

3

A CONVENÇÃO PERMANENTE DA HAIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

3.1

A codificação no Direito Internacional Privado: razões e instrumentos

Com o intuito de instituir uma norma entre as partes que o subscrevem, a chamada codificação da norma internacional,¹ o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público² têm como uma de suas principais características a busca pela formatação de textos normativos e especializados.

Esse processo justifica-se, segundo Rodas³ por três razões principais.⁴ A primeira delas de razão filosófica: hoje com seus fundamentos iniciais já modificados, fruto da influência do jus racionalismo oriundo do Iluminismo que encontrou na codificação um “instrumento para uma construção racional do direito, esteado que está no conceito de sistema como a estrutura ideal para a ordenação social, porquanto dotado de coerência e pelo fato principal de ser sua expressão maior de unidade”.⁵

¹ Segundo Rodas: “Com o avançar dos tempos e em razão das obras de fixação legislativa posteriores ao estabelecimento dos Estados nacionais, foi possível verificar que a palavra código passou a ser empregada para designar as grandes leis dotadas de certo caráter orgânico com pretensão de regulamentar exaustivamente uma dada matéria, como que a criar uma língua própria para tal ramo do pensamento. A palavra codificação foi empregada, enfim, em razão do resultado obtido, ou seja, o código”. RODAS, João Grandino e MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 43.

² Para uma análise dos tratados internacionais no Direito Internacional Público, ver: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz. *O poder de celebrar tratados*. Sergio Fabris Editora, 1995.

³ É professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ocupando hoje o cargo de Reitor na mesma Instituição.

⁴ O professor inicialmente justifica a codificação como um fenômeno do direito interno, mas que, apesar da mudança de diversos paradigmas, alcançou o Direito Internacional. Especificamente no âmbito internacional, relata o autor que há uma codificação das normas costumeiras com o intuito de “tornar norma escrita tudo o que fosse mera prática costumeira de longa data e a respeito de que houvesse consenso” o que não impede o contínuo desenvolvimento da fonte costumeira. P. 78.

⁵ RODAS, op. Cit., p.45.

A segunda razão tem um cunho político e se sustenta no absolutismo que previa a codificação como única forma da expressão do direito natural, portanto justo, que se externava de forma precisa, homogênea, universal e racional.⁶

A última das razões, segundo o mesmo autor, manifesta um ponto de vista técnico e se fundamenta na tecnização do jurista que não teria uma participação política, sendo apenas um operador com uma atuação técnico-cognoscitiva.⁷

Esse fenômeno da codificação desempenha uma grande importância para o Direito Internacional como um todo, já que, nas palavras de Rodas,

A codificação do Direito Internacional contribui para o desenvolvimento progressivo do próprio Direito Internacional, na medida em que promove discussões tendentes à elaboração de instrumentos normativos de natureza jurídica de maior imperatividade. Com efeito, as Convenções e os tratados internacionais adotados com um tal desiderato são instrumentos legislativos firmados no seio da sociedade internacional e que exprimem a vontade dos Estados no sentido de respeitar e garantir a observância de suas disposições, promovendo e assegurando, em suas ordens internas, determinados direitos, sob pena de responsabilidade internacional. Vale dizer, tais instrumentos instituem uma série de obrigações jurídicas no sentido do respeito àqueles direitos, a seus desenvolvimentos conceituais ou a seus desdobramentos, uma vez que essa seja a prática internacional até aqui verificável nessa seara.⁸

Como em outros ramos do direito, o Direito Internacional Privado também dispõe de uma codificação interna em cada Estado⁹, tendo como características comuns a atenção por parte dos formuladores das leis em constituir um código, com o auxílio do direito comparado, através da participação de observadores internacionais, com um texto que respeite a conjuntura das normas adotadas internacionalmente. De qualquer forma, hoje podemos dizer que as codificações encontram-se mais sistematizadas, completas e detalhadas.¹⁰

Há Estados, por outro lado, que, seguidores do sistema de *Common Law*, constituído pela construção jurisprudencial, estão aproximando-se cada vez mais do sistema codificado. Autores sistematizam o regramento jurisprudencial que

⁶ Idem, *ibidem*, p. 46.

⁷ Como consequência e adotando a classificação de Denys de BÉCHILLON, afirma Rodas: “Uma codificação levada a efeito sob a verificação dessas razões apresenta como finalidade e objetivos principais a unidade, a totalidade, a transcendência, a naturalidade, a hierarquização e a corporificação das normas aptas a regular o conjunto social”.

⁸ Idem, *ibidem*, p.79 e 80.

⁹ No Brasil, esse papel é desempenhado pela Lei de Introdução ao código Civil.

¹⁰ AUDIT, Bernard. *Le droit international privé en quete d'universalité : cours général* (2001). Recueil des cours, Volume 305, p. 37.

trata a regra de conflitos, como Dicey fez na Inglaterra, de forma que suas obras assumem a função de codificação.¹¹

Essa codificação pode ser observada no Direito Internacional Privado como um método utilizado pela sociedade internacional para evitar choques entre as normas indiretas produzidas pelos países, tendo sempre como intuito a melhor aplicação da solução do conflito de leis.¹²

Segundo Rodas, há duas formas de alcançar esse objetivo: a primeira delas é aquela que cria leis-modelo com a recomendação de que os estados as adotem; já segunda forma consiste na constituição de Convenções internacionais que podem ser adotadas pelos Estados posteriormente.

Para o autor, a adoção do primeiro método, a mais utilizada pela comunidade internacional, pode possibilitar aos Estados realizar mudanças pontuais nos textos adotados, desvirtuando sua aplicação “ao passo que a opção pela assinatura de uma Convenção impede a modificação do conteúdo, garantindo-se uma unificação mais efetiva”.¹³ Para Jayme, somente uma codificação do Direito Internacional Privado pode facilitar a solução de milhares de casos observados na prática jurídica cotidiana.¹⁴

Segundo Dolinger, “Para evitar conflitos entre as regras do DIP de dois ou mais sistemas – conflitos de 2º grau – criam-se Convenções internacionais que estabelecem regras de conexão aceitas pelos países signatários, uniformizando as regras de Direito Internacional Privado”.¹⁵ É o chamado Direito Internacional Privado uniformizado. O Direito Internacional Privado uniformizado diferencia-se de outros institutos como o Direito Internacional uniforme espontâneo,

que ocorre quando coincidem os direitos primários de dois ou mais ordenamentos, seja natural ou casualmente, seja porque tem a mesma origem, ou porque sofreram influências idênticas, ou ainda, quando países adotam sistemas jurídicos clássicos total ou parcialmente.¹⁶

¹¹ JAYME. Op. Cit., p. 59.

¹² O professor Rodas elenca uma série de dificuldade como a má aplicação da escolha da lei que poderá inclusive impedir uma série de relações jurídicas. P. 89 Ver também: JAYME. 1982, op. Cit. e OVERBECK, op. Cit., 1982.

¹³ Rodas pondera a posição contrária de Viegas, que afirma que a grande diferença entre os métodos está no caráter vinculante ou não da aplicação da norma. P 90

¹⁴ JAYME, op. cit., Volume 177 1982, p. 87.

¹⁵ DOLINGER, op. Cit., 2003 p. 44.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 36.

