

2

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E DIREITO DE FAMÍLIA INTERNACIONAL

2.1

Direito Internacional Privado: novas tendências

Historicamente constituídos através dos professores de Bolonha¹, o Direito Internacional Privado tem seu marco de constituição na Idade Média, quando o comércio entre as cidades-estado europeias e o Oriente Médio desenvolvia-se, trazendo consigo um inevitável conflito entre normas oriundas de ordenamentos jurídicos distintos.²

Segundo Mills,³ a constituição de um conjunto normativo secundário, que tinha como base a lei romana – considerada como a lei natural dos povos⁴, buscava respeitar a diversidade e coordenar o problema da multiplicidade legal. Portanto, desde sua fundação, ressalta o autor, já havia uma ligação entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público. Essa ligação, embora fosse fruto de uma concepção universalista de lei natural oriunda dos romanos, era, segundo Mills, incontestavelmente marcada pela aproximação entre o Direito Internacional Público o Direito Internacional Privado:⁵

The idea of private international law emerged to address these problems, as a mechanism to minimise the possibility of inconsistent legal treatment of private disputes, while accepting a degree of pluralism. Private international law rules were conceived as a distinct part of the universal natural law, secondary norms which facilitated and supported the existence of diverse local legal systems (...). Private international law was first conceived of not as part of the local law which differed from a city state to city- state, but part of a universal (natural)

¹ O desenvolvimento dos estudos que buscavam solucionar os conflitos surgidos no âmbito do comércio, entre as cidades italianas, por parte dos Bolonheses, e outros que continuaram o desenvolvimento da matéria, deu surgimento à chamada escola estatutária italiana. Ver GUTZWILLER, Max. *Le développement historique du droit international privé*. Recueil des cours, Volume 29 (1929-IV), p. 300.

² Ver GUTZWILLER, *ibidem* (1929-IV), p. 297 e ARAUJO, Nadia. *Op. Cit.*, p. 32.

³ Alex Mills é Slaughter e May Lecturer no Selwyn College na Universidade de Cambridge.

⁴ Segundo Mills, essa concepção buscava conciliar a ideia de São Tomas de Aquino, da lei divina universal, e a lei humana, resultado dessa concepção. Ver MILLS, Alex. *The confluence of Public and Private International Law: justice, Pluralism and subsidiarity in the International Ordering of Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 31.

⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 31.

international law system, encompassing the modern territory of both public and private international law, designed to address the problem of coordinating legal diversity.⁶

Distante das preocupações com a dignidade do indivíduo, o Direito Internacional Privado amplia-se tendo estrita ligação com o comércio e com as relações econômicas privadas, desenvolvendo-se, entre outras características, com tendências ora territorialista,⁷ ora universalistas.⁸

Em comum a todas essas correntes do Direito Internacional Privado, observamos a busca pelo desenvolvimento da melhor técnica de solução de conflitos de leis.⁹

Segundo alguns especialistas, a partir da tendência de materialização das regras de conflito,¹⁰ iniciada nos Estados Unidos seguindo pela Europa, o Direito Internacional Privado começa a se preocupar com a elaboração de decisões que, mantendo como característica a valorização pela melhor técnica, buscam

⁶ Idem, *ibidem*, pp. 31, 32.

⁷ Inaugurado pela escola Francesa, mas com notável identificação da escola estatutária holandesa, criada por Christian Rodenburg (1618-1668), os territorialistas possuem como principal expoente Ulrich Huber (1636-1694), que, nas palavras de Castro, “sintetizou a doutrina nestes três célebres axiomas: primeiro: o direito de cada Estado reina nos limites de seu território e rege todos os seus súditos, mas além não tem nenhuma força; segundo: devem ser considerados como súditos de um estado todos aqueles que se encontrem nos limites de seu território, quer estejam aí fixados de maneira definitiva, quer não tenham aí senão estada temporária; terceiro: governantes, por Cortesia, procedem de modo que o direito objetivo de cada povo, depois de ter sido aplicado nos limites de seu território, conserve seu efeito em toda parte, contando que nem os Estados estrangeiros, nem seus súditos, não sejam de modo algum prejudicados, em seu poder, ou em seu direito subjetivo” CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. 6ªed. Belo Horizonte: Forense, 2008, pp. 123 e 124.

⁸ Segundo Araujo, as correntes doutrinárias do século XIX são todas universalistas e têm em Savigny e Mancini, dois dos mais importantes expoentes. Segundo a autora, “O primeiro desenvolveu a noção de que vivemos em uma comunidade internacional, em cujo âmbito é possível resolver conflitos de leis de caráter internacional através da paridade de tratamento entre a lei do foro e a lei estrangeira. Sua ideia principal é a de que toda relação jurídica possui uma sede, que é imposta pela natureza das coisas. Mancini, cujas teorias em prol da nacionalidade como lei reguladora do estatuto pessoal promoviam a unificação do nascente Estado italiano, foi um dos grandes impulsionadores do movimento de codificação internacional do DIPR”, In: ARAUJO. Op. Cit., p. 33. Para Dolinger, outro grande teórico da modernidade do DIPR foi Joseph Story, juiz da suprema americana e, segundo o autor, o primeiro a empregar a palavra Direito Internacional Privado. Ver: DOLINGER. Op. Cit., p. 142.

⁹ Segundo Jayme: “Le droit international privé classique, élaboré au XIX siècle, formule donc des objectifs plus ou moins formels: l’ égalité du traitement des personnes, l’ harmonie des décisions concernant le même rapport, la prévisibilité des solutions, les rapports juridiques universels. Il trouve son expression dans la technique de la règle bilatérale de conflits” In: JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*. Recueil des cours, Volume 251 (1995), pp. 44.

¹⁰ Diz Jayme “La réponse, surtout en Europe, au défi par ces théories matérialistes se concrétisa par une certaine matérialisation des règles de conflits. La règle dite alternative de conflit devient ainsi de plus en plus la technique utilisée pour parvenir à la flexibilité nécessaire du résultat souhaité”. Hoje, continua o professor de Hiedelberg, há uma série de codificações recentes com numerosas regras alternativas com objetivo de trazer para o conflito certo resultado material. Ver JAYME. Op. Cit., pp. 45 e 46.

encontrar “une méthode que favorisait “le meilleur résultat pratique” (best practical result) afin de permettre l’application de la loi du for que prévoyait l’indemnisation de la victime, et écarter celle la loi étrangère qui ne la prévoyait pas”.¹¹

Apesar dessa significativa tendência na Europa e nos Estados Unidos, ressalta Jayme¹², o clássico Direito Internacional Privado não pode ser considerado como ultrapassado, “letra morta”. Hoje, verifica-se uma conjugação dessas duas formas de buscar a solução para o conflito entre leis:

De cette manière, la tendance, récente en Europe, de vouloir favoriser un certain résultat substantiel se rapproche de celle des États-Unis, et cela malgré les différences des systèmes juridiques. Le but matériel espere peut influencer la détermination de la loi applicable. D’autre part, le droit international privé classique n’est pas lettre morte; il continue a être appliqué avec quelques modifications, en proposant le choix entre plusieurs alternatives pour aboutir – autant que possible – à un certain résultat matériel.¹³

Outra grande característica do moderno Direito Internacional Privado relatada por Jayme é a importância dada ao conflito de jurisdição. A questão da competência do Tribunal estatal para casos que possuem elementos de direito estrangeiro e o reconhecimento de sentenças estrangeiras por esses mesmos tribunais refletem diretamente, na aplicação da lei, além de serem decisivas para que o resultado material alcançado preserve ou não os interesses do indivíduo.¹⁴

Essas tendências verificadas modernamente no Direito Internacional Privado só reforçam a nova visão e importância dada aos direitos humanos, ou seja, ao homem, na busca pela solução de conflito entre leis. Entre os diversos argumentos que comprovam essa tendência, Jayme ressalta a presença cada vez

¹¹ Essa construção que favorece a melhor lei para o indivíduo foi dada no caso *Babcok v. Jackson*, 12 NY 2d 473, 191 NE 2d 279, 240 NYS 2d 743 e é citada por Jayme. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des cours, Volume 251 (1995) , pp. 45

¹² Erik Jayme foi professor titular de direito civil comparado e internacional privado da Universidade de Heildberg. É professor e Doutor Honoris Causa de diversas universidades do mundo, incluindo a UFRGS.

¹³ JAYME. Op. cit., pp. 47.

