>115</sup>BRASIL. Lei nº 6.515, de 23 de dezembro de 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>116</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado: Teoria e Prática**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 563.

<sup>117</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado: Teoria e Prática**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 563.

anteriormente refletidas, conjecturando em um Direito Natural que a família é a célula base da sociedade.

Se o Estado Brasileiro declara a família como o núcleo fundador social, significa dizer que ela é também o fundamento de criação das leis como meio apaziguador dos conflitos sociais, servindo de indicador da sociologia jurídica sobre a eficácia e eficiência destas normas. Ela cumpre uma função social na constituição e desenvolvimento das potencialidades psíquicas humanas<sup>118</sup>. Quando a sociedade está em crise, esta se origina de conflitos também presentes nos núcleos familiares e vice-versa.

A Constituição Federal de 1988, ao trazer diversos parâmetros para proteger o ser humano, sua dignidade e direitos fundamentais, inclui a família como principal meio potencializador das relações sociais e, por isso, é um instituto merecedor de extensa proteção, “alterando paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família”<sup>119</sup>.

A família, de maneira não distinta dos outros ramos do Direito, mas especialmente ela, inclui o indivíduo e seu desenvolvimento no centro de qualquer perspectiva do Direito de Família, como fator resultante do deslocamento da atenção constitucional, a partir de 1988, para a realização e concretização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, repersonalizando e despatrimonializando as relações privadas, dispersando o foco no *ser* dos indivíduos, como consequência direta de uma constitucionalização geral do Direito.

Os princípios constitucionais e seus métodos hermenêuticos passaram a ser aplicados diretamente às relações privadas, em especial ao Direito de Família, com o objetivo de que o livre desenvolvimento da personalidade, a igualdade substancial, direito à diferença e à solidariedade familiar e social, formem um “núcleo duro” de direitos, aptos a realizarem o sentido prático de proteção da dignidade da pessoa humana<sup>120</sup>.

A aplicação das normas constitucionais é estendida a todo o sistema jurídico e não seria diferente dos institutos do Direito Civil e no Direito de Família<sup>121</sup>, enquanto esta última é merecedora de especial proteção estatal por ser o principal centro de desenvolvimento humano.

<sup>118</sup>FARIAS, Cyntia Mirella da Costa. **A família como base da sociedade**. In: Anais do II Congresso Nacional da FEPODI. v.3. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 368. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2745b399cf155d35>. Acesso em 11 de fevereiro de 2019.

<sup>119</sup>TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 255.

<sup>120</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). **Direito civil constitucional: e outros estudos em homenagem ao prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2014. [*e-book*].

<sup>121</sup>CABRAL, Maria Walkiria de Faro Coelho Guedes; GODINHO, Jéssica Rodrigues. **A Constituição Cidadã, a proteção da família e a (des)construção do direito das famílias**. Revista da Faculdade de Direito UFPR,

A família e a nova realidade constitucional, presentes nas relações privadas, impõem que o Poder Público exerça uma ampliação valorativa no reconhecimento de outros grupos como entidades familiares. Diante desse ponto de vista, boa parte da doutrina brasileira incluiu a afetividade como um dos princípios do Direito de Família e norteadores das novas relações familiares contemporâneas, tendo em vista que o amor romântico é um dos principais elementos caracterizadores dessas relações nos parâmetros atuais. Contudo, nem sempre o afeto estará presente como norteador de todos os laços, o que não impõe sua inclusão como requisito de formação familiar, neste contexto.

## PARTE II

### O DIREITO DE FAMÍLIA INTERNACIONAL E SEUS DESAFIOS LATENTES EM MATÉRIA DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL, ALIMENTOS E SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

#### 4 FAMÍLIAS INTERNACIONAIS E NORMATIVIDADE INICIAL: PRIMEIROS DESAFIOS

Desde a origem da vida, o ser humano é nômade. Entretanto, nunca foi tão itinerante como na atualidade. Os fenômenos globais, em especial a facilitação no transporte humano a longas distâncias, têm impactado não somente as relações de contrato, comércio e economia, mas também as relações privadas familiares.

Os fenômenos emigratório e imigratório de pessoas têm originado múltiplos tipos de relações familiares internacionais, com a união de pessoas de domicílios ou nacionalidades diferentes, ou ainda pela incidência de leis e jurisdições de países diferentes nessas relações. O nascer das relações familiares advém da necessidade do homem de conviver em comunidade, consoante a antiga máxima do filósofo grego Aristóteles<sup>122</sup>, em sua obra clássica a política, o homem por natureza é um animal político.

O Direito de Família tem sido, por séculos, afetado pela constituição das famílias internacionais, aquelas que são abrangidas por normas jurídicas de mais um país ou tratado internacional, dependendo da legislação de duas ou mais jurisdições. Dessa forma, a movimentação das pessoas entre países faz nascer casamentos e uniões estáveis internacionais, filhos com dupla nacionalidade, filhos de pais com nacionalidades, e muitas vezes domicílios distintos.

Conforme Nádia de Araújo<sup>123</sup>,

A família moderna enseja inúmeras repercussões no plano internacional. No limiar deste novo milênio, no qual a comunicação global é um dos traços característicos da

---

<sup>122</sup> Segundo Aristóteles, “um tal homem é, por natureza, ávido de combates, e é como uma peça isolada no jogo de damas. É evidente, assim, a razão pela qual o homem é um animal político em grau maior que as abelhas ou todos os outros animais que vivem reunidos. Dizemos, de fato, que a natureza nada faz em vão, e o homem é o único entre todos os animais a possuir o dom da fala. Sem dúvida os sons da voz (*phoné*) exprimem a dor e o prazer e são encontrados nos animais em geral, pois sua natureza lhes permite experimentar esses sentimentos e comunicá-los uns aos outros. Mas quanto ao discurso (*lógos*), ele serve para exprimir o útil e o nocivo e, em consequência, o justo e o injusto. De fato, essa é a característica que distingue o homem de todos os outros animais: só ele sabe discernir o bem e o mal, o justo e o injusto, e os outros sentimentos da mesma ordem; ora, é precisamente a posse comum desses sentimentos que engendra a família e a cidade”. ARISTÓTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>123</sup> ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 6ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Revista dos Tribunais, 2016. p. 463. (ebook).

sociedade, tendem a aumentar as ocorrências de famílias transnacionais, e por conseguinte as questões de direito internacional privado.

Os conflitos familiares no DIPr não são uma novidade no ramo, tendo em vista que os fenômenos migratórios ocorreram, com maior ou menor frequência, nos períodos históricos da humanidade. Contudo, a sua intensificação gera, como consequência, um aumento da incidência de famílias internacionais, bem como de suas desordens. Com a facilidade migrações no período atual, pode-se encontrar esses problemas com maior frequência.

A complexidade moderna das questões das famílias fluídas acopladas às dificuldades promovidas pelo cruzamento das fronteiras, tanto físicas quanto culturais, se tornam fatores que aumentam a complicação das questões do Direito de Família Internacional. Se o tradicional Direito de Família impõe questões de difícil solução com relação a divórcio, regime de bens, guarda e visitação, alimentos, sucessões, os problemas se tornam ainda mais complicados quando se acrescenta grandes distâncias, duas ou mais leis materiais de ordenamentos diferentes, normas processuais derivadas de tratados ou acordos internacionais.

A quebra das demarcações geográficas transformou as relações pessoais, que podem ser regidas pelas leis de mais de um país, o que necessita de novas soluções a serem construídas pelo Direito. Isso desenvolveu progressivamente no Direito Internacional Privado, através de sua estrutura para solucionar os deslindes de conflitos de leis no espaço, a linha do Direito de Família Internacional, em que se discute e estuda as modificações no clássico Direito de Família, transformadas pela internacionalização das relações dos seus membros.

Além disso, esse tipo de família impõe outra dificuldade além do aspecto transfronteiriço: as diferenças culturais, levando-se em conta que a família é o centro de difusão dos aspectos culturais, que passam de geração em geração. Os entrelaçamentos culturais dificultam ainda mais a aplicação do tradicional Direito de Família, especialmente nas suas formas transnacionais e pluridomiciliadas. Ou seja, as em que seus membros possuem mais de um domicílio, ou ainda, na atual *ifamily*<sup>124</sup>, modalidade de vínculo familiar formado por pessoas que possuem domicílios diferentes, em caráter temporário ou permanente, mas que conseguem fortalecer e manter seus vínculos afetivos através da tecnologia, situação tão comum especialmente após o contexto de pandemia.

---

<sup>124</sup>A constituição da família virtual pode se dar em quaisquer formas de família expressas ou implicitamente previstas na legislação (e abordadas no capítulo anterior) em caráter provisório ou permanente. [...] Com a lógica da família virtual, vamos do espacial ao individual. Isso porque não podemos restringir a análise do que é ou não família apenas quanto ao espaço físico que ela ocupa. Família é a estruturação mais importante do indivíduo, e ela deve existir e ser protegida pelo Estado para a realização daquele, e não deste. ROSA, Conrado Paulino da. **iFamily**: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013. Edição do Kindle. Locais do Kindle 1211-1213; 1238-1240).

O migrante, que leva consigo a sua família ou forma uma no seu novo país de residência, é inserido em um contexto de mistura de culturas. Nessa situação, três coisas podem acontecer: (a) a manutenção dos seus costumes e rigidez em integrar-se no novo país; (b) o cenário que sofre o processo de aculturação no novo país de residência, com desarraigamentos de significados massivos, ou (c) ou ainda as que conseguem viver em uma situação de multiculturalismo, possibilitando uma confluência de ideais a depender da situação fática.<sup>125</sup>

Conforme Dutra<sup>126</sup>, “para isso, a preservação e o consequente respeito as culturas na solução dos conflitos – notadamente os que envolvem Direito de Família Internacional – são imprescindíveis”. Ele ainda continua a dizer que

Essa nova dimensão do Direito de Família Internacional, pautado no respeito pela diversidade cultural, na autonomia do indivíduo e na preservação dos direitos de cada membro da relação familiar é uma das novas características do Direito Internacional Contemporâneo e reafirma, mais uma vez, sua estreita ligação com os Direitos Humanos<sup>127</sup>.

Nesta seara, Direito Internacional e Direito Privado se unem para determinar, primeiramente, qual jurisdição será responsável por julgar o eventual caso concreto. Segundamente, analisada a jurisdição, diversos institutos próprios do Direito Internacional Privado, como os elementos de conexão, serão utilizados para definir qual a norma (e de qual país), em termos de lei material, deve incidir sobre a situação. É a regulação dos conflitos interestaduais feita, no Brasil, especialmente pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), que irá ditar o elemento de conexão, ou seja, o parâmetro que será

---

<sup>125</sup>Essa posição difere da descrição comum orientada para o déficit de imigrantes que vivem “*entre dois mundos*” e não se encaixam em nenhum. Também é diferente da teoria clássica da aculturação, segundo a qual o imigrante gradualmente se integra à cultura dominante. Em vez disso, muitas famílias conseguem viver “em dois mundos”, alternando suas práticas diárias, rituais e códigos culturais dependendo do contexto em que se encontram ou descobrindo novas misturas culturais híbridas. Um exemplo contemporâneo mais dramático dessa visão dual é a experiência vivida por muitos imigrantes atualmente. Em um mundo global, a natureza da migração se modificou de um afastamento abrupto ou gradual da família e da cultura para a possibilidade de manter intensas conexões familiares à longa distância por meio do uso de modernas tecnologias de comunicação. Muitos imigrantes contemporâneos e seus filhos poderiam ser descritos como transnacionais que vivem com “dois corações”, comparados como um “coração partido”, conforme a alusão aos imigrantes que chegavam no passado. WALSH, Froma. **Processo normativos da família: diversidade e complexidade**. 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. p. 356.

<sup>126</sup> DUTRA, Deo Campos. Um novo Direito Internacional Privado para uma nova família internacional. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)**, Brasília/DF. v. 7, nº 2, Jul-Dez, 2012. p. 402-431. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/download/4650/2917>. Acesso em 12 de setembro de 2018. p. 411.

<sup>127</sup> DUTRA, Deo Campos. Um novo Direito Internacional Privado para uma nova família internacional. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)**, Brasília/DF. v. 7, nº 2, Jul-Dez, 2012. p. 402-431. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/download/4650/2917>. Acesso em 12 de setembro de 2018. p. 428-429.

considerado para informar o local que ditará a norma a ser aplicada, normalmente o domicílio das partes envolvidas.

O art. 7º da LINDB escolheu a lei do domicílio das partes como conector geral para reger as relações referentes aos Direitos de Família, havendo ainda uma série de outros elementos de conexão complementares para o casamento e a sucessão, que nem sempre funcionam, como no caso das famílias pluridomiciliadas. Considere-se ainda que existem também tratados internacionais sobre temas relativos a vários assuntos pertinentes, como proteção às crianças e adolescentes<sup>128</sup>, adoção internacional<sup>129</sup>, alimentos e sua execução<sup>130</sup>, guarda e sequestro internacional de crianças<sup>131</sup>.

Os problemas são vários: casamento/união estável internacional (que vão desde a lei que regerá a celebração e os impedimentos, à lei do regime de bens); divórcio internacional, partilha e o seu reconhecimento em outros países; guarda e sequestro internacional de crianças; direito aos alimentos e sua execução; adoção; tutela e curatela; sucessão de bens em vários Estados. O assunto não se esgota aí, tendo em vista que as matérias em Direito Internacional estão sempre interligadas, dependendo muitas vezes da cooperação jurídica internacional e do reconhecimento de decisões/sentenças estrangeiras.

A simples definição do país que receberá a competência processual e a lei que incidirá (seja nacional, estrangeira, ou algum tratado) não resolve completamente a questão<sup>132</sup>. Ainda devem ser analisados outros elementos que podem limitar, e até impedir, a aplicação de uma lei estrangeira (como a ordem pública e a fraude à lei), além dos elementos de validação de prova e interpretação desse direito alienígena.

A complexidade moderna das questões das famílias fluídas acoplada às dificuldades promovidas pelo cruzamento das fronteiras, físicas, culturais e legais, se tornam fatores que aumentam a confusão das questões do Direito de Família Internacional, desde as mais simples, como o reconhecimento de um divórcio feito em outro país, ou a efetivação do estágio de convivência na adoção internacional, até às mais complexas, como o casamento poligâmico de

---

<sup>128</sup> Declaração dos Direitos da Criança; Convenção de Haia sobre os Direitos da Criança – 1990.

<sup>129</sup> Convenção Interamericana sobre conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores La Paz – 1984; Convenção sobre a Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional – 1993.

<sup>130</sup> Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro de 1953; Convenção Interamericana sobre Obrigação de Prestar Alimentos Montevideu – 1989; Convenção de Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, e seu protocolo, de 2017;

<sup>131</sup> Convenção de Haia sobre os aspectos civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980.

<sup>132</sup> Muitas das situações resultam no julgamento processual de um caso em um ordenamento jurídico, utilizando a lei material de outro.

refugiados que estejam no Brasil, ou a devolução de uma criança ao seu país de origem, que foi vítima de sequestro<sup>133</sup> internacional por um de seus pais.

Importante considerar ainda que a grande maioria das famílias transnacionais comporta algum membro refugiado, situação esta que se torna ainda mais delicada, por se tratar de pessoas que, por sua própria condição, são ainda mais vulneráveis. Cumpre, identicamente, mencionar os eventuais membros apátridas, crianças e mulheres, seres que também estão em vulnerabilidade por sua própria natureza ou por questões históricas e políticas. Ou seja, além de estarem expostos aos problemas comuns de um cotidiano familiar, aos problemas relacionados à sua situação jurídica como estrangeiro em outro país, sofrendo muitas vezes com desemprego e xenofobia, somam-se os desafios da família transnacional.

Determinados os objetos do Direito de Família Internacional, que não conseguem ser resolvidos unicamente pelo Direito Nacional na grande maioria dos casos, passam-se à uma análise generalizada das normas internacionais de Direitos Humanos que oferecem proteção à constituição familiar.

#### **4.1 NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E COMO FUNDAMENTO AO DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA**

A família, conhecida como instituição base da sociedade, é disciplinada não só pelas leis específicas de cada estado, mas também por convenções e tratados, internacionalizados a partir de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a União Europeia, por meio da Corte Europeia de Direitos Humanos e do direito comunitário europeu. Há ainda outras convenções de matérias específicas de Direito de Família, referentes a divórcio, guarda, subtração internacional, mas não só isso.

Outras organizações internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), além de sujeitos *sui generis*, como a Santa Sé, possuem documentos específicos que

---

<sup>133</sup>O sequestro internacional aqui mencionado em nada corresponde ao sequestro do Código Penal Brasileiro. A situação aludida diz respeito ao cenário em que uma criança ou adolescente, menor de 16 anos, é retirada de seu país de residência habitual por um dos seus genitores ou responsável legal, sem a autorização do outro, independentemente da situação fática ou legal da guarda. A subtração internacional de menores de idade é regida por tratados internacionais e resolvida, seja para a devolução ou permanência no país, por meios próprios de cooperação jurídica internacional, cuja competência no Brasil é da Justiça Federal, com o apoio da Advocacia Geral da União.

incluem a proteção dos membros da família, como a Convenção Internacional para Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares (OIT/ONU) e a Carta das Famílias (Santa Sé).

Segundo Kowalik, “as normas de Direito Internacional reconhecem, na família, um papel natural e uma subjetividade jurídica, através do caráter de instituição, seja na estrutura estatal, seja no ordenamento internacional vigente”<sup>134</sup>. Inicialmente, o Código Bustamante<sup>135</sup>, internalizado no Brasil em 1929 e um dos primeiros a unificar em uma só legislação regras de Direito Internacional Privado, em especial conflitos de tempo e espaço, funcionando como um tipo de Código dessa matéria, fez suas manifestações em relação a família.

Apesar de não reconhecer um direito à formação familiar, ela reconhece a família como instituto jurídico merecedor de atenção e regramentos. A primeira menção é em relação ao elemento de conexão escolhido para os membros da família em relação aos conflitos de lei no espaço, sendo extensível o domicílio do chefe familiar à esposa e filhos, quando a legislação do país não a dispuser de outra maneira, uma regra condizente à situação destes à época<sup>136</sup>.

O tratado ainda traz o Capítulo 4 dedicado ao Matrimônio e Divórcio, tratando de questões relativas a impedimentos, lei pessoal, lei local, forma, efeitos, nulidade e separação de corpos, as quais serão mais bem delineadas em tópicos vindouros. O capítulo V da mesma lei trata ainda de matérias relativas ao Direito de Família, com assuntos de paternidade e filiação, seguindo para o Capítulo VI em relação às especificações quanto o Direito aos Alimentos. As matérias de Família seguem até o restante do título, até o Capítulo XIII, passando por adoção, ausência, tutela, emancipação e registro civil. É no artigo 74, em matéria de adoção, que a menção à denominação “família” retorna, abrangendo especificações sobre a família natural.

É importante registrar, nesse momento, que apesar de inúmeros artigos reguladores nas matérias de Direito Internacional Privado em relação à família, não há no documento nenhuma definição conceitual para o instituto jurídico, ou uma delimitação, quer seja até onde ou até qual grau de parentesco se estende seus efeitos de proteção jurídica e legal, o que deixa claro ao

<sup>134</sup>KOWALIK, Adam. **A noção de família no recente ordenamento da Igreja e no Direito Internacional**. Santa Maria: Biblos Editora, 2003. p. 211.

<sup>135</sup>BRASIL, **Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929**. Código de Bustamante. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em 14 de abril de 2020.

<sup>136</sup>Artículo 24. El domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y los hijos no emancipados, y el del tutor o curador o los menores o incapacitados bajo su guarda, si no dispone lo contrario la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio de outro. BRASIL, **Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929**. Código de Bustamante. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em 14 de abril de 2020.

intérprete jurídico que tais regras devem ser levadas em consideração tomando-se por base as legislações constitucionais e civis de cada país signatário.

No que diz respeito à inter-relação entre Direitos Humanos, Direito Internacional e Direito de Família, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, começa a traçar esse elo, já que o documento não só tratou do tema de maneira genérica e política, mas explorou também direitos civis, econômicos e sociais, em uma tentativa universalista e indivisível<sup>137</sup>.

A influência dos Direitos Humanos, que se desdobram nos Direitos Fundamentais quando adentra na proteção do Direito Constitucional irá influenciar as principais fontes do Direito Internacional Privado, quais sejam as leis ordinárias internas, bem como a própria Constituição, à medida que ela serve de suporte direto para a definição do que a sociedade brasileira e seu ordenamento jurídico entende como ordem pública<sup>138139</sup>, que é um dos principais limitadores da aplicação da lei estrangeira. Os Direitos Fundamentais, conforme o §3º art. 26 Do Código de Processo Civil de 2015<sup>140</sup>, também funciona como um limitador das normas e atos estrangeiros que possam incidir quando o suporte fático da norma de conexão assim determinar.

As normas de proteção aos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais encontram-se sobremaneira no Direito Internacional Privado, afinal esse ramo, apesar de incidir em ramos do Direito Privado<sup>141</sup>, é composto de normas públicas, como Tratados e Convenções, além da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB). Várias Convenções de Direito

---

<sup>137</sup>FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado**. Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 205.

<sup>138</sup> Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

<sup>139</sup> Art. 39. O pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

<sup>140</sup> Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: § 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

<sup>141</sup> A divisão entre Direito Privado e Direito Público é fundamental na análise introdutória do direito, bem como é um critério que pode ser visto pelo aspecto metodológico, na implicação da divisão dos conceitos específicos do direito para a compreensão do conceito geral, ou no âmbito da origem do direito, o que implica na precedência dos ramos do direito na própria construção histórica, ou na origem do direito consoante ao aspecto da sucessão de ideias para formação do sistema como um todo.

FREIRE, Leonardo de Oliveira. **A fundamentação metafísica do Direito na filosofia de Kant**. 104f.

Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal/RN, 2007. p. 77.

Internacional Privado, em especial as que tutelam direitos das crianças, possuem o viés de salvaguarda de normas fundamentais<sup>142</sup>. É o que podemos observar da Convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional de Haia de 1993, a mais recente<sup>143</sup>.

Logo, Direito Internacional Privado e Direitos Humanos estão em constante coadunação, em especial em matéria de família, que recebe a proteção do manto da ordem pública estatal em vários aspectos, como nos impedimentos e deveres matrimoniais e na proteção dos interesses das crianças. É sua missão proteger a dignidade da pessoa humana<sup>144</sup>, a ordem pública e os demais direitos fundamentais, tanto quanto qualquer outra norma jurídica do ordenamento jurídico brasileiro, seja de forma que (a) as regras de conflito de lei estejam em acordo com eles ou (b) na limitação do direito estrangeiro incidente quando os infringir.

O Direito Internacional Privado tem por fonte principal as leis reguladoras dos conflitos de leis, no caso brasileiro, a LINDB e os tratados que possuem esse objetivo e foram internalizados, mas é “possível verificar a ampliação da tendência constitucionalizante do Direito Civil para as normas do Direito Internacional Privado”<sup>145</sup>. Portanto, as “suas normas também devem estar adequadas aos princípios, garantias e normas constitucionais”<sup>146</sup>.

Em relação às normas de Direito Público e aos Tratados de Proteção aos Direitos Humanos como normas imperativas de incidência no Direito Internacional Privado, que é um canal de comunicação intercultural, analisar-se-á então os dois principais documentos no Brasil, a DUDH e Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e seus artigos de proteção à instituição família de maneira geral.

---

<sup>142</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado**. Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 208.

<sup>143</sup> Artigo 1. A presente Convenção tem por objetivo: a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional.

BRASIL. **Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999**. Convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional de Haia de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

<sup>144</sup> “Ao elaborar a segunda fórmula do imperativo categórico, Kant anuncia ‘age de tal forma que tu trates a humanidade, tanto na tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e nunca como um meio’ (KANT, 1980). Para ele, todo ser humano é dotado de dignidade em virtude de sua natureza racional, ou seja, cada ser humano tem um valor primordial independentemente de seu caráter individual ou de sua posição social. (...) A noção de dignidade instauraria, assim, uma nova fórmula de vida capaz de garantir a liberdade e a autonomia do sujeito.”

KANT apud PEQUENO, Marconi José. Filosofia dos Direitos Humanos. In: TOSI, Giuseppe (org.) **Direitos Humanos: história, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária, 2005. p. 164.

<sup>145</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado**. Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 220.

<sup>146</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado**. Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 222.

Em se tratando da DUDH, a primeira menção à família ocorre no artigo 12, garantindo o exercício da autonomia privada e proibindo que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”<sup>147</sup>.

A próxima proteção dada à família acontece no artigo 16<sup>148</sup> e se refere a um dos principais temas objeto deste trabalho, qual seja o direito de se constituir e fundar uma. O direito de todo ser humano fundar uma família<sup>149</sup> comporta a possibilidade de casar, procriar ou adotar, respeitando, por óbvio, as possibilidades reais e legais, como a idade núbil, para tal. O artigo ainda equipara homens e mulheres e reforça a importância do livre consentimento de ambas as partes. Destaque-se que a DUDH já reconhecia as possibilidades de dissolução da união, mesmo em 1948 quando a maioria dos países não tornava isso possível.

