A APLICABILIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ÀS RELAÇÕES FAMILIARES

Suelen Rodrigues da Silva Dall'Oglio¹ Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Fecha de publicación: 01/01/2019

Sumário: Introdução. 1. Os institutos familiares no direito comparado. 2. Os institutos do direito de família e a relação com o direito internacional privado. - Considerações finais. -Referências.

Resumo: Busca analisar a aplicabilidade do Direito Internacional Privado às relações familiares brasileiras. Aborda, inicialmente, os institutos do Direito de Família no Direito comparado, tratando das peculiaridades do tema no Brasil e na Argentina. Em seguida, apresenta a relação entre os institutos do Direito de Família e o Direito Internacional Privado, versando, para tanto, sobre o casamento e a união estável e, por consequência, o divórcio e o regime de bens; sobre a guarda e a regulamentação de visitas dos filhos; e, por fim, sobre os alimentos, fazendo uma análise acerca

mfqobregon@yahoo.com.br

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. suelen.dalloglio@gmail.com

² Doutor em Direito Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória -FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória -FDV.

da homologação da sentença estrangeira de alimentos e sua execução, da ação de alimentos pelo estrangeiro e das convenções sobre a prestação alimentícia aos filhos. Trata toda a temática por meio da análise da legislação e dos posicionamentos doutrinários pertinentes, com a contribuição de autores como Jacob Dolinger, Yussef Said Cahali e Arnaldo Rizzardo, dentre outros.

Palavras-chave: Direito internacional privado. Relações familiares. Direito comparado. Institutos do Direito de Família.

INTERNATIONAL PRIVATE LAW APPLICABILITY TO FAMILIES RELATIONS

Abstract: It seeks to analyze the applicability of private international law to brazilian family relations. Initially, he approaches the Institutes of Family Law in Comparative Law, dealing with the peculiarities of the subject in Brazil and Argentina. It then presents the relationship between the Institutes of Family Law and Private International Law, dealing with both marriage and stable union and, consequently, divorce and the property regime; on the custody and regulation of children's visits; and finally on food, by examining the ratification of the foreign sentence on food and its execution, the action of food abroad and the agreements on the provision of food to the children. It deals with the whole thematic through the analysis of the legislation and the pertinent doctrinal positions, with the contribution of authors like Jacob Dolinger, Yussef Said Cahali and Arnaldo Rizzardo, among others.

Keywords: Private international law. Family relationships. Comparative law. Institutes of Family Law.

www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 164

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Privado, na concepção de Jacob Dolinger,

[...] só surge quando ocorre algum fator extraterritorial, seja no plano subjetivo da relação jurídica, seja em algum aspecto objetivo da mesma. Quando isto acontece, a situação se encontra ligada a dois sistemas jurídicos, e há que ser feita a escolha sobre a lei aplicável, o que se soluciona por meio das regras do Direito Internacional Privado que determinam qual o direito interno apropriado para a quaestio juris.³

Como exemplo, pode-se citar o caso de quando os nubentes possuem nacionalidade ou domicílio diferentes no momento do casamento, é necessário determinar a lei aplicável ao casamento, às suas formalidades, ao regime de bens e até ao eventual ato de divórcio ou anulação do matrimônio.⁴

Diante disso, percebe-se que o Direito Internacional Privado visa regular os conflitos existentes entre diferentes territórios, principalmente com relação às leis aplicáveis para solucioná-los. Assim, pode-se dizer que a disciplina em questão "se baseia na análise da relação jurídica e de sua qualificação, para localizar a conexão ao sistema jurídico mais adequado, visando a sua aplicação"5.

Visto isso, cabe aqui fazer uma relação entre o Direito Internacional Privado e o Direito de Família. Pois bem, Arnaldo Rizzardo sustenta que

> [...] o conteúdo que envolve o direito de família: cônjuges, prole, casamento, união estável, entidade familiar (conjunto de pessoas formado por um dos pais ou ascendentes e seus descendentes), separação, divórcio, parentes, adoção, filiação, alimentos, bem de família, tutela, curatela, etc. [...].6

³ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 26.

⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 26/27.

⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 32.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 03.

No entanto, trataremos aqui sobre os institutos mais conhecidos do Direito de Família, quais sejam, o casamento (ou união estável), a guarda e a regulamentação de visitas dos filhos, bem como a prestação de alimentos em favor destes.

Em alguns casos, o casamento pode ser celebrado no exterior; celebrado entre pessoas de nacionalidades diferentes; ou, ainda, celebrado em um país entre pessoas nacionais de outro território. Tais acontecimentos necessitam de intervenção do Direito Internacional Privado para regular qual a legislação aplicável ao caso concreto. Da mesma forma quando se discute guarda, visitas e alimentos dos filhos entre pais que residem em territórios distintos, ou seja, em países distintos.

Por todo exposto, é clara a aplicabilidade do Direito Internacional Privado às relações familiares, quando estas ultrapassarem as barreiras do território nacional, passando, assim, a depender de institutos que estabeleçam a lei aplicável ao caso, de forma a garantir a proteção que estas relações necessitam.

Visto isso, é necessário esclarecer que, no primeiro capítulo, falaremos sobre como é o Direito de Família no Brasil, regido, basicamente, pelo Código Civil de 2002, e sobre o Direito de Família na Argentina, cujo Código Civil e Comercial foi recentemente promulgado, em 2014, fazendo, assim, uma breve análise no direito comparado.