¹⁴ Idem, *ibidem*, pp. 48. Jayme, nesse sentido, relata como exemplo em seu curso a questão da escolha do foro entre a Irlanda e os EUA, no caso de um hemofílico contaminado pela AIDS na Irlanda, por um produto fabricado nos EUA. A guerra de jurisdições se justificava em virtude do sistema de *punitive damages* norte americano – favorável à vítima e extremamente desfavorável ao autor – que não é adotado pela Europa.

maior de constituições com disposições que protegem os direitos do homem, para a solução de conflitos de lei.¹⁵

Outro ponto ressaltado pelo autor como manifestação da preocupação por parte do Direito Internacional moderno com os direitos do homem é a construção cada vez maior de Convenções internacionais que reforçam a preocupação e promoção explícita dos direitos do homem.¹⁶ Essa postura de preocupação com os direitos humanos também é observada em matéria de conflitos de jurisdição. Segundo Jayme, “Nous retrouvons la même tendance en matière de conflits de juridictions. Les critères permettant de déterminer la compétence des juridictions d’un État suivent l’idée que les droits de la défense font partie des droits de l’homme”.¹⁷

Essas mudanças de postura por parte do Direito Internacional Privado somam-se a uma grande contribuição desse autor para a efetivação dos direitos do homem: a ideia da preservação da identidade do indivíduo através da escolha pessoal da lei que irá regê-lo.¹⁸ Essa construção que valoriza e redimensiona o princípio clássico do Direito Internacional Privado, o princípio da autonomia da vontade¹⁹ para o direito de família, é resultado da tendência cada vez mais forte do Direito Internacional Privado moderno em acatar as particularidades do outro, ao invés de impor seu próprio sistema jurídico. Essa posição de valorização da identidade do outro não é uma construção isolada na doutrina, porém mais uma frente no reconhecimento e respeito às diferenças entre os indivíduos. Dolinger²⁰, ao estudar outro princípio do Direito Internacional que privilegia o respeito às

¹⁵ JAYME. Op. cit., p. 49. Nesse sentido, o autor relata a permissão dada pela Corte alemã, em 1971, para a realização de um casamento entre um espanhol e uma alemã divorciada, mesmo o divórcio não sendo permitido na Espanha.

¹⁶ Jayme cita a Convenção de Haya, de 1993, de proteção das crianças e de cooperação internacional em matéria de adoção, e a Convenção das Nações Unidas, de 1990, para a proteção dos direitos das crianças. Ver: JAYME. Op. Cit., p. 51. Podemos citar diversas outras Convenções mais recentes, como a Convenção sobre as obrigações alimentares, objeto do nosso próximo capítulo.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 52.

¹⁸ O autor trata do assunto de forma exemplar em seu curso da Haia, de 2000, intitulado “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”. Trata também do tema em textos, como “O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização” e “O Direito Internacional Privado, a Família no Umbral do Século XXI”, ambos lançados pela editora Renovar, na coletânea em homenagem ao autor, organizada pelas Professoras Nadia de Araujo e Claudia Lima Marques, intitulada *O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*, lançada em 2005.

¹⁹ Trataremos da importância do princípio da autonomia da vontade no próximo ponto deste trabalho.

²⁰ Jacob Dolinger é professor aposentado da UERJ. Foi professor visitante de inúmeras faculdades de Direito no mundo.

diferenças, o princípio da proximidade²¹, argumenta que “toda relação jurídica deve ser julgada pelo sistema legal que lhe seja mais próximo, com o qual tenha conexão mais íntima”,²² favorecendo uma aproximação entre os povos.

Essa preocupação com a identidade cultural do indivíduo é marca do Direito Internacional Privado em proteger a expressão da condição humana.²³

Segundo Jayme:

La civilisation posmoderne est caractérisée par un pluralisme de styles et de valeurs inconnu autrefois. L'Age des lumières avança l'idée de la tolerance envers les autres, mais ce terme présupposait la conviction en la supériorité de ses propres valeurs. Aujourd'hui l'on a vu émerger – comme l'a dit M. René-Jean Dupuy – le droit à la différence. Son apparition est le signe d'une transformation radicale dans la perception de l'humanité. Ce sont les droits socioculturels qui sont élevés au rang de droits de l'homme.²⁴

Invocando a preservação da igualdade entre indivíduos diferentes que, por si só, merecem tratamentos diferentes, o autor alerta para a importância do método de solução de conflitos como a melhor forma de fazer prevalecer o respeito à diferença entre indivíduos e ao pluralismo da sociedade contemporânea.²⁵

Arremata Jayme:

²¹ Segundo o autor, “A proximidade nos diz que o direito a ser aplicado a cada hipótese jurídica deve ser o do sistema legal mais próximo da mesma, e isto pode perfeitamente recair em um sistema jurídico estrangeiro, justamente porque o Direito Internacional Privado nos ensina a tolerância para com o estrangeiro, a tolerância para com os sistemas jurídicos estrangeiros, aceitação do princípio e das regras que conduzem a uma lei estranha a nossa, respeitando a multiplicidade de verdades” e finaliza propondo que “fosse lançada uma (...) idéia, a de que o Direito Internacional Privado é a lei da proximidade, a lei que tem como seu principal objetivo, sua meta filosófica-política, a aproximação de todos os povos do mundo”. DOLINGER, Jacob. *Direito e Amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.143. Para detalhes da proposta do professor da UERJ veja: Dolinger, Jacob. Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts / by Jacob Dolinger. Recueil des cours, Volume 283 (2000), pp. 187-512.

²² Idem, ibidem, p. 136.

²³ JAYME. op. cit., p. 56.

²⁴ Idem, ibidem, pp. 251.

²⁵ A discussão entre a melhor forma de promover os Direitos Humanos, ou seja, a discussão entre Universalistas e Comunitaristas já foi abordada no capítulo preliminar. Sobre o assunto, Kinsch se manifesta: “Le monoculturalisme occidental (pour employer une terminologie multiculturaliste) a tendance à privilégier les valeurs libérales d'autonomie de l'individu, alors que le multiculturalisme s'inspire toujours d'une conception plus communautarienne de la société. Il n'est pas interdit d'adopter une position de conciliation entre les deux”. O autor aborda três possibilidades de comportamentos estatais – no que tange aos imigrantes - que manifestam as políticas dos mesmos em relação a essa nova realidade sociológica multicultural dentro dos Estados. Segundo o Kinsch, o Estado pode se manifestar através da assimilação dos estrangeiros, ou seja, a subordinação da cultura dos mesmos à cultura do país atual; podem adotar a chamada integração flexível, que consiste na possibilidade de a população imigrante viver através da sua cultura, respeitando alguns aspectos da esfera pública; e a autonomia individual onde o indivíduo vive integralmente imerso na sua cultura. Esses comportamentos manifestam ora uma posição estatal que tende para o comunitarismo ora para uma posição mais liberal. Países como Canadá e

Pour les matières qui touchent à l'identité culturelle d'une personne, la méthode conflictuelle garantit, mieux que les autres méthodes, les droits à la différence. L'unification des règles substantielles emporterait la destruction des différences. La protection de l'identité culturelle entraîne une pluralité d'identités. En outre, la sauvegarde de l'identité culturelle a engendré certaines modifications des techniques de droit international privé.²⁶

Para que o Direito Internacional Privado consiga estar conectado com a modernidade e com as complexas relações culturais oriundas do encontro, cada vez mais frequente, e em maior escala, entre culturas distintas, será necessário ultrapassar a esfera de mera técnica de solução de conflitos e acatar as diferenças culturais fundamentais para a solução de conflitos entre sistemas.²⁷ Para isso, a preservação e o consequente respeito às culturas na solução dos conflitos – notadamente os que envolvem Direito de Família Internacional – são imprescindíveis. O respeito a essa identidade cultural se dá, afirma Jayme, através da possibilidade de o indivíduo escolher a lei de sua nacionalidade. É a nacionalidade que, num primeiro momento, reflete a origem cultural do indivíduo para Jayme.²⁸

Jayme, entretanto, mostra-se consciente das diversas outras possibilidades de solução do conflito de leis que respeitam a multiculturalidade do indivíduo e não exclui a possibilidade e aplicação da lei da residência habitual. Propõe, portanto, uma diretriz que se inicia com a lei da nacionalidade, mas não impede o surgimento de novas possibilidades de solução de conflitos.²⁹ Jayme (apud Kinsch), informa que, para o autor:

Une loi naturelle du droit international privé peut être formulée, à titre de these, comme suit: avec l'abandon du rattachement à la Nationalité, la protection de l'identité culturelle de la personne est transférée vers l'interprétation du droit matériel, donc vers la théorie des data.³⁰

EUA tendem para uma tolerância à característica multicultural de sua sociedade, diz o autor. Para mais detalhes a respeito da posição do autor ver: KINSCH. *Droits de l'homme, droit fondamentaux et DIP*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 147.

²⁶ JAYME. Op. cit., p. 252.

²⁷ KINSCH. Op. cit., p.148.

²⁸ Idem, ibidem, p.149. Segundo Kinsh, nesse momento Jayme se mostra fiel à tradição de Mancini, mas ressalta que a regra de conexão da residência habitual também poderá influenciar essa decisão.

²⁹ Idem, ibidem, p.150.

³⁰ Ibid.

Nosso principal objetivo é buscar a melhor solução para o conflito entre sistemas, preservando a identidade do indivíduo, respeitando sua origem e história cultural e promovendo o respeito à sua dignidade, aos seus direitos humanos. Segundo Kinsch:

Et, effectivement, on peut penser que la flexibilité dans le choix des règles de droit qui s'appliquent ou qui sont prises en considération peut répondre le mieux à la situation de multiculturalité contemporaine. Les identités culturelles elles-mêmes ne sont pas nécessairement univoques; il est conforme à l'idée de libéralité et de tolérance de permettre aux individus de choisir entre les différents éléments de leur identité personnelle.³¹

Essa construção pautada no respeito pelo indivíduo e pelas suas peculiaridades consiste num dos pontos mais importantes quando tratamos de conflitos que alcançam a vida particular das pessoas. No Direito de Família Internacional, esses conflitos florescem, e a possibilidade de o indivíduo solucioná-los, através da escolha da lei com que ele melhor se identifica, pode legitimar o processo de solução de conflitos de uma forma até então pouco vista.