Nesse direito de fundar uma família, apesar da menção ao matrimônio, não se exclui dele a constituição por outras formas de família, como no caso brasileiro há a possibilidade do exercício desse direito pela união estável, registrada ou não. Deve-se manter uma interpretação dinâmica e atual, não excluindo as uniões “de facto<sup>150</sup>”. Ainda, apesar da DUDH mencionar a expressão “homem e mulher”, não há exclusão da proteção dada a outros modelos de família baseados em formas diversas de exercício da orientação sexual ou gênero<sup>151</sup>.

Ainda, no ponto 3, há, talvez, um dos maiores reconhecimentos na história mundial das teorias que as ciências sociais, políticas e filosóficas tanto reafirmaram ao longo das décadas de que a família é fundamental e é a base de toda a sociedade. É esse fundamento que autoriza a intervenção do Estado nela, no sentido de fornecer os meios necessários para a sua proteção, preservação dos seus membros e de suas individualidades. Entende-se aqui que o objetivo da DUDH foi tornar claro que a família nasce da realidade social, de uma necessidade humana, e não do Direito e preexiste o Estado<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em junho de 2021.

<sup>148</sup> Artigo 16º 1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em junho de 2021.

<sup>149</sup> ALMEIDA, Susana. **Família a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 142-143.

<sup>150</sup> Perspectiva portuguesa e espanhola para as uniões estáveis. Na França, a nomenclatura que se dá é Pacto Civil de Solidariedade (PAC) quando registrada, ou união livre.

<sup>151</sup> ALMEIDA, Susana. **Família a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 142-143.

<sup>152</sup> KOWALIK, Adam. **A noção de família no recente ordenamento da Igreja e no Direito Internacional**. Santa Maria: Biblos Editora, 2004. p. 215.

No artigo 23<sup>153</sup>, que trata sobre direitos trabalhistas, há no ponto 3 uma observação em relação à família, retratando que o trabalhador faz jus a uma remuneração que garanta a dignidade humana a ele e aos seus. O artigo 25 vem em uma linha parecida, mas mais focada no direito assistencial, em que deve ser assegurado à pessoa e à sua família saúde e o bem-estar, alimentação, vestuário, alojamento, assistência médica e serviços sociais necessários, como, por exemplo, direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade<sup>154</sup>.

O artigo continua a complementar, tutelando especialmente as assistências especiais da maternidade e da infância, com uma observação importantíssima, que em equipara e traz a igualdade entre os filhos, sejam eles concebidos dentro ou fora do casamento. É a proteção especial à criança, que só posteriormente, em convenções no final da década de 80, foi ser reconhecida como sujeito de direitos.

No Brasil, apesar da previsão da DUDH desde 1948, essa equiparação, como visto nos capítulos anteriores, não foi feita constitucionalmente logo. No artigo seguinte, no ponto 3, há a previsão de que “aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos<sup>155</sup>”, incorporando, mais uma vez, a prioridade da autonomia privada na vida familiar e educação aos filhos.

Finalizados os artigos que tratam da família na DUDH, percebe-se, de pronto, que apesar de muitas proteções estarem formalizadas internacionalmente desde 1948 elas demoraram a adentrarem no sistema jurídico brasileiro infra e constitucionalmente, seja de maneira formal ou material. Prossegue-se, então, à análise da proteção concedida no contexto

---

<sup>153</sup>Artigo 23° 1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em junho de 2021.

<sup>154</sup>Artigo 25° 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma protecção social.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em junho de 2021.

<sup>155</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em junho de 2021.

interamericano à família e às crianças por meio do documento principal, e basilar da CADH, pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, que também é conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, em virtude ter sido assinado nessa cidade em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica. Só veio a ser assinada pelo Brasil em 1992 e veio a ter status de norma constitucional apenas com a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, contudo o seu processo de internalização ainda conseguiu exercer influência sobre os preceitos da Constituição Federal de 1988, em particular no seu art. 226<sup>156</sup>.

A organização dos artigos da CADH possui uma ordem parecida com a DUDH. O Artigo 11, item 2, contém também a proteção à vida privada familiar, em que se proíbe a ingerências arbitrárias ou abusivas<sup>157</sup>. Enquanto no artigo 11 a proteção ao núcleo familiar se dá de maneira mais genérica, a CADH resolveu inserir o artigo 17 com a denominação “Proteção Familiar”, com cinco itens<sup>158</sup>.

O primeiro também define a família como o elemento natural e fundamental da sociedade. Contudo, além de tutelar a instituição pelo Estado, a CADH também inclui a sociedade na missão dessa proteção especial. Ato contínuo, de maneira muito similar à DUDH, a Convenção continua sobre o direito de constituição familiar aos que possuem idade núbil e preenchem os demais requisitos exigidos pelas normas internas, referenciando ainda a indispensabilidade do acordo mútuo de vontade entre as partes. Aqui, se referencia os mesmos comentários em relação ao direito de formar uma família, ao gênero e orientação sexual e à não exclusão protetiva às uniões estáveis.

---

<sup>156</sup>ÁVILA, Flávia de; HOLANDA, Gabriela Ferreira Pinto de. A importância do Pacto de San José da Costa Rica para a proteção das famílias brasileiras. In: **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Brasília, v.3, n.1, p.74-90, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/2169/pdf>. Acesso em junho de 2021. p. 75.

<sup>157</sup>BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

<sup>158</sup>ARTIGO 17 Proteção da Família 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem à idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.4. Os Estados-Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

No ponto 5, a CADH iguala o status de filiação e tratamento aos filhos que nasceram na constância ou fora do casamento. A inovação em relação à DUDH acontece no ponto 4, em que estipula que os Estados-Partes protejam e ajam ativamente para promover tanto a igualdade de direitos entre os cônjuges, coma a de responsabilidades e deveres. Essa igualdade de partes deve ser mantida até mesmo após a separação ou divórcio do casal. O Estado deve, assim, proteger especialmente os filhos resultantes dessa união. O interesse máximo e preponderante deve ser dos menores de idade, já abarcando, de maneira mais incidente, a tendência da doutrina do superior interesse da criança, iniciada nesse período.

O artigo 19 tratará dos direitos das crianças. É composto de apenas um item, que assegura à criança e ao adolescente o “direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.” No artigo 12, que dispõe sobre a liberdade religiosa e de consciência, a Convenção trouxe como responsabilidade e direito dos pais ou tutores a educação religiosa e moral dos filhos que esteja em acordo com suas próprias convicções<sup>159</sup>.

Esse dispositivo, ao contrário de alguns outros comentados, não é tão simples. Se a criança é sujeito de direitos e deve haver a sua máxima proteção, questiona-se (sem querer resolver aqui a matéria) o motivo da educação religiosa acontecer não pelo seu superior interesse, mas de acordo com o melhor interesse doutrinário de seus pais. Por ser incapaz, a vontade para atos civis de liberdade religiosa e de crença da criança e do adolescente, nesse caso, é desconsiderada? Independentemente da resposta, o questionamento é interessante e profundo.

No artigo 32, tocando na questão dos deveres das pessoas, o item 1 dispõe que “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade”, reforçando, mais uma vez, que o papel da família conforme as ciências sociais e a filosofia em ser uma microcélula representativa da sociedade. Se a CADH a coloca lado a lado da comunidade e da humanidade de maneira geral, é porque ela é verdadeiramente um núcleo menor representativo da porção maior<sup>160</sup>.

Encerrada a análise dos artigos que dispõem de maneira direta sobre a família na DUDH e na CADH, em confluência com o discutido no capítulo anterior sobre o compilado histórico,

---

<sup>159</sup>BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

<sup>160</sup>BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

constitucional e legislativo das mudanças na família, percebe-se que o conjunto de ideais existentes na atual Constituição Brasileira encontra-se em consonância com os tratados. Apesar da CADH ainda não estar ratificada na época de promulgação, é impossível que os debates sobre os temas no contexto interamericano (e mundiais), não tenham influenciado o Poder Constituinte brasileiro da década de 80.

Imprescindível deixar claro que esses não são os únicos tratados que protegem a família e as crianças no Direito Internacional. Não há dúvidas que a família, de modo geral, é protegida juridicamente nas ordens jurídicas, inclusive nos diplomas legais internacionais, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, arts. 8º e 12º, a Carta Social Europeia de 1961, arts. 16º e 19º, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, arts. 7º, 9º e 33º, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, arts. 11º e 17º, e a Carta Africana de 1981, art. 18, além da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, no art. 12<sup>161</sup>.

Fora os demais tratados de Direito Público, a professora Maristela Basso sistematizou em tabela esquematizada para fins informativos a grande maioria das Convenções Internacionais que poderiam afetar o Brasil e que versam sobre Direito de Família. Além das que já foram comentadas e/ou citadas neste trabalho, ou ainda serão, há algumas interessantes que aludem sobre o casamento, o divórcio, sobre alimentos, guarda parental (em alguns países custódia), direitos das crianças e adolescentes e sucessão. A autora traz ainda a referência da norma internacional ter sido ou não internalizada pelo Brasil<sup>162</sup>.

Apesar de ter valor diferenciado mais moral do que forense, e não ser um documento valoradamente jurídico, a não ser no Vaticano e em países que o Código Canônico funciona como lei, A Santa Sé, organização internacional *sui generis* representativa do Estado do Vaticano e da Igreja Católica, elaborou a “Carta das Famílias”. Nesta senda, a Santa Sé, representante máxima e universal da Igreja Católica, sujeito independente de Direito Internacional, imprime diversos atos unilaterais, alguns deles com questões obrigatórias para seu devido funcionamento, como alguns cânones de seu código oficial, ou de valores mais simbólicos, de importância mais valorativa, como seus pronunciamentos e a Carta de Direitos da Família.

<sup>161</sup> ALVES, Jones Figueirêdo. **A Família no Contexto da Globalização e suas Repercussões no Direito**. Revista Justiça & Cidadania, Rio de Janeiro, edição 112, p. 10-15, 2009. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/a-familia-no-contexto-da-globalizacao-e-suas-repercussoes-no-direito/>>. Acesso em 26 de dezembro de 2018.

<sup>162</sup> BASSO, Maristela. **Convenções Internacionais de Direito de Família e direito do menor**. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/maristela-basso-convencoes-internacionais-direito-de-familia.pdf>. Acesso em maio de 2021.

A Santa Sé exerce sua influência por meio das missões que envolvem questões com consequências relacionadas a valores jusnaturalistas de direitos humanos, da proteção da família e das crianças, ou ainda outros temas pelos quais a Igreja Católica venha a se interessar. A exemplo tem-se as campanhas da fraternidade, voltadas a um único tema escolhido pelo Papa, de vinculação mundial às Igrejas Católicas Particulares, ou ainda por meio de sua força nas ações de seus fiéis encantados com os pronunciamentos oficiais, referentes ao controle populacional, justiça e paz. As palavras do Papa podem impactar, em graus variados, o mundo da política e os cidadãos do mundo compartilhando valores e posições do Estado como representante espiritual<sup>163</sup>.

Deve-se destacar, em meio a isso, a Carta de Direitos da Família<sup>164</sup>, apresentada pela Santa Sé a todas as pessoas, instituições e autoridades interessadas na missão da família no mundo contemporâneo, datado de 22 de outubro de 1983, emitida pelo antigo Pontifício Conselho para a Família da Santa Sé. Ela possui valor simbólico similar ao que a DUDH tem para ONU, determinando diretrizes de cunho humanitário e principiológico com a finalidade de demonstrar aos organismos internacionais, Estados, seus fiéis e a todas as pessoas, os direitos fundamentais da sociedade natural e universal que é a família, constando isto nas suas linhas introdutórias como “direitos impressos na consciência do ser humano e nos valores comuns de toda a humanidade”, estando “a sociedade chamada para promovê-los na integridade do seu conteúdo”.

Intrigante ainda delinear que a Igreja Católica, por meio da Santa Sé, tem sido ao longo dos séculos um meio propagador da transnacionalização, antes mesmo do fenômeno se fortificar por meio do fenômeno mais precoce da globalização. A doutrina cristã cresceu em conjunto com as expansões comerciais, levando consigo o Direito Internacional e Concordatário. O florescimento de novos sujeitos de Direito Internacional que competem com o Estado, que o jurista se refere, fica bem explícito pela atuação dos órgãos não-estatais confessionais não só católicos.

Em relação ao Direito comunitário europeu, a União Europeia possui um marco muito forte de Direitos Humanos em relação à família na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), sendo considerado um dos melhores sistemas regionais nessa área, já que o indivíduo

---

<sup>163</sup>PORTILHO, Ana Cláudia. O Ator Santa Sé na Política Internacional Moderna. **Revista Cadernos de Estudos Sociais e Políticos**, UERJ, Rio de Janeiro. v.1, n.2, ago-dez/2012. p. 53.

<sup>164</sup>ESTADO DA CIDADE DO VATICANO. **Carta dos Direitos da Família**. Disponível em <http://www.universocatolico.com.br/index.php?/familia-carta-dos-direitos-da-familia.html>. Acesso em 08 de outubro de 2018.

consegue acesso direito à sua Corte, tratando também das questões familiares. Ainda assim, persistem as tentativas de uma “harmonização” da matéria privada naquela comunidade internacional<sup>165</sup>.

Apesar do Direito de Família ser o ramo em que a multiplicidade de valores sociojurídicos, culturais, religiosos, morais se encontram de maneira mais incisiva, tem-se observado a tendência de relativização desses preceitos mencionados em nome de uma “unificação legislativa internacional”, especialmente em regiões com valores parecidos, como a União Europeia.

Nesse referido continente europeu tem crescido o fenômeno da “europeização do Direito de Família”, que se trata de uma tentativa de harmonizar algumas normas desse ramo do Direito, haja vista a intersecção frequente de famílias internacionais e a aproximação dessas culturas jurídicas, conduzindo à enunciação de princípios jurídico-familiares comuns em vários documentos e tratados internacionais. É sobre isso que se passa a discutir.

## **4.2 UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA INTERNACIONAL E O MODELO EUROPEU PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Tratar da questão das famílias internacionais, mesmo na perspectiva brasileira (e de seu conjunto normativo) remete ao tema da unificação e uniformização da matéria. Em face das conjunturas locais de cada país e de cada região, alicerçadas em suas próprias histórias e evoluções culturais, conforme discussões dos capítulos anteriores, cada Direito de Família foi sendo moldado e esculpido de modo progressivo, absorvendo características de cada época, refletindo comportamentos e espelhando os efeitos políticos de cada geração.

De certo que, no Ocidente, algumas situações, como a equiparação dos cônjuges, foram sendo construídas de maneira simultânea, ou seguindo tendências de outros países culturalmente elevados como referência, mas é inegável que cada um tem feito à sua maneira peculiar, dado que o Direito não pode fugir dos aspectos sociais, culturais e filosóficos de um povo.

Desde muito tempo as normas do direito pátrio requerem coadunação com as regras de direito estrangeiro. Tal operabilidade conjunta iniciou-se com as aplicações das normas de Direito Canônico, quando recepcionadas para produzir efeitos civis relacionados a casamentos

---

<sup>165</sup>DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. **Derecho Constitucional de Familia**. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 6-7.

e outros temas matrimoniais. Como lembram Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, seria incompleto o estudo das relações jurídicas familiares caso não se referisse, ainda que sucintamente, às circunstâncias em que deve ocorrer o afastamento do direito interno e a aplicação de comandos de outros sistemas jurídicos, conjuntura esta plenamente possível no Direito Internacional Privado, com áreas e discussões polêmicas próprias.<sup>166167</sup>

A grande movimentação migratória da atualidade justifica e ratifica o interesse nesses tipos de demanda. Essa zona cinzenta de solução desses problemas, com constantes dúvidas sobre qual conjunto normativo deve ser aplicado, sobretudo quando constatada a presença de diversos elementos de contato com a relação matrimonial (como local da celebração, país em que residem ou que residir, local em que os efeitos devem ser aplicados, o domicílio anterior ao casamento, ou, na hipótese de não haver um domicílio comum após o casamento, qual o local em que eles estarão prioritariamente), funda uma confusão normativa estabelecida, identicamente, na existência de justificativa para utilização de comandos distintos em situações iguais, com razoáveis respostas em cada caso.

Daí surge a crescente demanda, que alguns optam por direcionar a solução dessas respostas em uma uniformização ou harmonização das normas, com sua consequente aplicação de forma mais homogênea. No Direito Brasileiro, em que pese mais especificamente no Internacional Privado, não se cogita mais tanto atualmente, de maneira prática, uma tentativa de uniformização de tais regras no âmbito comunitário da América Latina, ou no âmbito do Mercosul, como acontece na Europa ou até mesmo como ocorreu na época das discussões do Código Bustamante<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup>Sobre a experiência portuguesa na matéria, temos que: “Não se torna necessário justificar a existência, nos sistemas jurídicos estrangeiros, de normas disciplinadoras das relações familiares, uma vez que tais sistemas respondem por igual, ainda que em termos distintos, e no seio das respectivas unidades estaduais, aos mesmos problemas humanos e sociais a que as normas portuguesas congêneras visam dar solução”  
COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 718.

<sup>167</sup>Tanto, que é objeto de estudo do Direito Internacional Privado (DIPr), para algumas correntes, a aplicação da lei estrangeira quando ela for apontada como a lei regente pelos elementos de estraneidade. A prova do Direito Estrangeiro e a dificuldade, fora a resistência, dos juízes e advogados brasileiros, inclusive dos próprios Tribunais Superiores, em aplicar, interpretar e provar tais leis estrangeiras são situações comuns no país e que desencadeiam diversos projetos à parte de pesquisa. Para informações sobre o objeto de estudo do DIPr e suas correntes doutrinárias, sugere-se a consulta das obras dos internacionalistas Amílcar de Castro e Oscar Tenório.

<sup>168</sup>O Código Bustamante (antiga Convenção Pan-Americana de Direito Internacional Privado), ratificado e promulgado no Brasil entre 1928/1929, foi uma tentativa americana de unificar as normas de Direito Internacional Privado em um contexto regional, de iniciativa do Peru, Uruguai, Panamá, Equador, México, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Colômbia, Honduras, Costa Rica, Chile, Argentina, Paraguai, Haiti, República Dominicana, Cuba, Estados Unidos da América e Brasil. Foi criado em um contexto anterior à Organização dos Estados Americanos (OEA), frente à União Pan-Americana. Conforme já analisadas as normas de referência à família, no tópico anterior, o Código, ainda em vigor, contribuiu sobremaneira não só para a família internacional, mas ainda no contexto contratualista, empresarial, obrigacional, penal, processual e até mesmo em relação aos aspectos de nacionalidade, mesmo com os países contratantes aplicando várias

Tal negação em se levantar uma harmonização regional é justificada quando se sobrepesa as alteridades culturais no próprio Brasil e, de maneira ainda mais incisiva, as enormes disparidades entre lei formal e jurisprudência no Direito de Família. Essas diferenças doutrinárias e ideológicas acontecem não só entre os dois, mas também na própria jurisprudência, às vezes no mesmo Tribunal Estadual<sup>169</sup>.

Apesar do Direito de Família ser o ramo em que a multiplicidade de valores sociojurídicos, culturais, religiosos, morais se encontram de maneira mais incisiva, tem-se observado a tendência de relativização desses preceitos mencionados em nome de uma “unificação legislativa internacional”, especialmente em regiões com valores parecidos, como a União Europeia.

No continente europeu tem crescido o fenômeno da “europeização do Direito de Família”, que se trata de uma tentativa de unificar algumas normas desse ramo do Direito, haja vista a intersecção frequente de famílias internacionais e a aproximação dessas culturas jurídicas, conduzindo à enunciação de princípios jurídico-familiares comuns em vários documentos e tratados internacionais.

O modelo europeu de proposta de uniformização, às vezes descrita como harmonização, que melhor nos serve de modelo nessa seara, está alicerçado em dois níveis: primeiro a unificação do Direito de Família dos Estados europeus, e em segundo, a construção do Regulamento da Unificação Europeia com incidência familiar. Sobre o tema, Jorge Duarte Pinheiro informa que:

Independentemente de qualquer esforço público ou privado deliberado no início do século XIX já havia um Direito de Família Europeu. As transformações que afectaram a generalidade dos países europeus nas décadas anteriores levaram à formação, quase espontânea, de um núcleo comum de Direito de Família, produto de uma crescente homogeneidade das diversas sociedades nacionais e de uma tendência para importantes soluções provenientes de ordenamentos estrangeiros tidos como mais avançados.

---

ressalvas em diversas matérias. O Brasil fez ressalvas, na época, em relação aos artigos relacionados ao divórcio, que não era permitido ainda no país, conforme explicitado no tópico de legislação nacional deste trabalho. Contudo, isso serve para delinear como essa tentativa de unificação era ampla, abrangente e à frente da sociedade de alguns países americanos da época. Apesar de ter sua importância e aplicação prática relativizada atualmente, continua sendo hoje uma referência não só de unificação de matéria de DIPr, mas também da autonomia privada como elemento de conexão contratual, usada por juristas brasileiros como argumento permissivo sobre as possíveis proibições da LINDB acerca desse elemento. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.p. 91-92. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 65-68.

<sup>169</sup> O Professor Dimitre Soares traz, em sua tese de doutorado, mais aporte teórico e aprofundamentos em relação às disparidades entre as normas jurídicas codificadas e a jurisprudência de Direito de Família no Brasil. Para mais informações e aporte científico sobre a matéria: CARVALHO, Dimitre Braga Soares de Carvalho. **A crise do Direito de Família codificado no Brasil**. Porto: Editorial Juruá, 2019.

E segue o professor português, na experiência lusitana em matéria de Direito Internacional Privado:

Efectivamente, é visível a convergência entre vários Estados europeus em certos regimes fundamentais como o do casamento, o do divórcio, ou o estatuto dos filhos. No entanto, subsistem diferenças de fundo entre os Direitos de Família dos vários Estados europeus (por exemplo no que respeita à relevância civil do casamento religioso, ao regime matrimonial de bens supletivo e ao casamento entre pessoas do mesmo sexo).<sup>170171</sup>

Importante ratificar que, diferentemente do que acontece no Brasil e na América Latina, há um núcleo comum em matéria de Direito de Família na Europa, dada a proximidade e facilidades de acesso das pessoas entre os países dali, bem como as grandes trocas culturais havidas ao longo do século. Em 1994, o parlamento europeu deu início aos estudos para elaboração e realização de um Código Europeu de Direito Privado. Tal iniciativa, embora interessante, não chegou a ser implementada.

Em 1998, após um hiato temporal que denota as dificuldades próprias de um esforço de tamanha proporção para reunir diretivas que pudessem ser comuns aos Direito de Família de cada estado, foi instalado um “grupo de estudos sobre o Código Civil europeu”, mas os encaminhamentos não foram muito produtivos. Relata Jorge Duarte Pinheiro que um a relatório sobre os trabalhos do referido grupo, apresentado em comunicação em Colóquio internacional que ocorreu na cidade de Coimbra, em 2000, concluiu que as reservas imediatas à uniformização não seriam exequíveis sem “sacrifício da identidade jurídica dos estados membros”.<sup>172</sup>

Cumprе ressaltar que os empecilhos encontram lastro na dualidade própria do Direito de Família, que em significativa maioria dos países ocidentais está subdividido em normas de natureza pessoal e normas de natureza patrimonial (que também é o caso do modelo brasileiro). Dessa forma, na experiência europeia, que já vivenciava a realidade de uma comunidade econômica ampla e com significativo sucesso, a elaboração de um código patrimonial econômico de Direito de Família seria, em tese, mais efetiva e fácil de ser realizada. Já as questões de direito pessoal de família, face sua peculiaridade normativa e por retratarem traços muito marcantes da cultura de um povo, não seriam objeto fácil para reunião e unificação.

Progressivamente, em 2001, foi criada a Comissão de Direito de Família europeu como cabal expressão da real necessidade de unificação das normas em um continente incrivelmente conectado por questões geográficas, políticas e culturais. Tal Comissão, constituída por

<sup>170</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito de Família contemporâneo**. Coimbra, Almedina, 2016, p. 81.

<sup>171</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito de Família contemporâneo**. Coimbra, Almedina, 2016, p. 81.

<sup>172</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito de Família contemporâneo**. Coimbra, Almedina, 2016, p. 82.

especialistas de diversas nacionalidades, elaborou princípios que se propuseram a ser comuns nas temáticas de fim do casamento, pensão alimentícia para ex-cônjuges, cuidados e responsabilidades parentais e efeitos patrimoniais do casamento.