Já no segundo, e último, capítulo, buscaremos tratar dos principais institutos do Direito de Família e relacionando-os com o Direito Internacional Privado.

Para tanto, trataremos sobre o casamento e a união estável celebrados no Brasil por estrangeiros, ou por brasileiros no estrangeiro, ou entre pessoas de nacionalidades diferentes, e, após, analisaremos as implicações do instituto, quais sejam, o divórcio e o regime de bens.

Posteriormente, trataremos sobre a guarda e regulamentação de visitas dos filhos no caso de pais que residem em países diferentes, bem como sobre as hipóteses de sequestro ou subtração interparental.

Por fim, analisaremos a prestação de alimentos, caminhando pela análise da homologação da sentença estrangeira, da execução desta, da ação de alimentos pelo estrangeiro e uma breve análise sobre as Convenções que tratam do assunto.

1. OS INSTITUTOS FAMILIARES NO DIREITO COMPARADO

De início, entendeu-se por necessário fazer uma breve abordagem no direito comparado entre Brasil e Argentina com relação aos institutos do Direito de

Família regido pelos países, assim, passaremos à análise de cada um separadamente.

1.1 DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

Primeiramente, cabe dizer que a conceituação do termo "família", no Brasil, é bem mais ampla do que imaginamos, ou seja, não se restringe ao casal e respectivos filhos, ao contrário, ela alcanca os "ascendentes, descendentes, colaterais até o quarto grau, aos afins e ao parentesco civil"⁷.

Sendo assim, verifica-se que o termo "família" abrange os pais, avós, bisavós, filhos, netos, bisnetos, tios, primos, sogros, sogras, cunhados, etc., seguindo sempre nas respectivas linhas mencionadas por Magalhães.

Com relação à natureza do Direito de Família, a maioria da doutrina entende que este é pertencente ao Direito Privado, "embora seja um ramo do Direito Privado marcado fortemente por normas consideradas de ordem pública"8.

Assim sustenta Maria Berenice:

[...] A tendência em afirmar que o direito das famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da equivocada ideia de que busca tutelar as entidades familiares mais do que os bseus integrantes.

O fato de permearem as relações familiares, interesses que dizem com a capacidade e a identidade das pessoas não significa ter o direito das famílias migrado para o direito público.9

Na mesma linha segue Rolf Madaleno, quando trata das noções de direito de família, ao dizer que este Direito "respeita ao conjunto de normas jurídicas que regulam as relações familiares, integra uma parte do Direito Civil, e, portanto, está em conformidade com o Direito Privado"10.

Ultrapassadas as bases conceituais, devemos analisar agora, suscintamente, os principais institutos do Direito de Família. Antes, é válido destacar os três temas identificadores desse Direito, na concepção de Maria Berenice:

> [...] (a) direito matrimonial – cuida do casamento, sua celebração, efeitos, anulação, regime de bens e sua dissolução; (b) direito parental – volta-se

⁷ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 23.

⁸ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução ao direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

¹⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 37.

para a filiação, adoção e relações de parentesco; e (c) direito protetivo ou **assistencial** – inclui poder familiar, alimentos, tutela e curatela. ¹¹

Rolf Madaleno bem aborda que

[...] o Direito de Família codificado só reconhece como entidades familiares as que preencham os pressupostos do casamento, da união estável e das relações monoparentais, embora maior extensão venha sendo identificada pela doutrina e jurisprudência, a reconhecer outras opções de constituição familiar, como nos casos dos relacionamentos homoafetivos, para não citar todas as outras formas conhecidas de constituição de família. 12

O Direito de Família no Código Civil Brasileiro de 2002 integra a Parte Especial, Livro IV. Sobre os seus institutos, o presente trabalho abordará os mais importantes, quais sejam, o casamento, a união estável, a guarda e regulamentação de visitas e os alimentos em favor dos filhos.

O casamento é conceituado no art. 1.511 do CC/02 da seguinte forma:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

O art. 1.514 do mesmo diploma prevê que "o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados".

Existe, ainda, no Direito brasileiro, a possibilidade de o casamento religioso se equiparar ao casamento civil, desde que atendidas as exigências legais, na forma dos artigos 1.515 e 1.516 do CC/02.

Sobre a capacidade para o casamento, o Código Civil autoriza o homem e a mulher, a partir dos 16 anos, a contraírem núpcias, desde que autorizados pelos pais, é o que dispõe o art. 1.517.

Podem os nubentes, em regra, escolherem o regime de bens que desejam adotar. Caso não manifestem expressamente o desejo por um regime específico, o código determina a adoção da comunhão parcial de bens, conforme artigos 1.639 e 1.640.

É válido apontar, suscintamente, os regimes previstos no Direito de Família Brasileiro: comunhão parcial de bens (art. 1.658, CC/02); comunhão universal de bens (art. 1.667, CC/02); participação final nos aquestos (art. 1.672, CC/02); e, separação de bens (art. 1.687, CC/02).

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 39.

¹² MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 37.

Sobre a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, o art. 1.571 prevê que:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Além do casamento, o CC/02 reconhece a união estável como entidade familiar, senão vejamos:

Art. 1.723. 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.

Há ainda a previsão de que essa união estável pode ser convertida em casamento, desde que exista pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil, na forma do art. 1.726.

Com a dissolução do casamento ou da união estável, em caso de existirem filhos menores, é imprescindível decidir sobre a guarda, regulamentação de visitas e alimentos para os mesmos.