O contato entre pessoas que frequentam mais de um ordenamento e que, como consequência disso, realiza interferência em diversos sistemas jurídicos, formatou a necessidade de se construir uma nova sistematização por parte do Direito Internacional Privado. Este será o assunto do próximo tópico.

2.2

Direito Internacional Privado e Direito de Família Internacional: interfaces

A relação entre indivíduos no mundo contemporâneo é marcada pela constante superação de fronteiras entre Estados e pela grande circulação de pessoas pelos países.³² Essa realidade, comprovada pelo crescente aparecimento de conflito de leis envolvendo relações privadas que não são do âmbito do

³¹ Ibid., p. 151.

³² McECELEAVY, Peter. Free Movement of Persons and Cross-Border Relationships. In: *International Law forum du droit international*. Vol 7, nº 3, 2005, p. 153 e MCGlynn, Clare. Family Reunion and the Free Movement of Persons in European Union Law. In: *International Law forum du droit international*. Vol. 7, nº 3, 2005, p. 159.

comércio internacional, reveste o Direito Internacional Privado de uma nova característica: a preocupação com as relações familiares no âmbito internacional.³³

Essa nova faceta do Direito Internacional não é um fenômeno observado somente nos últimos anos, mas o resultado de uma crescente demanda de pessoas que, com as últimas décadas, romperam definitivamente com fronteiras e constituíram relações pessoais em mais de um país, forjando assim novos conflitos e novas construções de soluções para esses mesmos conflitos entre sistemas jurídicos.³⁴

Há, atualmente, um senso comum disseminado de que o fenômeno da globalização³⁵ tem suas origens na história recente da humanidade. Muito se diz que a aproximação dos povos tem ocorrido nos últimos anos e que, como resultado, há uma nova construção jurídica tomando corpo. Essas afirmações não correspondem à realidade. Basta realizar uma análise mais historicamente consciente. Desde Alexandre, o Grande, e suas invasões, passando pelo Império Romano, pelas Grandes Navegações e pela expansão europeia, o homem vem realizando, rotineiramente, em diversas medidas, é claro, uma aproximações entre os povos.³⁶

A globalização, ao contrário do que muitos pensam, é um fenômeno constante na história da humanidade e traz, desde muito, diversas novas realidades sociais que tornam parte do cotidiano do homem. Entre as diversas novas realidades podemos identificar o fenômeno da globalização da lei.³⁷

³³ Ver BUCHER, Adreas. La famille em droit international prive. Recueil des Cours, 2000.

³⁴ BENDA-BECKMANN, Franz Von e outros, *Mobile People, Mobile Law: expanding legal relations in a contracting world*. England, Ashgate Publishing Company, 2005.

³⁵ Por Globalização, podemos entender como um fenômeno que “não é simplesmente a interdependência entre as nações ou a multiplicidade de contatos entre elas; ao contrário, a globalização se refere à constituição de um espaço social global unificado, com relações assimétricas entre seus componentes. A globalização não significa necessariamente a homogeneização de culturas ou a desapareição de padrões de dominação e exclusão, mas se refere à sua redefinição. GARRETON, Antonio Manuel (et al.). América Latina no século XXI: em direção a uma nova matriz sociopolítica. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p.37. Segundo Sterio, globalização pode ser definida como “...a phenomenon which can be described as inter-connectivity between regions, peoples, ethnic, social, cultural and commercial interests across the globe, has affected different legal fields, one of which is international law.” STERIO, Milena. Evolution of International Law. In: *Cleveland State University working paper*. March, 2008, p. 1.

³⁶ Sobre o fenômeno do contato entre os povos, podemos citar as obras de Eric Hobsbaw: *Era dos Impérios, Era das Revoluções e Era do Capital*, reeditadas pela Editora Paz e Terra, em 2009, e *A era dos Extremos*, editado pela Companhia das Letras, em 1995.

³⁷ BENDA-BECKMANN, Franz Von e outros, *Mobile People, Mobile Law: expanding legal relations in a contracting world*, England, Ashgate Publishing Company, 2005, p. 7. Sobre o fenômeno da influência da globalização no Direito Internacional, interessante manifestação é feita pelo professor Paul Berman, em artigo intitulado “From International Law to Law and

O Direito, pela própria característica que o identifica, não poderia deixar de acompanhar essas mutações sociais, fruto das realizações humanas, das naturais contradições e dos eventuais conflitos que a aproximação dos povos naturalmente provoca, expressando todas essas realidades em normas.

No decorrer da história, sistemas jurídicos antes isolados foram conectando-se através de relações comerciais dos Estados. A expansão colonialista europeia, a expansão da lei Islâmica pela África e pela Ásia são exemplos da conexão da lei pelo mundo, marcando sua globalização. Segundo Franz Von Beckmann,³⁸ esse processo histórico não possui uma única direção e é marcado por uma série de ondas de lei que, importadas pelos países, deixou uma configuração complexa e variada em diversos tipos de normas, mudando as características das relações sociais.³⁹

2.2.1

Direito Internacional Privado e Direito de Família no Século XXI: mudanças de paradigmas

Entre os diversos ramos do direito afetado por esses “encontros”, identificamos o direito de família. Ramo que se desenvolve há mais de cem anos, o Direito Internacional de família é, segundo North,⁴⁰ resultado provavelmente da revolução industrial.⁴¹ Com o desenvolvimento da indústria e, conseqüentemente, dos meios de locomoção, a imigração começa a fazer com que diversos povos, antes relativamente afastados, comecem a tomar contato. A pobreza torna-se fator de expulsão de uma série de europeus provenientes da Irlanda e da Itália para os Estados Unidos da América, e o século vinte culmina com a Segunda Grande Guerra que, segundo o autor, torna-se a maior razão para as imigrações.

Globalization”, segundo o autor “the idea of law and globalization provides a useful lens for viewing the way legal norms are constructed and disseminated in an era when the prerogatives of territorially delimited nation-states, while not completely unimportant, have become less salient than they once were”. BERMAN, Paul. *From International Law to Law and Globalization*. Columbia journal of transnational law, 2005, p. 490.

³⁸ Pesquisador do Marx Planck Institut.

³⁹ BENDA-BECKMANN, Franz Von e outros, *Mobile People, Mobile Law: expanding legal relations in a contracting world*, England, Ashgate Publishing Company, 2005, p. 7.

⁴⁰ Professor da Faculdade de direito da Universidade de Oxford, tendo sido seu *chairman* entre 1971 e 1975.

⁴¹ NORTH, Peter M. *Development of rules of private international law in the files of family law*. Recueil des cours. 1980, p. 17.

Na Inglaterra, por sua vez, o colonialismo pode ser considerado como o maior causador do desenvolvimento do Direito de Família Internacional.⁴² Esses fatores somam-se ao desenvolvimento dos meios de transportes e da consequente redução das distâncias no mundo moderno, contribuindo para maior aproximação entre indivíduos das mais diversas culturas e para o inevitável conflito entre elas. Segundo North “The movement of peoples leads to clashes of culture and religions when the migrant brings within him social attitudes which do not fit easily into his new community”.⁴³

Como resultado dessa aproximação, surge outro fenômeno moderno, os chamados “Transborder citizens” que, nas palavras de Schiller,⁴⁴ são considerados como os indivíduos que vivem suas vidas em dois ou mais países, participando do seu regime jurídico e reclamando por direitos em ambos os Estados com os quais se relacionam.⁴⁵

Essa realidade conflituosa, acrescida pela mudança dos valores morais das sociedades, culmina com uma alteração no direito material dos países e afeta as regras de direito privado internacional.⁴⁶ A família também é afetada pela nova mentalidade moral dos indivíduos e pelo contato entre indivíduos das mais diversas culturas.⁴⁷ Como a família, o direito material e as regras de conexão do Direito Internacional Privado também são alcançados pelas transformações sociais. Isso porque é impossível pensar o direito, mais especificamente o de família, sem a influência da realidade social, econômica e cultural⁴⁸ que o cerca.

⁴² Ibid., p.18.

⁴³ Ibid., p.19.

⁴⁴ Professora de antropologia na Universidade de New Hampshire e professora visitante no Max Planck Institute of social Anthropology, em Halle/Saale, Alemanha.

⁴⁵ BENDA-BECKMANN, Franz Von e outros. *Mobile People, Mobile Law: expanding legal relations in a contracting world*, England, Ashgate Publishing Company, 2005, p. 27.

⁴⁶ NORTH, Peter M. *Development of rules of private international law in the files of family law*. Recueil des cours. 1980, p. 19.

⁴⁷ Segundo Antony Giddens, cultura pode ser definida como aspectos da sociedade humana que são apreendidos e não herdados. Conceitua o autor “A cultura de uma sociedade engloba tanto os aspectos intangíveis – as crenças, as idéias e os valores que constituem o teor da cultura – como os aspectos tangíveis – os objectos, os símbolos ou a tecnologia que representam esse conteúdo” Giddens, Antony. *Sociologia*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.2007, p. 22.

⁴⁸ Sobre as diferenças culturais e sua influência no Direito Internacional ver: Alkoby, Asher. *Theories of Compliance with International Law and the Challenge of Cultural Difference* In: *Journal of International Law and International Relations*. Vol. 4, nº 1, 2008, p. 151. Ver também: Bogdandy, Armin von. *The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity –Elements of a Beautiful Friendship*. In: *The European Journal of International Law*. Vol. 19 nº2,2008. p. 241.