Como resultado da reunião e dos esforços da Comissão de Direito de Família Europeu, forma estabelecidos e divulgados em 2004 os princípios (no total de 20, divididos em duas partes. Na parte I, relata Jorge Duarte Pinheiro, estão os princípios dedicados á temática do divórcio, estabelecendo: - recomendação à aceitação do divórcio; - a regulamentação do processo de divórcio e a fixação da autoridade competente para julgamento; - o estabelecimento de divórcio por mútuo consentimento; - conteúdos e formas dos acordos de divórcio por mútuo consentimento; - regras sobre a separação de fato (separação de corpos); - a chamada “cláusula de onerosidade excessiva”, para hipóteses de divórcios que precisam ser deferidos com máxima brevidade; - consequências dos divórcios deferidos por autoridades competentes.

Já a Parte II dos princípios trata diretamente da fixação de alimentos entre ex-cônjuges. Decerto, tal preocupação encontra lastro no grande número de pedidos de pensão entre ex-cônjuges do bloco, que vivem em estados diferentes. Nessa Parte II estão estabelecidos os seguintes direcionamentos normativos aos países do bloco: - excepcionalidade na concessão de alimentos para ex-cônjuges; - os critérios para fixação da pensão de alimentos; - o modo de cumprimento da pensão de alimentos; - a clausula de onerosidade excessiva para o devedor (que impede, limita ou extingue a obrigação de alimentos em face do comportamento próprio do credor da dívida alimentar); - sobre a duração da pensão de alimentos para o ex-Cônjuge (que no Brasil seria o equivalente aos alimentos temporários); - a extinção dos alimentos entre ex-cônjuges; - estabelecimentos de acordos e pactos sobre alimentos pós-matrimoniais.<sup>173</sup>

No ano de 2007 vieram à luz os Princípios do Direito de Família europeu relativos a responsabilidades parentais. Naquele então forma 39 princípios, repartidos nos seguintes temas: - direitos das crianças; - responsabilidade parental de pais e terceiros; - exercício das responsabilidades parentais; - conteúdos das responsabilidades parentais; - procedimentos. Da leitura de todo esse conjunto principiológico, percebe-se que a metodologia adotada foi no sentido de abarcar o maior número possível de normas vigentes nos países europeus, e que apenas subsidiariamente traduzissem soluções inovadoras ou flagrantemente distintas para cada nacionalidade.

Importante destacar que em alguns países, como é o exemplo de Portugal, houve inclusão e alteração legislativa interna a partir da publicação dos Princípios da Comissão de

---

<sup>173</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito de Família Contemporâneo**. Coimbra, Almedina, 2016. P. 81.

Direito de Família Europeu. Cite-se, como exemplo, a Lei n.º. 61/2008, de 31 de outubro daquele ano, que alterou o Código Civil em temas como divórcio e exercício das responsabilidades parentais, sem prejuízo das normas internas às quais houve adaptação.

Por fim, em 2013, foram publicados os derradeiros Princípios Europeus de Direito de Família, direcionados para as relações patrimoniais entre os cônjuges. Os temas abordados forma os seguintes: - direitos e deveres gerais dos cônjuges; - acordos sobre regimes matrimoniais de bens; - contribuições para os encargos da família; - proteção da casa que serve de moradia a família; - questões relacionadas aos regimes de bens.

Atualmente, o site oficial de Justiça da união Europeia (*e-justice.europa*), congrega informações sobre a perspectiva de unificação da matéria, embora continue disponibilizando as peculiaridades de cada estado membro em matérias específicas. Senão vejamos:

O direito de família é constituído pelo conjunto das regras jurídicas que se aplicam às relações entre as pessoas unidas pelo vínculo de filiação (ou seja, um vínculo de parentesco que liga, por exemplo, um filho à mãe ou ao pai) ou de casamento (ou união de facto registada). (...)Estas regras variam de um Estado para o outro, visto estarem intrinsecamente ligadas à história, à cultura e à evolução social de cada país. A União Europeia tem por objectivo definir regras comuns em direito de família, a fim de que os cidadãos europeus não se vejam entravados no exercício dos seus direitos pelo facto de viverem em diferentes países da União Europeia ou porque mudaram de um país para o outro ao longo da sua vida. Não obstante, os Estados-Membros devem estar todos de acordo quando se trata de adoptar essas regras.

A disposição da União Europeia para sistematizar as normas de Direito de Família para os estados do bloco constitui forte exemplo que pode ser seguido por outros países/ estados ou grupos de países. A ideia da sistematização serve de modelo e reflexão para efetivar as dificuldades das matérias afeitas ao Direito Internacional de Família, com destaque, para os desafios específicos apontados nesse trabalho, que são a satisfação de alimentos internacionais e a subtração internacional de crianças.

## 5 DESAFIOS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL INTERNACIONAL

A temática da constituição familiar, especialmente no que diz respeito ao casamento e união estável, é revestida de inúmeras peculiaridades e características. Essas, muitas vezes, diferem entre si a depender de cada cultura e do contexto social em que se encontram determinados grupos de pessoas no planeta, de modo que se trata de assunto de extrema relevância no âmbito do direito, especialmente no que se refere ao direito de família, por regular essa e outras situações específicas, e, igualmente, exercer fundamental importância para com o direito internacional no que diz respeito às migrações.

O casamento é aqui inserido como mais um dos desafios do Direito de Família Internacional pela sua natureza jurídica complexa, entendendo-se que a instituição, que gera uma família, produz efeitos mistos de contrato, originário de um acordo de vontade das partes, tanto pessoais quanto patrimoniais, ultrapassando as vontades individuais das partes, acarretando direitos e deveres recíprocos advindos de normas de ordem pública<sup>174</sup>. Necessariamente, os casamentos e uniões, sejam eles ocorridos em âmbito nacional ou internacional, representam a concretização e a formalização através da união civil entre indivíduos, gerando, com isso, um novo núcleo familiar.

De início, as discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica do casamento são várias, por não haver, no Código Civil brasileiro, nenhum dispositivo que deixe expresso. Na visão de César Fiúza, o casamento representa uma união, por meio da qual há um objetivo de satisfação mútua entre os indivíduos, com a constituição e formação de família<sup>175</sup>, conceito esse que é corroborado por Carlos Roberto Gonçalves, ao afirmar que o casamento gera a formação de família em sua forma mais tradicional<sup>176</sup>.

Uma primeira corrente, adotada por Pontes de Miranda, defende a sua natureza contratual, que remete origem aos canonistas e ideólogos da Revolução Francesa, pois, dessa forma, o casamento poderia ter seu fim na medida em que passa a ter uma falha no seu consentimento, o que impediria a continuidade do contrato.

Uma parte doutrinária se mantém nessa ideia até hoje, tendo em vista ainda que requer o ato jurídico requer consentimento, partes capazes, forma e solenidades bem delineadas e

<sup>174</sup> MONTEIRO, Jannice Amóras. Casamento consular e seu registro no Brasil. In: FULCHIORON, Huges; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos (orgs). **Famílias Internacionais: Seus Direitos, Seus Deveres**. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 56.

<sup>175</sup> FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15ed. rev. amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p. 1216.

<sup>176</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil – Direito de família**. 15ed. v 2. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 204.

rígidas, bem como formas de extinção do vínculo específicas<sup>177</sup>. Segundo Paulo Lôbo, o casamento “é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”<sup>178</sup>.

Para Maria Helena Diniz, o casamento deve ser investido de determinadas condições jurídicas<sup>179</sup> e, desta forma, representa uma união que deve ser reconhecida pelo Direito, a partir do cumprimento de determinadas condições para a realização e efetivação do casamento enquanto ato jurídico. Apesar das complexas discussões jurídicas sobre o casamento ser negócio ou ato jurídico, não será esta a temática do foco do trabalho.

Já uma segunda defende o casamento como uma instituição, que apesar de ter incidência da liberdade e autonomia privada em muitos aspectos, como na formalização, na eleição e possível elaboração de um regime de bens próprio, regras da vida privada, ainda há a limitação de algumas esferas do matrimônio pelo poder público, como a incidência de normas de ordem pública e normas imperativas, que objetivam conferir a ele uma ordem jurídica e social, dada a sua forma especialíssima, que não são exigidas em nenhum outro contrato, além de solenidades rigorosas e indispensáveis para compor a validade e eficácia ao ato conjugal<sup>180</sup>.

Há ainda uma terceira vertente, bastante aceita entre os atuais juristas, que reconhece no casamento uma natureza jurídica híbrida do casamento, como um contrato especial, único, com consequências que vão além da esfera econômica, abrangendo extensamente os efeitos de natureza pessoal, conforme ensinamentos de Sílvio Rodrigues<sup>181</sup>.

Dito isso, o que é de comum acordo é que o casamento é um direito fundamental, garantido a todo brasileiro e estrangeiro que aqui decida se casar<sup>182</sup>, limitados pelas hipóteses

<sup>177</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593655/>. Acesso em: 16 Junho de 2021. p. 44.

<sup>178</sup> Ainda sobre a comparação entre o casamento e outras instituições do Direito, Lôbo complementa que “o que peculiariza o casamento é o fato de depender sua constituição de ato jurídico complexo, ou seja, de manifestações e declarações de vontade sucessivas (*consensus facit matrimonium*), além da oficialidade de que é revestido, pois sua eficácia depende de atos estatais (habilitação, celebração, registro público). As demais entidades familiares são constituídas livremente, como fatos sociais aos quais o direito atribui consequências jurídicas. Por isso que a prova destas, diferentemente do casamento, localiza-se nos fatos e não em atos”.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593655/>. Acesso em: 16 Junho de 2021. p. 44.

<sup>179</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1432.

<sup>180</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 16 Jun 2021. p. 107.

<sup>181</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 18.

<sup>182</sup> E, para tanto, gratuita. Alguns doutrinadores reforçam o direito fundamental ao casamento ao estrangeiro que aqui resida. Contudo, decidiu-se excluir a última parte da denominação, tendo em vista que qualquer estrangeiro, obedecendo aos requisitos de celebração e habilitação brasileiros, pode aqui se casar. “Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração. Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.”

de falta de capacidade e impedimentos legais; que abrange a união entre duas pessoas; formalizada e regulamentada pelo Estado, com eficácia dependente de registro público; com o objetivo de constituir uma família em comunhão plena de vida<sup>183</sup>, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. Sendo assim, independentemente de ser um contrato ou não, o casamento gera a constituição de uma instituição complexa, a família.

O casamento protegido pelo Estado Brasileiro é aquele civil, ou religioso com efeitos civis. Como todo ato jurídico, produz consequências pessoais e econômicas, possuindo elementos obrigatórios de forma, partes e objeto definidos em lei. Para a realização do casamento, no início de seu procedimento formal, a habilitação dos nubentes, há a verificação dos requisitos de capacidade e impedimentos matrimoniais<sup>184</sup>.

Insta salientar que essa compreensão inicial serve como parâmetro de entendimento do instituto do casamento no âmbito do Direito Internacional por não diferir no que tange ao aspecto de formação de núcleo familiar. Apesar das várias diferenças culturais entre os países, a família, formada pelo casamento, é a forma mais tradicional e milenar de se constituir esse tipo de entidade globalmente, até mesmo para a antiga verificação da linearidade descendente e de filiação.

Com relação ao instituto da União Estável, juridicamente para o direito brasileiro possui o sentido de relação jurídica entre pessoas não casadas, mas que almejam e possuem a intenção de construir uma família. Pela definição do Código Civil de 2002, o art. 1.723<sup>185</sup>, complementando o art. 226, §3º da Constituição Federal, traz que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

É nesse sentido que os professores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald descrevem a união estável que

Nasce [...], destarte, de um simples fato jurídico (a convivência duradoura com *intuito familiae*), produzindo efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, distinguindo-

---

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>183</sup>Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>184</sup>Até 2011, segundo as definições constitucional e a civilista, o casamento só poderia existir entre um homem e uma mulher. Após os julgamentos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 pelo Supremo Tribunal Federal, tal proibição caiu por terra, tornando possível que uniões estáveis homoafetivas fossem, portanto, convertidas em casamento civil. Esse contexto é aproveitado no REsp n. 1.183.378/RS, pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu por não haver óbices à celebração do casamento homoafetivo.

<sup>185</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) Acesso em janeiro de 2019.

se do casamento, apenas e tão somente, pela inexistência de formalidades legais e obtendo a mesma proteção que for dispensada a qualquer outro núcleo familiar.<sup>186</sup>

De maneira semelhante, temos a definição trazida pelo professor Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem

união estável é a entidade familiar constituída por duas pessoas que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (moreuxorio). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia<sup>187</sup>.

Vale frisar que a ordem jurídica brasileira adotou o sistema das uniões estáveis de fato, não se exigindo a formalidade via registro. Sendo assim, no Brasil não é requisito para o reconhecimento jurídico das uniões estáveis a sua formalização, mas isso não obsta que seja feita, o que quando assim procedida, auxilia na tutela e reconhecimento da entidade familiar, especialmente quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais que dela decorrem.

Destaque-se que a união estável não é um fenômeno moderno ou recente. A sua forma reconhecida constitucionalmente como família sim, mas a sua existência acontece derivada da própria natureza do homem. Milenarmente, qualquer tipo de união não brotada do casamento formal era intitulado de concubinato, até mesmo pelo direito. Sua classificação era feita em puro e impuro. A primeira forma acontecia quando ocorria entre pessoas que não ofereciam qualquer impedimento matrimonial; e o impuro abarca o os conceitos e adultério, no qual uma das partes já era legalmente casado, e incesto, quando envolvia conviventes com parentesco civil.

Carbonnier, em 1996, destaca que

Os etnólogos ensinam que, se todas as sociedades humanas institucionalizam e ritualizam a união estável, quase todas conhecem, toleram ou admitem, à margem da união durável e ritualizada, uma união durável e não ritualizada à qual elas atribuem um valor menor. Sempre existiram as uniões livres, ou concubinatos (as denominações variam) nas sociedades modernas. União de fato ou união de direito?<sup>188</sup>

Em relação à sua natureza jurídica, muito se tem discutido sobre ela, o que traz efeitos jurídicos importantes, a depender da classificação escolhida. Como a união estável não registrada se inicia naturalmente e sem qualquer ato jurídico e considerando que esse fato

<sup>186</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 477.

<sup>187</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. p. 158.

<sup>188</sup> CARBONNIER, Jean. **Droit et passion du droit**. Paris: Forum/Flammarion, 1996. p. 207.

provoca efeitos jurídicos pelo suporte fático da norma, é necessário saber em qual tipo de fato jurídico a união se encaixa<sup>189</sup>.

Conforme Paulo Lôbo, os fatos jurídicos são classificados em (a) fato jurídico involuntário (ou em sentido estrito) – em que a vontade das partes é desconsiderada para a criação de efeitos; (b) atos-fatos jurídicos – em que a vontade existe no íntima, mas é desconsiderada pelo direito, que atribui consequências jurídicas ao resultado; (c) atos jurídicos voluntários (ou em sentido amplo) – na qual a vontade está na gênese dele, sendo absolutamente necessária<sup>190</sup>. Esse autor considera a união estável como um ato-fato jurídico, em que a vontade de nenhuma das partes não importa para a configuração fática, bastando apenas os requisitos do art. 1723 do Código Civil. É esse o posicionamento adotado para fins deste trabalho.

É importante esboçar a forma como o Direito Internacional lida com a aludida temática, haja vista o número de relações afetivas que conseqüentemente se consubstanciam em casamentos e formações familiares ao longo do globo, especialmente sob o ponto de vista de conflito de leis espaciais e elementos de conexão definidos, partindo-se da abordagem do casamento transnacional<sup>191</sup>.

As diferenças entre religião, culturas e regimentos jurídicos trazem implicações em relação às normas familiares, incluindo-se as formas de concepções familiares<sup>192</sup>. O casamento e a união estável envolvem matérias de ordem pública, econômica e social próprias de cada povo. Conforme as considerações dos capítulos da Parte I deste trabalho, se família é a base da sociedade, o inverso também pode ser uma afirmação lógica verdadeira, em que as sociedades também influenciam o modo de vida familiar.

Quando um casamento ou uma união estável muda de domicílio, as regras que o regem também sofrerão mudanças. Essas famílias vão paulatinamente experimentando associações culturais diversas, na situação em que a causa da transnacionalidade foi a migração de domicílio internacional ou de nacionalidade de seus membros<sup>193</sup>. As mudanças sociais experimentadas

<sup>189</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. p. 166.

<sup>190</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. p. 166.

<sup>191</sup> “Obviamente, as relações entre as pessoas (naturais ou jurídicas) trazem uma universalidade de problemas jurídicos relacionados à convivência humana, apontando para o contato entre diversas ordens jurídicas, fundadas em diferentes valores e baseadas em diferentes sistemas de direito. Daí por que o direito internacional privado se apresenta como o direito dos ordenamentos jurídicos em contato ou o direito das relações intersistemáticas entre ordens jurídicas.” BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.48.

<sup>192</sup> STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado. Parte Geral. Direito Civil Internacional**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 510.

<sup>193</sup> “El hecho es que en las sociedad española del siglo XXI conviven distintos “modelos de familia” que reflejan ‘concepciones culturales’ de la familia procedentes de todo el planeta: parejas de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales, matrimonios homosexuales, matrimonios contractuales islámicos, matrimonios poligámicos, etc. En otras palabras, en la actualidad, la sociedad española es, desde el punto de

pelas famílias nos últimos 50 (cinquenta) anos de maneira global, cada país e cada cultura à sua forma, atreladas às mudanças que deram causa à transnacionalidade da família, faz com que cada núcleo desse se torne uma micro célula social de multiculturalidade.

Para Bateman, “o Direito Internacional Privado tem o privilégio de dar origem a um grande número de problemas cuja solução sempre se mostrou delicada; entre eles, merece especial atenção o do regime matrimonial<sup>194</sup>”. O Direito Internacional Privado, como parte da ciência do direito, possui forte influência em relação aos demais ramos da ciência jurídica, notadamente no que se refere às relações surgidas em jurisdições de Estados distintos, haja vista envolverem mais de um sistema jurídico.

Os métodos tradicionais conflituais de leis no espaço em DIPr aconselham que a análise de indicação da lei correta a ser aplicável é melhor feita casuisticamente, ressaltando que não cabe a esse ramo dirimir o conflito em si<sup>195</sup>. Deve-se realizar, após a análise factual detalhada do caso concreto, identificando-se os elementos de estraneidade e nacionais presentes. Em seguida, passar-se-ia à análise de quais instituições jurídicas coexistem, fenômeno da qualificação<sup>196</sup>, colocando o instituto ou relação em sua categoria jurídica em específico, o que pode acontecer tomando por base a *lex fori* (lei do foro) ou *lex causae* (lei da causa).

Apesar da qualificação da lei do foro ser a preferida, Haroldo Valladão traz como método ideal a uma qualificação inicial e provisória pela lei do foro, enquanto deve ser feita ainda uma qualificação posterior e definitiva pela lei da causa, com prevalência desta última<sup>197</sup>.

Em seguida, há a verificação dos elementos de conexão pertinentes àquele instituto jurídico, sendo os pontos de contato, que torna possível a fixação de qual direito será aplicável. É o ponto em comum, cuja consequência é a aplicação de um direito material<sup>198</sup>.

---

vista de los “modelos de familia”, profundamente *multicultural e intercultural*, como lo son ya otras sociedades occidentales, como la francesa, la belga, la holandesa o la británica, entre otras.” GONZALÉS, Javier Carrascosa. Nuevos modelos de Familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI. In: **ANALES DE DERECHO**, Universidad de Murcia, número 21, 2003. p. 112.

<sup>194</sup> BATEMAN, Henri. **O Regime Matrimonial no Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva, 1941. p. 1.

<sup>195</sup> DEL’OMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de Direito Internacional Privado**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.21.

<sup>196</sup> DEL’OMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de Direito Internacional Privado**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 36-37.

<sup>197</sup> VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 258.

<sup>198</sup> DEL’OMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de Direito Internacional Privado**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.42.

Ocorre primeiramente a qualificação, a localização do local-sede da situação jurídica e, enfim, a aplicação ulterior desse direito.

Os aspectos de conexão se distinguirão pelas feições referentes a qual matéria a questão se atine, podendo se dividir quanto ao sujeito (estatuto pessoal), ao objeto (estatuto real) ou ato jurídico. Neste ponto em específico da pesquisa, há a preocupação no estabelecimento dos principais elementos de conexão que estão presentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e que se voltam ao instituto do casamento. Desta forma, de maneira elucidativa, propõe-se o debate e a discussão doutrinária atinente à compreensão da relevância destes elementos no campo do Direito Internacional Privado.

Por isso, em relação à matéria internacional, há a necessidade de uma normativa que fixe elementos de conexão, garantidores de proteção e segurança jurídica, que possibilitam a determinação das leis que continuarão ou passarão a reger àquela relação jurídica.

Inicialmente, pode-se dizer que o casamento, em conformidade com a normativa internacional, envolve a compreensão de elementos de conexão como, por exemplo, o local de celebração do ato, a nacionalidade dos nubentes, a residência habitual, a lei do domicílio, e até mesmo a autonomia privada, evidenciando a grandeza desta instituição e dos efeitos para o universo jurídico da comunidade internacional.

Tradicionalmente, quanto ao estatuto pessoal das pessoas, são escolhidos elementos baseados na lei da nacionalidade do indivíduo (*lex patriae*), no seu domicílio (*lex domicilii*), ou a lei do país de sua residência habitual ou permanente. No Brasil, desde 1942, é a LINDB que dispõe sobre a questão, adotando o domicílio para reger os assuntos de capacidade e direito de família, em seu artigo 7º<sup>199</sup>.

Será regido pela lei brasileira o estrangeiro aqui domiciliado, sendo irrelevante, em regra, a nacionalidade do indivíduo ou qualquer disposição proveniente de sua lei nacional. Da mesma forma, o brasileiro domiciliado no exterior não será mais regulado pela lei brasileira no tocante à sua capacidade e direitos de família, mas sim pela lei de seu domicílio. Esta regra, consubstanciada no Art. 7º da LINDB, cuida da lei aplicável ao “começo e fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”<sup>200</sup>

É ao longo dos parágrafos do artigo 7º que a LINDB regulamenta com mais detalhes o casamento, celebração, impedimentos, capacidade para casar, regime de bens e divórcio,

<sup>199</sup>“Art. 7º A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. BRASIL. DECRETO-LEI nº 4.647, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 26 de dezembro de 2018.

<sup>200</sup>ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 282.

escolhendo, em várias hipóteses, o primeiro domicílio conjugal como critério subsidiário. À época, aponta Maristela Basso, que a escolha da *lex domicilii* foi aclamada pelos juristas brasileiros, confirmando uma tendência de desvincular os elementos da lei da nacionalidade, comumente adotada no continente europeu e que não mais atendia às necessidades transnacionais daquele século<sup>201</sup>. Naquela época, em que era necessária a coabitação para a validação do casamento, o elemento do domicílio em comum fazia muito sentido para o Direito de Família.

Contudo, é importante destacar a conjuntura em que esta lei foi criada. Foi originada em 1942, quando o Brasil se preparava para declarar guerra contra a Alemanha e a Itália na Segunda Guerra Mundial, o que resultou na promulgação do decreto sem discussões legislativas e “às pressas”, sob ordem de Getúlio Vargas. A LINDB alterou o elemento de conexão da nacionalidade (que seguia as orientações e tendências europeias), para o domicílio, transformando sobremaneira o casamento e sua nulidade<sup>202</sup>.

O caráter de relevância ao casamento e sua influência em matéria de Direito Internacional Privado é, portanto, vislumbrado pelo ordenamento jurídico nacional, por intermédio da LINDB, com a redação do art. 7º<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> “Onde, porém, reside a maior inovação no projeto antigo é nos artigos 7º e 10, que rompendo com a tradição de Direito Internacional privado, firmaram o princípio da Lei Domiciliar como reguladora da capacidade civil, dos direitos de família, das relações entre os cônjuges e da sucessão legítima ou testamentária. A legislação brasileira, desde 1850, adotara o princípio oposto, o da lei nacional, em vigor nos países do velho continente, interessados em manter seus filhos ligados à pátria, através de seus costumes e da aplicação do direito desta.” VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado: parte geral**. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 344 ss.

<sup>202</sup> SILVA, Luiz Alberto de Souza e. **Direito Internacional Privado: Lei de Introdução ao Código Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 69.

<sup>203</sup> Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. § 1º. Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. § 2º. O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes. § 3º. Tendo os nubentes domicílio diverso, rege os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal. § 4º. O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal. § 5º. O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro. § 6º. O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais. § 7º. Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda. § 8º. Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre.

Pela redação do *caput* do artigo, consolidou-se que a matéria de família será regida pela lei do domicílio da pessoa. Para a aplicação do domicílio como elemento de conexão para a família brasileira, faz-se necessário conceituá-lo de acordo com a *lex fori* brasileira. Desta forma, entende-se que, de acordo com a normativa nacional, o domicílio é compreendido como o local em que a pessoa natural se estabelece com ânimo definitivo, de acordo com os termos do artigo 70 do Código Civil<sup>204</sup>.