Com relação à guarda, o Código Civil prevê duas modalidades no art. 1.583, a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Na forma do §1º deste dispositivo, a guarda unilateral é aquela concedida a um dos genitores, enquanto a compartilhada se caracteriza pela responsabilização de ambos os pais pelo poder familiar dos filhos.

Sobre a regulamentação de visitas, o art. 1.589 dispõe que "o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação".

Os alimentos são regulados pelos artigos 1.694 e seguintes do CC/02, bem como pela lei nº 5.478/68. O Código prevê que os parentes, cônjuges e companheiros podem pedir alimentos uns aos outros, de modo compatível com sua condição social, bem como que deverão ser fixados na proporção das necessidades de quem pede e dos recursos de quem pagará.

Vale ressaltar que, na forma do art. 1.590, "as disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes".

Essas são as principais considerações a se fazer sobre o Direito de Família no Código Civil Brasileiro, ressaltando que tais institutos serão analisados, mais profundamente, no próximo capítulo, momento em que será feita uma análise das relações estrangeiras que os envolvem.

1.2 DIREITO DE FAMÍLIA NA ARGENTINA

Com o fim de fazer um direito comparado, escolhemos contextualizar o Direito de Família na Argentina, cujo Código foi recém promulgado, em 2014. O Direito de Família no Código Civil e Comercial da Argentina ocupa o Livro Segundo, intitulado de "Relaciones de familia".

O título 1 (um) desse livro trata do matrimônio, iniciando-se com os artigos 401 e 402, que aplicam os princípios da igualdade e da liberdade. Dispõe estes dispositivos que:

> a) não se reconhece pretensão para se exigir o cumprimento de promessa de casamento e nem para se "reclamar perdas e danos decorrentes de sua ruptura, sem prejuízo da aplicação das regras de enriquecimento sem causa ou da restituição das doações"; b) não é admitido interpretar ou aplicar norma para limitar, restringir, excluir ou suprimir a igualdade de direitos e obrigações dos integrantes do casamento, e os efeitos que este produza, independentemente do sexo dos nubentes.¹³

Para que o casamento exista, é necessário o consentimento de ambos os cônjuges, é o que prevê o art. 406:

> ARTÍCULO 406. Requisitos de existencia del matrimonio Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo, excepto lo previsto en este Código para el matrimonio a distancia.

El acto que carece de este requisito no produce efectos civiles. 14

O Código em discussão prevê, ainda, a nulidade do casamento caso haja a violação de algum impedimento absoluto ou relativo, na forma dos artigos 424 e seguintes¹⁵:

¹³ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 3). Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov- 05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte>. Acesso em: 08 de mar. de 2018.

¹⁴ CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. Código civil y comercial de la nación comentado. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 12.

¹⁵ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 3). Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov- 05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte>. Acesso em: 08 de mar. de 2018.

ARTÍCULO 424. Nulidad absoluta. Legitimados

Es de nulidad absoluta el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 403.

La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónvuges y por los que podían oponerse a la celebración del matrimonio. 16

Na argentina, a fidelidade é considerada como um dever moral, nascido da relação matrimonial¹⁷. Além disso, os cônjuges têm dever de prestar assistência mútua, tudo em conformidade com o art. 431, que prevê que "los esposos se comprometen a desarrollar un provecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua"¹⁸.

A extinção do matrimônio pode se dar pelo falecimento de um dos cônjuges. pela presunção de morte com sentença declaratória de ausência e, por fim, pela declaração judicial do divórcio. 19

Em caso de extinção do casamento, o Código Argentino prevê a compensação econômica, em seu art. 441, que consiste em concessão de uma renda, geralmente por prazo determinado, ao cônjuge que apresente desequilíbrio em decorrência do casamento e sua extinção, desde que isto implique em piora da sua situação.²⁰

Sobre o regime de bens, assim como no Brasil, o regime legal na Argentina é o regime de comunhão, que se aplicará automaticamente se o casal não

¹⁶ CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. Código civil v comercial de la nación comentado. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 31.

¹⁷ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 3). Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov- 05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte>. Acesso em: 08 de mar. de 2018.

¹⁸ CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. Código civil v comercial de la nación comentado. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 48.

¹⁹ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 3). Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov- 05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte>. Acesso em: 08 de mar. de 2018.

²⁰ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 3). Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov- 05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte>. Acesso em: 08 de mar. de 2018.

optar por outro no pacto antenupcial. Outro regime disponível é o de separação de bens.²¹

O código em comento também prevê a existência da união estável, chamada de "uniones convivenciales", conceituada no art. 509:

ARTÍCULO 509. Ámbito de aplicación

Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dospersonas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.²²

Os seus requisitos estão no art. 510 e são:

- a) a maioridade de ambos os conviventes; b) não exista entre eles vínculo de parentesco em linha reta em todos os graus, nem colateral até o segundo grau;
- c) não estejam unidos por vínculos de parentesco por afinidade em linha reta;
- d) não possuam impedimento e não exista outra convivência registrada de modo simultâneo; e) o período da convivência deve ser não inferior a 2 anos. ²³

A união pode ser extinta pelas seguintes causas:

ARTÍCULO 523. Causas del cese de la unión convivencial

La unión convivencial cesa:

- a) por la muerte de uno de los convivientes;
- b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes;
- c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;
- d) por el matrimonio de los convivientes;
- e) por mutuo acuerdo;
- f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;

www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 172

²¹ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 3). **Consultor Jurídico.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov-05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte. Acesso em: 08 de mar. de 2018.

²² CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. **Código civil y comercial de la nación comentado**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 190.

²³ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 3). **Consultor Jurídico.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov-05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte. Acesso em: 08 de mar. de 2018.

g) por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivência no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.²⁴

Vale ressaltar que a união estável também pode ensejar a compensação econômica, nos mesmos moldes da concedida em virtude da extinção do casamento.²⁵

Sobre a prestação alimentícia, o art. 537 dispõe que ela é devida na seguinte ordem:

- a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado;
- b) los hermanos bilaterales y unilaterales.

En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.²⁶

O art. 541 prevê o conteúdo da obrigação alimentar, senão vejamos:

ARTÍCULO 541. Contenido de la obligación alimentaria

La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación. ²⁷

Estas são as principais considerações quanto ao Direito de Família regido pelo Direito Argentino. Percebe-se que os Códigos Civis brasileiro e argentino possuem regulamentações bem parecidas no que tange aos principais institutos do Direito de Família que estão em análise.

²⁴ CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. Código civil y comercial de la nación comentado. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 213.

²⁵ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 3). Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov- 05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte>. Acesso em: 08 de mar. de 2018.

²⁶ CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. Código civil y comercial de la nación comentado. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 237.

²⁷ CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. Código civil y comercial de la nación comentado. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 244.

O Direito de Família no Brasil prevê o instituto do casamento, a possibilidade de conversão do casamento religioso em civil, dispõe que a capacidade para contrair matrimônio inicia-se aos 16 anos, com autorização dos representantes legais, o regime de bens legal é o de comunhão parcial de bens, podendo também optar-se pelo regime de separação total, comunhão total ou separação final dos aquestos, o casamento se dissolve com a morte, nulidade/anulação, separação ou divórcio. O ordenamento também reconhece o instituto da união estável, prevendo, inclusive, a possibilidade de conversão em casamento. A guarda dos filhos pode ser concedida de forma unilateral ou compartilhada. E, por fim, a prestação alimentícia é devida aos ascendentes, descendentes, cônjuges e companheiros, na medida de suas necessidades.

Já o Direito de Família na Argentina admite o casamento desde que consentido por ambos os cônjuges, prevê a fidelidade como dever moral, adota como regime legal também a comunhão parcial, mas existe a possibilidade de escolha pelo regime de separação total, e a extinção pode se dar por falecimento, presunção de morte do cônjuge ou divórcio. A união estável também é reconhecida, mas possui alguns requisitos mais específicos de configuração, bem como possui a previsibilidade de causas de extinção. Tanto para o casamento quanto para a união estável é prevista a possibilidade de compensação econômica, que não é regulada pelo Direito brasileiro. Por fim, os alimentos são devidos aos ascendentes, descendentes e irmãos.

2. OS INSTITUTOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E A RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

No presente capítulo, trataremos dos institutos do Direito de Família, mais especificamente, do casamento e da união estável, e, por consequência, do divórcio e do regime de bens; da guarda e regulamentação de visitas dos filhos; e, por fim, da prestação de alimentos, sempre fazendo uma interligação com o Direito Internacional Privado.

2.1 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

O casamento possui regras de conexão concentradas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 7°, que dispõe que "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".

www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 174

A partir do caput deste dispositivo, verifica-se que o que rege o Direito de Família é a lei do domicílio.²⁸ Assim, a regra é que, "se o casamento é válido segundo o direito do país em que foi celebrado, é válido no estrangeiro. Constitui-se um ato jurídico perfeito e, por conseguinte, é existente, válido e eficaz"29.

Os dois parágrafos mais importantes do dispositivo são o 1º e o 2º, destacados abaixo:

- § 10 Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.
- § 20 O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

Na leitura do §1°, percebe-se que ele só se refere ao casamento realizado no Brasil. No entanto, conforme entendimento de Jacob Dolinger, essa regra deve ser interpretada de forma bilateral, ou seja, "na hipótese de casamento realizado no exterior por pessoas domiciliadas no Brasil, serão observadas as formalidades da legislação local"30.

Com relação ao §2°, verifica-se que "o Cônsul ou diplomata estrangeiro no Brasil só poderá celebrar o casamento de duas pessoas de sua nacionalidade"31. Isso, pois, nesse caso, o critério não é o domicílio, mas sim a nacionalidade, uma vez que trata dos poderes que os consulares ou diplomatas têm de proteger os seus nacionais, e não os domiciliados naquele país.³²

Jacob Dolinger dá um exemplo que deixa bem clara a situação apontada acima:

> Se um representante estrangeiro oficiar o casamento de indivíduo de sua nacionalidade com um brasileiro, nosso país não reconhecerá a celebração, pois terá ocorrido um atentado à nossa soberania. O mesmo se dá na hipótese

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 689.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 689.

³⁰ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 336.

³¹ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 337.

³² DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 337.

de o representante estrangeiro celebrar o casamento de dois estrangeiros, em que um apenas é de sua nacionalidade. Em ambas as situações, o funcionário diplomático ou consular terá exorbitado de seus poderes.³³

Assim, este é o entendimento da doutrina e jurisprudência, tratando-se de uma questão de harmonia, onde "não devo dar a meu representante no exterior poderes mais amplos do que aqueles que reconheço no representante de soberania estrangeira em meu país"34.

Maria Berenice Dias afirma que, "quer sejam ambos ou somente um dos noivos brasileiros, o casamento no exterior pode ocorrer tanto perante as autoridades consulares brasileiras como perante as autoridades locais"35.