Essa realidade, por sua vez, está em constante evolução, afetando diretamente a forma como esse direito se apresenta.⁴⁹

No Século XVI, o direito de família ocidental é marcado pelo modelo de família fundado no casamento e no patriarcado,⁵⁰ em que a posição masculina prevalece sobre a feminina, o casamento é consagrado como monogâmico, é baseado em lei canônica e sua preservação é fonte de preocupação jurídica.⁵¹ Nessa realidade patriarcal, a lei do marido governa as relações de Direito Internacional Privado. O casamento, por exemplo, é regido pela lei do esposo (independente de ser sua nacionalidade ou domicílio).⁵² Segundo Ben Wortley,⁵³ “Once the marriage has been contracted, there seems to be a wide agreement that most matters of importance the law of the husband shall be the law governing the rights and duties of the spouses”.⁵⁴

A obrigação alimentar também era marcada pela prevalência da cultura do patriarcado por parte dos Estados. Segundo Wortley, a Convenção de Benelux,⁵⁵ em seu artigo nono, conferia um único sistema que governaria as relações entre filhos legítimos e pais: a lei nacional do homem.⁵⁶ Em diversos outros Estados, também era observada a prevalência da lei pessoal do marido. Relata Wortley sobre a situação na Inglaterra:

In the English conflict of Laws, the personal law of the father, i.e. his domicile, will at common law govern most family relationships, but the English courts tend to apply the *lex fori* to persons over whom they claim jurisdiction in matters of maintenance *ad custody*.⁵⁷

⁴⁹ BUCHER, Adreas. *La famille em droit international prive*. Recueil des Cours, 2000, p. 19.

⁵⁰ Ibid. p. 20 Ver também: VALADÃO, Haroldo. Développement et intégration du droit international privé, notamment dans les rapports de famille: (cours général de droit international privé). Recueil des cours, 1971, pp. 413-528.

⁵¹ WORTLEY. Ben Atkinson. *The general principles of private internacional Law*. Recueil des cours. 1958, p. 105.

⁵² Na Inglaterra, por exemplo, prevalecia a lei do domicílio do marido; na França, por sua vez, a lei de sua nacionalidade. Ver WORTLEY, p.106.

⁵³ Ben Atkinson Wortley foi professor das Universidades de Londres, Manchester e Birmingham.

⁵⁴ WORTLEY. Op. cit., p.106. O autor inclusive relata uma série de Convenções onde a prevalência da lei do marido é observada. Entre muitas elencadas pelo autor, destacamos a Convenção de Benelux, em seu artigo 4 e diversas decisões jurisprudenciais, como os Casos De Nichols vs. Curlier (1898), por exemplo, p. 107.

⁵⁵ Convenção de Benelux de Direito Internacional Privado, de 1948. Para maiores detalhes ver: MEIJERS, E. M. *The Benelux convention of Private International Law*. In *The American Journal of comparative Law*, 1953.

⁵⁶ WORTLEY. Op. cit., p. 116.

⁵⁷ Ibid.

De acordo com a lei inglesa, o pai não poderia ser julgado por relações com filhos ilegítimos, sendo sua responsabilidade puramente financeira e regida pela lei dos bastardos.⁵⁸ A questão de reconhecimento de paternidade, por sua vez, vem sendo tratada pelas Cortes inglesas desde o caso Russel vs Russel, de 1924, e observada pela Convenção da Haia, de 1956, que tratava de obrigações alimentares.⁵⁹

Essa situação de dominação da lei do esposo começa a mudar a partir do momento em que, segundo Andreas Bucher,⁶⁰ dois movimentos observados a partir da segunda metade do século vinte tomam corpo: o reconhecimento social, cultural e, conseqüentemente, jurídico das relações familiares fora do casamento e a crescente posição de igualdade da mulher em relação aos homens.⁶¹

A mudança do papel feminino nas relações sociais é marcada pela recondução de seu significado dentro da sociedade e de sua maior independência econômica. Como consequência dessa independência econômica, a mulher torna-se mais integrada à sociedade e passa a ter liberdade para determinar sua vida sem a interferência masculina, redimensionando os papéis do homem e da mulher dentro da comunidade. Segundo Butcher:

L'un des facteurs les plus puissants à l'appui de cette évolution a été l'émergence du rôle social et politique des femmes et la consécration du droit fondamental à leurs égalité avec les hommes.(...) Il a été possible en raison d'une situation économique et sociale qui a rendu indispensable l'intégration à part entière de la femme dans le fonctionnement de la société et de l'économie. Sous un autre angle, cette intégration se présente comme un mouvement de libération, tendant au plein épanouissement de la femme autant que de l'homme.⁶²

O novo papel feminino alcança o Direito Internacional Privado de família e tem seu reconhecimento jurídico com a solidificação do princípio da igualdade entre homens e mulheres.⁶³ Esse movimento de igualdade entre sexos no âmbito do Direito Internacional Privado é notado no início da década de 1950, com decisões judiciais francesas através das quais a lei do domicílio do casal começa a

⁵⁸ WORTLEY. Op.Cit, p. 117. O parágrafo 2º do artigo 9º, da Convenção de Benelux, também tratou do assunto afirmando que a lei de nacionalidade da mãe governaria as relações com o filho.

⁵⁹ Nesse caso, a Convenção determinava como aplicável a lei do local da residência da criança. Segundo Wortley, esse era "a more practical method than the personal law of the father", P. 118.

⁶⁰ Professor da Faculdade de Genebra.

⁶¹ BUCHER, Andreas. *La famille em droit international privé*. Recueil des Cours, 2000, p. 20.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid., p. 42.

ser aplicada no lugar da lei da nacionalidade do marido, ou a lei do foro.⁶⁴ Posteriormente, o Código Civil francês assume a possibilidade de aplicação da lei francesa em caso de divórcios em que os casais residem na França mas não possuem nacionalidade francesa.⁶⁵

Esse entendimento é seguido por uma série de países que consagram, em suas constituições, o princípio da igualdade entre homens e mulheres⁶⁶ e observam suas Cortes afastarem a lei de nacionalidade do marido sob pena de infração desse princípio consagrado constitucionalmente.⁶⁷ Esse redimensionamento não é exclusividade europeia, e diversos países de outras partes do mundo também seguem a regra de conexão do domicílio comum do casal, com nacionalidade distintas.⁶⁸ Segundo Bucher:

Leur principale innovation en matière de famille consiste en des règles qui écartent le principe de la nationalité lorsque le couple est sans nationalité commune, en général au profit de l'application de la loi de la résidence habituelle commune ou, à défaut d'une telle résidence, de la loi de la dernière résidence habituelle commune, de la loi du « lien le plus étroit » ou de la loi du for.⁶⁹

Por outro lado, continua uma realidade em que o princípio da nacionalidade em favor da lei nacional do esposo ainda prevalece afastando o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Estados com forte tradição religiosa⁷⁰ são notadamente marcados por essa característica, dividindo o Direito Internacional Privado de família em duas grandes vertentes: uma em que o princípio da igualdade entre sexos é promovido, e a outra em que o princípio não é sequer consagrado⁷¹.

⁶⁴ Segundo Bucher a posição jurisprudencial francesa começa a mudar com as decisões dos casos Rivière e Lewandowski de 1953 e 1961 respectivamente. P. 42.

⁶⁵ Artigo 310 do Código Civil Francês.

⁶⁶ Bucher enumera uma série de constituições, entre elas a austríaca, a portuguesa, a espanhola, a alemã, a turca e a italiana que, segundo o autor, introduziu uma nova regra de conexão subsidiária que determina que a lei do estado onde a vida conjugal se localiza de maneira preponderante como uma das formas de solução de conflito. Para o autor essa norma subsidiária corresponde a lei do último domicílio do casal. P. 43.

⁶⁷ Segundo Bucher as Cortes alemãs e italianas são as primeiras a tomarem uma série de decisões a partir da década de 80 nesse sentido. P. 42.

⁶⁸ Bucher cita Japão, Tunísia, Senegal, entre outros. Obra citada. P. 44.

⁶⁹ BUCHER, Andreas. *La famille en droit international prive*. Recueil des Cours, 2000 p. 42-43.

⁷⁰ Como exemplo o autor cita países da África, Oriente médio e Ásia como exemplos, entre eles Egito, Somália, Ia, Iraque China e Coreia do Sul. P. 45.

⁷¹ BUCHER, Andreas. Op.Cit. p. 45.