Essa uniformização, independente da forma como é adotada pelos países, apresenta dificuldade em sua aplicação quando há necessidade de alteração do direito interno nos países de Direito Internacional Privado, codificado por força de uma norma internacional, apesar de não ser essa a praxe internacional.¹⁷ A principal dificuldade, entretanto, é a necessidade de determinar quais elementos estarão descritos no texto, segundo Rodas:

Mostra-se particularmente difícil determinar os elementos que devem estar contidos no texto a fim de se garantir que a unificação possa efetivamente ocorrer, ou seja, deve-se trabalhar, preferencialmente, com o intuito de obter consenso entre as partes negociantes.¹⁸

Essa é uma das razões que levam o fator “tempo de criação” desses instrumentos a se tornar um dos mais relevantes fatores. Com o intuito de superar as mais diversas posições sobre os mais diversos assuntos; com a necessidade de se sobrepor a diversos grupos de interesses dos Estados – mas com direito de voz nos congressos internacionais; e com a necessidade de se formarem grupos de trabalho que tenham condições de realizar um estudo com o devido cuidado científico necessário, as Convenções uniformizadoras, no caso de tratados internacionais, requerem muito tempo no processo de formulação de normas que serão utilizadas pelos Estados contratantes.¹⁹

Esse tempo é fundamental e deve ser observado com o objetivo de fortalecer o instrumento normativo. A abertura à negociação, dando atenção a uma série de diferentes formas de se observarem normas jurídicas resultantes de comportamentos sociais aparentemente comuns, possibilita aos indivíduos encontrar pontos de similaridade que solidificarão a opção escolhida e exposta no texto. Como resultado, temos uma construção normativa que respeita as mais diversas visões de mundo, suas diferenças e igualdades e, conseqüentemente, sua dignidade particular.

Essa dignidade construída através do diálogo evidencia o respeito aos direitos humanos, na construção normativa, realizada no momento da uniformização do Direito Internacional Privado. Os espaços de negociação das normas, que à primeira vista podem parecer apenas ambientes estritamente

¹⁷ RODAS, op. Cit., 2007. P. 91.

¹⁸ Ibid, p. 92.

¹⁹ Ibid.

técnicos ou predominantemente políticos, são, em suma, verdadeiros polos de reafirmação de direitos humanos das mais diversas sociedades de todo o mundo que encontram ali a oportunidade de se fazerem respeitados, apesar das diferenças.

As extensas e demoradas negociações, nos grandes Congressos de Direito Internacional Privado, que eventualmente podem parecer um atraso na formulação da uniformização dos textos, constituem, na verdade, o cuidado desse ramo do direito com o indivíduo e com suas diferenças, ou seja, com seus direitos mais individuais.

Inicialmente, baseando-se nas ideias de Mancini, embora a uniformização do Direito Internacional através de uma codificação tivesse como intuito a formulação de uma grande norma internacional, fundada na concepção de sociedade internacional, esse objetivo não foi alcançado e foi descartado.²⁰

Hoje, diversos são os instrumentos utilizados que buscam uniformizar o Direito Internacional Privado. Na América Latina, esse movimento codificador/uniformizador do Direito Internacional Privado pode ser observado desde a formulação do Código de Bustamente, em 20 de Fevereiro 1928.²¹ E hoje tem sido notado na atuação da Organização do Estado Americanos,²² através das CIDIPS (Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado).²³

As CIDIPS são instrumentos de uniformização do Direito Internacional Privado, resultadas das Convenções promovidas pela Organização dos Estados Americanos, que iniciaram com a conferência do Panamá, em 1975, cujo objetivo principal era estruturar, juridicamente, os estados participantes para a facilitação

²⁰ AUDIT, Bernard. *Le droit international privé en quete d'universalité: cours général* (2001). Recueil des cours, Volume 305 (2003) p. 61.

²¹ Incorporado no Brasil, em 1932. Parra-Aranguren, Gonzalo. *Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America* Recueil des cours, Volume 164 (1979-III), pp. 72.

O próprio Código de Bustamente já tinha preocupações ligadas ao direito de família. Segundo Peter Noth, o Código possuía previsões ligadas ao casamento e ao divórcio, mas não obteve sucesso por ser aplicado nos países contratantes : "it subjects a number of relationships to the personal law of those concerned, without specifying whether this means the national law or the law of the domicile (...); ambiguity has been intentionally preserved so that each state, by interpreting the words 'personal law' as it wishes, can keep in force the system it prefers. Thus the Bustamante Code has but little advanced the unification of law." David, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Chap. 5: *The International Unification of Private Law*, p. 150 in: NORTH, Peter M. *Development of rules of private international law in the field of family law* / by Peter M. North. Recueil des cours, Volume 166 (1980-I), pp. 90.

²² Para detalhes da OEA ver: www.oea.org

²³ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America* Recueil des cours, Volume 164 (1979-III) , pp. 55-170.

do comércio entre eles. Diversas outras Convenções resultaram nos mais distintos textos que versavam sobre direito processual internacional, como aquela realizada na CIDIP II, em Montevideu, em 1979, até a CIDIP VI, realizada em Washington, em 2002, cuja inovação foi a “aprovação de leis modelos para promover a harmonização de normas de direito substantivo.”²⁴

Entre os mais recentes assuntos discutidos no âmbito do Direito Internacional Privado latino-americano, está a proposta brasileira para proteção dos consumidores levada à Convenção que resultará na CIDIP VII.²⁵

A Organização dos Estados Americanos, já em seu início, preocupava-se com o desenvolvimento e com a codificação do Direito Internacional Privado nas Américas, deixando essa preocupação expressa na Carta de Bogotá. Segundo Gonzalo Parra-Aranguren,²⁶ isso se devia à prevalência dos trabalhos das instituições panamericanas no campo do Direito Internacional Público, em detrimento do Direito Internacional Privado.²⁷

Segundo o autor, o comitê jurídico interamericano justificou a necessidade do fomento à codificação do Direito Internacional Privado em virtude dos seguintes aspectos:

Because of various well-know events of the time which the charter was signed, such as: (a) the non ratification of the Bustamante Code by all the countries of America, (b) the numerous reservations, some of a general nature, made by a several ratifying States; (c) the position of other countries of America, clearly favourable of the treaties of Montivideo, in substitution of Bustamante Code; (d) the attitude of the United States of America of maintaining its own system regarding the conflicts of law.²⁸

²⁴ ARAUJO, Nadia. Op. Cit., p. 71

²⁵ Ver o texto de uma das responsáveis pela proposta brasileira, a professora Claudia Lima Marques, chamado A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da necessidade de uma Convenção interamericana (CIDIP) sobre lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. Segundo a Professora da UFRGS, “a proteção do consumidor sempre foi tema a separar-se do comércio internacional normal e deve ser tratada em Dipr. com conexões mais seguras, previsíveis, e positivas para o agente mais fraco”. In: LIMA MARQUES, Claudia e ARAUJO, Nadia (orgs.). *O novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Eik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. P. 191

²⁶ Foi Professor Titular de Direito Internacional Privado na Universidade Central da Venezuela e da Universidade Católica Andrés Bello em Caracas.

²⁷ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America Recueil des cours*, Volume 164 (1979-III) , pp. 108.

²⁸ Documento de trabajo sobre la revisión de Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado, 1964, Documentos, p.360 citado por PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America Recueil des cours*, Volume 164 (1979-III) , p. 108.