Adentrando nos elementos específicos do casamento, nos processos de habilitação e celebração, dentre outros pontos no que tange às formalidades inerentes à realização do casamento, devem ser observadas as regras de celebração do país em que o ato acontecerá. Dessa forma, no que se refere à matéria da habilitação, que precede a celebração, o doutrinador Jacob Dolinger preceitua que “as formalidades habilitantes, que precedem às núpcias, assim como as formalidades que presidem a própria celebração, seguem a regra básica *lex loci celebrationis regit actum*, aplicada igualmente às obrigações contratuais internacionais.”<sup>205</sup>

Em continuidade, “as formalidades preliminares abrangem a habilitação para o casamento e a publicação dos editais, aquela visando comprovar o desimpedimento dos nubentes para o matrimônio e está objetivando dar-lhe publicidade.”<sup>206</sup> O que se explica para essa regra é que a lei do local de onde a celebração ocorrerá é que regerá a própria celebração e, por consequência, o processo de habilitação, tendo em vista que ela possui o objetivo de conferir se as partes preenchem os requisitos de capacidade legal (idade núbil) e não infringem os impedimentos e causas suspensivas impostas pelas lei.

Não obstante, as formalidades da habilitação podem vir a diferir de acordo com o estabelecido no ordenamento jurídico de cada Estado. Esse parágrafo também pode ser interpretado à contrário sensu. Se o local de celebração é o Brasil, deve-se respeitar a lei brasileira de celebração e impedimentos dirimentes<sup>207</sup>. Ocorrendo a celebração em outro país, deve ser a lei dele a respeitada quando da habilitação e celebração. Em continuidade, o direito brasileiro reconhece a validade de casamentos celebrados no exterior, por mais que as formalidades sejam simples e consideradas informais, observando-se que o casamento realizado

---

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

<sup>204</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

<sup>205</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional, Vol 1: a família no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5.

<sup>206</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional, Vol 1: a família no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 6.

fora da jurisdição brasileira prova-se em conformidade com a legislação do país que fora celebrado<sup>208</sup>.

Já no § 3º da LINDB, ela estabelece como lei verificadora para a conferência dos casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal. O Código Civil de 1916 dividia as causas de nulidade absoluta e relativa do casamento em impedimentos dirimentes públicos, art.183, I a VIII, em impedimentos dirimentes privativos, que eram as causas anuláveis definidas no art. 183, IX a XI, e as proibitivas, constantes no art. 183, XIII a XVI<sup>209</sup>.

Os impedimentos dirimentes públicos eram os relativos a causas de parentesco, vínculos e resultados de crime. Os dirimente privativos ou relativos diziam respeito a situações que o cônjuge prejudicado, seus representantes legais ou seus ascendentes requereriam a anulação. Na hipótese de silêncio, o vício originário era convalidado. Os proibitivos deram origem às atuais causas suspensivas, cuja infração não gerava necessariamente uma invalidade, a não ser que não fosse obedecida a imposição da adoção do regime de separação obrigatória de bens.

A confusão começa ao se analisar o §3º do artigo 7 da LINDB, que prevê a observância da lei do domicílio do casal, ou o primeiro domicílio conjugal quando forem diferentes, para a verificação dos impedimentos dirimentes, ou seja, os atuais impedimentos civis. De certo que essas causas de nulidade serão observadas no processo de habilitação pela lei do local de celebração, mas não pela lei do futuro domicílio do casal nesse primeiro momento.

Sendo assim, observar na habilitação apenas as causas de (a)nulação do país da celebração pode gerar a ocorrência de casamentos putativos ou inválidos, ou seja, matrimônios que só serão válidas até o momento da fixação do primeiro domicílio, caso haja desobediência à lei de impedimentos do futuro país de residência<sup>210</sup>. Em relação a este ponto em específico, é possível a publicação das proclamas, tanto no país de celebração, como naquele em que os noivos pretendam residir, promovendo-se meios que tentem efetivamente evitar a ocorrência de casamentos potencialmente putativos.

Para o regime de bens, a LINDB adotou que, independentemente de as partes terem escolhido e convencionado o regime ou terem optado pela regra geral supletiva, suas definições e regramentos obedecerão à lei do país do domicílio comum dos nubentes, ou do primeiro

---

<sup>208</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional**. Vol 1: a família no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 8.

<sup>209</sup> BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

<sup>210</sup> É o que pode acontecer, por exemplo, com os casamentos poligâmicos, infantis ou intrafamiliares que eram válidos na origem, mas se tornam inválidos com a mudança de domicílio do casal. Como os impedimentos são normas cogentes, o filtro da ordem pública do país que recepcionará os cônjuges, freando sua validade, reconhecimento e efeitos jurídicos plenos, resguardos os efeitos já produzidos aos nubentes que estavam de boa fé.

domicílio conjugal, caso no momento da dissolução sejam eles diversos. Na situação de um casal que passa quinze anos casados no primeiro domicílio conjugal, mudam de país por dois anos e lá se desentendem, o divórcio deve ser feito com a partilha de bens observando as regras de regime de bens do domicílio atual do ex-casal, ou seja, onde passaram menos tempo e provavelmente constituíram menos bens, o que não faz sentido.

No caso das uniões estáveis, a lei é silenciosa em atribuir um elemento de conexão específico. Estariam elas incluídas no elemento geral para direitos de família? Essa entidade familiar, antes vista como forma de concubinato, veio a ser protegida constitucionalmente a partir de 1988, estando tal tutela explícita no art. 226 da Constituição Federal.

Desde 1988 a LINDB foi poucas vezes atualizada, mas nenhum critério de conexão mais específico para as uniões não conjugais foi normatizado, funcionando a lei do domicílio das partes como a que determinará as suas regras, o que gera diversos problemas transnacionais. Lei do domicílio de qual parte? Caso as partes tenham domicílios inicialmente diferentes, seria usada a lei do primeiro domicílio conjugal? A lei do domicílio em que o casal conviveu por mais tempo? Ou a lei do domicílio à época da dissolução?

Não há qualquer norma no Direito Brasileiro, ou em tratados internacionais ratificados, de conexão específica para as uniões civis. Como instituição familiar, os elementos de conexão aplicáveis a elas merecem considerações especiais da mesma forma que o casamento, pois gera efeitos pessoais e patrimoniais de forma semelhante. Ressalte-se que o critério do domicílio, além de ser aplicado para fins de reconhecimento da relação, será ainda o utilizado para a determinação das regras de seus direitos, obrigações decorrentes e efeitos, pessoais e patrimoniais.

A união estável internacional possui ainda um *plus*: nem todos os países reconhecem a relação, ou os direitos e efeitos de tais situações. Alguns sequer possibilitam o seu registro, enquanto outros apenas não reconhecem as relações livres. A informalização e fluidez das relações afetivas têm sido observadas como tendências, mas cada Estado é soberano e tem imunidade para validar e dar eficácia interna a atos jurídicos alhures. Simplificando, não geraria divisão de bens, redução de impostos, benefícios previdenciários, direito aos alimentos, estado civil, presunção de filiação, sucessão. Em muitos casos, apenas a união registral é reconhecida, diferentemente do Brasil, que admite a parceria apenas factual. Põe-se em xeque até mesmo a prestação jurisdicional estrangeira para a dissolução dessa relação afetiva.

Sem adentrar ainda nas outras polêmicas e complexas questões sobre outros objetos do Direito Internacional Privado, é importante considerar que na contemporaneidade esse ramo do Direito não pode se limitar à mera análise dos conflitos de leis no espaço. O que se propõe

atualmente é a reflexão sobre o reconhecimento de direitos adquiridos por situações jurídicas firmadas validamente em outro Estado.

Independentemente do gênero dos companheiros, os “aspectos intersistemáticos do instituto da união estável ainda não estão regulamentados no ordenamento jurídico brasileiro”<sup>211</sup>. As questões relativas à união estável homoafetiva são ainda maiores, porque envolvem, nos países em que não são reconhecidas como entidades familiares, exceções à aplicação do direito estrangeiro, como violação da ordem pública ou serem identificadas como fraude à lei.

Parece mais lógico que o critério de conexão do domicílio seja mais usado do que o da nacionalidade, representando uma aproximação da autonomia da vontade, pois a pessoa pode escolher o lugar em que deseja residir com valores e fundamentos mais próximos do seu<sup>212</sup>. Entretanto, o não estabelecimento de critérios subsidiários a ele traz mais incertezas do que são necessárias ao DIPr brasileiro. No caso das famílias pluridomiciliadas, a regra, tristemente, não funciona. Como determinar o domicílio de famílias residentes em mais de um local? Sobre domicílios indetermináveis,

é possível, no entanto, que o domicílio da pessoa seja de difícil determinação para efeitos aplicativos da norma, especialmente naquelas situações em que a pessoa tenha adquirido vários domicílios, como resultado da cumulatividade ou pluralidade de locais que ela pretendesse estabelecer como centro de atividade na vida privada. Tal situação seria admissível na esfera do direito internacional privado, mas lhe prejudica a finalidade no momento de determinação do direito aplicável ao caso com conexão internacional envolvendo estado, capacidade e direitos de família. A pessoa sempre terá um domicílio, porque, como visto, ele constitui o “centro” de todas suas relações privadas (negociais, proprietárias, familiares, pessoais). Não haveria como admitir a “inexistência” do domicílio, mas antes sua provável “indeterminação” diante da relação que se estabelece entre a escolha do direito material aplicável indicado pela norma de direito internacional privado e a intensa mobilidade da pessoa entre fronteiras, em particular quando ela mantenha vínculos das mais diversas naturezas nos Estados por onde tenha transitado em algum momento da vida<sup>213</sup>.

O parágrafo 8º do art. 7º da LINDB tenta resolver o problema ao estabelecer secundariamente uma forma de determinação, dispondo que quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre. Basso considera que essa é uma norma de concurso sucessivo de elementos de conexão<sup>214</sup>, mas continua a ser apenas uma forma secundária de determinar a imprecisão

<sup>211</sup> ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. **O direito internacional privado acerca dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no contexto do mercosul**. RSTPR, Año 2, No 3; Marzo 2014; p. 248.

<sup>212</sup> BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.p. 444.

<sup>213</sup> BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.444.

<sup>214</sup> BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.444.

domiciliar. Não é o estabelecimento da residência habitual como critério subsidiário, mas sim a manutenção da vinculação ao conceito de domicílio caso este seja vago e impreciso.

A regra resolve apenas o problema da indeterminação, mas no caso das famílias com membros pluridomiciliados, não, tendo em vista que a lei não determina com exatidão outras opções conectivas para a situação da união estável, como o faz no casamento. É uma regra, nesta situação, irresponsável com sua finalidade. Cunha<sup>215</sup>, em artigo de sua autoria sobre a União Estável internacional, propõe a utilização dos critérios do casamento da LINDB, por uma equiparação ao casamento. Assim, normas de celebração, impedimentos, regime de bens, entre outros, das parcerias não matrimoniais seriam relidas pelos parágrafos seguintes do art. 7º da lei, inclusive quanto a dissolução. O critério do primeiro domicílio conjugal seria também utilizado como conectivo sucessivo.

A proposta é interessante, entretanto a equiparação completa entre casamento e união estável é polêmica tanto na doutrina brasileira, quanto na jurisprudência, representando um verdadeiro paradoxo. A questão não é uníssona e o debate se aprofunda ao longo dos anos. Apesar de casamento e união estável serem entidades familiares constitucionalmente equiparadas, eles são institutos diferentes, inclusive em relação à sua natureza jurídica. Enquanto um deles é complexo e formalíssimo, necessitando expressamente da vontade das partes, o outro é um ato-fato jurídico, cujas consequências jurídicas incidirão quando do preenchimento dos requisitos elencados pela lei civil, independentemente de essa ter sido ou não a vontade dos companheiros quando da formação familiar.

Os institutos possuem também requisitos distintos no Código Civil brasileiro, além de diferenças na situação de um dos impedimentos, como a possibilidade de constituição de união estável por pessoa casada, mas separada de fato. São “iguais, mas diferentes”. À vista disso, diante de situação concreta, é mais viável a resolução do conflito pela regra do art. 4º da LINDB, em que sempre que a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

União estável e casamento não são iguais, mas são análogos. Por analogia, as regras de conexão específicas do casamento podem ser estendidas às da união estável, com suas respectivas correspondências, como no caso da substituição do teor “celebração” para requisitos de constituição (haja vista o registro formal ser facultativo para a constituição dessa entidade no Brasil, por exemplo). É da natureza da união estável fugir da imposição estatal e celebrar a

---

<sup>215</sup> CUNHA, Camila Biral Vieira da. A União Estável Formal no Brasil e o *Partenariat em Registre* na França. In: FULCHION, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (organizadores). **Famílias Internacionais: Seus Direitos, Seus Deveres**. São Paulo: Intelecto editora, 2016. p. 118 e ss.

autonomia privada, evitando excessivos regramentos<sup>216</sup>. Aqui, todavia, trata-se da determinação de elementos mínimos e essenciais de constituição. O ideal seria a fixação de um elemento de estraneidade específico para a União Estável, que atenda as suas necessidades.

Com relação ao domicílio que deve ser considerado, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão, escolhendo como conexão o domicílio no momento do ajuizamento da ação de dissolução de união estável, no Resp 973553<sup>217</sup>. O caso tratava de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, iniciada em 1993, nos Estados Unidos, onde permaneceram até 2 de dezembro 2001, quando retornaram ao Brasil. A união encerrou-se no Brasil em dezembro 2003, momento em que foi deferida a separação de corpos do casal. A ação de dissolução de união estável c/c partilha de bens foi ajuizada em 2003, quando a autora e seus filhos, assim como o réu estavam domiciliados no Brasil. Foi determinado, após a fixação da competência processual brasileira, que o domicílio a ser considerado para a determinação da lei material seria o brasileiro, pois na ocasião do

---

<sup>216</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **União Estável e Casamento: o paradoxo da equiparação**. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>. Acesso em 29 de dezembro de 2018.

<sup>217</sup> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA NO ESTRANGEIRO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. COMPANHEIRA SEPARADA DE FATO HÁ MAIS DE DOIS ANOS. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO. COMPANHEIROS DOMICILIADOS NO BRASIL. BENS SITUADOS NO BRASIL 1. Não viola os arts. 458 e 535 do CPC, o acórdão que, embora não tenha examinado individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte, adota fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia. É indevido, assim, conjecturar-se a existência de omissão ou contradição no julgado apenas porque decidido em desconformidade com os interesses da parte. 2. O art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50 traz a presunção juris tantum de que a pessoa natural que pleiteia o benefício de assistência judiciária gratuita não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem qualquer comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Tal presunção, no entanto, é relativa, podendo ser afastada quando a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. 3. Na hipótese em exame, o c. Tribunal de Justiça estadual, com base nos elementos trazidos aos autos, concluiu pelo indeferimento da gratuidade da justiça, sob o fundamento de que o recorrente não se enquadrava no estado de hipossuficiência. Não há como, nesta instância recursal, revisar as referidas conclusões da instância ordinária, tendo em vista o óbice do enunciado n.º 7 da Súmula do eg. STJ. 4. **Existindo conflito de leis no espaço, para a determinação da legislação aplicável é necessário, antes, estabelecer-se a competência no âmbito internacional. É o elemento de conexão estabelecido pelo Estado competente que, em regra, indicará a legislação substancial aplicável.** 5. **O ordenamento jurídico pátrio acolheu o domicílio como elemento de conexão principal. Assim, nos conflitos de leis no espaço, deve prevalecer, em regra, a lei de domicílio da pessoa, nos termos do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil.** 6. A competência da jurisdição brasileira para conhecer do feito é determinada pelo art. 88, I, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o réu possui domicílio no Brasil - competência internacional cumulativa ou concorrente. Também a autora aqui está domiciliada. Por seu lado, os bens objeto de partilha estão localizados no país - competência internacional exclusiva (CPC, art. 89). 7. A união estável pode ser constituída pelo convívio com pessoa separada de fato há mais de dois anos, porque não existiria impedimento para o casamento. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL : REsp 973.553 - MG (2007/0179376-5)**. Relator: Ministro Raul Araújo. DJ: 08/09/2011. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21084400/recurso-especial-resp-973553-mg-2007-0179376-5-stj/inteiro-teor-21084401?ref=juris-tabs>>

ajuizamento da ação ambos estavam domiciliados no país e pelos bens cuja partilha foi discutida também estão situados no Brasil. O STJ desconsiderou completamente o domicílio em que se iniciou a família, que havia sido o local em que passaram a maior parte da união, ou ainda qualquer regra pertinente a direito no tempo. Todavia, acertado estava o critério para conexão dos bens, baseado no art. 8º da LINDB<sup>218</sup>.

Uma alternativa de solução seria a abertura definitiva da LINDB para a autonomia privada de maneira pactuada. A solução seria ampla e aplicável a vários ramos, mas conseguiria abranger diversos casos de Direito de Família Internacional. Haroldo Valladão, em 1977, já defendia essa solução em sua proposta de reforma da Lei de Introdução, em um caminho parecido ao que se tem hoje de valorização da autonomia das partes na família, com cada vez menos intervenção estatal. Segue a proposta do doutrinador:

Às Concepções totalitárias da esquerda e da direita, de que a família é uma repartição pública, uma fábrica estatal, de soldados e de operários, em abusivos territorialismo ou personalismo – substituímos a da família, em base moral e social, com a sua lei própria, acima das leis individuais de seus membros, no trabalho e na vida em comum de todos, ajudando-se mutuamente para a felicidade do grupo, na vida comunitária básica da sociedade, da *community for life*<sup>219</sup>.

A proposta de Valladão ultrapassa os preceitos de nacionalidade, domicílio e residência habitual, que são as mesmas soluções dadas ao DIPr desde o século XIX, e incluía a igualdade de partes e deveres entre os cônjuges, bem como o respeito à comunhão de vida e o superior interesse dos filhos<sup>220</sup>.

A autonomia privada seria possibilidade das partes terem o poder de regular o conteúdo de um negócio jurídico, como uma auto-regulamentação dos interesses das partes, obedecendo os requisitos de livre manifestação da vontade. No DIPr significa escolher a lei aplicável a uma determinada relação jurídica<sup>221</sup>. É o princípio basilar em matéria contratual, fundamentada na ideia de liberdade e limite estadual em interferir na vida privada. Possui dois limites, sendo

<sup>218</sup> O entendimento da questão do domicílio se repetiu no TJBA no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 0010012-68.2017.8.05.0000, em ação similar.

<sup>219</sup> VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Parte especial. Conflitos de Leis Civis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 41.

<sup>220</sup> “A nossa diretriz, atualizada, objetiva, construtiva, foi a de dar aos direitos de família um conteúdo humano e social, coibindo abusos, igualando direitos e deveres entre os cônjuges, entre os pais e filhos e dando preferência aos interesses destes últimos, adotando, assim, regras analíticas, específicas, superadas as leis de nacionalidade e do domicílio, e apresentando outros critérios, lugar do ato, residência habitual, lei mais favorável, autonomia sme abuso, situação dos bens, *lex fori*, etc” VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Parte especial. Conflitos de Leis Civis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 41.

<sup>221</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 396.

condição essencial que as partes contratantes possuam igualdade de condições, não podendo também impedir a incidências de leis de ordem pública ou imperativas<sup>222</sup>.

Em relação ao ordenamento brasileiro, o Código Bustamante, de 1928, permite uma abertura à autonomia privada em seu art. 166<sup>223</sup>, de modo que as obrigações originadas de contratos possuem força de lei entre as partes, cujo cumprimento deve ser cumprido em seu teor.

Contudo, o art. 9º da LINDB possui a redação “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”<sup>224</sup>, que excluiu a parte “salvo estipulação em contrário”, antes previsto no Código Civil de 1916 e ordenado por Vargas que fosse retirado do projeto de lei para manter a economia vinculada à intervenção do Estado. Ramos<sup>225</sup> afirma que essa conduta afastou a autonomia do DIPr no Brasil, enquanto ela se intensificava no mundo. Araújo, apesar de ser a favor da autonomia da vontade, opina que o art. 9º seria norma imperativa<sup>226</sup>.

Apesar da norma brasileira, Ramos aponta serem boas as perspectivas para esse elemento de conexão, especialmente para as situações que ligam relações familiares e direitos patrimoniais, como o casamento, partilha, divórcio e sucessão, podendo influir até mesmo na escolha do nome de casado, demonstrando que a contratualização das famílias internacionais é possível e é um fenômeno crescente<sup>227</sup>.

No Direito Chinês, apesar das dificuldades em matéria de democracia, em virtude de seu sistema economicamente aberto, a autonomia privada ganhou força como elemento de conexão alternativo e possui um dos sistemas de Direito Internacional Privado mais modernos, estando à frente até mesmo do Direito Comunitário Europeu em alguns aspectos, conseguindo tirar do papel algumas tendências jurídicas para os direitos internacionais. A quantidade de conexões e parcerias econômicas da China com o mundo de certo foram decisivas para a reforma de DIPr de 2010. A quantidade de regras de conflito desatualizadas e insuficientes

<sup>222</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 408.

<sup>223</sup> BRASIL, **Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929**. Código de Bustamante. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em 14 de abril de 2020.

<sup>224</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

<sup>225</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 413.

<sup>226</sup> ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática brasileira**. 6ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Revista dos Tribunais, 2016. (ebook). p. 356.

<sup>227</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 415-416.

foram motivações, que acabam atrasando a introdução de capital estrangeiro necessário para o avanço da tecnologia, as transações no comércio exterior e ainda a proteção de estrangeiros na China (e dos chineses no exterior)<sup>228</sup>.

A Lei sobre conflitos de leis de 2011 não promoveu a resolução de embates de conflitos de lei no tempo e no espaço apenas para a economia e mercado financeiro. Enquanto a nacionalidade como elemento de conexão pode não refletir a situação atual de uma pessoa que não tem mais ligação com seu Estado de Origem, o domicílio leva em conta elementos muito subjetivos de vontade de permanecer ou não em determinado lugar, além das desvantagens quando ele não pode ser determinado. Então, houve o estabelecimento da residência habitual como elemento de conexão principal para as questões capacidade, direitos de família e sucessões, pois possui uma aferição mais fácil em que é considerado para tal o local que é o centro da vida da pessoa<sup>229</sup>.

A maior inovação do DIPr Chinês foi a significativa abertura para a autonomia privada como elemento de conexão não só subsidiário, mas alternativo, possibilitando que as partes possam escolher a lei aplicável em caso que envolva o estabelecimento de elementos de estrangeidade. A lei, expressamente, possibilitou a sua aplicação em relação às questões patrimoniais entre cônjuges, referente ao regime dos bens do matrimônio (art. 24) e divórcio consensual (art. 26). O art. 51 da Lei vedou a aplicação do elemento quando houver interesses estatais, da sociedade e da coletividade, ou contra as liberdades e direitos de outros cidadãos<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 319-321.

<sup>229</sup> POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 325-326.

<sup>230</sup> POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 327.

## 6 DESAFIOS NA EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS INTERNACIONAIS

Um dos temas mais delicados na esfera teórica e prática do Direito de Família é o direito aos alimentos, seu reconhecimento e execução. O tema reúne discussões profundas, envolvendo do direito à sobrevivência de uma parte hipossuficiente a questões materiais sobre obrigações; renúncia; filiação e parentesco; divórcio; poder familiar, além de outros pontos de natureza processual de difícil efetivação, como execução de bens.

A situação torna-se ainda mais complexa quando o litígio abrange relações internacionais, em que as partes, credora e devedora, se situam em países diferentes. A cobrança de alimentos, além das complicações habituais, envolverá conflitos espaciais a serem resolvidos pelo Direito Internacional Privado, com a participação de, pelo menos, dois órgãos jurisdicionais de diferentes nacionalidades.

Outros quatro pontos tornam-se subjacentes à demanda: competência jurisdicional, lei aplicável, cooperação jurídica internacional baseada em reciprocidade, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras<sup>231</sup>. Não por acaso, a obrigação alimentícia foi um dos primeiros temas a serem tratados pelo Direito Convencional em matéria de proteção à criança pela comunidade internacional, precedendo assuntos como superior interesse da criança, guarda, adoção e poder familiar<sup>232</sup>.

Além dos pontos conflituais de espaço citados, um novo problema surge no horizonte da matéria dos alimentos internacionais: os conflitos de leis e fontes internacionais no tempo. Na época atual, encontram-se vigentes no Brasil três Convenções internacionais sobre o tema, quais sejam (a) a Convenção de Nova York de 1956; (b) a Convenção Interamericana de Obrigações Alimentares de 1989; e (c) a mais recente Convenção de Haia de 2007 e seu respectivo Protocolo. As três são completamente independentes entre si. Como resolver problemas de eventuais antinomias entre estas fontes? Este artigo visa deliberar sobre as antinomias entre os tratados multilaterais sobre alimentos atualmente vigentes no Brasil, gerados pelo conflito temporal, e qual deles deve prevalecer.