O Brasil⁷², por força da Lei de Introdução do Código Civil,⁷³ adota, desde 1942, a regra de conexão que privilegia o domicílio do indivíduo, tanto no caso de casamentos celebrados no território nacional quanto para casamentos celebrados por brasileiros em território estrangeiro.⁷⁴

Esse novo papel ocupado pelo princípio da nacionalidade demonstra um redimensionamento do sentimento de pertencimento a um Estado. Os indivíduos passam a entender a nacionalidade não mais como um fator de identidade, mas como um elemento de integração a uma comunidade Estatal.⁷⁵ Já a regra de conexão do domicílio comum de casais de nacionalidade mista reflete a maior integração desses mesmos casais com os países onde escolheram residir.⁷⁶

A mudança para a aplicação da lei de residência habitual do casal é também fruto de uma maior consciência do pluralismo da sociedade atual e da necessidade de integração dos indivíduos de origens culturais diversas.⁷⁷ A origem cultural é hoje considerada direito fundamental do indivíduo, e o Direito Internacional Privado, ao promover a solução de conflito pela lei do domicílio conjugal, reconhece esse multiculturalismo da sociedade atual.⁷⁸ Sobre a identidade cultural como categoria do direito afirma Jayme:

⁷² Para a análise da relação entre o direito de família brasileiro e o Direito Internacional Privado, ver: VALADÃO, Haroldo. *Développement et intégration du droit international privé, notamment dans les rapports de famille*: (cours général de droit international privé) Recueil des cours, 1971, p.507 a 508.

⁷³ Artigo 7º que expõe: 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. Site: www.planalto.gov.br em 03/05/02010.

⁷⁴ Araujo, entretanto, salienta que ainda há resquícios no direito brasileiro da regra da nacionalidade “quando a lei brasileira impõe a obrigatoriedade aos brasileiros de registrar no país o casamento realizado no exterior”. ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 358. Para mais sobre o assunto ver: VARGAS, Daniela Trejos; ARAUJO, Nadia. *Casamento: efeitos pessoais e patrimoniais no Direito Internacional Privado Brasileiro, de acordo com o novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 11, 2002 e ARAUJO, Nadia e Vargas, Daniela. Os Efeitos pessoais e Patrimoniais do Casamento no Direito Internacional Privado Brasileiro, a luz do novo Código Civil. In: *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 195.

⁷⁵ BUCHER, Andreas. *La famille em droit international privé*. Recueil des Cours, 2000, p. 46.

⁷⁶ Idem, ibidem. Expõe o autor: Ces développements n’ont pas pour fondement l’idée que l’application de la loi de la résidence habituelle favoriserait l’intégration des étrangers dans leur pays de résidence. Le droit local ne peut avoir une influence aussi déterminante sur la place de la famille dans la société. Le véritable objectif lié à l’idée d’intégration consiste, au contraire, à justifier l’application de la loi de la résidence par une intégration effective et suffisante de la personne et de sa famille dans la société locale. P. 88.

⁷⁷ Idem, ibidem, p. 91.

⁷⁸ Ibid., p. 92.

L'époque postmoderne est caractérisée par le rôle primordial que les individus accordent à leur identité culturelle, dont les expressions extérieures sont la langue, la religion, les mœurs et les autres traditions de la communauté à laquelle un fort sentiment de loyauté les lie (...) Le droit à la sauvegarde de l'identité culturelle est donc ainsi devenu une catégorie juridique.⁷⁹

O redimensionamento dos papéis do homem e da mulher transfigura a relação entre os mesmos, e certa individualidade, que Bucher chama de “autonomia individual”, passa a ser uma exigência nas relações interpessoais explicando, inclusive, maior aceitação do divórcio.⁸⁰

O divórcio, por sua vez, possui ainda forte ligação com o estado do foro. De acordo com a maioria das legislações nacionais, o divórcio deverá ser feito de acordo com a lei do foro, prevalecendo assim os interesses dos Estados.⁸¹

No Brasil, o divórcio é uma das três formas de dissolução do casamento, juntamente com a anulação e a morte de um dos cônjuges. No que tange a anulação, a Licc⁸² obriga a aplicabilidade da lei do domicílio dos nubentes ou a lei do domicílio do casal, quando o domicílio dos nubentes for diverso.⁸³ Para o divórcio, prevalece a lógica do domicílio nos casos em que o casal tiver contraído matrimônio no exterior, mas, no momento do divórcio, estiver residindo no país.⁸⁴

Esse mesmo individualismo nas relações é, para Bucher, uma das razões para maior incidência das famílias monoparentais e para a posterior reconfiguração das estruturas familiares que passam a existir de uma forma diferente dos modelos anteriormente vistos e a serem aceitas pelas sociedades da mesma forma. Como resultado, ocorre uma diversificação das formas de

⁷⁹ JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé posmoderne*. Recueil des cours, 1995, 167 -168.

⁸⁰ BUCHER, Adreas. Op. Cit. p. 20.

⁸¹ Diz Bucher: Elles traduisent cependant toutes l'idée que le droit au divorce est devenu d'ordre public international. Une loi étrangère ne permettant pas le divorce ne peut franchir le seuil de tolérance de l'Etat du for, qui entend ainsi assurer un accès égal au divorce dans sa propre sphère sociale. P. 66.

⁸² Artigo 7º, §3º que dispõe: 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. § 3º: Tendo os nubentes domicílio diverso, rege-se os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal. Site: www.planalto.gov.br em 03/05/2010.

⁸³ Vargas e Araujo relatam a insatisfação da doutrina e da jurisprudência com o artigo que permite a aplicação para a dissolução do casamento uma lei distinta da sua constituição. ARAUJO, Nadia e VARGAS, Daniela. Op. Cit., pp. 214-215.

⁸⁴ Idem, ibidem, p. 215.

constituição de famílias, a ponto de o conceito de unidade familiar não ser mais o modelo representativo que até então vigorava nas sociedades ocidentais.⁸⁵

Paralelamente a essa nova realidade, nota-se maior “neutralidade social e moral”⁸⁶ entre os diferentes modelos familiares, inclusive com casais homossexuais.⁸⁷ Essa neutralidade favorece o aparecimento de proteções jurídicas e a conseqüente solidificação desses novos modelos familiares.

O direito de filiação, como parte integrante do direito de família, também é alcançado pela influência da sociedade. Podemos identificar uma série de situações em que as regras de conexão são afastadas pela ordem pública⁸⁸ dos Estados que aplicam elementos típicos do direito de filiação das sociedades onde a situação ocorre.⁸⁹ Modernamente, observamos a consolidação do vínculo de filiação fora do casamento.⁹⁰

As mudanças sociais observadas nas relações familiares e seu reflexo jurídico também alcançaram as crianças. Durante muitos anos, em posição estanque nas relações familiares, os menores, antes relegados ao poder familiar, hoje devem ter seus interesses protegidos pelos pais e pelo Estado, ocupando um papel central nas relações jurídicas.

A Convenção da ONU, de 1989, determinou à criança a condição de sujeito de direito, garantindo-lhe ainda a sua autonomia, pessoal e jurídica. Segundo Bucher:

⁸⁵ BUCHER, Andreas. *La famille em droit international privé*. Recueil des Cours, 2000 p. 20. Para as novas formas de família ver: Meyer, David e Krause, Harry. What family for 21st. Century? The American Journal of comparative law, vol. 50, 2002. P. 101.

⁸⁶ Idem, ibidem.

⁸⁷ Para o assunto ver: DETHLOFF, Nina. *Same-Sex Parents in a Comparative Perspective. International Law forum du droit international*. Vol 7, nº 3, 2005. p 195, Houdson, Loveday. Family Values: The Recognition of Same-Sex Relationships in International Law, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 22/, 2004 e Sumumner, Ian Curry. Uniform Patterns Regarding Same-Sex Relationships. In: International Law forum du droit international. Vol. 7, nº 3, 2005. P. 186, entre outros. Sobre o assunto diz Bucher: L’homosexualité, qui a toujours existé, sort de plusieurs siècles de réprobation morale officielle. Dès lors qu’elle entre de manière visible dans la vie de la société, elle devient l’objet d’une certaine protection sociale et juridique, qui se rapproche nécessairement, avec plus ou moins d’intensité, des autres modèles familiaux. P. 21.

⁸⁸ Ordem pública, para Araujo é “uma barreira à penetração de regras estrangeiras, ainda que indicadas pelas regras de conexão, se em flagrante oposição aos valores fundamentais que o Direito interno busca garantir”. ARAUJO, (org.). *Cooperação jurídica internacional no STJ: comentários à resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 69.

Segundo Mills, a ordem pública reflete “the limits of the tolerance of difference and the suporte of pluralism which are implicit in private international law”p.275. Para maiores detalhes do princípio da ordem pública, ver: BUCHER, Andreas. *L’ordre public et le but social des lois en droit international privé*. Recueil des cours, Volume 239,1993.

⁸⁹ BUCHER, Andreas. *La famille em droit international privé*. Recueil des Cours, 2000 p. 66

⁹⁰ Ibid., p. 74.

La Convention du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant a consacré cette notion et lui a attribué un rôle primordial, et ce même par rapport aux parents eux-mêmes. La véritable percée de la Convention reside cependant dans sa consécration de l'enfant en tant que sujet de droit. En effet, le devoir d'observer l'intérêt de l'enfant sous-entend encore que ce dernier constitue un objet soumis à l'appréciation de tiers, soit les parents, soit les autorités de l'Etat.⁹¹

A primeira Convenção da Haia que trata dos interesses dos menores é a Convenção de outubro, de 1956, sobre obrigações alimentares.⁹² Já a primeira Convenção da Haia que positivou soluções de direito material em favor dos menores sobre adoção⁹³ foi a de 1965, cujo artigo 6º exigia das autoridades competentes seu pronunciamento de acordo com os interesses da criança.⁹⁴

Posteriormente, diversas Convenções em Haia positivaram os interesses do menor: a de 1993, por exemplo, sobre cooperação e adoção internacionais,⁹⁵ garante ao menor, em seu artigo primeiro, o respeito por seu interesse, sendo, inclusive, o objetivo geral do conteúdo da Convenção, além de fazer referência à Convenção de 1989, em seu preâmbulo.⁹⁶

Segundo Bucher, “L'autorité compétente de l'Etat d'origine ne peut envisager une adoption que si elle a constaté que celle-ci répond à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui suppose qu'il n'existe pas dans cet Etat la possibilité d'un placement de l'enfant dans une famille appropriée”.⁹⁷

O princípio fundamental do interesse da criança⁹⁸ encontra na ordem pública dos Estados um denominador comum, que visa, primordialmente, os

⁹¹ BUCHER, Andreas. Op.Cit. Recueil des Cours, 2000, p. 21.