É interessante observar que a OEA, através da Conferência especializada, vem, desde o início de sua atuação, preocupando-se com assuntos ligados ao Direito de Família Internacional. A CIDIP III, realizada em La Paz, em 1984, já tratou do assunto quando abordou a adoção de menores.²⁹

Segundo Boggiano,³⁰ as conferências interamericanas têm hoje seu método inspirado na Convenção de Direito Internacional Privado da Haia. Apesar de disporem de um sistema de uniformização de Direito Internacional Privado já em atividade, quando iniciam sua participação na Conferência da Haia, os países latino-americanos passam a adotar uma forma diferenciada. Sem intenção de codificar todos os assuntos possíveis, como as conferências de 1889 e 1940, inspiradas em Savigny, passaram a tratar de assuntos específicos, como acontece em Haia.³¹ Essa mudança da sistemática de trabalho da OEA referenda a universalização da própria Conferência da Haia e a redução dos particularismos na codificação do Direito Internacional Privado, que marcavam, até então, a América Latina.³²

Todavia um ponto importante deve ser levantado: apesar da aproximação da metodologia utilizada entre as Conferências e da influência da Convenção da Haia nas CIDIPs, seus temas são distintos tendo cada um deles uma preocupação específica e uma importância única para a codificação do Direito Internacional Privado.³³ O trabalho de codificação realizado na América Latina e no âmbito global podem, portanto, ser considerados paralelos e complementares. Por isso têm fundamental importância no âmbito da uniformização do Direito Internacional Privado garantindo, cada um à sua maneira, mais previsibilidade e segurança jurídica nas relações internacionais privadas.

²⁹ ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.71. Segundo a autora, o Brasil esteve presente em La paz, assim como em todas as outras conferências realizadas e promulgou a Convenção interamericana sobre conflito de leis em matéria de adoção de menores, através do Decreto nº 2429 em 17/12/1997.

³⁰ Professor de Direito Internacional Privado na Universidade de Buenos Aires.

³¹ BOGGIANO, Antonio. *The contribution of the Hague Conference to the development of private international law in Latin America: universality and genius loci*. Recueil des cours, Volume 233 (1992-II), p. 118.

³² *Ibid*, p. 117.

³³ Rodas faz essa importante observação fundamentada na análise do texto de Carmem Tibúrcio em: TIBÚRCIO, Carmem. Uma análise comparativa entre as Convenções da CIDIP e as Convenções da Haia – o Direito Uniformizado Comparado. In: *INTEGRAÇÃO jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro* / coord. de Paulo B. Casella e Nadia de Araujo. São Paulo: LTr, 1998, p. 46 et seq.

Diversas outras instituições também buscam uniformizar o Direito Internacional Privado. A ONU³⁴ criou, na década de 1960, um órgão de uniformização e unificação do direito do comércio internacional, determinando normas materiais que impediriam o conflito de leis, a chamada UNCITRAL.³⁵

De acordo com Stewart, a UNCITRAL foi estabelecida com o objetivo de servir como um corpo legal para o sistema as Nações Unidas no campo do direito comercial internacional. Composta por 60 membros – Estados eleitos pela Assembleia Geral, com mandatos de 6 anos, a Comissão funciona com 6 grupos de trabalho. Os objetivos principais da comissão estão relacionados com a formulação de estudos preparatórios de arbitragem internacional e comércio eletrônico.³⁶

Sediado em Roma, o UNIDROIT³⁷, por sua vez, é também outro ambiente de estudo e pesquisa que visa à uniformização do Direito Internacional Privado. Consta de 63 Estados, representando os mais diversos sistemas econômicos, legais e políticos, com o intuito de estudar as necessidades e os métodos de modernizar, harmonizar e coordenar o comércio entre Estados e grupos de Estados.³⁸

Atuando através de seus princípios que, segundo Gama Jr,³⁹ “como espécie de *soft law* (...) traduzem a tendência global de harmonização do direito do comércio internacional por vias alternativas ao *hard law* elaborado pelos Estados nacionais mediante tratados e Convenções internacionais”.⁴⁰ A intenção principal dos princípios da UNIDROIT, é “guiar e informar (as partes, o árbitro, o juiz e o

³⁴ Segundo Dolinger, em 1930, a Liga das Nações já havia organizado em Haia uma Conferência cujo objetivo era a codificação do Direito Internacional. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 87

³⁵ Para mais detalhes da Comissão das Nações Unidas para o Comércio internacional ver: www.uncitral.org

³⁶ STEWART, David P. *Private International Law: A Dynamic and developing fiels*. Jounal Of International Law University of Pennsylvania. Vol.30 number 4, 2009. p.1124.

³⁷ Para conhecer melhor o Instituto internacional para a unificação do Direito Internacional Privado ver. www.unidroit.org . Ver também: GAMA JUNIOR, Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 - Soft law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

³⁸ STEWART, David P. *Private International Law: A Dynamic and developing fiels*. Jounal Of International Law University of Pennsylvania. Vol. 30 number 4, 2009. p. 1125.

³⁹ Doutor em Direito pela USP e professor de Direito Internacional Privado na Puc/RJ

⁴⁰ GAMA JR, Lauro. Os princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais’ In: *novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso Albuquerque Mello*. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado e PEREIRA, Antonio Celso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 356.

legislador), sem a pretensão de incorporar-se formalmente aos ordenamentos estatais”.⁴¹

A União Europeia também realiza a unificação de normas de Direito Internacional Privado através da formatação de normas uniformizadas de conflitos de leis, jurisdição e julgamentos. Essa criação tem como objetivo a harmonização da lei interna dos países que compõem a Comunidade.⁴²

Outros instrumentos também devem ser lembrados como importantes colaboradores na uniformização do Direito Internacional Privado, como o Instituto do Direito Internacional,⁴³ que atua como órgão de extremo prestígio científico, auxiliando a comunidade internacional em assuntos relativos ao Direito Internacional.

A uniformização do Direito Internacional não está ausente de críticas, e Jayme alerta para possíveis três problemas, apesar da construção de textos comuns entre os Estados e sua posterior aceitação entre eles. Entre os problemas relatados pelo professor alemão, encontra-se o possível descompasso entre as interpretações desses textos, que podem ser realizadas em desacordo com o objetivo da Convenção. Muitas vezes, essas Convenções também podem causar estranheza para o aplicador no âmbito do direito interno que, com isso, acaba abandonando a mesma. Por último, um problema levantado pelo autor é a possibilidade de as Convenções tornarem-se ultrapassadas, deixando de refletir a realidade do direito interno dos Estados que, por questões de sua própria natureza, são mais fáceis de modificar.⁴⁴

Segundo o autor, essas questões podem ser resolvidas das mais diversas formas. Em relação aos interpretes, Jayme sugere que seja desenvolvida a formação de um conjunto de tribunais com especialização em solução de litígios internacionais para que os eventuais desvios de interpretação sejam minimizados, como ocorre na Corte de Justiça da Comunidade Europeia, especializada nas Convenções de Roma e Bruxelas. Em relação à necessidade de adaptação das Convenções às mudanças de seu tempo, Jayme afirma que há diversas formas de

⁴¹ GAMA JR, Lauro, *Op. Cit.* p. 356.

⁴² As Convenções de Bruxelas e Roma são marcos na uniformização comunitária. ARAUJO, *Direito Internacional Privado*. 203, p. 53.