Se realizado perante o consulado brasileiro, vale ressaltar a regra do art. 1.544 do Código Civil de 2002, que dispõe o seguinte:

> Art. 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 10 Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

Sobre o registro, Berenice Dias diz que o efeito é apenas declaratório, possuindo efeito ex tunc, ou seja, o registro produz efeitos desde a data da celebração.³⁶

Com relação à regra do artigo supracitado, Stolze e Pamplona entendem que ela deve ser aplicada somente se um ou ambos dos cônjuges voltarem ao Brasil para fixarem residência, senão vejamos:

> Indo além da discussão se a expressão "volta" seria mais adequada ou não, parece-nos que o sentido da norma é de prestigiar uma regra de soberania nacional, com a finalidade de disciplinar as relações jurídicas entre aqueles que pretendem residir em seu território. [...] Por isso, compreendemos a expressão volta como ingresso com "animus" de permanência.³⁷

³³ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 337.

³⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 337.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 690.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 690.

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159/160.

Conforme entendimento da jurisprudência, é suficiente que um dos nubentes seja brasileiro para que seja possível transladar o assento de seu casamento realizado em outro país.³⁸

Rizzardo ainda afirma que essa permissão de registro se estende ao casamento de estrangeiros, de brasileiros com estrangeiros, de brasileiros cuja celebração não se deu perante a autoridade consular e, ainda quando o casamento foi procedido na forma de lei estrangeira. ³⁹

No entanto, cabe ressaltar o fato de que o registro não dá eficácia ao casamento, conforme defende Rizzardo:

> Com o registro, não adquire eficácia o casamento, eis que o oficial limita-se unicamente a transcrever os dados constantes da certidão estrangeira. Assim, não se admite atacar a validade do casamento pelos dados constantes do registro. A finalidade do registro não é outra senão a sua publicidade. Qualquer vício ou nulidade deverá ser pesquisada segundo os elementos da certidão e a lei do país onde se efetuou.⁴⁰

Já para os estrangeiros que queiram se casar no Brasil, a regra é que o matrimônio pode ser concebido "perante a autoridade diplomática do país de origem dos noivos, em que se aplica a legislação do país de ambos"41. Ademais, devem ser respeitadas as regras da legislação brasileira, ou seja, "é necessário que ambos sejam da mesma nacionalidade, pois somente podem casar perante a autoridade diplomática ou consular de seu país (LINDB 7.º §1.°)",42.

Com relação à união estável, já mencionamos no capítulo anterior que ela é reconhecida pelo Código Civil Brasileiro de 2002 no art. 1.723, que possui como requisitos a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Rodrigo da Cunha Pereira conceitua a união estável como "[...] a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, "não adulterina" e não incestuosa, com

³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8, ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 73/74.

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011,

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 75.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 690.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 690.

estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil", 43.

É válido mencionar alguns países que reconhecem e regulamentam o instituto da união estável, cada um com alguma particularidade, mas que, no geral, visam o mesmo objetivo de ampliar a incorporação do termo "família" e se adequar às novas relações familiares que vêm surgindo ao longo do tempo. São alguns deles: Itália, Cuba, México, Venezuela, Guatemala, Panamá, Colômbia, Bolívia, França e Portugal.⁴⁴

Além disso, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona também trazem a Alemanha como país aceitador do instituto, ao dizerem que "na Alemanha, as uniões de fato [...] entre pessoas de sexo diferente [...] convivem com aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo [...]. O crescente número de casais em união estável resultou na aceitação social do instituto"45.

Agora, é necessário analisar as principais implicações do casamento/união estável, quais sejam, divórcio/dissolução e regime de bens.

2.1.1 Divórcio

Em primeiro lugar, cabe destacar que "o divórcio é causa terminativa da sociedade conjugal; porém, este possui efeito mais amplo, pois dissolve o vínculo matrimonial"⁴⁶. Entendido o conceito do instituto, devemos passar a relacioná-lo com o Direito Internacional Privado.

Berenice Dias sustenta que "sendo um ou ambos os cônjuges brasileiros, é de competência da justiça brasileira a dissolução do casamento realizado no estrangeiro, quando o casal reside no Brasil e o casamento foi levado a registro cartorário"47, isto por conta do fato de que o Direito de Família é regido pela lei do domicílio, conforme já destacado anteriormente.

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37/44.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 427.

⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio.** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 905.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 691.

O art. 7°, §6°, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro dispõe o seguinte:

> Art. 7°. § 6° 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 Justica, 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. (Redação dada pela Lei nº 12.036, de 2009).

Essa redação foi dada para adequar a norma à Constituição Federal, mas, após a EC 66/2010, com a modificação do art. 226, §6º da CF/88, tornou-se inexigível o prazo de 01 (um) ano contado da data da sentença, ou de qualquer outro.48

Assim, entende-se que "o divórcio obtido no estrangeiro somente terá efeito no território nacional se homologado pelo STJ"49. Diante disso, é notório que, ainda que seja classificada como ineficaz a sentença estrangeira não homologada, o entendimento majoritário é de que seria nulo o casamento celebrado posteriormente pelo divorciado no exterior, sem a devida homologação desta sentença.⁵⁰

Por outro lado, se tratando de estrangeiros divorciados que venham a estabelecer domicílio no Brasil, Cahali defende a dispensa de homologação, quando diz que "não será de exigir-se a homologação da sentença quando os estrangeiros, já divorciados no país de origem, aqui venham a instalar domicílio, portanto um novo estado conjugal perfeito e acabado"51.