⁹² Diversos textos trataram da Convenção de 1956. Podemos citar, entre outros: BILMANS, M. Les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires envers les enfants et la Convention de La Haye du 24 octobre 1956; Journal des Tribunaux, 1972, p. 129; BISCHOFF, J. M. *Les Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*; Journal du Droit international (Clunet), 1964, p. 759 e De Winter, L.I. Développements récents dans le droit international en matière d'obligations alimentaires; Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, 1957, p. 133

⁹³ Os textos que analisaram a Convenção de 1965 também são variados. Podemos citar, a título de exemplo: McClean, V.V. & Patchett, K. W. English jurisdiction in adoption; International and Comparative Law Quarterly, Vol. 19, 1970, p. 1; Jayme, Erik. Grundfragen einer Reform des internationalen Adoptionsrechts; Das Ständesamt, 1973, p. 229; Groffier, E. L'adoption en droit international privé comparé; Revue critique de droit international privé, 1976, p. 603.

⁹⁴ BUCHER, Andreas. *La famille em droit international privé*. Recueil des Cours, 2000, p. 78.

⁹⁵ BALANON, L.G. *L'adoption inter-pays*; Actes du Colloque «L'adoption internationale», Cour de cassation 2 & 3 décembre 1994, Association Louis Chatin, p. 75; Espugues, C. El «nuevo» regimen jurídico de la adopción internacional en España; Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1997, no 1, p. 33.

⁹⁶ BUCHER, Andreas. *La famille em droit international privé*. Recueil des Cours, 2000 p. 79.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

interesses dos mesmos, sendo, inclusive, positivados nas Convenções de Haia de 1993⁹⁹ e de 1996.¹⁰⁰

Como reflexo dessa autonomia da criança que a torna sujeito de direito e afirma a prevalência de seus interesses no direito de família dentro dos Estados, as regras de conexão que tratam de obrigações alimentares também são influenciadas e privilegiam o menor e o cônjuge, através da residência habitual dos mesmos, para solucionar eventuais conflitos.¹⁰¹

Diante dessas mudanças de parâmetros, podemos observar, a partir de Bucher, que o Direito de Família Internacional passa a dedicar a cada membro uma autonomia pessoal que lhe garante seus direitos de forma individual e distinta dos demais. Essa nova dimensão da família alcança os direitos nacionais e, como podemos observar, há maior preocupação com os direitos fundamentais dos indivíduos que, inevitavelmente, penetraram na realidade do Direito Internacional Privado. Como resultado, o Direito Internacional Privado, prossegue Bucher:

Cependant, les solutions idéales, universellement reconnues et applicables, n'existent pas dans la pensée académique, souvent éloignée des réalités sociales, et elles existent encore moins dans les réalités du droit positif. Le droit international privé doit s'efforcer d'assurer la coexistence d'institutions et de systèmes de droit variés, en préservant en priorité l'intérêt de l'individu et des familles.¹⁰²

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, entrega ao princípio da autonomia da vontade – pelas suas próprias características – a função de reafirmar a liberdade individual e, com isso, garantir a efetivação de seus direitos humanos. Cabe hoje ao princípio da autonomia da vontade transpor para o Direito a “soberania individual” alcançada culturalmente pelo indivíduo na sociedade contemporânea

Esse novo espaço ocupado pelo princípio da autonomia da vontade que estende sua influência sobre o direito de família e, conseqüentemente, sobre as relações familiares no século XXI, é fonte de atenção por parte da comunidade jurídica internacional, não escapando, evidentemente, de polêmicas. No entanto,

⁹⁹ Artigo 3º, 1 e 24.

¹⁰⁰ Artigos 22 e 23.

¹⁰¹ BUCHER, Andreas. *La famille em droit international privé*. Recueil des Cours, 2000 p. 134

¹⁰² Ibid. p. 22.

questiona-se: há realmente um respeito à liberdade individual com a adoção do princípio da autonomia da vontade no âmbito das relações familiares? Ou estamos apenas desprestigiando a cultura local, que é tão marcante na relação familiar nos Estados? Trata-se de aspectos que veremos a seguir.

2.2.2

A afirmação dos direitos fundamentais do indivíduo através da autonomia da vontade

Uma das grandes construções do Direito Internacional Privado foi elaborada por Charles Dumoulin¹⁰³ e tinha como intenção facilitar as relações entre indivíduos que, apesar de realizar contratos, estavam situados em ordenamentos jurídicos distintos.¹⁰⁴ Segundo Araujo,

Pretendia Dumoulin a existência de um princípio segundo o qual, nas relações contratuais conectadas a mais de um sistema jurídico, poderiam as partes determinar a lei aplicável àquela relação jurídica, em seu bojo, independentemente do que determinavam as regras de conexão do foro onde a questão poderia vir a ser julgada.¹⁰⁵

Essa construção teve uma presença marcante no âmbito da realização de contratos internacionais, substituindo o clássico critério determinador de lei aplicável, que ora entregava ao local da celebração a lei responsável para reger a relação contratual, ora entregava a lei do local da execução, alcançando uma

¹⁰³ Jurista francês do século XVI (1500-1566).

¹⁰⁴ Para o desenvolvimento da Autonomia da Vontade, no âmbito internacional, ver estudo publicado da professora ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

¹⁰⁵ ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 56.

posição de destaque no que tange à sua aplicação.¹⁰⁶ É o chamado princípio da Autonomia da Vontade.¹⁰⁷

A Autonomia da Vontade é, portanto, a doutrina que permite às partes a escolha da lei de um ordenamento jurídico particular para governar um contrato que envolve duas ou mais jurisdições.¹⁰⁸ O princípio tem três características principais: a) possibilitar às partes escolher a lei que irá determinar as consequências legais de suas atividades; b) possibilitar a escolha do foro onde será solucionada a eventual controvérsia e, mais modernamente c) escolher eventual arbitragem como método de solução de controvérsia daquele contrato.¹⁰⁹

As principais razões elencadas para o surgimento do princípio são a segurança jurídica, a liberdade e a coerência. Ao possibilitar às partes a certeza da lei que será utilizada entre eles, o princípio oferece, sem dúvida, uma previsibilidade, fornecendo segurança jurídica na relação contratual. A necessidade de liberdade para a atuação das partes também é uma das razões para a possibilidade do uso do princípio – destacando, assim, a dimensão liberal do mesmo –, além da coerência que o princípio traz, afastando uma eventual incongruência que uma regra de conexão do Direito Internacional Privado pode causar naquela solução de controvérsia.¹¹⁰

¹⁰⁶ Para o desenvolvimento das normas que regem os contratos internacionais e o triunfo da Autonomia da Vontade entre eles, ver MacClean, David, *De conflictu legum: perspectives on private international law at the turn of the century: general course on private international law*, Recueil des cours, Volume 282 (2000), pp. 126-142. É interessante ressaltar que, no âmbito do Mercosul e, mais especificamente, no contexto brasileiro, o princípio ainda carece de maior expressão, já que os ordenamentos jurídicos destes Estados não possuem posição uniforme sobre sua aplicação. Segundo Nadia de Araujo, a entrada em vigor da CEDIP V, nesses países, solucionaria esse problema que não aflige mais a Europa e os Estados Unidos, devido às Convenções e Regulamentos já em vigor. ARAUJO, 2009, p. 91-92.

¹⁰⁷ Segundo Mills, a autonomia da vontade pode ser considerada uma “individual sovereignty”, e é conceituada como “as a universal international norm, reflecting international private rights, which would override inconsistent rules of national private international law, including the selection of a law or jurisdiction contrary to party choice” Mills. *Confluence of public and private international law*, Cambridge University press. 2009, p. 293.

¹⁰⁸ ZHANG, MO, *Party autonomy and Beyond: an international perspective of contractual choice of law*, Emory International Law Review, 2006, p. 1.

¹⁰⁹ Zhang Ibid., p. 1.

¹¹⁰ LANDO, Ole. *The conflict of laws of contracts: general principles* (general course on private international law), Recueil des cours, Volume 189, 1984, pp. 284 -285. Pierre Gannagé fala da previsibilidade e da certeza que o instituto leva as relações jurídicas internacionais: GANNAGE, Pierre, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, Revue critique dr. International privé, 81, 1992, p. 430.