⁴³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 89. Para mais detalhes do Instituto ver: www.idi-iiil.org

⁴⁴ JAYME, *op. Cit.*, p. 68.

se realizar essa adaptação e exemplifica, entre outros, através da Haia, que entrega a responsabilidades dessas modificações às suas Comissões. Para a não aplicação da norma oriunda das Convenções, Jayme sugere, de forma correta, que haja um investimento na formação de juristas com conhecimento de Direito Internacional para que os mesmos possam solucionar os conflitos oriundos das relações internacionais particulares.⁴⁵

Strenger⁴⁶, por sua vez, foi bastante cético quanto à possibilidade do uso da codificação como um instrumento eficaz no Direito Internacional Privado. Segundo o autor, as codificações possuem um

sentido idealista que alimenta alguns internacionalistas ainda crentes na possibilidade de se conseguir uma uniformidade legislativa internacional, de modo a suprimir toda e qualquer divergência ou conflito entre leis, sistemas ou direitos. O bom senso e a objetividade nos dão, contudo, a idéia clara de que isto será absolutamente impossível, porque buscar uma uniformidade legislativa tendo em vista a grande diversidade do direito e costumes, evidentemente não seria tarefa fácil, senão impossível.⁴⁷

O autor, contudo, não deixa de salientar que a tendência codificadora do Direito Internacional Privado tem ao menos o condão de facilitar a uniformização das normas dos países contratantes.

Amílcar de Castro⁴⁸ também se demonstrou radicalmente contrário à uniformização, afirmando que “a consequência da função do Direito Internacional Privado é que cada Estado tem o seu, e cada qual sempre se destina a ser utilizado com exclusão de outro qualquer, sendo puramente arbitrária a desnecessária preocupação de uniformizá-los”. E continua:

Alias, qualquer direito uniforme, arbitrariamente convencionado, sobreposto ao nacional, em pouco tempo entra em desuso. É que, por um lado, os tratados, em sua grande maioria, nada mais traduzem que a hipocrisia dos compromissos diplomáticos, e, por outro lado, os governos convencionam a uniformização, sem cuidar de revogar os sistemas racionais diferentes do convencionado, e este é que acaba sempre por ser abandonado.⁴⁹

⁴⁵ Ibid., p. 69.

⁴⁶ Foi professor titular da USP.

⁴⁷ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. Vol. 1. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 125.

⁴⁸ Foi professor emérito da UFMG.

⁴⁹ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 102-103.

Essas opiniões, como podemos observar, não levam em consideração a possibilidade da construção de um sistema internacional alicerçado no pleno desenvolvimento do diálogo e no estabelecimento de um conjunto de ações pautadas e construídas a partir do respeito a diferenças culturais e sociais, tendo em vista a afirmação da dignidade do indivíduo. Elas criticam essencialmente a mera e simples uniformização como um fim em si mesmo. O objetivo da uniformização não deve ser a mera construção de normas comuns entre os Estados, mas sim a solidificação do diálogo que fará com que as normas uniformizadas sejam as mais legítimas e representativas para a proteção do indivíduo, porque foram discutidas e aceitas pelos Estados envolvidos na discussão.

3.2

A Conferência permanente de Direito Internacional Privado da Haia

O ambiente internacional que mais contribuiu para o avanço do Direito Internacional foram as Convenções da Haia de Direito Internacional Privado,⁵⁰ realizadas na sede da Academia de Direito Internacional, em Haia, na Holanda.⁵¹ Hoje são reconhecidas como principal fonte coletiva do Direito Internacional Privado.⁵²

Haia é hoje considerada a capital do Direito Internacional por possuir, em seu território, diversos tribunais de jurisdição internacional. A cidade dispõe, atualmente, de 6 tribunais internacionais, dos quais 3 são temporários (Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia⁵³; Tribunal Irã–Estados Unidos, e Tribunal Especial para o Líbano⁵⁴) e 3 permanentes (Corte Permanente de Arbitragem⁵⁵, Tribunal Penal Internacional⁵⁶ e Corte Internacional de Justiça).⁵⁷

⁵⁰ Ver: www.hcch.net

⁵¹ BOGGIANO, Antonio. *The contribution of the Hague Conference to the development of private international law in Latin America: universality and genius loci*. Recueil des cours, Volume 233 (1992-II), pp. 111.

⁵² AUDIT, Bernard. *Le droit international privé en quete d'universalité : cours général (2001)*. Recueil des cours, Volume 305, p. 35.

⁵³ Ver: www.icty.org

⁵⁴ Ver: www.stl-tsl.org

⁵⁵ Ver: www.pca-cpa.org

⁵⁶ Ver: www.icc-cpi.int

⁵⁷ Ver: www.icj-cij.org

Através da Conferência Permanente de Direito Internacional Privado, desde 1893, surgiram diversos textos com o intuito de facilitar as relações privadas e comerciais entre os indivíduos, através da uniformização de normas jurídicas.⁵⁸

Nos anos de 1893, 1894, 1900 e 1904, foram realizadas as primeiras Convenções da Haia, de onde emergiram cinco Convenções de família e uma Convenção de processo civil, que perderam importância ou foram substituídas como a segunda. Essas primeiras Convenções tinham um caráter regional, tendo como participantes somente os países europeus e, mesmo assim, com ausências importantes entre eles, a Inglaterra. Segundo Audit,⁵⁹ “Cette spécificité tenait, d’une part, à la réticence envers le droit écrit; d’autre part, à une tradition de droit international privé territorialiste, au rebours de la prépondérance de la loi nationale qui inspirait entièrement les promoteurs de la codification projetée.”⁶⁰

Como, desde as primeiras Conferências da Haia, seus responsáveis encontraram dificuldade para realizar uma única grande Convenção, estabeleceram como procedimento a realização de pequenas Convenções sobre assuntos específicos. Os primeiros temas tratados estão ligados ao Estatuto Pessoal, notadamente a assuntos ligados ao casamento, divórcio, tutela dos menores (todas realizadas em 1902) e interdição (realizada em 1905). Assuntos ligados ao processo civil já tinham sido tratados em 1896 e foram revisados em 1905.⁶¹

Apesar de sua inspiração universalista, a aplicação das Convenções era ainda baseada no princípio da reciprocidade, sendo aplicadas somente entre Estados que a acatavam e seus nacionais.

Para Audit, a reciprocidade era resultado da “la conception de l’époque des traités internationaux ainsi qu’à celle faisant du droit international privé une

⁵⁸ Segundo Rodas, “É interessante notar que o Instituto de Direito Internacional houvera convocado, nos anos precedentes, uma série de sessões com o intuito exclusivo de discutir e formular regras relativas ao conflito de leis, mormente no domínio das relações familiares, o que contribui, decerto, para a propagação da idéia e a construção de uma vontade política e acadêmica a respeito. Tal fato conspirou para que, à data dessa primeira conferência, fossem apresentados os principais fundamentos da tão almejada unificação do Direito Internacional Privado, não sem antes se proceder a uma discussão de fôlego a respeito da extensão e dos limites de tal empreitada”. P. 102.

⁵⁹ Professor da Faculdade de Paris II (Panthéon-Assas).

⁶⁰ AUDIT, Bernard. *Le droit international privé en quête d'universalité : cours général (2001)*. Recueil des cours, Volume 305, p. 62.

⁶¹ *Ibid.*

branche du droit international public et envisageant les conflits de lois comme des conflits de souverainetés”.⁶²

A partir de 1925, a Convenção decide tornar-se permanente, e a adoção do estatuto que confirma esse caráter de permanência ocorre em 1955, com a criação de um escritório central e fixo e com a sua constituição como organização internacional.⁶³ Apesar da atividade existente desde o final do século passado, e da efetivação da Convenção como Instituição, as Convenções foram muito prejudicadas pelas duas Grandes Guerras, que marcaram o território europeu no século XX.