Cumprе destacar que as ligações entre Direito Internacional e Direito Intertemporal são raramente exploradas, muitas vezes se limitando à análise conflitual hierárquica entre Direito Interno e Internacional adotada por ordenamentos jurídicos. As questões que serão abordadas no estudo possuem uma lógica distinta, enfrentando conflitos de tratados sucessivos ou não no

---

<sup>231</sup>DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 322

<sup>232</sup>DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 322

âmbito temporal. Os resultados obtidos pelo estudo poderão ter um maior alcance e serem aplicadas a conflitos de tratados de maneira geral.

Para definir a solução do conflito intertemporal entre tratados de alimentos, analisar-se-á a natureza e objetivos de cada uma das três convenções ratificadas pelo Brasil; suas possíveis antinomias, relacionadas a elementos de conexão, lei aplicável, jurisdição e cooperação; e uma análise das teorias existentes para conflitos entre tratados. Nesse tópico, far-se-á um exame das diferenças entre Direito Internacional Privado e Intertemporal e suas intersecções, buscando listar o que dizem as teorias sobre esse fenômeno.

Averiguar-se-á ainda se há a existência ou não de tratados sucessivos, buscando determinações específicas na Convenção de Viena e nas próprias convenções, ou também se é possível a aplicação de critérios internos para a resolução das antinomias, dado o elemento da internalização dos tratados internacionais no Brasil. O trabalho conecta debates do Direito Interno, Direito Internacional Privado, Direito Internacional Público e Direito Intertemporal.

## 6.1 NATUREZA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE OBRIGAÇÕES ALIMENTÍCIAS

A prestação alimentícia para as pessoas que dependem de alimentantes residentes em outros países é, muitas vezes, dificultosa e delicada ao envolver duas jurisdições e duas ordens jurídicas diferentes, sendo este um dos primeiros problemas a preocupar a comunidade internacional em matéria de filiação<sup>233</sup>.

Sobre a origem das Convenções Internacionais de Alimentos:

A Obrigação alimentar como um dos tópicos do Direito Internacional Privado (DIPr), teve um maior crescimento mais na Europa do que no resto do mundo, após a Primeira Grande Guerra, principalmente com o advento de dois Instrumentos: a) "*Maintenance Orders (Facilities for Enforcement) Act*", de 1920, reinante na Commonwealth (que facilitava a execução, na Inglaterra, de decisões emanadas de outras partes do Império, e vice e versa); e, b) "Convenção da União dos Países Escandinavos", firmada em Oslo em 6.2.31 (modificada em 26.3.53), válida entre Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia. Para os países panamericanos, firmou-se o chamado "Código Bustamante", de 1928, que é Lei entre nós e que vigora em quase toda a América, menos na Argentina, Colômbia, Estados Unidos da América, México, Paraguai e Uruguai. A divisão da família, a imigração a procura de novos trabalhos e a coabitação dos soldados não residentes no estrangeiro (Durante a Guerra e após ela), chamaram a atenção dos legisladores e dos estudiosos da época. "Precisou" de uma Guerra

---

<sup>233</sup>DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 322.

Mundial, para desencadear uma proteção maior e internacional, em se tratando de alimentos.<sup>234</sup>

Inicialmente, em se tratando desse tipo de prestação de alimentos, em que uma das partes, credora ou devedora, reside em outro país, foram assinadas pelo Brasil três convenções internacionais de cooperação jurídica internacional, em sua maioria discutindo quatro problemas: jurisdição competente, lei aplicável, reconhecimento/execução de decisões sobre o tema e cooperação internacional para a cobrança em vias administrativas.

De forma geral, Dolinger<sup>235</sup> resume que há três formas de proceder à cobrança. Na primeira delas, o credor promove a ação de alimentos na jurisdição em que domiciliado. A citação e as comunicações processuais serão feitas por algum meio aceito nos foros do credor e do devedor, geralmente uma carta rogatória. Após o julgamento da lide, haveria o reconhecimento da decisão na jurisdição do devedor, caso fosse necessário, bem como a sua execução.

A segunda opção, ainda mais complicada, seria a situação em que o credor entra com a ação na jurisdição de domicílio do devedor, se responsabilizando pela procura de assistência judiciária no local, além de suas próprias comunicações processuais. Como forma de facilitar a cobrança do direito aos alimentos, foram sendo criados tratados bilaterais e multilaterais entre os países, mediante a intervenção anterior e colaboração de autoridades remetentes e intermediárias, cada uma delas a serem indicadas pelos países envolvidos, sendo esta a terceira forma apontada por Dolinger como a mais simples<sup>236</sup>.

No Brasil encontramos no ordenamento três convenções que visam facilitar a cobrança dos alimentos para o credor por meio da fixação de papéis em autoridades remetentes e instituições intermediárias, sendo elas a (a) Convenção de Nova York de 1956; (b) a Convenção Interamericana de Obrigações Alimentares de 1989; e (c) a mais recente Convenção de Haia de 2007 e seu respectivo Protocolo.

## **6.2 A CONVENÇÃO DE NOVA YORK SOBRE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO ESTRANGEIRO**

<sup>234</sup>PEREIRA, Luiz César Ramos. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). **Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Internacional. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 953-954.

<sup>235</sup>DOLINGER, A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 322.

<sup>236</sup>DOLINGER, Jacob. A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 323

A Convenção de Nova York sobre a prestação de alimentos no estrangeiro foi coordenada pela ONU e aprovada em 1956 na cidade de Nova York no Estados Unidos da América, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 56.826/65. Segundo o artigo I da Convenção, ela será aplicada com o objetivo de facilitar uma pessoa, demandante, que se encontra no território de uma das Partes Contratantes, a obtenção de alimentos aos quais pretende ter direito por parte de outra pessoa, demandada, que se encontra sob jurisdição de outra Parte Contratante<sup>237</sup>.

A finalidade do tratado foi oferecer uma desburocratização jurídica para a resolução desses casos, sendo complementar a outros tratados e lei interna, baseado em uma reciprocidade entre os signatários, redução de custos e celeridade. As partes contratantes deverão determinar internamente os organismos administrativos utilizados, que serão doravante designados como “autoridade remetente” e “instituição intermediária”, sendo possível o contato direto, sem interferência do poder judiciário. A Lei de Alimentos<sup>238</sup>, no art. 26, definiu a Procuradoria Geral da República com tais funções, com competência para a ação a Justiça Federal da capital do Estado em que for residente o devedor.

De maneira simplificada, a dinâmica funciona de modo que o pedido do demandante deve ser dirigido à autoridade remetente de seu Estado, a qual remeterá à instituição intermediária do Estado em que se encontra a parte demandada, podendo isto ser por contato direto, ou seja, sem interferência do judiciário. O pedido é avaliado segundo a legislação do Estado da instituição intermediária, quer dizer, à luz do direito do demandado. Quanto à sua forma, o pedido deve possuir os requisitos da lei da autoridade competente, ou seja, do credor/demandante<sup>239</sup>. Qualquer questão conexa, ou em matéria de Direito Internacional Privado, será avaliada pela legislação do país de domicílio do demandado<sup>240</sup>.

Importante destacar que a Convenção se guia por dois princípios: o da reciprocidade, pelo qual ela só será invocada caso os países envolvidos sejam partes contratantes dela; e o princípio da complementaridade, segundo o qual as regras previstas no instrumento complementarão<sup>241</sup>, sem substituir, outros meios de Direito aplicáveis a cobrança de alimentos

---

<sup>237</sup>BRASIL. **Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965.** Convenção de Nova York sobre a prestação de alimentos no estrangeiro. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-56826-2-setembro-1965-397343-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 14 de janeiro de 2019.

<sup>238</sup>BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968.** Lei de Alimentos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm). Acesso em 14 de janeiro de 2019.

<sup>239</sup>Artigo IV. 2. Antes de transmitir os documentos a Autoridade Remetente certificar-se-á de que estes últimos se encontram, pela lei do Estado do demandante, em boa e devida forma.

<sup>240</sup>Artigo VI 3. Não obstante qualquer disposição da presente Convenção, a lei que regerá as ações mencionadas e qualquer questão conexa será a do Estado do demandado, inclusive em matéria de direito internacional privado.

<sup>241</sup>Artigo I. 2. Os meios jurídicos previstos na presente Convenção completarão, sem os substituir, quaisquer outros meios jurídicos existentes em direito interno ou internacional.

em geral. Com 64 assinaturas<sup>242</sup>, afirma a doutrina que a Convenção é compatível com as antigas Convenções de Haia sobre o tema e com a Convenção Interamericana. Qualquer controvérsia sobre interpretação e aplicação deve ser solucionada pela Corte Internacional de Justiça. O Brasil, em sua prática, tem utilizado esta Convenção como base de aplicação nas cobranças de alimentos com países signatários<sup>243</sup>.

### 6.3 A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO ESTRANGEIRO

A Convenção Interamericana de Prestação de Alimentos no Estrangeiro foi aprovada em 1989, na cidade de Montevideu. É a única sobre o tema na órbita interamericana, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 2.428 em 17 de dezembro de 1997<sup>244</sup>. Reconhece como precedente as Convenções da Haia sobre a matéria. Sua função era dispor sobre a lei aplicável, competência jurisdicional e competência processual internacional. É aplicada tanto para alimentos para menores de idade, como para obrigações relativas a ex-cônjuges e até mesmo outros graus de parentesco<sup>245</sup>.

A convenção traz disposição interessante no seu artigo 19<sup>246</sup>, em que os Estados Partes procurarão prestar assistência alimentar provisória aos menores de outro Estado que se encontrarem abandonados em seu território. A Interamericana possui um regramento diferente da de Nova York em algumas matérias. A Convenção determina que a obrigação alimentar e as qualidades do credor/devedor serão reguladas pela lei que a autoridade competente determinar como mais favorável ao credor, dentre as leis de seus respectivos domicílios e residência

<sup>242</sup>Os países signatários são: Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bielorrússia, Bélgica, Bósnia & Herzegovina, Brasil, Chile, Chipre, Croácia, Dinamarca, Equador, Espanha, Estônia, Macedônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Luxemburgo, Marrocos, México, Mônaco, Montenegro, Noruega, Nova Zelândia, Holanda, Polônia, Portugal, Romênia, Reino Unido, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Suriname, República Checa, Turquia, Ucrânia e Uruguai. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Nova York sobre Cobranças de alimentos no exterior**. Disponível em: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XX-1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XX-1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=_en). Acesso em abril de 2019.

<sup>243</sup>ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 324.

<sup>244</sup>BRASIL. **Decreto nº 2.428, em 17 de dezembro de 1997**. Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/alimentos-internacionais-convencao-de-nova-iorque-1/documentos-cny/convencao-interamericana-sobre-obrigacao-alimentar.pdf/at\\_download/file](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/alimentos-internacionais-convencao-de-nova-iorque-1/documentos-cny/convencao-interamericana-sobre-obrigacao-alimentar.pdf/at_download/file). Acesso em 14 de dezembro de 2019.

<sup>245</sup>DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 351.

<sup>246</sup>Artigo 19 Na medida de suas possibilidades, os Estados Partes procurarão prestar assistência alimentar provisória aos menores de outro Estado que se encontrarem abandonados em seu território.

habitual, pelo binômio da possibilidade/necessidade. Pode ainda ser aplicável a lei do foro, subsidiariamente, caso também seja mais favorável ao credor<sup>247</sup>.

Quanto à jurisdição, possibilita que o credor de alimentos escolha entre o seu Estado de domicílio ou residência habitual para processar a ação, ou ainda o Estado em que o devedor tiver posse de bens, rendas, benefício econômico, dando um alcance universalista à cobrança dos alimentos<sup>248</sup>. Outra possibilidade é um terceiro Estado, desde que haja a concordância do demandado. Para a cessação ou revisão dos valores alimentícios, somente as autoridades que tiverem conhecido a fixação anterior são competentes.

Interessante dispositivo existe acerca de tratados sucessivos sobre o tema. O artigo 29 traz que a Convenção regerá os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos que forem partes nela e nos convênios da Haia de 2 de outubro de 1973 sobre Reconhecimento e Eficácia de Sentenças Relacionadas com Obrigação Alimentar para Menores e sobre a Lei Aplicável à Obrigação Alimentar. Implicaria, portanto, em uma suposta prevalência da Convenção Interamericana sobre as Convenções de Haia, que na época a mais recente era a de 1973. Acrescenta ainda que os Estados Partes poderão convir entre si de forma bilateral a aplicação prioritária dos Convênios da Haia de 2 de outubro de 1973.

Ato contínuo, no artigo 30, a Convenção dispõe que não restringirá as disposições de convenções que sobre esta mesma matéria tiverem sido assinadas ou que venham a ser assinadas de forma bilateral ou multilateral pelos Estados Partes, nem as práticas mais favoráveis que esses Estados observarem sobre a matéria. Sendo assim, há uma regra de hierarquia prevista, mas guiada pelo princípio da complementaridade. A Convenção foi assinada por 15 países<sup>249</sup>.

#### **6.4 A CONVENÇÃO E PROTOCOLO DA HAIA DE 2007 SOBRE OBRIGAÇÕES ALIMENTARES**

Historicamente, existem quatro Convenções da Haia sobre alimentos. A primeira, é datada de 1956, tratando sobre a lei aplicável às obrigações alimentares das crianças. Em 1958,

---

<sup>247</sup> Artigo 6º. A obrigação alimentar, bem como as qualidades de credor e de devedor de alimentos, serão reguladas pela ordem jurídica que, a critério da autoridade competente, for mais favorável ao credor, dentre as seguintes: a) ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do credor; b) ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor.

<sup>248</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 777

<sup>249</sup> Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Haiti, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre Obrigações alimentares**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-54.html>. Acesso em abril de 2019.

houve uma complementação por meio de outra Convenção abordando as questões de reconhecimento e execução de decisões em matéria de obrigações alimentares das crianças. Em 1973, as Convenções da Haia vieram abordar alimentos decorrentes de outras relações familiares e de parentesco. Nesse mesmo ano dois documentos foram firmados, um sobre o reconhecimento e execução de decisões, e outro sobre a lei aplicável a estas obrigações<sup>250</sup>. As duas últimas substituíram as duas convenções primeiras.

Nenhuma das Convenções anteriores tinha sido ratificada pelo Brasil<sup>251</sup>. Em 23 de novembro de 2007 foram celebrados novos acordos que substituíram os anteriores. São eles a Convenção de Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para crianças e outros membros da família e seu Protocolo sobre a Lei aplicável às Obrigações de prestar alimentos. Ambos os tratados foram ratificados pelo Brasil em 2017 e internalizados pelo Decreto nº 9.176 em 19 de outubro de 2017<sup>252</sup>. A convenção veio para melhorar a cooperação em relação a alimentos internacionais, em um sistema completo de auxílio direto, com métodos mais eficazes, rápidos e executáveis<sup>254</sup>.

A Convenção será aplicada nos casos em que estiverem presentes obrigações de prestar alimentos derivadas de uma relação de filiação, em favor de uma pessoa menor de 21 anos; o reconhecimento e execução ou a execução de decisão relativa a obrigações de prestar alimentos decorrentes de relação conjugal, entre outras relações. Mantém a figura das Autoridades Centrais, unificando o seu conceito com o da Instituição Intermediária, da Convenção de Nova York de 1956. Entretanto, houve a mudança na autoridade central, que deixa de ser a Procuradoria Geral da República e passa a ser o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, do Ministério da Justiça (DRCI).

---

<sup>250</sup> DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 325.

<sup>251</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 266.

<sup>252</sup> BRASIL. Decreto nº 9.176, em 19 de outubro de 2017. **Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm). Acesso em 14 de janeiro de 2019.

<sup>253</sup> A Convenção já foi assinada pelos quarenta e um países seguintes: Áustria, Belarus, Bélgica, Bósnia, Brasil, Bulgária, Burquina Faso, Canadá, Croácia, Chipre, República Checa, Estônia, Finlândia, União Europeia, França, Alemanha, Grécia, Guiana, Honduras, Hungria, Irlanda, Itália, Cazaquistão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Países baixos, Nicarágua, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Turquia, Ucrânia, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, Estados Unidos da América. CONFERÊNCIA DE HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convenção de Haia sobre Lei Aplicável às Obrigações Alimentares**. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131>. Acesso em abril de 2019.

<sup>254</sup> ARAÚJO, Nádia de; RAMOS, André de Carvalho (org.). **A conferência da Haia de Direito Internacional Privado: 125 anos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 281-282.

O Protocolo é que definirá os elementos e regras de conexão. No seu artigo 3º, determina que as obrigações de prestar alimentos regular-se-ão pela lei do Estado de residência habitual do credor, salvo quando o presente Protocolo dispuser de outra forma.

Complementa dispondo que em caso de mudança de residência habitual do credor, a lei do Estado de nova residência habitual aplicar-se-á a partir do momento em que a mudança ocorra. Visando eliminar quaisquer dúvidas sobre os elementos de conexão, o diploma constrói, ao longo dos artigos 4º ao 8º, uma série de elementos subsidiários<sup>255</sup>. Nesse último, o protocolo possibilita que as partes, de comum acordo, guiados pelo elemento da autonomia da vontade, possam escolher uma das leis indicadas no artigo para aplicá-la àquela obrigação alimentícia.

## **6.5 ANTINOMIAS ENTRE AS CONVENÇÕES DE ALIMENTOS RATIFICADAS NO BRASIL**

Analisando sumariamente as convenções, percebe-se uma série de diferenças e antinomias entre as normas aplicáveis às obrigações alimentares internacionais, que vão desde a lei aplicável, abarcando procedimento e autoridades.

Inicialmente, com a ratificação e entrada em vigor em 2017 da Convenção de Haia sobre alimentos de 2007, a autoridade central em termos de auxílio direto foi modificada, saindo da

---

<sup>255</sup> 2. Aplicar-se-á a lei do foro se o credor não conseguir, em razão da lei referida no Artigo 3º, obter a prestação de alimentos do devedor. 3. Não obstante a previsão do artigo 3º, aplicar-se-á a lei do foro se o credor tiver acionado a autoridade competente do Estado de residência habitual do devedor. Entretanto, aplicar-se-á a lei do Estado da residência habitual do credor se este não puder obter a prestação de alimentos do devedor em razão da lei do foro. 4. Se o credor não conseguir obter a prestação de alimentos do devedor em razão das leis a que se refere o Artigo 3º e os parágrafos 2 e 3 do presente artigo, aplicar-se-á a lei do Estado da nacionalidade comum do credor e do devedor, se houver. Artigo 5º. Norma especial relativa a cônjuges e ex-cônjuges. No caso de obrigação de prestar de alimentos entre cônjuges, ex-cônjuges ou entre pessoas cujo matrimônio tenha sido anulado, o artigo 3º não se aplicará caso uma das partes se oponha, e a lei do outro Estado, em particular a do Estado de sua última residência habitual comum, apresentar vinculação mais estreita com o matrimônio. Neste caso, aplicar-se-á a lei deste outro Estado. Artigo 6º. Norma especial de defesa. Com relação a obrigações de prestar alimentos distintas daquelas surgidas de relação entre pais e filhos em favor de criança e daquelas dispostas no artigo 5º, o devedor pode opor-se a uma pretensão do credor com o fundamento de que não existe tal obrigação nem segundo a lei do Estado de residência habitual do devedor, nem segundo a lei do Estado de nacionalidade comum das partes, se houver. Artigo 7º. Designação da lei aplicável para fins de um procedimento específico 1. Não obstante as disposições previstas nos artigos 3º ao 6º, o credor e o devedor de alimentos poderão, unicamente para o propósito de procedimento específico em determinado Estado, designar expressamente a lei do referido Estado como aplicável a uma obrigação alimentar. 2. Uma designação feita antes da instituição de tal procedimento deverá ser objeto de acordo, firmado por ambas as partes, por escrito ou registrado em qualquer meio, cujo conteúdo seja acessível, de maneira a poder ser utilizado para consulta futura. Artigo 8º. Designação da lei aplicável 1. Não obstante as disposições previstas nos artigos 3º ao 6º, o credor e o devedor de alimentos poderão, a qualquer momento, designar uma das leis seguintes como aplicável a uma obrigação de prestar alimentos: a) a lei de qualquer Estado do qual alguma das partes seja nacional no momento da designação; b) a lei do Estado de residência habitual de qualquer das partes no momento da designação; c) a lei designada pelas partes como aplicável ou a lei de fato aplicada ao seu regime de bens; d) a lei designada pelas partes como aplicável ou a lei de fato aplicada ao seu divórcio ou à sua separação judicial.

Procuradoria Geral da República, conforme o parágrafo único do art. 26 da Lei de Alimentos<sup>256</sup>, para o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), além de ter unificado as figuras de Instituição Intermediária e Autoridade Remetente.

Esta competência foi realocada recentemente, em 2019<sup>257</sup>, como forma de tornar mais célere e compatibilizada as cobranças de alimentos internacionais, tendo em vista as exigências e necessidades advindas da nova convenção, que impõe uma série de exigências em termos de celeridade e uso de tecnologias, como o desconto da pensão diretamente do salário e o procedimento da ação por meio eletrônico. Levando em consideração o aumento de requisições, se faz necessário o emprego de um órgão mais específico e direcionado ao auxílio direto para regular e pôr em prática estas situações.

A mudança também decorre da estipulação ao Ministério da Justiça da competência em cooperação jurídica internacional pelo Código de Processo Civil de 2015, quando não houver determinação específica em lei. Conseqüentemente, pode-se dizer que houve uma revogação tácita parcial do referido parágrafo único do art. 26 da Lei de Alimentos. Em termos de elementos de conexão e lei aplicável, as três convenções possuem determinações diferentes.

A Convenção de Nova York de 1956 determina que a legislação do Estado da instituição intermediária é a que deve ser seguida para as questões materiais e conexas ao DIPr; e quanto à sua forma, deve o pedido possuir os requisitos da lei da autoridade remetente<sup>258</sup>. Enquanto isso, a Convenção Interamericana determina que a autoridade julgadora utilize a lei material mais benéfica ao credor, dentre aquelas existentes nos domicílios ou residência habitual do credor e do devedor.

No Protocolo da Convenção de Haia de 2007, todavia, a regra geral para lei material é a aplicação da lei da residência habitual do credor, seguido por elementos de conexão alternativos, como a lei do foro em alguns casos em que o credor dá entrada na ação na residência habitual do devedor; ou ainda no caso de alimentos entre cônjuges/ex-cônjuges, em que será utilizada a lei do outro Estado, ou a lei comum ao matrimônio, caso uma das partes se oponha. Para Bonomi, essa regra vem para neutralizar situações em que o elemento da residência habitual nem sempre é adequada à situação prática, impedindo, às vezes, a execução

---

<sup>256</sup>BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968.** Lei de Alimentos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm). Acesso em abril de 2019.

<sup>257</sup>BRASIL. **Decreto nº 9.662, de 1º de janeiro de 2019.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9662.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9662.htm). Acesso em abril de 2019.

<sup>258</sup>Artigo IV. 2. Antes de transmitir os documentos a Autoridade Remetente certificar-se-á de que estes últimos se encontram, pela lei do Estado do demandante, em boa e devida forma.

da própria decisão<sup>259</sup>. O tratado admite ainda acordos entre as partes sobre a lei material a ser aplicável.

Essas alternativas de elementos de conexão e escolha de lei aplicável possibilitam, segundo Nádia de Araújo, a inserção oficial da autonomia da vontade no Direito Internacional de Família, antes não permitida pela Lei de Introdução, nas questões patrimoniais, respeitando a forte tendência internacional<sup>260</sup>. Sobre a autonomia privada especificamente nas obrigações de alimentos, Moreno<sup>261</sup> afirma que

En primer lugar, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad conflictual ha sido especialmente generoso en materia de obligación de alimentos. [...]. El artículo 8 del Protocolo de La Haya de 2007 se decanta por el principio de autonomía de la voluntad conflictual, precisamente en un ámbito del Derecho de Familia que cuenta con una marcada impronta patrimonial.

Posto isto, pode-se observar claras determinações discrepantes em relação ao elemento de conexão peremptório à lei material aplicável aos pedidos de alimentos. A Convenção de Haia determina ainda que seu âmbito de aplicação em relação aos pedidos de alimentos de filiação só será feito até os 21 (vinte e um) anos, enquanto as outras duas convenções apesar de limitarem à condição de 18 (dezoito) anos, possibilitam a continuidade da aplicação das convenções caso a parte ainda continue credora dos alimentos. Ainda em relação às partes credoras/devedoras, a de Haia possui rol ampliado, permitindo o aproveitamento a parentes colaterais, sem a limitação brasileira de até o segundo grau, e afins, situação também não permitida segundo a legislação brasileira e as outras convenções.