Ao homologar a sentença, é importante frisar que o magistrado deve se ater aos termos nela descrito, independentemente do país em que tenha sido proferida, dessa forma, por exemplo, se a sentença foi proferida em um país onde o divórcio produz efeitos apenas para a separação de corpos e bens, não

⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio.** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1048.

⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio.** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1049.

⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio.** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1049/1050.

⁵¹ CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio.** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1051.

dissolvendo efetivamente o vínculo matrimonial, a sua homologação do Brasil não poderá ampliar o conteúdo para conferir os efeitos de divórcio deste país.⁵²

Sobre a hipótese de anulação de casamentos realizados no exterior, Jacob Dolinger sintetiza que, se uma das partes pleiteasse a invalidade perante a jurisdição brasileira, deveria ser aplicada a lei do local onde se realizou o casamento, no que diz respeito às formalidades do ato; já se o pedido se baseasse em aspectos substanciais de validade, a lei aplicável seria a indicada pelo Direito Internacional Privado do local da celebração; por fim, no caso de pessoas domiciliadas no Brasil que se casaram no exterior, incorrendo em alguma vedação imposta por nosso legislador, deve ser decretada a anulação pela jurisdição brasileira.⁵³

2.1.2 Regime de bens

Conforme já mencionado, o Brasil adota o regime legal de bens como sendo o de comunhão parcial, mas, querendo, os nubentes podem optar por outros regimes disponíveis, quais sejam, a comunhão universal, a separação convencional e a participação final nos aquestos. Visto isso, explicaremos, de forma sucinta, como funciona esse instituto no direito internacional privado.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro dispõe no art. 7°, §4°, que "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".

Vale ressaltar que, a regra, é que predomina "perante o direito internacional privado, ser o domicílio, e não a nacionalidade, que determina as regras sobre os direitos. Prevalece o ordenamento jurídico do país onde as pessoas têm o domicílio, por um princípio inerente ao direito de soberania das nações"54.

Desse modo, Rizzardo entende que

[...] prevalece a lei do domicílio para firmar o regime legal de bens, quando os nubentes têm domicílio no mesmo país estrangeiro, e lá continuam a residir. Se os nubentes procedem de países distintos, ou têm domicílio

⁵² CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio.** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1054.

⁵³ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 344.

⁵⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 607.

diverso, e se casam num deles, impor-se-á o regime legal do primeiro domicílio conjugal, isto é, do país onde forem se estabelecer. ⁵⁵

Ademais, não importa a volta ao Brasil depois de algum tempo, não poderá o casal optar por um novo regime de bens, desconsiderando o do casamento.⁵⁶ No entanto, entende Maria Berenice Dias, pautada no art. 7°, §5°, da LINDB, que "o estrangeiro casado que se naturalizar brasileiro, pode adotar o regime da comunhão parcial de bens. Basta haver a concordância do côniuge, devendo o pedido ser formulado quando da entrega do decreto de naturalização"⁵⁷.

A lei supramencionada também determina, em seu art. 8°:

Art. 80 Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

§ 10 Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

§ 20 O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.

O caput, na visão de Dolinger, "segue a regra de conexão lex rei sitae – a lei do local da situação do bem"58. O autor argumenta que esta norma decorre de um princípio de ordem pública, uma vez que não seria razoável regulamentar por leis diversas (pessoal de seu proprietário) bens localizados no mesmo território.⁵⁹

Sobre o parágrafo primeiro, o autor salienta que "seria uma exceção à regra geral do *caput*, referindo-se a bens *in transitu* com relação aos quais há de se evitar bruscas mudanças ocasionadas pela mobilidade do bem"⁶⁰.

Sobre a partilha de bens imóveis situados no Brasil, Cahali sustenta que

⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 607.

⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 608.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 691.

⁵⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 347.

⁵⁹ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 347.

⁶⁰ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 348.

[...] se perante o juízo competente para o divórcio ficou decidida a partilha dos bens, ainda que compreendendo bens situados no Brasil, não ofende a soberania nacional ou a ordem pública a homologação, sem restrições, da sentença – ressalvada, obviamente, a hipótese em que a sentença a ser homologada, no estabelecer da partilha, possa ser considerada ofensiva aos princípios de ordem pública e aos bons costumes.⁶¹

No mesmo sentido, não há impedimento ao fato de que, "já homologado anteriormente o divórcio de brasileira decretado pelo tribunal alienígena, seja apresentada à homologação partilha de bens da sociedade conjugal processada posteriormente perante o mesmo tribunal estrangeiro, com aplicação das leis brasileiras"⁶².

Ademais, tendo em vista o art. 4°, §2° da Resolução n ° 9/2005 do STJ, que prevê que "as decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente", entende-se que pode ser homologada a sentença estrangeira de divórcio, ressalvada a partilha de imóveis localizados no Brasil. 63

Berenice Dias entende ser a patilha de bens imóveis localizados no Brasil é de competência exclusiva deste país, baseando-se no art. 12, §1°, da LINDB, e art. 23, I, do CPC.⁶⁴

2.2 GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS

A questão da guarda e regulamentação de visitas, assim como os alimentos em favor dos filhos, que serão tratados no próximo tópico, devem ser decididos por ocasião do divórcio dos cônjuges, seja consensual ou litigioso.