Durante a Primeira Guerra, surge a possibilidade ou não da continuação da validade entre os tratados assinados por países que eram, naquele momento, beligerantes. O período entre guerras faz renascer o territorialismo que marca os regimes totalitários com uma grande vocação para autossuficiência dos países europeus. Isso leva a Overback (apud AUDIT) a afirmar que “a partir du moment où la foi dans le principe de base allait décliner, toute l’oeuvre des premières conférences allait basculer et c’est effectivement ce qui s’est passé”.⁶⁴

Após o fim das Grandes Guerras, e de forma muito ponderada, num crescente ano após ano, as Convenções continuam eminentemente regionais, focando-se no âmbito europeu, até meados dos anos 1960, quando se tornam, enfim, mundiais.⁶⁵

Mesmo sem a participação direta na constituição dos textos das Convenções da Haia, a doutrina salienta que é importante a aceitação por Estados na-membros desses mesmos textos para que o princípio da harmonia internacional seja respeitado. De qualquer forma, é fundamental que a conferência receba cada vez mais membros para que o trabalho da mesma consiga ser o mais universal

⁶² Ibid., p. 63.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ AUDIT, Bernard. *Le droit international privé en quete d'universalité : cours général (2001)*. Recueil des cours, Volume 305, p. 64

⁶⁵ OVERBECK, Alfred E. von. *La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé*. Recueil des cours, Volume 233 (1992-II), p. 22. Hoje a conferência possui 70 países signatários sendo que o último a se tornar membro foi a Republica das Filipinas Mais detalhes ver: www.hcch.net

possível, evitando assim as limitações regionais que são, por si, uma contradição no espírito universalista da Convenção.⁶⁶

Três são as principais características do trabalho da Conferência da Haia, após 1955. A primeira delas é a sua predileção por assuntos específicos, ao invés de seguir a proposta do Instituto do Direito Internacional, no momento de sua fundação, seguindo as ideias de Mancini e Asser, de buscar uma codificação mais geral. Embora essa escolha por temas pontuais já tenha sido criticada, é adotada ainda hoje.⁶⁷ Atualmente, a Convenção adota um pragmatismo na busca por um resultado mais efetivo. Como consequência, reduzem-se os temas – excluindo-se a aprovação por bloco de assuntos tratados – com a intenção de conseguir analisá-los com mais atenção. Há um cuidado maior com o direito comparado, conhecendo as soluções adotadas pelo direito interno, sempre com o intuito de reduzir os conflitos de qualificação.⁶⁸

Outra característica é a atenção da conferência a questões de lei aplicável. Hoje a conferência atenta principalmente a questões notadamente ligadas à competência judiciária e à execução e reconhecimento de leis estrangeiras, por exemplo.

De acordo com Overback,⁶⁹ “*A juste titre, la doctrine moderne du droit international prive mettelle en relief les liens étroits existant entre la question de la compétence judiciaire, qui se pose en premier, celle de la loi applicable et enfin celle de la reconnaissance et de l’exécution des décisions*”.⁷⁰

Somando-se a essa alteração, há maior preocupação com o tratamento dos textos por parte das autoridades responsáveis quanto à aplicação e efetivação das normas definidas pelas regras de conexão, promovendo maior segurança jurídica. Hoje, a Convenção preocupa-se não só com a elaboração de normas de solução de conflitos, mas com a efetivação dos princípios por elas determinadas, através, por

⁶⁶ BOGGIANO, Antonio. *The contribution of the Hague Conference to the development of private international law in Latin America: universality and genius loci*. Recueil des cours, Volume 233 (1992-II), p. 114.

⁶⁷ O Barão de Noldé já realizou críticas e Henri Batiffol, por sua vez, defendeu esse método da Convenção. OVERBECK, Alfred E. von. Op. Cit., p. 22.

⁶⁸ AUDIT, Bernard. *Le droit international privé en quete d’universalité : cours général (2001)*. Recueil des cours, Volume 305, p. 64.

⁶⁹ Professor de Direito da Faculdade de Fribourg, na Suíça e membro do Instituto de Direito Internacional.

⁷⁰ OVERBECK, Alfred E. von. *La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé*. Recueil des cours, Volume 233 (1992-II), p. 23.

exemplo, do reconhecimento das decisões judiciais tomadas em outra nação.⁷¹ Como resultado, podemos afirmar que, modernamente, há um deslocamento das atenções do Direito Internacional Privado para as regras de competência.⁷²

No decorrer dos encontros da Conferência, a mudança dos perfis das delegações também pode ser notada. Antes, predominantemente composta por teóricos, sobretudo professores e eruditos do Direito Internacional, que, apesar de seu notável conhecimento sobre os mais diversos temas analisados, não tinham força política necessária para efetivar os textos analisados. A partir de 1951, nota-se uma mudança na composição das delegações, e passamos a observar uma maior frequência de juízes de tribunais superiores e funcionários dos governos que começam a mostrar maior interesse no trabalho da Conferência. Essa nova fase contribui para facilitar a ratificação das Convenções, já que os Estados passam a participar mais ativamente das negociações para a formulação dos textos normativos.

Overbeck ressalta outro aspecto nessa mescla entre práticos e teóricos: o fim dos extremismos nos trabalhos da Convenção. Antes pontuada por detalhismos, oriundas do trabalho meticuloso dos acadêmicos, mas que impedia a adoção de seus textos, as Convenções hoje possuem um maior conjunto de princípios sólidos que facilitam sua adoção – contribuição dos práticos que agora se envolvem na produção dos textos. Além disso, esses funcionários administrativos são a ligação necessária com os governos para obter dos mesmos eventuais concessões para a ratificação dos textos.⁷³

A teoria, instrumento fundamental para o bom desenvolvimento do direito como ciência, cede espaço à prática e, convencida da importância da mesma na efetivação do Direito Internacional Privado, constrói-se, conjuntamente, um ambiente de trocas de experiências e de construção de conhecimento, sempre tendo em vista o equilíbrio entre o melhor texto e o texto possível de ser efetivamente aplicado pelo maior número possível de países.

⁷¹ AUDIT, Bernard. Op. Cit. p. 74.

⁷² Diz Audit, citando Overback: “Parmi les travaux actuellement envisagés figure la compétence judiciaire, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des jugements relatifs aux couples non mariés. S’est trouvé ainsi consacré un « déplacement du centre de gravité du droit international privé vers le règlement des compétences” p. 76 Para o autor, essa característica, entre outras, marca um tratamento integrado dado ao conflito de leis e a autoridades.

⁷³ OVERBECK, Alfred E. von. *La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé*. Recueil des cours, Volume 233 (1992-II) p. 24.