Riphagen,¹¹¹ por sua vez, afirma que a autonomia da vontade é um método alternativo de escolha da lei que, utilizado por vários motivos, pode ter sua aplicação sintetizada em três grandes razões:

- (a) the unity of private transaction having a physical contacts whit various legal systems;
- (b) the inherent balance of quid pro quo expressed in the terms of a contract freely entered by individual parties;
- (c) the power of the individuals themselves to regulate their mutual relations; this motive goes to the root of freedom of contract as one of the “legal values of modern democracy”¹¹²

Há, portanto, ao contrário do início de sua utilização, uma posição favorável, na sociedade internacional, quanto à utilização do princípio em relação aos contratos internacionais. Essa situação pode ser confirmada através de uma série de tratados assinados visando uniformizar regras internacionais em que é autorizada a liberdade de escolha da lei que melhor cabe às partes.¹¹³

Um dos fóruns mais utilizados na construção de um conjunto normativo idêntico para os Estados nacionais são as Conferências da Haia, de Direito Internacional Privado que, desde 1893, centra esforços na uniformização do Direito Internacional Privado dos Estados.¹¹⁴

As Conferências da Haia atuam, segundo Lipstein¹¹⁵, desde 1951, tendo, em seus trabalhos, três temas recorrentes: direito de família e sucessões, processo internacional e transações comerciais.¹¹⁶ Em diversos momentos, as Conferências de comércio internacional são expressa e explicitamente favoráveis ao princípio

¹¹¹ Professor de Direito Internacional da *Rotterdam School of Economics*.

¹¹² RIPHAGEN, W. *The relationship between public and private law and the rules of conflict of laws*, Recueil des cours, Volume 102, 1961, p. 256.

¹¹³ É importante salientar que o Institute de Droit International em sua Session de Bâle, em 1991, tendo como Rapporteur o professor alemão Erik Jayme, também consagrou o princípio da autonomia em seu artigo 2, reforçando a aceitação do princípio internacionalmente. Para maiores detalhes, ver: OVERBECK, Alfred E von. *L'irrésistible extension de L'autonomie em droit international prive* in: Nouveaux Itinéraires em droit: Hommage à François Rigoux. Bruylant Bruxelles, 1993. P. 623.

O Unidroit também consagrou o princípio em seus contratos comerciais internacionais, em 2004 (artigo 1.1). A Convenção Interamericana de lei aplicável aos contratos internacionais, em seus artigos 7 e 8, também permitem a aplicação do princípio. Por fim, o regulamento da Convenção sobre leis aplicadas em contratos internacionais, conhecida como Roma I, preservou o direito das partes em escolher a lei que melhor lhe cabem (artigo 11).

¹¹⁴ Para mais detalhes, ver www.hcch.net

¹¹⁵ Professor emérito de Direito do Clare College, da Universidade de Cambridge.

¹¹⁶ LIPSTEIN, K., *One hundred of Hague Conferences on Private International Law*, International and Comparative Law Quartely, vol. 42, 1993, pp. 559.

da autonomia da vontade,¹¹⁷ mas esse princípio vem, no decorrer dos anos, expandindo-se até alcançar novas e polêmicas áreas, como o direito de família.¹¹⁸

Inicialmente polemizado,¹¹⁹ mas hoje sedimentado como princípio que rege as relações comerciais que interagem com mais de um ordenamento jurídico, a autonomia da vontade ultrapassa fronteiras conceituais iniciais e alcança o Direito de Família Internacional, reformulando o entendimento jurídico das relações familiares internacionais e sua conseqüente relação com o Direito Internacional Privado.¹²⁰

O Direito de Família Internacional, antes terreno onde as vontades das partes não poderiam intervir diretamente na escolha da lei aplicável, nas questões do estatuto familiar, hoje se mostra aberto às regras alternativas de solução de conflito e à autonomia da vontade.¹²¹

Como não poderia deixar de ser, essa nova perspectiva da atuação do princípio da autonomia da vontade trouxe uma série de novos questionamentos que, na contemporaneidade, são temas relevantes que comprovam uma nova formatação das relações sociais internacionais.

Uma das grandes questões levantadas pelo princípio é a possibilidade de sua utilização em prol da preservação da autonomia do indivíduo no âmbito familiar. Essa utilização não só garantiria sua independência como também seria uma manifestação da preservação de sua dignidade e de seus direitos fundamentais.

¹¹⁷ Desde 1955, as Convenções comerciais da Haia vêm aplicando o princípio. A primeira a utilizar foi a Convenção sobre lei aplicável à venda de objetos móveis, seguidas pela Convenção sobre transferência de propriedade, de 1958, sobre lei aplicável a contratos intermediários e representação, de 1978, e a Convenção de 1986, sobre a lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias. ARAUJO, Nadia, *Contratos Internacionais*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 137.

¹¹⁸ Diversas Convenções sobre direito de família também estabeleceram em seu texto o princípio da autonomia da vontade, entre outras. A Convenção de 1978, sobre regimes matrimoniais, a Convenção de sobre lei aplicável em caso de sucessões, de 1989, e o atual Protocolo sobre lei aplicável às obrigações alimentares, de 2007. Ver: Watté, Nadine. L' autonomie de la volonté dans les conventions de la Haye. *Revue Belge de droit International*, 1991, 413.

¹¹⁹ O conflito entre os defensores da teoria de Dumoulim e os detratores pode ser encontrado em ARAUJO, Nadia, *Contratos Internacionais*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 55 e segs.

¹²⁰ Não deixa de ser irônico que o formulador do princípio da autonomia da vontade manifestou-se pela primeira vez neste sentido num parecer em 1525 que versava sobre um conflito sobre regime matrimonial, ou seja, sobre direito de família. ARAUJO, Nadia, *Contratos Internacionais*, 4ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. P. 56

¹²¹ GANNAGE, Pierre, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, *Revue critique dr. International privé*, 81, 1992, p. 430.

Nesse contexto, o professor Erik Jayme sustenta a fundamentação do princípio da autonomia da vontade como princípio fundado nos direitos do homem, sendo plenamente cabível nas relações familiares. Segundo o professor alemão:

Le libre choix de la loi du contrat n'est pas seulement un facteur objectif localisateur auquel les États attribuent un rôle primordial pour la détermination de la loi applicable. Il s'agit aujourd'hui d'un principe fondé sur les droits de l'homme... Si l'on accepte ce fondement, l'autonomie ne concerne pas seulement les contrats conclus pour atteindre des buts économiques, mais aussi les actes juridiques concernant les questions personnelles, comme le mariage ou le testament.¹²²

A autonomia passa então a ser observada sob uma nova perspectiva, não só como instrumento de efetivação de segurança jurídica e liberdade privada nas relações contratuais, mas também como fonte jurídica que assegura ao homem a preservação de sua dignidade, das mais diversas formas em que ela se manifesta, inclusive sob seu aspecto mais pessoal: o direito de família.

Um interessante ponto a ser ressaltado é a possibilidade, através da escolha da lei pelo indivíduo, no âmbito do direito de família, do respeito à multiculturalidade que hoje é observada na sociedade internacional.

Segundo Jayme, cabe ao homem, respeitando sua cultura e sua forma de ver o mundo, a possibilidade de escolher a lei com a qual mais se identifica, a lei de sua nacionalidade, mesmo que ela seja de um ordenamento jurídico distinto daquele em que se situa. Trata-se da pós-modernidade alcançando o Direito. A esse respeito afirma o autor:

L'époque postmoderne est caractérisée par le rôle primordial que les individus accordent à leur identité culturelle, dont les expressions extérieures sont la langue, la religion, les mœurs et les autres traditions de la communauté à laquelle un fort sentiment de loyauté les lie. L' on défend cette identité par tous les moyens, parfois en sacrifiant son existence et même sa vie.¹²³

¹²² JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, Recueil des cours, Volume 251, 1995, p. 148.

¹²³ JAYME, Erik. *Op.Cit.*, pp. 167. É importante ressaltar que Erik Jayme faz uma defesa da possibilidade do indivíduo poder escolher a lei de sua nacionalidade mesmo estando residente em outro Estado, podendo com isso manter seu vínculo cultural com seu Estado de origem. Ver: BUCHER, Andreas, *La famille en droit international privé*, Recueil des cours, Volume 283, 2000, pp. 92-93.

Bucher, entretanto, manifesta posição contrária à de Jayme, em seu curso da Haia, de 2000, em que afirma não existir um princípio específico como o da nacionalidade, que determina a identidade cultural do indivíduo. Para o autor, “L’origine culturelle ne peut constituer, des lors, un critère décisif pour définir, de façon générale et abstraite, le droit applicable au statut familial”.¹²⁴

Oferecendo a possibilidade de escolher a lei que melhor lhe cabe, o indivíduo equilibra sua relação com o Estado, dando ensejo, inclusive, ao surgimento de uma nova filosofia que pretende equalizar a liberdade individual e a proteção estatal à parte mais fraca, segundo Jayme: “Cette idée est en train de ceder la place à une nouvelle philosophie que vise un équilibre entre la liberté de l’individu de choisir la loi applicable et la protection nécessaire par l’Etat des personnes dites faibles”.¹²⁵

A preocupação com a proteção da parte mais fraca, através do princípio da autonomia da vontade, também é demonstrada por Mahmoud.¹²⁶ O mesmo salienta que, originalmente vinculado a uma concepção puramente individualista de Direito, a autonomia da vontade hoje representa a possibilidade de exercício da liberdade do indivíduo, atuando, inclusive, não mais como instrumento de solução de conflito, mas como lei material.¹²⁷

Segundo o autor, o Direito Internacional Privado não pode mais deixar de observar seu papel de proteger os indivíduos que estão prejudicados em uma relação jurídica desigual. Apesar de sua clássica característica de neutralidade, prossegue o professor, não há como o Direito Internacional Privado justificar sua posição neutra se a regra de conflito conduz a um resultado manifestamente contrário ao postulado dessa mesma regra.¹²⁸ Promover ao indivíduo a opção por uma regra pela qual quer ser governado diminui potencialmente a possibilidade de uma eventual injustiça.