Sobre o tema, Maria Berenice sustenta que

Como as demandas de família são regidas pela **competência territorial** (LINDB 7.°), insere-se neste conceito tudo o que diz respeito aos filhos. No entanto, a transferência e permanência de uma criança ou adolescente para outro país, sem que haja o consentimento de um dos genitores, é equivocadamente nominado de **sequestro internacional**. Quando ocorre a subtração de forma ilícita, o procedimento de repatriação é regulado pela

⁶¹ CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio.** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1071.

⁶² CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio.** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1071.

⁶³ Ibidem, p. 1072.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 693.

Convenção sobre os Aspectos Civis do Seguestro Internacional de Crianças. abreviadamente chamada de Convenção de Haia. 65

Diante desse fato, que tramita perante a justiça federal, fica impedida a deliberação sobre a guarda e visitação definitivos no processo de divórcio, mas é possível requerer, perante a justiça estadual, a regulamentação provisória de guarda e visitas dos filhos, até que seja solucionada a questão internacional.66

Vale ressaltar que "não se trata de 'sequestro' como delito previsto no direito penal. Por isso se costuma chamar de subtração interparental ou deslocamento ilegal"67. A Convenção de Haia faz as seguintes determinações:

> [...] que os países ratificantes enviem de volta as crianças ilicitamente retiradas do país de sua residência habitual (1.°, a). Regula a guarda e o direito de visita aos infantes (5.º e 21). Também serve para dar efetividade ao direito de visita de um dos pais ou parente, por meio dos mecanismos postos à disposição das autoridades centrais de cada Estado. É reconhecida como ilícita a retenção ou remoção quando houver violação do direito de guarda atribuído a uma pessoa, ou a uma instituição ou qualquer outro organismo, de forma individual ou conjunta, pela lei do Estado onde a criança tinha sua residência habitual imediatamente antes da conduta ilícita. O direito de guarda pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo (3.°).68

Diante disso, tendo em vista que "as autoridades do país de origem apresentam melhores condições para decidir sobre a guarda e a vida da criança, é determinado o seu retorno imediato"69.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 695.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 695.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 695/696.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 696.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 696.

Para que isto ocorra, é concedido o prazo de seis semanas para que as autoridades judiciais e/ou administrativas tomem as medidas de urgência para promoverem o retorno da crianca ao país de origem. ⁷⁰

No entanto, nem sempre a autoridade é obrigada a determinar o retorno da criança, como nas hipóteses abaixo:

> a) quando 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; b) havendo 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.⁷¹

Ademais, poderá "haver recusa quando se verificar que a criança atingiu idade e grau de maturidade em que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto"72, bem como "quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais"73.

Em resumo, com fulcro no art. 7º da LINDB, a regulamentação de guarda e visitas dos filhos menores também deverá ser regida pela lei do domicílio.

2.3 ALIMENTOS

2.3.1 Homologação da sentença estrangeira de alimentos

Assim como no caso do divórcio, se já existe uma sentença fixando os alimentos, seja por ação própria ou em decorrência da dissolução do vínculo conjugal, proferida em Estado estrangeiro, compete ao STJ homologá-la, para que possa ser executada através da Procuradoria-Geral da República, no Brasil, lugar de domicílio do devedor.⁷⁴

Vale ressaltar que a homologação deve ser requerida de acordo com a lei do estado do devedor, com fulcro no art. VI, item 3, da Convenção de Nova

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 696.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 698.

⁷² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 698.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 698.

⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 820/821.

York, mas isto não interfere na competência do foro para ação originária em virtude da nacionalidade ou local de domicílio do alimentando.⁷⁵

A regra é que "a homologação não tem eficácia retroativa para ressalvar ajustes anteriores à sentença homologada"76. No entanto, com relação ao pedido de revisão de pensão, verifica-se que ele escapa do requerimento de homologação, pois esta "não se presta para inovar o conteúdo da sentença estrangeira homologanda, devendo eventuais pretensões revisionais ser deduzidas por via de ação autônoma"77.

2.3.1.1 Execução da sentença homologada

Sobre a execução dos alimentos, é válido mencionar que

[...] apenas para as execuções de alimentos decorrentes da aplicação da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, promulgada pelo Dec. 56.826/1965, é competente o juízo federal da Capital da unidade federativa brasileira em que reside o devedor, funcionando a Procuradoria-Geral da República como Instituição Intermediária nos termos do art. 26, caput, da Lei 5.478/1968, legitimada, assim, também para pedir a homologação da sentença.⁷⁸

Por outro lado, "se o credor reside no Brasil e o devedor no exterior, a execução se fará igualmente de conformidade com o estabelecido na referida Convenção, atuando agora a Procuradoria-Geral como Instituição Remetente, inobstante a omissão do citado art. 26"79.

Ademais, é sabido que "sem a homologação da sentença estrangeira, necessário se promova a própria ação de alimentos. Com aquele ato, tornase a sentença um título executivo, podendo as obrigações do devedor serem executadas no domicílio dele próprio"80.

2.3.2 Ação de alimentos pelo estrangeiro

⁷⁵ Ibidem, p. 821.

⁷⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 823.

⁷⁷ CAHALI, Yussef Said, **Dos alimentos**, 7, ed. rev. e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 823.

⁷⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 825.

⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 826.

⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 771.