3.2.1

A participação brasileira nas Convenções da Haia

A primeira participação brasileira nas Convenções é datada de 1972, com a expedição do decreto executivo nº 70390, que finalizava a interiorização do tratado e tornava o país Estado-membro da conferência ao aderir ao seu estatuto. Após cinco anos, apesar de ter denunciado o mesmo, o Brasil continua a participar das Conferências, com a presença de Haroldo Valladão sem, entretanto, assinar quaisquer dos textos.⁷⁴

No decorrer dos anos posteriores, a participação brasileira na Conferência da Haia limita-se ao papel de observador tendo, inclusive, ocupado a posição de representante da OEA, em algumas Convenções. Mesmo atuando como observador, o país acabou tendo papel central em outras sessões, como a 17^a, cujo tema era a proteção da criança e a cooperação em matéria de adoção internacional. O Brasil viria a ratificar, mais uma vez, o Estatuto em 2001, após a aceitação do Legislativo em 1998.⁷⁵

Um aspecto a se destacar é a participação brasileira, notadamente em Convenções relativas aos direitos da criança. Em 1999, o Brasil adere à Convenção da Haia de 1980, sobre Aspectos civis do sequestro internacional de menores.⁷⁶ Atualmente o Estado brasileiro ratificou dez Convenções.⁷⁷

Uma das últimas participações brasileiras no âmbito das Sessões da Convenção da Haia também está ligada ao direito de família e à proteção dos indivíduos em posição desfavorável nas relações familiares – notadamente as crianças.

Essa pode ser considerada uma das formas da Haia atuar na proteção da dignidade do indivíduo e, conseqüentemente, na promoção dos direitos humanos que, surgida no plano internacional, pode reverberar nos países que ratificarem seus instrumentos.

⁷⁴ RODAS, João Grandino. *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil* /João Grandino Rodas; Gustavo Ferraz de Campos Mônaco. – Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 150.

⁷⁵ Idem, ibidem.

⁷⁶ Entra em vigor em 14 de Abril de 2000 através do Decreto Executivo 3413.

⁷⁷ Ver: www.hcch.net

Sempre atenta às modificações da realidade do Direito Internacional, Haia vem, no decorrer dos anos, reafirmando seu papel central no desenvolvimento do Direito Internacional Privado, através dos mais diversos instrumentos oriundos de suas mais diversas Convenções. Hoje, é evidente que suas Convenções possuem uma preocupação clara com a efetivação dos direitos humanos.

Uma das Convenções preocupadas com o indivíduo, marcando a participação brasileira nos trabalhos da Haia, é o Protocolo sobre lei aplicável às obrigações alimentares, no qual a professora Nadia de Araujo desempenhou o papel de representante brasileira nos trabalhos da 21ª Sessão diplomática, e vice-presidente do II comitê, em novembro de 2007, fruto de atenção especial do final deste capítulo.

3.2.2

A Academia de Direito Internacional da Haia

Outro ponto importante no processo do desenvolvimento do Direito Internacional e fruto dos Congressos realizados em Haia foi a formulação de um ambiente acadêmico para estudo tanto do Direito Internacional Público quanto do Direito Internacional Privado: a Academia de Direito Internacional da Haia.⁷⁸

Com uma proposta surgida na II Conferência de Paz, da Haia, em 1907, a Academia propõe uma caminhada em comum entre teoria e prática, com o objetivo de estabelecer um enlace entre a Conferência e a jurisdição internacional, tendo mais de 80 anos de atividade, 25 mil alunos e 1000 professores convidados.⁷⁹

Ocupando o Palácio da Paz, em Haia, a Academia de Direito Internacional é um centro de estudos, pesquisa e ensino do Direito Internacional Privado e público, com o intuito de desenvolver o estudo desses conteúdos e ser um ambiente de referência internacional. Instituição original, a Academia não possui um corpo de professores fixo, mas conta com um conselho científico – o Curatório – que desenvolve pesquisas, convida os mais prestigiosos professores

⁷⁸ www.hagueacademy.nl

⁷⁹ ANDRADE, Jose Fischel e PLATIAU, Ana Flavia. *A contribuição de Internacionalistas Brasileiros à Academia de de Direito Internacional da Haia* in: *Notícia do Direito Brasileiro*, nº 11, Brasília: UNB, 2005, p. 74.

para os cursos de verão e publica a mais prestigiada coleção doutrinária sobre Direito Internacional, o “Recueil de Cours”, coletânea de textos que são resultados dos cursos ministrados no verão europeu, em sua sede.⁸⁰

Tanto as Conferências da Haia quanto o trabalho da Academia corroboram o princípio de que somente através do direito poderemos encontrar um entendimento que resultará na solidificação da paz mundial.⁸¹

A participação brasileira nos cursos acadêmicos e na Academia da Haia também pode ser observada no decorrer dos anos. Até agora, 13 brasileiros (o primeiro foi o professor Rodrigo Otávio, da Universidade do Rio de Janeiro, em 1930) ministraram um total de 16 cursos, tendo Haroldo Valladão e Antônio Augusto Cançado Trindade ministrado mais de um curso, e cada um deles um curso geral.

Fundamentais para o desenvolvimento do Direito Internacional Privado no Brasil e no mundo, estes professores brasileiros tiveram grande atuação nos cursos: Pontes de Miranda atuou em 1932, com Hans Kelsen e Niboyet, analisando princípios fundamentais do Direito Internacional Privado e sua relação com o Estado brasileiro;⁸² em 1952, Haroldo Valladão inicia sua participação com um curso voltado para a análise do Direito Internacional Privado, nos Estados americanos,⁸³ buscando comprovar a importância de grandes autores na evolução do Direito Internacional Privado, e termina, já em 1971, sua participação no curso.

Considerado como o que mais contribuiu para a divulgação e o desenvolvimento do Direito Internacional Privado no Brasil, Valladão, com o seu último curso, trata do desenvolvimento e da integração do Direito Internacional Privado e sua relação com o direito de família. Busca reafirmar a importância do Direito Internacional Privado como um “instrumento de consolidação de um projeto cosmopolita de justiça social”.⁸⁴

⁸⁰ www.hagueacademy.nl

⁸¹ ANDRADE, Jose Fischel e PLATIAU, Ana Flavia. *A contribuição de Internacionalistas Brasileiros à Academia de de Direito Internacional da Haia* in: Notícia do Direito Brasileiro, nº 11, Brasília: UNB, 2005, p. 73.

⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil* / par Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Recueil des cours, Volume 39 (1932-I) , pp. 551-677

⁸³ VALLADÃO, Haroldo. *Le droit international privé des états américains* / par Haroldo Valladão. Recueil des cours, Volume 81 (1952-II) , pp. 1-115

⁸⁴ ANDRADE, Jose Fischel e PLATIAU, Ana Flavia. *Op. Cit.*, p.86.

Strenger, já no início da década de 1990, mais precisamente em 1991, tratou da noção da *lex mercatoria* no direito do comércio internacional.⁸⁵ Dolinger, por sua vez, expôs a “Evolução dos princípios para a resolução de conflitos no campo dos contratos”,⁸⁶ já nos anos 2000, estabelecendo, entre outros assuntos, uma hierarquia entre os princípios do Direito Internacional Privado destacando o princípio da proximidade. Atualmente, duas professoras brasileiras, Claudia Lima Marques, em 2009, e Nadia de Araujo, no corrente ano, ministraram seus cursos na Academia.

3.2.3

A importância da Haia: um balanço

A Conferência Permanente de Direito Internacional Privado da Haia vem desempenhando, desde o final do século passado, um importante papel no desenvolvimento do Direito Internacional. Se, por um lado, podemos afirmar que os movimentos realizados por ela, com vários tratados, caíram por terra com a pequena aceitação por parte dos Estados – muitos deles, incluindo o Brasil, com uma relação de altos e baixos com o organismo internacional, no decorrer de sua história, por outro lado, podemos afirmar que seus frutos são muito maiores.