Sendo assim, além das mudanças de autoridade central, tem-se antinomias em relação às partes figurantes, aos elementos de conexão, às leis aplicáveis e às formas de constrição ao devedor, como passaporte retido, suspensão da carteira de motorista, além da formalização do pedido por meio eletrônico, estes últimos vinculados à Convenção de Haia e seu Protocolo de 2007, além de mudanças procedimentais de auxílio direto, não disciplinadas nas convenções anteriores. Sobre normas convergentes e divergentes no Direito de Família Internacional,

Considerando a soberania dos Estados para regular o Direito de Família, a pluralidade de fontes nacionais torna factível a ocorrência de normas convergentes sobre determinados assuntos, como a obrigação dos pais de prestarem alimentos aos filhos.

<sup>259</sup>BONOMI, Andrea. The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations. In: **Yearbook of Private International Law**. Munchen: Sellier, v. 20, 2008. p. 340-341.

<sup>260</sup>ARAÚJO, Nádia de. A autonomia da vontade no direito brasileiro e sua expansão para o direito de família internacional: as novidades na área de cobrança de alimentos internacionais. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (orgs.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 436.

<sup>261</sup>MORENO, Guillermo Palao. La importancia de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea". In: MENEZES, Wagner (org.). **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Julho/Dezembro, 2017. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 88-91

Por outro lado, pode ocorrer de haver normas divergentes regulando o mesmo fato social, a exemplo do reconhecimento de Direitos de Famílias compostas por homossexuais por alguns países, mas não aceito por outros. Nesta seara, o Direito Internacional privado é a ciência que “cria” um canal de comunicação entre os Estados, a fim de reconhecerem os efeitos extraterritoriais de direitos decorrentes das situações privadas transfronteiriças, por meio da adoção de normas que dispõem sobre lei aplicável e de jurisdição, fixados pelas fontes domésticas e internacionais<sup>262</sup>.

Diante de três tratados perfeitamente aplicáveis, mas ratificados em momentos diferentes e que nem sempre estão sincronizados, qual norma aplicar para as relações que envolverem partes em dois países que ratificaram duas (ou as três) das mesmas convenções internalizadas pelo Brasil? Necessita-se saber como será a aplicação das convenções nessa hipótese casuística, verificando se a convenção mais recente se impõe e se há normas de compatibilidade/superioridade e regras de transição que protejam os direitos adquiridos e processos em curso iniciados por outras convenções.

## 6.6 CONFLITOS ENTRE TRATADOS: DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O DIREITO INTERTEMPORAL

De certo, o Direito Internacional Privado e o Direito Intertemporal são ramos do Direito que tratam de conflitos de leis e antinomias jurídicas, recebendo a classificação de normas de sobredireito, por determinarem qual norma é a competente em uma situação jurídica<sup>263</sup>. Entretanto, enquanto a primeira resolve conflitos resultantes do fator espaço e dos conflitos móveis, a segunda elabora soluções para quando o fator tempo traz confusão sobre qual norma aplicar.

Complementando a ideia,

A finalidade do direito intertemporal ou transitório é definir a partir de que data entra em vigor uma nova lei, e como irá relacionar-se com fatos encerrados e relações jurídicas contínuas, iniciadas antes de sua entrada em vigor. Enquanto o direito internacional privado regula um conflito interespaçial, ou seja, determina quando o direito interno ou um determinado direito estrangeiro é aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional, o direito intertemporal ou direito transitório leva em consideração o critério de tempo, determinando quando será aplicável uma nova lei ou uma lei antiga a um fato juridicamente relevante. Porém, ambos os direitos indicam, meramente, o direito aplicável a um conflito de leis, quer no espaço, quer no tempo, nunca solucionando a *quaestio iuris* propriamente dita<sup>264</sup>.

<sup>262</sup>LOPES, Inez. **A família transnacional e a cooperação jurídica internacional**. In: Caderno Especial - Cooperação Jurídica Internacional. vol. 1. Abril/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 83 – 113. (ebook. Biblioteca digital: Revista dos Tribunais).

<sup>263</sup>DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 307.

<sup>264</sup>RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86.

Ainda sobre o Direito Intertemporal, Ana Beatriz Rebello Presgrave esclarece que seu objeto central é “determinar os limites de aplicação temporal das novas leis” e sua aplicação sucessiva, com as dificuldades de dois, ou vários, parâmetros antagônicos<sup>265</sup>.

O Direito Internacional Privado soluciona conflitos de leis no espaço e conflitos ocasionados por fatos que envolvem leis espacialmente contrárias, regulando o intercâmbio humano que passa por vários direitos autônomos<sup>266</sup>. É a extra atividade da lei. Já o Direito Transitório ou Intertemporal rege os fatos em transição, que passam de uma lei para outra em razão do tempo, podendo acontecer a “atividade de uma lei fora de sua época”<sup>267</sup>.

Não é por terem objetos de estudos diferentes que o Direito Internacional e o Intertemporal não possuirão pontos de intersecção, com superposição de conflitos. Valladão aponta que ambos os ramos pertencem ao mesmo campo jurídico de estudo das fontes jurídicas<sup>268</sup>. Seus encontros podem ser sentidos quando novas regras entram em vigor no plano internacional privado, com profunda conexão, iluminando-se mutuamente<sup>269</sup>, enquanto “espaço, tempo e movimento são conceitos que se interpenetram também na ciência jurídica<sup>270</sup>”.

Beat Walter Rechsteiner reflexiona que cada sistema determina suas regras especiais sobre o direito transitório. Se em determinado sistema não houver especificações com relação ao Direito Intertemporal e o Direito Internacional Privado, não pode ser outra a conclusão da doutrina majoritária de que “o efeito no tempo da alteração de uma regra de direito internacional privado será determinado pelo sistema ao qual referida regra pertence”<sup>271</sup>. Portanto, serão aplicadas ao conflito de leis no tempo as regras gerais e internas da *lex fori*.

Para o autor, esta seria a conclusão mais adequada. Valeria dizer que aplicar-se-ão as regras do foro e Direito Interno no conflito intertemporal de Convenções Internacionais, como

---

<sup>265</sup>PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **O Novo CPC e os processos em curso: Direito Intertemporal Processual**. 1ª ed. São Paulo: Lualri Editora, 2016. p. 20-21.

<sup>266</sup> Solano de Camargo afirma que os sistemas jurídicos de Direito Internacional Privado se encontram cada vez mais complexos, formando relações turbulentas e extensas, guardando pouco das bases originais de sua criação. CAMARGO, Solano de. Ordens Jurídicas não-estatais e o reconhecimento de sentenças estrangeiras. In: MENEZES, Wagner (org). **Direito Internacional em expansão: Volume 14**. Anais do XVI Congresso Brasileiro de Direito Internacional, Foz do Iguaçu/PR. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 23.

<sup>267</sup>VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado: introdução e parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Ltda, 1971. p. 3-4.

<sup>268</sup>VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado: introdução e parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Ltda, 1971. p. 5.

<sup>269</sup>VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado: introdução e parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Ltda, 1971., p. 8-10.

<sup>270</sup>VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado: introdução e parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Ltda, 1971.p. 7.

<sup>271</sup> RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87-88.

normas internalizadas, caso não haja regras específicas? Aplicar-se-á então o decreto mais recente? É sobre esses pontos de convergência e regras específicas que se passa a estudar.

### 6.6.1 Direito Intertemporal Internacional x Direito Internacional Intertemporal

Jacob Dolinger e Carmen Tibúrcio indicam em sua doutrina dois tipos diferentes de convergência entre o Direito Internacional Privado e o Transitório. Esclarecem que o Direito Intertemporal Internacional acontece quando o Direito Interno modifica a sua legislação de normas de sobredireito interespacial e intertemporal, estudando os conflitos temporais de regras do Direito Internacional Privado. Seria o caso do Estado que modifica o elemento de conexão para outra regra, como o que ocorreu no Brasil com o advento da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mudando diversos elementos de conexão da nacionalidade para o domicílio. Nesse ponto, Dolinger e Tibúrcio concordam com Rechsteiner. Esses conflitos temporais internacionais seguirão as regras gerais do direito interno, citando Haroldo Valladão e Oscar Tenório<sup>272</sup>.

O Direito Internacional Intertemporal é outro fenômeno, ocorrendo quando a regra de conexão indica aplicação de direito estrangeiro, o qual teve “alteração temporal no direito interno”, modificado por lei mais recente. Nessa situação, a indicação da doutrina majoritária é que seja respeitada a “regra de Direito Intertemporal do sistema jurídico declarado competente, ou seja, o Direito Transitório interno do Estado estrangeiro”<sup>273</sup>. Novamente citando Tenório e Valladão, o Direito estrangeiro deverá ser aplicado inteiramente, inclusive com as suas regras próprias de tempo, somente oponível caso se verifique no caso concreto exceções de aplicação, como infringência à ordem pública<sup>274</sup>.

### 6.6.2 Tratados Sucessivos e Conflitos de leis de mesma categoria

Mazzuoli<sup>275</sup> traz que os tratados sucessivos versam sobre situações em que dois tratados abordam a mesma matéria e considera esse o ponto mais confuso da teoria dos tratados, e que,

---

<sup>272</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 309-310.

<sup>273</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 310.

<sup>274</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 310.

<sup>275</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 281

inversamente, poucos autores refletem sobre, opinião esta compartilhada por Accioly<sup>276</sup>. Para haver sucessão de tratados devem existir ao menos dois deles simultaneamente vigentes, dispendo sobre a mesma matéria e um Estado, pelo menos, deve ser parte deles. Considera a superposição de normas convencionais, atualmente, como um conflito comum em decorrência da inflação legislativa do Direito Internacional.

Quando essa situação acontece, pode-se aplicar o critério de especificidade; a prevalência do *jus cogens*, ou seja, o mais utilizado, consolidado (haja vista sua superioridade em relação aos tratados, elencada pelo art. 53 da Convenção de Viena<sup>277</sup>); ou o mais recente, de indicação na Convenção de Viena.

Como consequência direta desse fenômeno, surge então o problema jurídico – fundado no *pacta sunt servanda* – do conflito de normas contraditórias estabelecidas em tratados sucessivos e simultaneamente vigentes, que requer solução adequada. A matéria tem sido pouco estudada pelos internacionalistas em geral, sendo que vários deles, quando o fazem, cuidam do problema, geralmente, dentre os modos de extinção dos tratados (o que não nos parece correto). O problema foi intensamente debatido pela CDI de 1953 a 1966, sob cinco ângulos distintos,<sup>139</sup> acabando por ser adotado o art. 30 da Convenção de Viena de 1969 (regra repetida no também art. 30 da Convenção de 1986)<sup>278</sup>.

Para esse problema, é o que dispõe a Convenção no art. 30. Importante destacar que as soluções abaixo foram criadas para ratificações sucessivas de tratados multilaterais, ou entre tratados bilaterais com multilaterais<sup>279</sup>. Sendo assim:

Artigo 30. *Aplicação de tratados sucessivos sobre o mesmo assunto.*

1. Sem prejuízo das disposições do artigo 103 da Carta das Nações Unidas [*verbis*: “No caso de conflito entre as obrigações contraídas pelos Membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e suas obrigações contraídas em virtude de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas pela presente Carta”], os direitos e obrigações dos Estados partes em tratados sucessivos sobre o mesmo assunto serão determinados de conformidade com os parágrafos seguintes.
2. Quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão.
3. Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior.
4. Quando as partes no tratado posterior não incluem todas as partes no tratado anterior:

<sup>276</sup> ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 168.

<sup>277</sup> Artigo 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

<sup>278</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 281-282.

<sup>279</sup> ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 168.

a) nas relações entre os Estados partes nos dois tratados, aplica-se o disposto no parágrafo 3;

b) nas relações entre um Estado parte nos dois tratados e um Estado parte apenas em um desses tratados, o tratado em que os dois Estados são partes rege os seus direitos e obrigações recíprocos.

5. O parágrafo 4 aplica-se sem prejuízo do artigo 41, ou de qualquer questão relativa à extinção ou suspensão da execução de um tratado nos termos do artigo 60 ou de qualquer questão de responsabilidade que possa surgir para um Estado da conclusão ou da aplicação de um tratado cujas disposições sejam incompatíveis com suas obrigações em relação a outro Estado nos termos de outro tratado<sup>280</sup>.”

Segundo o referido § 3º, o critério cronológico foi privilegiado. Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior e ambos continuam plenamente aplicáveis, deverá ser usado com maior rigor o tratado mais recente. O antigo só será aplicado caso suas disposições sejam compatíveis com o posterior. Mazzuoli reflete que é a aplicação da regra *lex posterior derogat priori*. Accioly abre, contudo, uma exceção à Carta da ONU, devendo esta prevalecer sempre, ao lado das normas de *jus cogen* (artigo 53)<sup>281</sup>.

Essa, não era, todavia, a tese escolhida por Grócio, que preferia a aplicação da *lex speciales*, caso esta exista. Entretanto, Amaral Júnior esclarece que as regras do art. 30 são para tratados que expõem sobre um tema com a mesma generalidade ou especificidade. A regra do *lex speciales* só teria sentido em ser aplicada quando se tratar de um tratado mais abrangente e outro genérico<sup>282</sup>.

Trata-se do caso de tratados sucessivos sobre o mesmo tema com identidade da fonte de produção normativa, caso em que não haverá propriamente conflito entre os tratados. Ocorrendo a sucessão convencional, aplicam-se as regras clássicas de hermenêutica para dar prevalência ao tratado anterior ou posterior, caso um ou outro seja geral ou especial. Sendo ambos os tratados gerais, a prevalência é do último, por materializar a vontade comum (e mais recente) das partes, a qual ab-roga ou derroga o instrumento convencional anterior. [...] De fato, se são idênticas as partes nos tratados anterior e posterior, e se poderiam elas (caso quisessem) ter expressamente revogado o tratado anterior por meio do posterior, é evidente que se não o fizeram é porque desejam continuar aplicando o tratado anterior naquilo que não se incompatibiliza com as disposições do tratado posterior.<sup>283</sup>

Note-se também que alguns tratados preveem cláusulas de compatibilidade, que são aquelas que “visam adaptar ou acomodar as disposições de um determinado tratado às de outro.

<sup>280</sup>BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em 15 de janeiro de 2019.

<sup>281</sup>ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 169.

<sup>282</sup>JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 86.

<sup>283</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.284-290.

São cláusulas estipuladas no instrumento a fim de estabelecer, desde já, como será o seu relacionamento com outro(s) tratado(s) anterior(es) ou posterior(es)”.

Pela regra da Convenção de Viena, no §2º, do artigo 30, encontramos a previsão de que “quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão.” A regra do §2º do artigo 30 induz que quando um tratado se intitular subordinado a outro, ou que com ele deverá manter compatibilidade, as disposições desse outro tratado prevalecerão. À contrário *sensu*, um tratado só estará subordinado a outro, seja anterior ou posterior, quando assim o expressamente manifestar<sup>284</sup>.

Há nesta norma, como se vê, a previsão de *duas* cláusulas distintas: a de *subordinação* de um tratado a outro, e a de *compatibilidade* de um tratado a outro. Na primeira hipótese, trata-se do caso em que um tratado (*X*) diz estar *subordinado* a outro tratado (*Y*) anterior ou posterior, quando então as disposições deste último (*Y*) prevalecerão (independentemente de o *tratado Y* ser anterior ou posterior ao *tratado X*); já na segunda hipótese – relativa ao tema que ora nos ocupa – o dispositivo prevê o caso de um tratado (*X*) estipular que não deve ser considerado *incompatível* com outro tratado (*Y*) anterior ou posterior, quando então a mesma solução é adotada, ou seja, as disposições deste último (*Y*) é que prevalecem (independentemente de ser o *tratado Y* anterior ou posterior ao *tratado X*). [...] De fato, o art. 30, § 2.º, da Convenção leva, literalmente, no que tange à cláusula de compatibilidade, à prevalência *cega* das disposições do tratado-paradigma<sup>149</sup> (*tratado Y*, anterior ou posterior) relativamente às do tratado que estipula a cláusula (*tratado X*). Ora, a compatibilidade entre as disposições de dois ou mais tratados – como destaca Remiro Brotons – não se pode impor, *a priori*, pela via do *império*, mas tão somente como resultado de uma análise lógica e da comparação<sup>285</sup>.

Assim, havendo a previsão de cláusula de compatibilidade, a Convenção de Viena determina que as disposições do outro tratado deverão prevalecer, independentemente da posição que ocupe no tempo. É o que reforça Mazzuoli, explicando as cláusulas de compatibilidade e de subordinação.

As questões sobre Direito Intertemporal nos Tratados não se limitam ao art. 30 da Convenção de Viena. O art. 28 trata da irretroatividade de Tratados, dispondo que “a não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado [...], suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte”. O artigo trata da efetiva proibição à retroatividade de um tratado em regra geral. Todavia, o impedimento não é absoluto. Um tratado ou convenção pode prever essa ação da norma, desde que aconteça expressamente.

<sup>284</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 284-290.

<sup>285</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 284-290.

Outros artigos tratam da manutenção de direitos adquiridos, sendo eles os art. 63, 69 e 71. Todavia, esses casos tratam de extinção, nulidade e descumprimento dos tratados, campos estes que são confundidos às vezes com o tema de sucessão de tratados, que são situações diferentes. Na sucessão de tratados, os acordos envolvidos continuam todos válidos nos países que os acordaram, o que não acontece na situação de extinção e nulidade.

### **6.6.3 Cláusulas de Compatibilidade, Substituição e Disposições Transitórias nas Convenções de Alimentos**

Começando pela discussão da Convenção da Haia e seu Protocolo mais recente, de 2007, essa prevê no seu artigo 48 que nas relações entre Estados Contratantes, a Convenção de Haia de 2007 substitui as outras duas anteriores, também de Haia, de 1973, sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões Relativas às Obrigações de Prestar Alimentos, e a de 1958, em relação ao reconhecimento e execução de decisões deste mesmo tipo. Essa substituição acontecerá quando seus âmbitos de aplicação entre os Estados coincidirem com o âmbito de aplicação da Convenção de 2007.

Estas determinações acima assinaladas não atingem o Estado Brasileiro, tendo em vista que não foi signatário das convenções reportadas. O art. 49 trata de cláusula de substituição da Convenção de Nova Iorque de 1956. O seu teor disciplina que quando os Estados contratantes da Convenção das Nações Unidas sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, também tiverem pactuado a Convenção de Haia de 2007, esta a substituirá quando o âmbito de aplicação coincidir. Isso é de conformidade com a cláusula de complementariedade prevista na Convenção de Nova York, no §2º do seu artigo I, em que os meios jurídicos nela previstos completarão, sem os substituir, quaisquer outros meios jurídicos existentes em direito interno ou internacional.

O art. 51 traz disposição clara de que a Convenção não derrogará qualquer instrumento internacional sobre a mesma matéria celebrado antes dela pelos Estados Contratantes, permitindo ainda que eles celebrem tratados bilaterais no propósito de melhorar a aplicação da Convenção de Haia de 2007 entre si, desde que em consonância com os seus objetos e finalidades.

O art. 52, por sua vez, trata-se de cláusula de compatibilidade, permitindo a aplicação de tratado, acordo ou instrumento internacional anterior e vigente que preveja bases mais amplas para reconhecimento de decisões em matéria de alimentos, e/ou procedimentos simplificados, ou de auxílio direto, mais céleres, relativos a pedidos de reconhecimento e

execução de decisões em matéria de alimentos; ou ainda assistência jurídica mais favorável. Ressalte-se a questão desses outros instrumentos pactuados serem compatíveis.

A Convenção de Haia sobre Lei Aplicável às Obrigações Alimentares traz ainda disposições transitórias no seu art. 56. Esse dispositivo foi inserido com o fim de proteger os direitos adquiridos e procedimentos para pedidos de alimentos, ou reconhecimento/execução de decisões, anteriores à entrada em vigor da Convenção de 2007.

O parágrafo primeiro aduz que a aplicação da Convenção se dará em pedidos recebidos pela Autoridade Central após a entrada em vigor da Convenção entre o Estado Requerente e o Estado Requerido. A mesma regra se repete na alínea b do parágrafo, para as solicitações de reconhecimento e execução apresentadas às autoridades competentes do Estado destinatário após a entrada em vigor da Convenção, tanto entre o Estado de origem, como no Estado destinatário.

O parágrafo segundo traz observação interessante no que se refere ao reconhecimento e execução das decisões entre os Estados Contratantes desta Convenção que sejam igualmente Partes de alguma das Convenções da Haia de alimentos mencionadas no artigo 48. O que o artigo traz é que se as condições para reconhecimento e execução previstas na Convenção de 2007 impedirem isso para decisão proferida antes da entrada em vigor da Convenção neste Estado, mas que esta seria reconhecida e executada de acordo com as Convenções anteriores em vigor ao tempo em que a decisão foi proferida, aplicar-se-ão as condições desta última. Apesar da ideia apontar para a ultra atividade das convenções da Haia anteriores sobre alimentos, mais uma vez, essa disposição não é aplicável ao Brasil.

Por fim, o parágrafo terceiro alude que o Estado destinatário não é obrigado a executar decisão ou acordo em matéria de alimentos, pela Convenção de 2007 e seus meios, para pagamentos que se venceram antes da sua entrada em vigor entre o Estado de origem e o Estado destinatário. Sendo assim, a Convenção, expressamente, declara a sua irretroatividade, em conformidade com o art. 28 da Convenção de Viena, já comentado. Contudo, a norma excepciona a previsão nos casos de obrigações de prestar alimentos decorrentes de uma relação de filiação, cujo credor tenha menos de 21 anos.

Essa regra permite que os pedidos em andamento comecem e terminem regulamentados pelo mesmo Tratado, evitando mudanças, no meio do caminho, de lei aplicável, autoridade e procedimentos. O Direito Internacional Privado, em matéria de alimentos, segue, então, caminho diferente do Direito Intertemporal Processual interno, no qual novas regras processuais provocam mudanças por ato processual.

Com relação à Convenção Interamericana, no seu artigo 29 há disposição expressa com relação às Convenções de Haia anteriores, sendo o seu teor de que “esta Convenção regerá os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos que forem Partes nesta Convenção e nos convênios da Haia, de 2 de outubro de 1973, sobre Reconhecimento e Eficácia de Sentenças Relacionadas com Obrigação Alimentar para Menores e sobre a Lei Aplicável à Obrigação Alimentar”. Entretanto, os Estados Partes poderão convir entre si, de forma bilateral, a aplicação prioritária dos Convênios da Haia de 2 de outubro de 1973.

Apesar de se fazer substituir pela Convenção da Haia de 1973, nesse artigo foi ela silenciosa quanto a Convenções da Haia posteriores. Entretanto, no seu artigo 30 dispôs cláusula de compatibilidade, em que “esta Convenção não restringirá as disposições de convenções que sobre esta mesma matéria tiverem sido assinadas ou que venham a ser assinadas de forma bilateral ou multilateral pelos Estados Partes, nem as práticas mais favoráveis que esses Estados observarem sobre a matéria”.

## **7 DESAFIOS NA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Conforme delineado nos capítulos anteriores, a internacionalização do núcleo familiar tem provocado um desdobramento no número de rupturas familiares transnacionais, seja por divórcio, seja por dissolução de uniões estáveis. Diante a fragilidade social em que se encontram as mulheres migrantes, após a dissolução familiar, muitas delas acabam por voltar para seus países de origem, trazendo consigo seus filhos sem a autorização dos pais. Nesse enfoque, acabam cometendo a chamada Subtração/Sequestro Internacional de Crianças e Adolescentes, enquadradas na Convenção de Haia de 1980 sobre esses aspectos civis.

A Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis da subtração internacional de menores é um dos poucos meios existentes para resguardar a guarda internacional, o direito de visitação e o retorno dos menores aos seus países de residência habitual, tudo por meio de cooperação jurídica processual internacional. Para se determinar as causas, consequências e soluções da questão de gênero, seja por discriminação ou violência, como maior meio motivador da Subtração Internacional de Menores por mulheres brasileiras, se estudará a dupla vulnerabilidade da mulher migrante de início. Em seguida, será explorada a formação e dissolução das famílias transnacionais, a ocorrência dos motivos atrelados ao desamparo social da mulher migrante para o Sequestro Internacional de Crianças e adolescentes, analisando-se também as linhas gerais da mencionada convenção e suas exceções.

Sendo assim, o presente capítulo trará os desafios do Direito Internacional sob o enfoque em outros seres humanos ainda mais vulneráveis que a mulher migrante, desta vez de forma ainda mais forte: as crianças e adolescentes, que sofrem as consequências direitas do fenômeno das migrações e famílias internacionais.

### **7.1 A MULHER MIGRANTE E A SUA DUPLA VULNERABILIDADE**

Durante os séculos XX e XXI, o fenômeno das migrações internacionais restou altamente intensificado. A busca por uma vida melhor, independentemente sob qual aspecto, seja familiar, profissional, de saúde e qualidade de vida, ou de ensino, afetam as mudanças de domicílio e nacionalidade no mundo, independentemente do gênero.