No que tange à ação de alimentos pelo estrangeiro, é sabido que:

Por aplicação da lei domiciliar dos cônjuges, ainda que estrangeiros, considera-se que, se a sentença de divórcio nada estabeleceu a respeito de alimentos nem chegou a ser homologada no Brasil, a Justica brasileira está livre para decidir sobre tais alimentos, de acordo com os princípios do direito comum que aqui vigoram, a que e subordinam os litigantes aqui domiciliados.81

Sendo assim, verifica-se que resta preservada "a ineficácia da sentença estrangeira de divórcio, se não homologada pelo STJ"82.

Sobre a obrigação alimentar de pessoa residente no exterior, Rizzardo defende que

> Seja nacional ou estrangeiro o devedor de alimentos, se residente no Brasil, subordina-se à autoridade judiciária brasileira. A ação de alimentos é promovida, no Brasil, no foro do domicílio do credor, obedecendo-se o princípio universalmente aceito de que a lei nacional se aplica aos jurisdicionados de determinado Estado [...]. [...] De igual modo, quando a obrigação aqui deva ser cumprida. Ou a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil [...]".83

A partir do entendimento acima, verifica-se, novamente, a aplicação da lei do domicílio como forma de regência dos conflitos.

2.3.3 Convenções sobre a prestação alimentícia

A respeito da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, ressalta Dolinger que ela "cobre a obrigação entre cônjuges, bem como entre pais e filhos"84, e, além disso, dispõe,

> [...] em seu art. 6°, que a lei aplicável será a que for mais benéfica para o credor dos alimentos dentre as leis do país do domicílio ou residência habitual do credor e do domicílio ou residência habitual do devedor. A lei aplicável determinará a quantificação do valor dos alimentos, as épocas e condições do

⁸¹ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 824.

⁸² CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 825.

⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 769.

⁸⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 340.

pagamento, quem pode representar o credor no pedido de alimentos e outras condições necessárias para o exercício do direito aos alimentos (art. 7°). 85

Ressalta-se que o Brasil também faz parte da Convenção de Nova York, que trata da prestação de alimentos no estrangeiro, e tem como finalidade possibilitar que alguém que está em país membro obtenha alimentos de pessoa que se localiza em outro país membro e, para tanto, tal instrumento inseriu formas específicas como complementação aos meios já existentes nos direitos internos e no direito internacional. 86

Por fim, é importante mencionar que recentemente, em 19 de outubro de 2017, o Decreto n 9.176 promulgou a 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.

A Convenção tem como objeto as disposições do artigo 1º, quais sejam:

A presente Convenção tem por objeto assegurar a eficácia da cobrança internacional de alimentos para crianças e outros membros da família, principalmente ao:

- a) estabelecer um sistema abrangente de cooperação entre as autoridades dos **Estados Contratantes:**
- b) possibilitar a apresentação de pedidos para a obtenção de decisões em matéria de alimentos:
- c) garantir o reconhecimento e a execução de decisões em matéria de alimentos: e
- d) requerer medidas eficazes para a rápida execução de decisões em matéria de alimentos.

Já o Protocolo, consoante disposições do artigo primeiro, "definirá a lei aplicável à obrigação de prestar alimentos resultante de relações de parentesco, filiação, casamento ou afinidade, inclusive a obrigação de prestar alimentos em relação a crianças, independentemente do estado civil dos pais".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, fez-se um breve estudo do direito comparado entre as regulamentações do Direito de Família no Brasil e na Argentina e, assim, percebeu-se que os institutos são bem parecidos, ressalvados alguns detalhes

⁸⁵ DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 340.

⁸⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p. 340.

que são tratados de forma mais profunda no Direito brasileiro do que no Direito argentino

No segundo capítulo analisou-se os institutos do Direito de Família a partir da aplicação do Direito Internacional Privado. Sobre o casamento e a união estável, percebeu-se que o Direito em análise é regido, em regra, pela lei do domicílio. Viu-se, ainda, que os casamentos celebrados no consulado só são válidos quando ambos os nubentes forem da nacionalidade deste órgão, bem como que os casamentos celebrados no exterior devem ser homologados pela justiça brasileira.

Após, analisou-se as regras sobre o divórcio e percebeu-se que, se o casamento celebrado no estrangeiro foi homologado pela justiça brasileira e o casal aqui reside, é de competência de esta processar o julgar o divórcio. Viu-se, ainda, que o divórcio de brasileiros realizado no estrangeiro só tem efeito no Brasil se for homologado pelo STJ, não aplicando-se esta regra aos divorciados estrangeiros. Sobre o regime de bens, entendeu-se que, em regra, prevalece a lei do local de domicílio dos nubentes.

No que tange à guarda e regulamentação de visitas, percebeu-se que vigora, também para o caso, a competência territorial, bem como foram analisadas as questões sobre a chamada "subtração interparental", ou sequestro, a partir da Convenção de Haia.

Por fim, com relação à prestação de alimentos, viu-se que a sentença de alimentos proferida no estrangeiro deve ser homologada pelo STJ, assim como a de divórcio, formando, assim, um título executivo que pode ser cobrado no domicílio do devedor. Ademais, analisou-se suscintamente os preceitos da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, da Convenção de Nova York, da Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e do Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos.

REFERÊNCIAS

- CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- CAHALI, Yussef Said. Separações conjugais e divórcio. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. Código civil y comercial de la nación comentado. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6:** direito de família as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Argentina promulga seu novo Código Civil e Comercial (parte 3). **Consultor Jurídico.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov-05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte. Acesso em: 08 de mar. de 2018.
- MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução ao direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 189