Ao contrário do que se pensa, a influência da Convenção necessariamente não se reduz ao ato formal de ratificação de um tratado proposto por ela.⁸⁷ Seu amplo alcance pode ser confirmado quando a mesma serve de modelo para a constituição de normas internas por parte dos Estados que não fizeram parte da discussão no âmbito internacional.

A Convenção também é fonte de fundamentação por parte da jurisprudência do Poder Judiciário, dos mais diversos países, e exerce, – talvez aí esteja sua maior importância – uma influência inigualável na difusão e no desenvolvimento do Direito Internacional Privado dos Estados. Essa influência acontece a partir das tendências emitidas pelas suas Convenções, como podemos

⁸⁵ STRENGER, Irineu. *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international* / par Irineu Strenger. Recueil des cours, Volume 227 (1991-II), pp. 207-355

⁸⁶ 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.

⁸⁷ AUDIT, Bernard. *Le droit international privé en quete d'universalité : cours général (2001)*. Recueil des cours, Volume 305, p. 81.

observar na difusão do critério do domicílio ou do uso das regras de conflito com teor de direito material, como bem nos lembra Audit.⁸⁸

Essa influência da Haia se faz ainda maior quando os juristas que orbitam em torno dela são, na verdade, os grandes responsáveis pela difusão do Direito Internacional em seus Estados, trazendo, dos grandes Congressos, um conhecimento de direito comparado que é fundamental para se aplicar o Direito Internacional Privado dentro dos Estados.

Haia possui hoje mais de quarenta Convenções realizadas cujo fruto é identificado nos mais diversos ramos do Direito Internacional.⁸⁹ Dessas, mais de onze tratam de assuntos ligados ao Direito de Família Internacional – ponto sensível das transformações das sociedades e da preservação da dignidade do indivíduo. Assuntos como adoção,⁹⁰ sequestro de menores,⁹¹ casamento,⁹² divórcio,⁹³ proteção de adultos,⁹⁴ entre outros, foram objeto de estudo e codificação por parte da Convenção, nos últimos anos.

Mais recentemente, em 2007, a Convenção continuou a se preocupar com a questão do Direito de Família Internacional e teve como tema principal as Obrigações Alimentares. Como resultado de seus encontros, foram elaboradas duas Convenções – a Convenção sobre cobrança de obrigações alimentares⁹⁵ e o Protocolo sobre lei aplicável às obrigações alimentares.

Tanto a Convenção quanto o Protocolo, com sua preocupação com a defesa dos interesses dos desfavorecidos nas relações familiares, são mais uma demonstração explícita da preocupação por parte do Direito Internacional Privado, através de seus operadores, em preservar a dignidade do indivíduo, proporcionando maior equilíbrio jurídico entre as partes. Além disso, demonstra clara manifestação de respeito às diferenças sociais e culturais entre os homens,

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ LIPSTEIN, Karl. *One Hundred Of conferences on Private International Law*. International And comparative Law quarterly. Vol 42, July 1993-554-592.

⁹⁰ Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions.

⁹¹ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

⁹² Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages.

⁹³ Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations.

⁹⁴ Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults.

⁹⁵ Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. Ver: Beaumont, Paul. *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague conference and the EC: A triumph of reverse subsidiarity*. *RabelsZ Bd* (730, 2009, p. 510).

possibilitando a escolha da lei por parte dos indivíduos e consagrando a autonomia da vontade em seu texto, como veremos a seguir, de forma mais detida.

3.3

A Convenção da Haia sobre Cobrança de Alimentos de 2007

3.3.1

Fundamentos e análise

Diversas foram as conferências de família da Haia que trataram, em seus textos, da proteção da infância. As Convenções mais recentes são a de 1973, sobre obrigações alimentares, que não está em vigor no Brasil. A Convenção de 1980 sobre aspectos civis de sequestro de menores está em vigor no país através do decreto 3413/00; a Convenção de 1993, sobre adoção internacional, também vigora no Estado brasileiro através do Decreto 3087/99, e a Convenção de direitos parentais, de 1996.

Essa preocupação da Haia com a situação do menor e com a proteção do mais fraco é uma característica constante do organismo internacional e reinventa a Convenção a cada jornada de discussões e construções de novos instrumentos internacionais, cujo tema central é a proteção da infância.⁹⁶

Em 1999, após a reunião de uma comissão especial que tinha como finalidade analisar as quatro Convenções da Haia que tratavam do mesmo tema,⁹⁷ assim como a Convenção de Nova York, de 1956, chegou-se à conclusão de que uma série de problemas podiam ser identificados nesses textos legais. Em 2002, por ocasião da 19ª sessão da Convenção permanente da Haia, constituiu-se de uma Convenção para as obrigações alimentares.

⁹⁶ Ann Laquer Estin. Families Across borders: the Hague Children's conventions and the case for international family law in the united states. Florida Law Review 47 2010

⁹⁷ The Hague Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children; The Hague Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children; The Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations e a The Hague Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations

Segundo Borrás⁹⁸ e Degeling,⁹⁹ “on the one hand, a complete failure by certain States to fulfil their Convention obligations, particularly under the 1956 New York Convention, to, on the other hand, differences in interpretation and practice under the various Conventions”.¹⁰⁰ De acordo com as autoras, essas diferenças poderiam ser observadas em uma série de questões como:

such matters as the establishment of paternity, locating the defendant, approaches to the grant of legal aid and the payment of costs, the status of public authorities and of maintenance debtors under the 1956 New York Convention, enforcement of index-linked judgments, the question of the cumulative application of the Conventions and detailed matters of great practical importance such as mechanisms for transferring funds across international frontiers¹⁰¹

Apesar de existirem posições contrárias à formulação de uma nova Convenção da Haia sobre o assunto, decidiu-se pela constituição de uma comissão para formular um novo documento. Apesar do grande número de casos observados, havia pouca movimentação de mecanismos internacionais, pela constatação da natureza obsoleta da Convenção de Nova York, de 1956. Além disso, a aceitação por parte das delegações de que ocorreram diversas mudanças nos sistemas de direito interno no que tange à constituição e ao pagamento das obrigações alimentares. Somam-se os avanços tecnológicos e a constatação da proliferação de instrumentos com as mais diversas provisões e estágios de formalidade que dificultavam a atividade das autoridades centrais e dos advogados especializados.¹⁰²

De acordo com Willian Duncan,¹⁰³

there was a clear need for a new international instrument, that a consensus was achievable on its main components, and that the need to improve the international machinery for the recovery abroad of maintenance was sufficient interest to states at the political level to make likely that a new instrument, when concluded, would be widely implemented¹⁰⁴

⁹⁸ Catedrática de Direito Internacional Privado da Universidade de Barcelona

⁹⁹ Principal Legal Officer da Conferência permanente da Haia

¹⁰⁰ Explanatory report on the Convention of 23 November 2007, on The International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance. 2009. p. 6

¹⁰¹ Report p. 6

¹⁰² Report p. 7.

¹⁰³ Professor e primeiro secretário do escritório da Convenção Permanente da Haia.

¹⁰⁴ 43 FAm. L. Q. 1, 2009.