Esses migrantes já vêm de uma situação de vulnerabilidade social em um território anterior. Vulnerabilidade esta, socialmente falando, representada nos indivíduos que possuem algum tipo de condição social, política, cultural, étnica, econômica, de saúde, ou educacional

diferente de outras pessoas, resultando em uma situação de desigualdade. Esse vértice pode englobar o ser humano em muitas dimensões.

Os migrantes, sejam eles refugiados ou não, são considerados vulneráveis por aparecerem como um alvo mais facilmente fragilizado em algum aspecto social, condição esta geralmente presente antes mesmo da migração, como também em razão das novas realidades a serem enfrentadas, diferentes daquela que conhece. Os migrantes, em sua maioria, possuem mais problemas para conquistar seu espaço no país de destino, sejam nas relações pessoais, sociais, culturais, religiosas, ou trabalhistas<sup>286</sup>. Não que essa figura seja sempre mais frágil que o não migrante. Todavia, repetidamente, se encontraram em situação de um, ou múltiplos, aspecto(s) de dificuldade. Até mesmo quando possuem boas condições financeiras ou de trabalho, as probabilidades de sofrerem discriminação por motivos xenofóbicos são altas.

Várias são as vulnerabilidades que podem ser enfrentadas, no geral por motivos de documentação; violações de direitos humanos; dependência econômica de familiares no seu local de origem; limites a direitos sociais e de cidadão; adaptação às diferenças culturais, linguísticas, religiosas; xenofobia; perda de referenciais identitários; e de emprego. No caso das mulheres migrantes, além dos obstáculos acima expostos, naturais da migração, acrescenta-se a discriminação por motivo de gênero, condição esta afetada em razão da construção social e cultural sobre os estereótipos da mulher, ou seja, sobre como a sociedade espera a mulheres ajam em relação a seus papéis históricos<sup>287</sup>.

Ainda na concepção atual, o trabalho da mulher, conforme Albornoz, estaria associado ao “ter”, mas não ao “ser”. O trabalho feminino é sempre visto de forma a “*ter* mais, mas não para ela *ser* mais através de seu trabalho”<sup>288</sup>.

A mulher se torna independente apenas no papel. Embora sendo integradas ao mundo do trabalho, as mulheres muitas vezes não são aceitas como iguais: o salário é menor; suas regalias, ou novos direitos, por ocasião da gestação e do parto, voltam-se contra elas mesmas, pois se tornam mão-de-obra desvalorizada, e desinteressante para o empregador.<sup>289</sup>

O enquadramento da mulher nos grupos minoritários, ou considerados hipossuficientes, não se origina em razão do seu menor número na sociedade, mas pela sua condição história de

---

<sup>286</sup>MARINUCI, Roberto; LUSSI, Carmem. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. (no prelo). Disponível em: [https://www.csem.org.br/wp-content/uploads/2018/08/vulnerabilidades\\_dos\\_migrantes.pdf](https://www.csem.org.br/wp-content/uploads/2018/08/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf). Acesso em abril de 2019. p.2.

<sup>287</sup>SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade. Vol. 20, jul./dez. 1995, p. 75.

<sup>288</sup>ALBORNOZ, Suzana. **As mulheres e a mudança nos costumes**. Porto Alegre: Movimento; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 22-25.

<sup>289</sup>ALBORNOZ, Suzana. **As mulheres e a mudança nos costumes**. Porto Alegre: Movimento; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 22-25.

inferioridade perante o homem. Esse processo discriminatório em razão do gênero contra as mulheres estaria presente em toda a sociedade global ainda, diferenciando-se em grau por países, sendo, muitas vezes, fator determinante para a migração. O peso de ser migrante, acumulada à marginalização pelo gênero, por ser mulher, tornam-nas duplamente vulneráveis, estando ainda mais desprotegidas do sentindo de reivindicar igualdade e direitos em território estrangeiro. É, nesse sentido, a afirmação de Costa e Schwin, de que

Essas situações diferem pouco em muitos lugares do mundo. E esse tem sido um dos motivos que faz com que muitas mulheres tomem a decisão de migrar, em busca de sociedades mais abertas. Mas não raro, mesmo a decisão de migrar fica à cargo da família e da responsabilidade ou papel dessa mulher na família e na comunidade. E na nova sociedade, essa mulher migrante ou mesmo refugiada, terá que conviver com todos os estereótipos aqui elencados, acrescidos do fato de serem mulheres e migrantes, o que gera desconfiança sobre suas intenções e interesses na busca por uma nova sociedade<sup>290</sup>.

O relatório da ONU “Progress of the World’s Women 2015-2016”, traz dados de que<sup>291</sup>

há mais desemprego feminino do que masculino, e mesmo quando trabalham, as mulheres recebem salários inferiores em tarefas equivalentes; apenas metade das mulheres participam na força de trabalho, em comparação com três quartos dos homens; as mulheres trabalham em media mais 2,5 vezes em tarefas domésticas e trabalho não remunerado do que os homens; entre os trabalhadores domésticos em todo o mundo 83% são mulheres e quase metade deles não têm direito ao salário mínimo; 75% do emprego das mulheres é informal, em atividades que não são abrangidas pelas leis do trabalho e da proteção social.

O Parlamento Europeu, sobre o “Papel e lugar das mulheres imigradas na União Europeia” já concluiu que<sup>292</sup> as mulheres migrantes se deparam mais frequentemente com discriminações e obstáculos à sua integração, seja no mercado de trabalho, seja no meio familiar, por depender em vários países do Estatuto Legal do Marido, se defrontando ainda com casamentos forçados, mutilações genitais, pouco incentivo ao estudo, crimes sexuais e de honra, ocupando, no geral, funções de subemprego. Reforça ainda que a mulher imigrante está mais exposta a maus-tratos, físicos e psicológicos, exploração sexual, a dependência financeira ou

<sup>290</sup> COSTA, Marli Marlene Moraes da; SCHWIN, Simone Andrea. **Qual o lugar das mulheres no mundo? O peso dos estereótipos de gênero sobre as mulheres migrantes e refugiadas.** Ceará: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 38.2, jul./dez. 2018. p.6.

<sup>291</sup> UN WOMEN. **Progress of the World’s Women 2015-2016: Transforming Economies, Realizing Rights.** Disponível em: <http://progress.unwomen.org/en/2015/>. Acesso em abril de 2019.

<sup>292</sup> EUR-LEX. **Papel e lugar das mulheres imigradas na União Europeia.** Resolução do Parlamento Europeu sobre a imigração feminina: o papel e a posição das mulheres imigrantes na União Europeia (2006/2010(INI)). 20 dez. 2006. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2006:313E:TOC>. Acesso em abril de 2019. p. 118-125.

jurídica, já que até mesmo as ofertas de empregos a homens imigrantes são maiores que para mulheres imigrantes<sup>293</sup>.

Nessas situações em que estão submetidas ao estatuto legal do marido, ou dependem de casamento/união estável para receber visto residencial, as mulheres estão ainda mais expostas ao risco de não reconhecimento dos seus direitos fundamentais, sendo, pela mesma razão, mais frequentemente vítimas de discriminações e violência no cotidiano e que, apesar disso e de comporem a maioria na imigração, a dimensão de gênero não tem sido levada em consideração nas políticas nacionais europeias de integração de imigrantes. Assim, além das práticas negativas que já trazem consigo dos seus países de origem, a situação tende a se agravar no país de destino, estimulando a marginalização da mulher migrante<sup>294</sup>.

Sobre esse ângulo, continuam Costa e Schwin:

A escassa rede de apoio social e familiar, um contexto cultural diferente ao próprio (onde elas já sofrem discriminações), somado a desigualdades que se sustentam em padrões de gênero, classe, raça, nacionalidade e língua, proporcionam uma maior precariedade de seus direitos e maiores dificuldades no acesso a serviços públicos de assistência e prevenção à violência de gênero<sup>295</sup>.

É na formação familiar que essas mulheres migrantes podem encontrar um ponto seguro, ou um ponto ainda maior de discriminação. É sobre a concepção da família transnacional e do papel da mulher migrante nas entidades familiares no estrangeiro que passamos a discutir.

## 7.2 FAMÍLIAS TRANSNACIONAIS, A SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980

Os eventos de mudança habitacional transfronteiriços afetam, diretamente e por consequência, as relações privadas internacionais, familiares, trazendo como resultado problemas e efeitos pessoais e patrimoniais de ordem do Direito Internacional Privado. O intercâmbio gerado pela globalização atinge também a formação familiar, ocasionando as

<sup>293</sup>EUR-LEX. **Papel e lugar das mulheres imigradas na União Europeia**. Resolução do Parlamento Europeu sobre a imigração feminina: o papel e a posição das mulheres imigrantes na União Europeia (2006/2010(INI)). 20 dez. 2006. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2006:313E:TOC>. Acesso em abril de 2019. p. 118-125.

<sup>294</sup>EUR-LEX. **Papel e lugar das mulheres imigradas na União Europeia**. Resolução do Parlamento Europeu sobre a imigração feminina: o papel e a posição das mulheres imigrantes na União Europeia (2006/2010(INI)). 20 dez. 2006. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2006:313E:TOC>. Acesso em abril de 2019. p. 118-125.

<sup>295</sup>COSTA, Marli Marlene Moraes da; SCHWIN, Simone Andrea. **Qual o lugar das mulheres no mundo? O peso dos estereótipos de gênero sobre as mulheres migrantes e refugiadas**. Ceará: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 38.2, jul./dez. 2018. p.126.

famílias transnacionais, que são aquelas em que seus membros possuem mais de uma nacionalidade, domicílio estrangeiro, ou que há a possibilidade de aplicar às suas consequências pessoais e patrimoniais normas de dois ordenamentos jurídicos diferentes, ou mesmo duas jurisdições.

Parafraseando a obra “Anna Karenina”, de Tolstói, “todas as famílias felizes são iguais. As infelizes o são cada uma à sua maneira”. Os problemas no Direito de Família surgem, quase sempre, quando do desfazimento da entidade familiar. No caso das internacionais, os problemas entram em xeque com os conflitos de lei, levando a questões complexas e profundas de qual lei aplicar, entrando demandas relacionadas a elementos de conexão e jurisdição. Um desses problemas das famílias transnacionais é o sequestro, ou subtração, internacional de menores.

O sequestro ou subtração internacional de crianças ou adolescentes acontece quando um dos pais retira a criança/adolescente de sua residência habitual, esta entendida como o local em que ela exerce suas atividades rotineiras, mais importantes e onde possui seus vínculos, para outro país sem a autorização do outro genitor, que possui poderes familiares sobre ela, sem a intenção de levá-la de volta. A subtração é ainda configurável quando há retirada do país de residência habitual com a autorização do outro genitor, mas o menor não retorna na data planejada e previamente combinada.

Apesar da denominação “sequestro”, não há na maioria dos países a tipificação penal do ato como espécie do crime de sequestro, cárcere privado. Por isso, melhor é a utilização do nome subtração, ou raptio<sup>296</sup>. A situação de sequestro ocorre quando há um rompimento de relação conjugal ou afetiva entre os genitores do menor de idade. Se questões de guarda e poder familiar dos filhos já são complexas em um mesmo território, quando envolvem Estados diferentes a situação é muito mais gravosa. Para Dolinger:

Aqueles que trabalham profissionalmente com o Direito de Família [...] sabem que o mais difícil aspecto da falência matrimonial, ou do insucesso de uma ligação amorosa extramatrimonial, é aquele que se relaciona com o destino das crianças resultantes da união: a quem caberá a guarda das crianças e como regular o direito de visita do outro pai que não recebe a guarda. E o mais doloroso fenômeno consiste no desrespeito ao que tiver sido pactuado ou decretado<sup>297</sup>.

A subtração internacional de menores é o fenômeno mais dramático decorrente da ruptura das famílias transnacionais. Um dos pais se vê desesperado e retira a criança de tudo que ela conhece como normalidade, afastando-a ainda do convívio e contato direto com o outro

---

<sup>296</sup>DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 236.

<sup>297</sup>DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 241.

genitor. Importante destacar que não é necessário que seja uma guarda compartilhada ou alternada. Aquele genitor que não possui a guarda da criança também poderá acionar o tratado em caso de subtração, porque o que é necessário é a existência do poder familiar.

Em 1980, para evitar situações desse tipo, foi pactuada, finalmente, na Conferência de Haia de Direito Internacional a Convenção Internacional sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, voltada para a proteção integral da criança, seu retorno ao país de residência habitual, se possível, e à manutenção dos direitos de guarda e convívio<sup>298</sup>, buscando resolver essas desordens por meios cada vez menos judiciais, contando com a cooperação jurídica internacional de seus membros. As tentativas anteriores de recuperar crianças nessas situações eram intransponíveis<sup>299</sup>.

No Brasil, a Convenção foi internalizada e promulgada em 14 de abril de 2000<sup>300</sup>. O objetivo central da convenção é assegurar que a criança ou adolescente de até 16 (dezesesseis) anos retorne ao país, especialmente quando há guarda fixada judicialmente naquela jurisdição. Todavia, a Convenção prevê uma série de exceções ao retorno, em especial quando este será mais prejudicial do que benéfico ao menor, sendo de apreciação casuística pelo magistrado. São elas:

#### Artigo 12

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

#### Artigo 13

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

#### Artigo 20

O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado

<sup>298</sup>ARAÚJO, op. cit., p.345.

<sup>299</sup> DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 241.

<sup>300</sup>BRASIL. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000**. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de Haia de 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm). Acesso em abril de 2019.

requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.  
301

De acordo com os artigos acima elencados, não haverá a devolução do menor especialmente quando houver risco grave de a criança ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou em situação intolerável. Outra cláusula geral atribuída pelo art. 20 é exceção à devolução quando este ato implicar na infração a princípios fundamentais do Estado à proteção dos direitos humanos e outros direitos fundamentais, além da própria oposição da criança.

Importante destacar que as exceções acima, em especial a do art. 13, b, possui um caráter humanitário muito forte, evitando que a criança seja enviada de volta para uma família abusadora ou perigosa, ou até mesmo a um país ou cidade que esteja passando por problemas humanitários<sup>302</sup>. O Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem entendimento firmado de que o escopo é a proteção do melhor interesse do menor envolvido, com vistas a garantir integridade física e emocional<sup>303</sup>.

Outra Convenção firmada pelo Brasil neste mesmo sentido de proteção é a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, de moldes compatíveis, inclusive com relação às suas exceções<sup>304</sup>. As Convenções acima citadas visam a conjugação de forças a fim de impedir que um simples transpor de fronteiras ou permanência irregular em Estado Estrangeiro obste o acesso de determinado indivíduo ao Poder Judiciário.

Uma nova faceta do fenômeno de subtração internacional de menores foi evidenciada no âmbito da Convenção da Haia no Brasil, qual seja, nos casos em que a violência doméstica e/ou os papéis sociais pré-designados das mulheres brasileiras migrantes se interseccionam com a problemática.

Nessas situações de quebra da estrutura familiar muito forte, não é raro que um dos pais se sinta forçado a procurar refúgio em seu país de origem, para no final adentrar com uma ação de guarda no Judiciário local e ser lá beneficiado. O aumento da mobilidade da sociedade e da taxa de divórcio tem sido também acompanhado por um acréscimo na taxa de raptos

---

<sup>301</sup>BRASIL. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000**. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de Haia de 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm). Acesso em abril de 2019.

<sup>302</sup>DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 257.

<sup>303</sup>PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 781.

<sup>304</sup>BRASIL. Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994. Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D1212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1212.htm). Acesso em abril de 2019.

internacionais de crianças por seus parentes. Quando essas famílias internacionais se dissolvem, um dos pais sente um impulso de retornar ao seu país de origem.

No Brasil, a grande maioria desses atos são praticados por mulheres. De maneira mais rara, o pai figura na ação como réu. Muitas vezes, a própria mãe sequestradora se apresenta buscando uma repatriação da criança. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em artigo científico que analisa as interpretações jurisprudenciais brasileiras sobre a Convenção de Haia de 1980, todos os casos verificados por ele, sejam no Tribunal Superior ou no primeiro grau, a mãe figurou como sequestradora<sup>305</sup>.

Essa é também a conclusão de Jacob Dolinger.

Os primeiros estudos sociológicos revelam que na maioria dos casos o sequestro era efetuado pelo pai, que, descontente com a atribuição da guarda da criança à mãe, dela se apoderavam levava-a para o exterior e la se escondia. Estudos posteriores passaram a indicar uma incidência maior de mães sequestradoras, tanto daquelas que não se conformavam por não terem recebido a atribuição da guarda, como daquelas que, tendo recebido a atribuição, desejavam mudar-se para outro país, por motivos profissionais ou familiares, ou, somente para impedir qualquer contato da criança com seu pai, ou seja, de impedir o exercício de seu direito de visita<sup>306</sup>.

Nádia de Araújo, semelhante a Dolinger, emite doutrina neste sentido, senão vejamos:

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 obtém uma guarda provisória<sup>307</sup>.

A situação não é de simples solução, tratando-se de um conflito entre o melhor interesse da criança e violência de gênero à mulher<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> Recurso Especial 1.315.342/RJ (STJ); TRF da 5ª região, apelação número 2008.82.00.009921-9; TRF da 2ª região, agravo de instrumento número 2011.02.01.011013-0; TRF da 2ª região, apelação de número 2009.51.01.018422-0.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Subtração Internacional de Crianças à luz da Convenção da Haia de 1980. In: ARAÚJO, Nádia de; RAMOS, André de Carvalho (org.). **A conferência da Haia de Direito Internacional Privado: 125 anos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 313-316.

<sup>306</sup> DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional**. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.240-241.

<sup>307</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 354.

<sup>308</sup> Antes de culparmos as mães sequestradoras e para se ter uma visão mais ampla do problema, é necessário se verificar alguns dos motivos que levam às mães estrangeiras a fugirem, com uma criança, do país que se decidiu voluntariamente morar. As mulheres saem de seus países de origem em busca por uma vida melhor, independentemente da causa, seja ela por conflitos, guerras, financeiros, trabalho, estudo, religiosa, preconceito, cultural ou familiar. As pessoas sempre migraram buscando melhorar algum aspecto em suas vidas, com a ideia de uma busca de identidade em outra cultura diferente. Para algumas mulheres que se transferem sem motivos profissionais, formar uma família é condição necessária para se nacionalizar, morar permanentemente, ou até exercer direitos civis mínimos. Casar, ou constituir uma união estável/de facto pode fazer parte do processo de se territorializar, seja por vínculos afetivos, seja por meio do negócio migratório. Segundo conclusão de uma pesquisa quantitativa de Marcel TheoDoor, essas mulheres levam suas experiências e expectativas em termos de papéis de gênero para a nova relação, permeada pela condição de migrante. Segundo ele, quando o casamento não era necessário para se permanecer no país, raramente ele aconteceu. A união se manteve como de facto<sup>308</sup>. A dependência de muitas mulheres migrantes no Estatuto legal do marido, com acesso restrito ao mercado de

No ponto de vista da mãe, estamos diante de uma mulher em estado emocional debilitado devido à violência e abusos sofridos, somado, ainda, ao desamparo inerente ao fato de viver em país não pátrio, distante de seu ciclo social comum, bem como de sua cultura. Em atenção ao menor, temos o prejuízo ao desenvolvimento psicológico e social causado pelo súbito afastamento deste da convivência familiar e cultural o qual era habituado. Ainda, do outro lado do conflito resta o *left behind*: o homem acusado de violentar sua ex-parceira, mas que é, ainda assim, genitor do menor sequestrado, ou seja, detentor de direitos parentais sob a criança<sup>309</sup>.

Diante dessas situações, os Estados devem criar ferramentas de auxílio público para situações de violência de gênero ou doméstica. Nesses casos de subtração internacional de menores, as embaixadas, os consulados são instituições capazes de, até mesmo, evitar as consequências mais gravosas, caso forneçam o apoio necessário e efetivo às mulheres vítimas de violência de gênero ou doméstica.

More<sup>310</sup>, acompanhando casos de violência doméstica relacionados à Convenção da Haia de 1980, as ações de apoio à mulher se limitam tão somente à orientação jurídica e de psicólogos, consultoria e informações, além de alguns grupos de pesquisa na Defensoria Pública da União sobre o tema. O apoio é a nível apenas educacional praticamente. São necessárias políticas públicas mais efetivas e que promovam maior integração à mulher migrante.

---

trabalho, estatuto de residência muitas vezes indefinido em caso de viuvez, divórcio, assim como aos estereótipos de “mulher golpista” (situações no geral que forçam a mulher a ser dependente de seu marido, companheiro, esposa ou companheira) induzem um possível futuro sequestro dos filhos quando essa união se finda. A mulher não possui autonomia financeira suficiente para viver no país escolhido para residir por conta própria, sem familiares próximos por perto, sem ter com quem deixar os filhos para conseguir um emprego melhor, dependendo, muitas vezes, de uma pensão alimentícia, com menos acesso a direitos, saúde, e, em alguns países, sem saber se poderá continuar a residir nele, são alguns dos motivos que levam mulheres a voltarem para seus países de origem, buscando, agora, o conforto familiar e daquilo que lhe é conhecido. Outra situação agravante é quando a relação amorosa com o outro genitor acabou ou está em decadência em razão de violência física, psicológica, permeada de ameaças e dos mais variados abusos. Seu comportamento natural é fugir do país de residência habitual dos filhos, levando-os consigo, temendo pela segurança dos menores. Ressalte-se que a violência e abuso à mãe não é, em regra, exceção no rol das Convenções Internacionais sobre sequestro de menores. Como então proteger essas mulheres nessa situação? Podemos chegar de antemão a algumas conclusões. A situação de dupla desigualdade da mulher migrante, a depender do caso, é uma questão de gênero que prejudica não só a ela, mas a outro grupo extremamente vulnerável: crianças e adolescentes em formação. O pedido de guarda embasado por discriminação por gênero e violência dela decorrente, por serem naturalmente de difíceis comprovações, deve estar bem fundamentado por um advogado, além da vítima estar bem acompanhada. Nesses casos, essas mulheres devem entrar em contato com o consulado brasileiro, onde receberá orientação jurídica gratuita, para juntar provas e testemunhas, denunciar à autoridade policial do país onde vive e solicitar também laudos dos órgãos de assistência do Brasil para demonstrar que a criança tem condições de viver no país com direitos básicos garantidos e dignidade, especialmente para que um magistrado autorize que um nacional seja levado para outro país por uma estrangeira. Os consulados também possibilitam que autoridades brasileiras, como assistentes sociais governamentais, visitem a suposta e futura residência no Brasil, fornecendo um laudo ao magistrado julgador da ação de guarda no país de residência habitual informando as condições de abrigo e moradia que viu, caso seja necessário.

<sup>309</sup>RAMOS, Maira Beatris Bravo. **Violência doméstica e a Convenção da Haia de 1980 sobre Subtração Internacional de Menores: exceção à regra geral do regresso imediato do menor**. Monografia apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2015. p. 60.

<sup>310</sup>MORE, Rodrigo F. **A violência doméstica e familiar contra a mulher e o sequestro internacional de crianças: estudos de casos e medidas urgentes**. Franca: Revista estudos jurídicos UNESP, 2010, p. 290-294.

Nesses casos de violência doméstica, deve ser aplicada a exceção do art. 13, b, da Convenção da Haia de 1980, para que a Autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não ordene o regresso do menor, porque poderá expor a criança a grave risco de injúria física, psicológica ou qualquer outra situação intolerável. Não seria necessário, contudo, privar completamente o contato da criança/adolescente com o genitor, respeitando os seus direitos de contato diário por outra via, e de visitação.

Para More<sup>311</sup>, “A interpretação dos profissionais que se defrontarão com o problema deveria entender os dispositivos da Convenção num contexto mais amplo e verticalizado de respeito a direitos humanos e de proteção à mulher contra a violência doméstica e familiar”. A decisão mais razoável só pode ser essa, afirmando que tanto os princípios do melhor interesse do menor quanto o da proteção da mulher não deixarão de ser aplicados em prol da tutela dos direitos parentais do agressor.

---

<sup>311</sup>MORE, Rodrigo F. **A violência doméstica e familiar contra a mulher e o sequestro internacional de crianças: estudos de casos e medidas urgentes**. Franca: Revista estudos jurídicos UNESP, 2010, p. 290-294. p. 290-294.

## 8 CONCLUSÃO

A família, conhecida como instituição base da sociedade, é disciplinada não só pelas leis específicas de cada estado, mas também por convenções e tratados, internacionalizados a partir de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a União Europeia, por meio da Corte Europeia de Direitos Humanos e do direito comunitário europeu.

Sua importância no deslinde social é, sobremaneira, reconhecido pelas ciências sociais e as relações familiares podem impactar o indivíduo de maneira interna e pessoal, como também externa e social. Esses estudos seculares possibilitaram que a família seja reconhecida em Convenções Internacionais como a base social e como meio propagador da cultura e costumes, recebendo atenção especial do Estado e da Sociedade Internacional.