¹²⁴ Ver: BUCHER, Andreas, *La famille en droit international privé*, Recueil des cours, Volume 283, 2000, pp. 92-93.

¹²⁵ JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*, Recueil des cours, Volume 251, 1995, pp. 149.

¹²⁶ Professor da Universidade de Nouakchott.

¹²⁷ SALAH, Mohamed Mahmoud Mohamed. *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*. Recueil des cours, Volume 315, 2005, p. 156.

Segundo o professor ‘Une partie de la doctrine soutient avec force ce changement de nature de la loi d’autonomie. Celle-ci, en réalité, non pas une règle de conflit mais une règle de droit international privé matériel qui autoriserait les parties à passer un contrat international sans le soutien de la *lex contractus*’ p. 157.

¹²⁸ SALAH, Mohamed Mahmoud Mohamed. *Op.Cit.*, pp. 164.

Apesar de o autor tratar o tema no âmbito do direito contratual, suas manifestações podem ser transpostas ao direito de família. Muitas vezes, a solução dos conflitos, através das regras de conexão, pode afetar de forma prejudicial as partes mais fracas. Cabe ao Direito Internacional Privado atuar de forma a minimizar essas possibilidades. O reconhecimento dos direitos da criança, responsabilidade entregue, inclusive, ao Estado, é um bom exemplo que pode ser acrescido ao direito das partes em optar pela lei que melhor aprouver.

A expansão do princípio da autonomia da vontade para o direito de família foi observada pelo professor Pierre Gannagé¹²⁹ como uma manifestação de inadaptação do sistema tradicional de solução de conflito de leis na vida internacional contemporânea. Esta, marcada pela intensa movimentação de indivíduos, seja através das relações pontuais seja através das migrações, construiu uma nova realidade que contrapõe diversas culturas dentro de um mesmo espaço territorial.¹³⁰

Diante da necessidade de o Direito Internacional Privado buscar soluções para acompanhar a realidade fática, cabe ao princípio da autonomia esse papel integrador. Desta forma, o Direito Internacional Privado toma consciência de que as mudanças das relações familiares ocorridas através dos processos de aproximação entre os indivíduos, no mundo contemporâneo, só serviram para deixar evidente a multiculturalidade existente entre esses mesmos indivíduos.

O homem, mais próximo um do outro, notou que não eram todos culturalmente iguais, mas nem por isso tinham em suas diferenças razões para não se aproximar. Em respeito à suas características culturais, com a preocupação de garantir às partes mais frágeis – independentemente dos fatores que as tornam mais frágeis – a proteção e, principalmente, em respeito à dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia da vontade torna-se instrumento eficaz de proteção ao homem, à sua cultura e, conseqüentemente, à sua dignidade.

Ao privilegiar a autonomia da vontade no âmbito familiar, o Direito Internacional Privado reafirma-se como instrumento de efetivação de direitos

¹²⁹ Professor da Faculdade de Direito e de Ciências Políticas da Universidade de Saint-Joseph, em Beyrouth.

¹³⁰ GANNAGE, Pierre. *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, Revue critique dr. International privé, 81, 1992, p. 426.

humanos que “estimula o diálogo entre as culturas”.¹³¹ Dessa forma, ele constrói um ambiente propício para o respeito às particularidades de qualquer indivíduo. Entretanto, a aplicação do princípio da autonomia da vontade, no âmbito familiar, não ficou isento de críticas por parte de um segmento da doutrina.

Para alguns estudiosos, como Yetano¹³², a irresistível expansão da autonomia da vontade, no Direito Internacional Privado,¹³³ alcançou um grau de difusão que pode ser identificado nos tribunais superiores europeus. Mesmo sem utilizar a autonomia como princípio geral, aplicam-no como “ato de reconhecimento” quer seja para a “harmonização de situações legais além das fronteiras”, quer seja para justificar a possibilidade de os cidadãos escolherem qual direito a que irão se subordinar.¹³⁴ Para o autor, a autonomia da vontade, antes caracterizada como “as an exceptional means of very limited applicability”,¹³⁵ tornou um fim em si mesmo, sendo danoso para os Estados o resultado dessa reconstrução da autonomia.¹³⁶

Prossegue o autor afirmando que a autonomia da vontade, no âmbito do direito contratual internacional, está pacificada, já que respeita quatro condições de aplicabilidade, a que ele chama de “putative limits”:¹³⁷ o respeito a leis mandatórias internacionais; “the public policy exception”; contratos genuinamente internacionais; ausência de fraude por parte dos indivíduos que realizam os contratos. Para o autor, pelo fato de não podermos identificar com exatidão esses requisitos de exceção de aplicação da autonomia da vontade no âmbito do Direito de Família Internacional, não poderemos aplicar seguramente a autonomia nessas relações jurídicas.¹³⁸ Essa insegurança torna a autonomia não mais uma exceção na sua aplicação, mas sim um fim em si mesmo, perdendo assim sua característica principal.

¹³¹ JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado e a família no umbral do século XXI, in : *o novo Direito Internacional : estudos em homenagem ao professor Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 27.

¹³² Master of Law, Université Paris I Pantheon-Sorbonne, 2008.

¹³³ Para usar a expressão do professor Overbeck no já clássico texto *L'irrésistible extension de L'autonomie em droit international prive* in: *Nouveaux Itinéraires em droit: Hommage à François Rigoux*. Bruylant Bruxelles, 1993.

¹³⁴ YETANO, Marzal Antonio. *Family law as a product: a race to the most liberal botton?* NYU Conference papper, 2009.

¹³⁵ YETANO, Marzal Antonio. *Party Autonomy in European Family Law*. In: *Journal of Private International Law*. vol.6. nº1. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 155.

¹³⁶ Ibid. p. 166.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ YETANO, op. Cit., 2009.

Outra questão levantada pelos críticos da autonomia da vontade, no âmbito do direito de família, são suas consequências para o direito interno dos Estados. Segundo Yetano, sendo a autonomia da vontade um fim em si mesmo, há, conseqüentemente, uma desvalorização das regras de direito material dos Estados, com a perda de seu caráter mandatório.¹³⁹ Isso ocorre devido à tendência da aplicabilidade da lei mais favorável ao indivíduo, geralmente aquela menos restritiva. O resultado é uma preferência pela regulação mais liberal das relações familiares, desencadeando um paradoxo: eventualmente, a lei de Direito Internacional do Estado permitir a aplicação de uma lei estrangeira que autoriza um comportamento que a própria lei interna do Estado desautoriza. Esse paradoxo é mais contraditório ao observarmos que a maioria das leis de família nos estados são mandatórias.¹⁴⁰

Por esse viés, essa condição levará o legislador a adotar soluções jurídicas, antes proibidas em seu país, mas, por força de sua adoção e pelo respeito à autonomia da vontade, adotadas no direito interno do Estado. Esse comportamento pode ser um prelúdio para uma eventual reforma da lei através de comportamentos discricionários dos juízes.¹⁴¹

Por fim, e talvez o ponto de maior interesse de suas críticas, a expansão da autonomia ao Direito de Família Internacional, é a possibilidade de uma “competição” entre sistemas legais. A competição no terreno de direito de família por parte de sistemas jurídicos poderia ser notada em casos como casamentos homoafetivos e reproduções assistidas. Nessas situações, por força de interesses econômicos, Estados poderiam fomentar a adoção de seus sistemas jurídicos através de adoção de leis favoráveis a esses grupos. Segundo o autor “it can therefore clearly be seen that at least some very sensitive áreas of family law can prove to be a source of abundant profits”.¹⁴² Exemplifica sua fala abordando suas preocupações com o casamento homossexual e com o turismo reprodutivo.¹⁴³

As críticas à adoção da autonomia da vontade no âmbito do direito de família, apesar de ressentirem de maior atenção – como a competição entre

¹³⁹ O autor relata que as leis internas seriam relegadas a um caráter de semi- mandatórias. YETANO, op. cit., 2010. p. 179.

¹⁴⁰ YETANO, op. cit. 2010. p. 179.

¹⁴¹ Ibid., p. 170.

¹⁴² YETANO, op. cit., 2009.

¹⁴³ YETANO, op. Cit., 2010. p. 183.

sistemas legais por motivos econômicos – parecem não surtir efeitos na comunidade internacional, que vem dando cada vez mais espaço para esse método de solução de conflitos. Uma manifestação recente da autonomia da vontade no âmbito das relações familiares foi a sua adoção explícita nos artigos 7º e 8º, do Protocolo adicional de obrigações alimentares, da Conferência da Haia, de 2007.

Mais um passo da Conferência da Haia em prol da proteção dos indivíduos frágeis nas relações familiares, essa conferência demonstra o papel cada vez mais influente da autonomia da vontade como preservação e proteção da soberania individual nas relações privadas de cunho familiar. Seu intuito é proteger as partes frágeis, privilegiando a autonomia dos indivíduos. O último capítulo do presente estudo privilegia esse aspecto.