Na experiência brasileira, de forma mais acentuada, o Direito de Família tem sido construído e desenvolvido a partir das transformações sociais dos últimos 100 anos, incidindo essas mudanças tanto na legislação infraconstitucional, quanto nas constitucionais, em especial na Constituição Federal de 1988, que sedimentou forte marco principiológico, reunindo os aspectos mais contundentes da linha histórica brasileira, da sociologia e da antropologia, para estruturar um ramo tomado por especificidades técnicas e robusta densidade doutrinária. A pluralidade familiar, marco teórico da organização da família brasileira, espelha tal transformação nos próprios preceitos democráticos que ela traz.

O ordenamento jurídico encontra profundos desafios na aplicação e na efetivação de determinadas regras no âmbito internacional. O Direito de Família, de forma mais específica, acolhe significativo rol de exemplos caracterizados por complexa concretude, dentre os quais, merecem destaque, dentre outros, a dificuldade na utilização prática dos elementos de conexão; o divórcio entre pessoas de países diferentes; os impactos na guarda internacional de filhos e questões de questões de responsabilidade parental; a falta de segurança jurídica para as uniões estáveis internacionais; os empecilhos na aplicação da lei (estrangeira ou nacional) mais apropriada para o regime de bens; o turismo reprodutivo internacional; a violência de gênero nas mulheres estrangeiras e/ ou sua exploração sexual; e as multipartilhas em outras jurisdições de bens localizados no exterior.

Em uma perspectiva de análise de documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos e a tutela da família, é importante registrar, nesse momento conclusivo, que apesar de artigos reguladores nas matérias de Direito Internacional Público e Privado em relação à

família, não há em qualquer documento nenhuma definição conceitual para o instituto jurídico, ou uma delimitação, quer seja até onde ou até qual grau de parentesco se estendem seus efeitos de proteção jurídica e legal, o que deixa claro ao intérprete jurídico que tais regras devem ser levadas em consideração tomando-se por base as legislações constitucionais e civis de cada país signatário.

Contudo, com a análise dos artigos que dispõem de maneira direta sobre a família na DUDH e na CADH, em confluência com o discutido nos capítulos anteriores sobre o compilado histórico, constitucional e legislativo das mudanças na família, percebe-se que o conjunto de ideais existentes na atual Constituição Brasileira encontra-se em consonância com os tratados. Apesar da CADH ainda não estar ratificada na época de promulgação, é impossível que os debates sobre os temas no contexto interamericano (e mundiais), não tenham influenciado o Poder Constituinte brasileiro da década de 80.

Urge recordar que a ausência de uniformização acerca das normas de direito de família internacional também caracteriza dificuldades extras para a efetivação de direitos tão fustigados, sobretudo na esfera do direito internacional, contudo, não se pode afirmar que essa seria uma boa alternativa para o país, tendo em vista que não nenhum estudo que cogite de maneira efetiva esse planejamento legal.

A despeito de tão significativo rol de questões proeminentes a serem enfrentadas, em relação aos desafios propostos para investigação, identificou-se que a LINDB, em virtude do contexto histórico que foi elaborada, encontra-se defasada nos seus elementos de estraneidade propostos para a família e para o casamento. Esses elementos, quase todos definidos pelo domicílio comum primeiramente, ou pelo primeiro domicílio do casal em caráter subsidiário, encontram-se não concatenados perfeitamente, preponderantemente quando o elemento para investigar a habilitação é outro. Isso impede sua aplicação de forma segura e não resolve o problema dos casamentos transnacionais.

Apesar das uniões estáveis estarem constitucionalmente tuteladas desde 1988, não há também nenhum elemento específico para esse instituto, devendo utilizar a regra geral do *caput* do art.7º da LINDB ou, por analogia, mas não equiparação, utilizar os elementos atribuídos ao casamento. Essa alternativa também não é de todo interessante, já que esses últimos não conseguem resolver os problemas de matrimônio, não solucionando também os demais deslindes da união estável, que vão desde natureza jurídica à falta de reconhecimento em outras Nações.

A melhor via, nesse caso, seria a atualização legislativa para novos elementos de conexão subsidiários que acompanhem as tendências internacionais, como a residência habitual e a autonomia privada, seguindo o modelo escolhido pelo Direito Chinês.

Especificamente em relação ao desafio das execuções de alimentos, no afã de encontrar caminhos que melhorem os seus pedidos, processamentos, reconhecimento e execução de decisões e acordos em matéria de prestação de alimentos entre familiares, o Brasil pactuou e internalizou três Convenções, sendo elas (a) a Convenção de Nova York de 1956; (b) a Convenção Interamericana sobre Obrigações alimentares de 1989; e, por fim, (c) a Convenção de Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, de 2007, e seu respectivo Protocolo.

A partir da análise dos conteúdos principais desses três tratados, foram observadas diversas antinomias entre elas, especialmente no que toca aos elementos de conexão e à determinação da lei aplicável aos dilemas, causados por conflitos intertemporais de sucessão de tratados internacionais, que regulam a mesma matéria, igualmente vigentes e aplicáveis.

Pela doutrina, os conflitos intertemporais no Direito Internacional podem ser resolvidos pelo critério da especificidade, da superioridade das normas de *jus cogens* e das normas de tratados sucessivos da Convenção de Viena. A aplicação das regras do art. 30 da Convenção se encaixam para a resolução da questão suscitada. Analisando minuciosamente as três Convenções de Alimentos ratificadas pelo Brasil, percebe-se que há nelas regras próprias transitórias, que em conjunto com o referido art. 30, conseguem solucionar o problema, tratando-se, portanto, de uma antinomia aparente, mas que merece aplicação cuidadosa.

De acordo com a regra do §4º do artigo 30 da Convenção de Viena, quando não houver identidade de partes entre os dois tratados, duas soluções são possíveis. Caso as relações se deem entre Estados-partes nos dois tratados, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 3º, com a Convenção mais recente incidindo com mais força e o tratado anterior só se aplicando quando compatível com o tratado posterior. Essa é a solução possível para pedidos que envolvem a Convenção de Nova York x Convenção Interamericana, empregando-se esta última por ser a mais recente. É o caso de conflitos entre partes que estão no Brasil e na Argentina, já que ambos os países ratificaram tais tratados.

A regra acima ainda não pode ser aplicada entre pedidos em que ambas as partes ratificaram a Convenção Interamericana e a Convenção de Haia de 2007, haja vista o Brasil ser ainda o único país que pactuou ambas. Todavia, a cada ano mais países passam a ser signatários da Convenção sobre Obrigações Alimentares de Haia de 2007. Caso outro país Interamericano também convencie esta última, ela que deverá ser a aplicada com mais superioridade, levando

em consideração a teoria da norma mais recente e a cláusula de compatibilidade no artigo 30 da Interamericana. Nas relações em que um Estado for parte nos dois tratados e o outro Estado é parte apenas em um desses tratados, o aplicado será aquele que os dois Estados sejam partes.

Observou-se que há cláusula de compatibilidade na Convenção mais antiga, a de Nova York de 1956, com outras que possam vir a ser ratificadas pelos seus países signatários. Ainda nesse sentido, há cláusula de substituição no diploma de 2007 da Haia para com a convenção de 1956, presente no art. 49. Portanto, a Convenção de Haia de 2007 e seu Protocolo substituem a de Nova York de 1956, sendo as disposições desta última aplicadas quando compatíveis, quando estiverem no mesmo âmbito de aplicação. A Convenção de Nova York continua perfeitamente e plenamente aplicável quando tratar-se de relações com países que não foram signatários da de Haia, ou da Interamericana.

Nas disposições transitórias, a Convenção e o Protocolo de Haia de 2007 sobre Obrigações alimentares só serão aplicados aos pedidos e decisões/acordos recebidos após a sua data de entrada em vigor entre os dois países contratantes envolvidos.

Para a última regra transitória, é preciso destacar a regra geral de irretroatividade da Convenção de Haia de 2007 para execução e reconhecimento de decisão/acordo em matéria de alimentos, para pagamentos que se venceram antes da sua entrada em vigor entre o Estado de origem e o Estado destinatário. Reforça-se, contudo, a sua retroatividade para essas situações em que o credor tenha menos de 21 anos.

Assim, em matéria de alimentos internacionais vige no Brasil, pelo menos, cinco tipos de procedimentos diferentes aplicáveis. Um baseado na Convenção de Nova York, outro na Interamericana, e um terceiro na de Haia e seu Protocolo de 2007. Temos ainda os procedimentos padrões, para os países que não são signatários de nenhum dos três tratados citados. Caso este país seja parte do Mercosul, ou trate-se da Bolívia ou Chile, um quinto procedimento é possível, aplicando-se o acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, em conjunto com a aplicação do procedimento comum, ou da Convenção Interamericana.

Considerando as diversas leis no tempo, no espaço e tipos procedimentais, para se determinar qual Convenção será aplicável no caso concreto é preciso identificar se o Estado remetente ou o que remeteu o pedido faz parte de alguma das três convenções discutidas; se há processo anterior e em qual fase se encontra eventual ação ou pedido de auxílio em andamento; como também, verificar a idade das partes (18 ou 21 anos) e se é caso de ex-cônjuges, tendo que o país de destino do pedido pode ter feito alguma reserva em relação às partes listadas, caso

em que terá de ser aplicada a Convenção de Nova York, a Interamericana ou o procedimento padrão de cooperação internacional.

Já em relação à subtração internacional de crianças, desafio ainda maior dada a seríssima e muitas vezes incontornável gravidade implicada, é possível asseverar que a partir da análise de documentos qualitativos, relatórios sociais, fatos sociais e artigos, esclareceu-se a presença da dupla vulnerabilidade para a mulher migrante e todas as fragilidades sociais por elas passadas, além de sua posição de desigualdade em relação à população nativa e aos homens migrantes. O desenvolvimento sustentável social não poderá acontecer plenamente enquanto não houver igualdade e equidade entre os gêneros.

A dupla hipossuficiência das mulheres migrantes, atreladas às rupturas das famílias transnacionais, além de possíveis violências de gênero podem levá-la à fuga por moradia em outros países, ou ao retorno ao seu país nativo, acompanhada da prole, entrando em situação de sequestro internacional de crianças.

Como forma de evitar o cometimento de raptos internacionais de menores, o ideal seria a promoção de políticas públicas que fomentassem campanhas de informação destinadas às mulheres imigradas sobre o problema do sequestro, como acontece e suas consequências, especialmente pelos consulados e embaixadas dos países, a nível global, local e regional em várias línguas. O financiamento de programas de integração e permanência dos imigrantes, adaptados à realidade feminina, também se faz essencial, junto a programas de combate à violência de gênero. O aporte jurídico que as embaixadas devem conceder às mulheres migrantes de seus países pode trazer mudanças sociais significativas.

Com relação aos casos de sequestro que envolva violência doméstica, deve-se aplicar a exceção do art. 13, b, da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, não se proibindo o contato diário e de visitação do genitor, para não expor o menor a riscos, nem se premiar nenhuma conduta abusiva, ou contribuir para a eterniza o da cultura de subordina o do gênero feminino.

  necessária a atua o em três esferas inter-relacionadas: a erradica o das desvantagens socioecon micas das mulheres; luta contra os estigmas e violência; além de fomento de políticas públicas integrativas soba a perspectiva da mulher migrante.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALBORNOZ, Suzana. **As mulheres e a mudança nos costumes**. Porto Alegre: Movimento; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. **O direito internacional privado acerca dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no contexto do mercosul**. RSTPR, Año 2, No 3; Marzo 2014; p. 248.

ALMEIDA, Susana. **Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

ALVES, Jones Figueirêdo. **A Família no Contexto da Globalização e suas Repercussões no Direito**. Revista Justiça & Cidadania, Rio de Janeiro, edição 112, p. 10-15, 2009. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/a-familia-no-contexto-da-globalizacao-e-suas-repercussoes-no-direito/>>. Acesso em 26 de dezembro de 2018.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

ARAÚJO, Nádia de. A autonomia da vontade no direito brasileiro e sua expansão para o direito de família internacional: as novidades na área de cobrança de alimentos internacionais. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (orgs.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 423-440.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática brasileira**. 6ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Revista dos Tribunais, 2016. (ebook).

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 281.

ARAÚJO, Nádia de; RAMOS, André de Carvalho (org.). **A conferência da Haia de Direito Internacional Privado: 125 anos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

ÁVILA, Flávia de; HOLANDA, Gabriela Ferreira Pinto de. A importância do Pacto de San José da Costa Rica para a proteção das famílias brasileiras. In: **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Brasília, v.3, n.1, p.74-90, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/2169/pdf>. Acesso em junho de 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 3ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2011. (ebook).

ARISTÓTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BATEMAN, Henri. **O Regime Matrimonial no Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva, 1941.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). **Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Internacional. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BENSON, Nigel; COLLIN, Catherine; GINSBURG, Joahnnah et al. **O livro da psicologia**. 2ª ed. São Paulo: Globo Livros, 2016. Tradução de: The psychology book.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Lei do Casamento Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.144, de 11 de Setembro de 1861.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>. Acesso em 29 de nov.2019.

BRASIL. **Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994.** Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D1212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1212.htm). Acesso em abril de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 2.428, em 17 de dezembro de 1997.** Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/alimentos-internacionais-convencao-de-nova-iorque-1/documentos-cny/convencao-interamericana-sobre-obrigacao-alimentar.pdf/at\\_download/file](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/alimentos-internacionais-convencao-de-nova-iorque-1/documentos-cny/convencao-interamericana-sobre-obrigacao-alimentar.pdf/at_download/file). Acesso em 14 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999.** Convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional de Haia de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000.** Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de Haia de 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm). Acesso em abril de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em 15 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.176, em 19 de outubro de 2017.** Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm). Acesso em 14 de janeiro de 2019.

BRASIL, **Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.** Código de Bustamante. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965.** Convenção de Nova York sobre a prestação de alimentos no estrangeiro. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-56826-2-setembro-1965-397343-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 14 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-379-16-janeiro-1937-537957-publicacaooriginal-75389-pl.html>. Acesso em 7 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1110.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1110.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 28 de nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Estatuto da mulher casada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm). Acesso em 14 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Lei de Alimentos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm). Acesso em 14 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 23 de dezembro de 1977**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 7 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 29 de junho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL : REsp 973.553 - MG (2007/0179376-5)**. Relator: Ministro Raul Araújo. DJ: 08/09/2011. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21084400/recurso-especial-resp-973553-mg-2007-0179376-5-stj/inteiro-teor-21084401?ref=juris-tabs>.

BEVILAQUA, Clovis. **Princípios elementares de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

BONOMI, Andrea. The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations. In: **Yearbook of Private International Law**. Munchen: Sellier, v. 20, 2008.

BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma Teoria da Prática. In: Ortiz, Renato (org.). **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

CABRAL, Maria Walkíria de Faro Coelho Guedes; GODINHO, Jéssica Rodrigues. **A Constituição Cidadã, a proteção da família e a (des)construção do direito das famílias**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba/PR, Brasil. v. 63, n. 3, set./dez. 2018. p. 61-

80. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59212>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 53. (ebook).

CAMARGO, Solano de. Ordens Jurídicas não-estatais e o reconhecimento de sentenças estrangeiras. In: MENEZES, Wagner (org). **Direito Internacional em expansão: Volume 14**. Anais do XVI Congresso Brasileiro de Direito Internacional, Foz do Iguaçu/PR. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 22-42.

CARBONNIER, Jean. **Droit et passion du droit**. Paris: Forum/Flammarion, 1996.

CARREAU, Dominique. Mondialisation et transnationalisation du Droit International. **Anuário de Direito Internacional**. VII. vol.1. Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. Disponível em: [http://centrodireitointernacional.com.br/static/anuario/7\\_V1/anuario\\_VII\\_v1.pdf](http://centrodireitointernacional.com.br/static/anuario/7_V1/anuario_VII_v1.pdf). Acesso em 28 de setembro de 2018.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A crise do Direito de Família codificado no Brasil**. Porto: Juruá, 2019. p. 153.

CARVALHO, Dimitre Soares Braga de. **Direito de Família e Direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Edijur, 2012.

CONFERÊNCIA DE HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convenção de Haia sobre Lei Aplicável às Obrigações Alimentares**. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131>. Acesso em abril de 2019.

COSTA, Dilvanir José da Costa. A família nas Constituições. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 48, p.67-80, 2006. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1455>. Acesso em 4 de maio de 2020.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; SCHWIN, Simone Andrea. **Qual o lugar das mulheres no mundo? O peso dos estereótipos de gênero sobre as mulheres migrantes e refugiadas**. Ceará: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 38.2, jul./dez. 2018. p. 117-131.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

COUTO, Márcia Thereza. Em busca de uma Teoria da Família na obra de Max Weber. **Ciência e Trópico**. v. 30, n. 2, julho-dezembro. 2002. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/777/508>. Acesso em: 28 de junho de 2021. p. 267-282.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

DALBEM, Juliana Xavier; DELL'ANGLIO, Débora Dalbosco. **Teoria do apego**: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 57, n. 1, p. 12-24, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/arbp/v57n1/v57n1a03.pdf>. Acesso em novembro de 2019.

DAVID, Pierre. **Psicanálise e família**. Santos: Martins Fontes, 1977.

DELGADO, Luiz Mário. **Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 11/2010.

DEL'OMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de Direito Internacional Privado**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOLINGER, Jacob. **Direito e amor e outros temas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DOLINGER, Jacob. **A família no Direito Internacional Privado**: A criança no Direito Internacional. Tomo segundo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito civil internacional**. A família no Direito Internacional Privado. Tomo Primeiro: Casamento e Divórcio no Direito Internacional Privado. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. **Derecho Constitucional de Familia. Tomo I**. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

DUTRA, Deo Campos. Um novo Direito Internacional Privado para uma nova família internacional. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)**, Brasília/DF. v. 7, nº 2, Jul-Dez, 2012. p. 402-431. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/download/4650/2917>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: uma história dos costumes. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

ESTÁCIO, Mércia Maria De Santi. A visão de Durkheim sobre a escola e a família na transformação da criança em um ser social. In: **Anais do XXVII Congresso de la Asociación Latinoamericana de Sociología**. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Asociación Latinoamericana de Sociología, 2009. Disponível: <https://www.aacademica.org/000-062/1771>. Acesso em 19 maio de 2020.

ESTADO DA CIDADE DO VATICANO. **Carta dos Direitos da Família**. Disponível em <<http://www.universocatolico.com.br/index.php?/familia-carta-dos-direitos-da-familia.html>>. Acesso em 08 de outubro de 2018.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: LaFonte, 2017.

EUR-LEX. **Papel e lugar das mulheres imigradas na União Europeia.** Resolução do Parlamento Europeu sobre a imigração feminina: o papel e a posição das mulheres imigrantes na União Europeia (2006/2010(INI)). 20 dez. 2006. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2006:313E:TOC>. Acesso em abril de 2019. p. 118-125.

FARIAS, Cyntia Mirella da Costa. **A família como base da sociedade.** In: Anais do II Congresso Nacional da FEPODI. v.3. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 368-373. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2745b399cf155d35>. Acesso em 11 de fevereiro de 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias.** 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2014.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo.** 15ed. rev. amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

FREIRE, Leonardo de Oliveira. **A fundamentação metafísica do Direito na filosofia de Kant.** 104f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal/RN, 2007.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado.** Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FULCHIORON, Huges; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos (orgs). **Famílias Internacionais: Seus Direitos, Seus Deveres.** São Paulo: Intelecto Editora, 2016.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil – Direito de família.** 15ed. v 2. São Paulo: Saraiva. 2011.

HAZEU, Marcel Theodoor. **Migração internacional de mulheres na periferia de Belém. Identidades, famílias transnacionais e redes migratórias em uma cidade na Amazônia.** Dissertação apresentada programa de pós-graduação em desenvolvimento sustentável do trópico úmido da UFPA. Belém, 2011. p. 99-103.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (Org.). **Direito de família, diversidade e multidisciplinaridade.** Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Curso de Direito Internacional Público.** 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

KOWALIK, Adam. **A noção de família no recente ordenamento da Igreja e no Direito Internacional.** Santa Maria: Biblos Editora, 2004.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593655/>. Acesso em: 16 Junho de 2021.

LOPES, Inez. A família transnacional e a cooperação jurídica internacional. In: **Caderno Especial - Cooperação Jurídica Internacional**. vol. 1. Abril/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 83 – 113. (ebook. Biblioteca digital: Revista dos Tribunais).

MAIOR, Heraldo Pessoa Souto. Durkheim e a família: Da “Introdução à Sociologia da Família” à “Família Conjugal”. **Revista Antropológicas**, [S.l.], v. 16, n. 1, set. 2011. ISSN 2525-5223. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaantropologicas/article/view/23622/19277>. Acesso em: 3 de junho de 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 16 Jun 2021.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Editora Atlas, 08/2010.

MARCASSA, Luciana. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado – Friedrich Engels**. Disponível em: <https://revista.pgskroton.com/index.php/educ/article/view/2178>. Acesso em 26 de junho de 2021.

MARINUCI, Roberto; LUSSI, Carmem. **Vulnerabilidade social em contexto migratório**. (no prelo). Disponível em: [https://www.csem.org.br/wp-content/uploads/2018/08/vulnerabilidades\\_dos\\_migrantes.pdf](https://www.csem.org.br/wp-content/uploads/2018/08/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf). Acesso em abril de 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MAZZUOLI. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial: Tomo VII. Direito de Personalidade. Direito de Família**. Atualização por NERY, Rosa Maria de Andrade. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT, 2012.

MELO, Luís Gonzaga de. **Introdução ao Estudo do Direito Internacional Privado**. 2ª ed. São Paulo: WVC/EDUEP, 2001. v.1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). **Direito civil constitucional: e outros estudos em homenagem ao prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2014. [e-book].

MORE, Rodrigo F. **A violência doméstica e familiar contra a mulher e o sequestro internacional de crianças**: estudos de casos e medidas urgentes. Franca: Revista estudos jurídicos UNESP, 2010.

MORENO, Guillermo Palao. La importancia de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea”. In: MENEZES, Wagner (org.). **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Julho/Dezembro, 2017. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 77-102.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em junho de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Nova York sobre Cobranças de alimentos no exterior**. Disponível em: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XX-1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XX-1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=_en). Acesso em abril de 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre Obrigações alimentares**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-54.html>. Acesso em abril de 2019.

PEQUENO, Marconi José. Filosofia dos Direitos Humanos. In: TOSI, Giuseppe (org.) **Direitos Humanos**: história, teoria e prática. João Pessoa: Editora Universitária, 2005. p. 164.

PEREIRA, Luiz César Ramos. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). **Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Internacional. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990817/>. Acesso em: 08 Maio de 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito de Família contemporâneo**. Coimbra, Almedina, 2016.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; RAMOS, Marcelo Maciel. **Direito Chinês Contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

PORTILHO, Ana Cláudia. O Ator Santa Sé na Política Internacional Moderna. **Revista Cadernos de Estudos Sociais e Políticos**, UERJ, Rio de Janeiro. v.1, n.2, ago-dez/2012.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **O Novo CPC e os Processos em curso: Direito Intertemporal**. São Paulo: Lualri Editora, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, Maira Beatris Bravo. **Violência doméstica e a Convenção da Haia de 1980 sobre Subtração Internacional de Menores: exceção à regra geral do regresso imediato do menor**. Monografia apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2015.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

ROSA, Conrado Paulino da. **iFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Privado: Teoria e Prática**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Armindo dos. **Antropologia do Parentesco e da Família: Teorias e Investigação**. Instituto Piaget: Lisboa, 2006.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade. Vol. 20, jul./dez. 1995, p. 71-99.

SILVA, Edvania Gomes da; VIEIRA, Flávia David. O instituto do matrimônio e os efeitos de sentido de “casamento” no decreto de 3 de novembro de 1827 e no decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. **REDISCO – Revista Eletrônica de Estudos do Discurso e do Corpo**, [S.l.], v. 8, n. 2, dez. 2015. ISSN 2316-1213. Disponível em: <http://periodicos2.uesb.br/index.php/redisco/article/view/2536>. Acesso em: 29 novembro 2019.

SILVA, Luiz Alberto de Souza e. **Direito Internacional Privado: Lei de Introdução ao Código Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família**. Curitiba Juruá, 2013.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado. Parte Geral. Direito Civil Internacional**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b. Pareceres, Capítulo 1, p. 253-277.

THORPE, Christopher; YUILL, Chris; HOBBS, Mitchell et al. **O livro da sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Globo livros, 2016. Tradução de: The sociology book.

UN WOMEN. **Progress of the World's Women 2015-2016: Transforming Economies, Realizing Rights**. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/en/2015/>. Acesso em abril de 2019.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**: introdução e parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Ltda, 1971.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Parte especial. Conflitos de Leis Cíveis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

VELHO, Gilberto; FIGUEIRA, Sérvulo A (coord.). **Família, psicologia e sociedade**. Rio de Janeiro: Campus, 1981.

WALSH, Froma. **Processo normativos da família**: diversidade e complexidade. 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2016.