Diante dessa realidade, foi estabelecida a formulação de um documento que deveria ser caracterizado pelos seguintes aspectos: conter elementos essenciais para a atuação das autoridades administrativas; ter uma natureza compreensiva, utilizando-se das melhores características das Convenções já existentes em seu texto, principalmente no que tange às obrigações alimentares; levar em conta o desenvolvimento dos sistemas de proteção de alimentos do âmbito dos sistemas internacional e interno, além das novas tecnologias; ser estruturado de uma forma que combine o máximo de eficiência e flexibilidade necessária para obter o maior número de ratificações possível.¹⁰⁵

Logo na fase de pré-Convenção, ficou claro que alguns desses objetivos seriam dificilmente cumpridos, sendo necessária a flexibilização em assuntos em que as diferenças entre os países eram significativas, como a questão das regras diretas de jurisdição. Por outro lado, ficou evidente a firme posição dos participantes que determinaram, como o objetivo primordial, estabelecer um sistema de cobrança de alimentos justo, eficiente e efetivo. Além disso, estabeleceram como objetivo a construção de um instrumento que fosse claro e coerente, estruturado de tal forma que pudesse atuar em conjunto com uma grande variedade de sistemas legais e com uma série de profissionais administrativos e jurídicos, os quais teriam a responsabilidade de implementar a Convenção no nível interno.¹⁰⁶

Como muitos instrumentos internacionais oriundos das Convenções da Haia, a nova Convenção tem como principal preocupação a proteção da criança e a garantia dos alimentos. Conectada com a realidade do direito de família contemporânea, Haia vem se destacando como ambiente que privilegia os assuntos relacionados com o Direito de Família Internacional.¹⁰⁷

Segundo Spector,¹⁰⁸ “the focus of the treaty is on administrative cooperation between central authorities and the recognition of maintenance judgments”.¹⁰⁹ De acordo com o relatório explicativo “the main objective of the

¹⁰⁵ Report p. 7.

¹⁰⁶ 43 FAm. L. Q. 1, 2009.

¹⁰⁷ Estin, Ann Laquer. Family across borders: the Hague Children’s convention and the case for international family law in the United states. Florida Law Review, 47, 2010.

¹⁰⁸ Professor de Direito Universidade de Oklahoma. Foi membro da delegação americana que participou da Convenção.

¹⁰⁹ International Family Law. 42In’l Law.821. 2008.

Convention: to ensure that maintenance obligations are respected in cross-border cases in particular when the creditor and debtor are in different countries”.¹¹⁰

Após a Segunda Guerra, diversas Convenções internacionais foram constituídas com o intuito de proteger os direitos das crianças. Como exemplo, temos as Convenções de Nova York, de 1956, e da Haia, de 1956 e 1958, que posteriormente foram substituídas pelas Convenções de 1973, de obrigações alimentares. Hoje, Haia conta com uma série de Convenções que visam à proteção de menores e adultos: as Convenções de 1980, de sequestro de menores; de 1993, da adoção internacional; de 1996, Convenção de proteção da criança; e a de 2000, que visava à proteção do adulto; além da Convenção da ONU, dos direitos da criança, de 1989.¹¹¹

A Convenção adotada em 2007 “é um documento moderno e preocupado com o dia a dia da cooperação jurídica internacional. Incorpora várias metodologias já testadas em outras Convenções da Haia e dá às autoridades centrais um grande poder de coordenação do trabalho da Convenção”.¹¹²

Segundo Duncan, há otimismo por parte dos envolvidos no processo de formação do novo instrumento. Consideram que a nova Convenção vá alcançar seus objetivos de maneira relativamente rápida, mas há cautela, já que ela é resultado de um processo de dez anos, que se estende desde a sua concepção, até o momento em que ela dará seu primeiro passo no mundo real.¹¹³

Buscando compreender esse recente instrumento que visa à proteção do indivíduo, garantindo-lhe a oportunidade de ver seu direito respeitado e receber alimentos além das fronteiras de seu país, selecionamos alguns pontos relevantes da normativa internacional. Optamos por tratar os artigos considerados mais importantes no texto da Convenção de 2007 por trazerem temas substancialmente novos e posições inovadoras quanto à proteção do menor bem como seu direito aos alimentos.

Uma das primeiras questões levantadas no momento da confecção do novo instrumento foi a adoção ou não de regras diretas de jurisdição. Segundo o

¹¹⁰ Report, p. 17.

¹¹¹ Report, p. 13.

¹¹² ARAUJO, Nadia; GAMA, Lauro e VARGAS, Daniela. *Direito Internacional Privado em 2007: Novidades no plano internacional e interno*. Revista de Direito do Estado, nº09, Editora Renovar, 2008.

¹¹³ Family Law Quarterly 43 Fam. L. Q. 1, 2009.

relatório, as controvérsias sobre esse ponto centravam-se em duas grandes questões:

There are two important areas of divergence in relation to current approaches to jurisdiction. First, in the case of jurisdiction to make original maintenance decisions, there is the divergence between on the one hand those systems which accept creditor's residence / domicile without more as a basis for exercising jurisdiction (typified by the Brussels / Lugano and Montevideo regimes), and on the other hand systems which require some minimum nexus between the authority exercising jurisdiction and the debtor (typified by the system operating within the United States of America). Second, as described under Article 18, in the case of jurisdiction to modify an existing maintenance decision, there is the divergence between systems that adopt the general concept of "continuing jurisdiction" in the State where the original decision was made (see the United States of America model), and those which on the other hand accept that jurisdiction to modify an existing order may shift to the courts or authorities of another State, in particular one in which the creditor has established a new residence or domicile (see the regional systems mentioned above).¹¹⁴

Diante das diferenças entre União Europeia, que adota "the place of the creditor's habitual residence or, at the creditor's option, at the habitual residence", e os EUA, que, desde o caso *Kulko versus Califórnia*, criou jurisprudência no sentido de que não prevalece a residência habitual do credor, a Convenção, procurando promover a maior aceitação do texto, optou por não tratar o tema.¹¹⁵ Afirnam as relatoras:

The balance of opinion among experts favoured leaving aside the general issue of uniform direct rules of jurisdiction. While many experts acknowledged the possible advantages of uniform rules, the preponderant view was that any practical benefits to be derived from uniform rules were far outweighed by the cost of embarking on a long, complex and possibly futile attempt to reach a consensus.¹¹⁶

O preâmbulo do instrumento traz uma reafirmação da Convenção dos Direitos das Crianças protegidos pela Convenção da ONU, de 1989, em seus artigos 3 e 27. Nesse momento, o texto da Haia expõe que os interesses da criança

¹¹⁴ Rapport, p. 13.

¹¹⁵ Spector, Robert; Su-Lechman, Bradley C. *International Family Law*. 42In'l Law.821. 2008.

¹¹⁶ Rapport, p. 15.

devem ser observados de forma primordial e que serão o principal guia da Convenção.¹¹⁷

A Convenção é dividida em nove capítulos. O primeiro deles tem como foco a exposição do objeto da Convenção, as definições necessárias e o escopo. O segundo capítulo trata das questões referentes às autoridades centrais, sua designação, função e custos. O terceiro capítulo expõe as formas de aplicação disponibilizadas pela Convenção. O quarto contém apenas um artigo que determina restrições a procedimentos. Já o quinto capítulo está conectado com as duas partes subsequentes e são as partes mais importantes do material. Tratam, respectivamente:

With the recognition and enforcement of decisions, which means the intermediate formalities to which recognition and enforcement of a foreign decision are subject (see comments to Chapter V) before enforcement *stricto sensu*, which is the subject of Chapter VI (Enforcement by the State addressed). Chapter VII (Public bodies) clarifies that for the purpose of recognition and enforcement under Article 10(1) a) and b) and cases of establishment of a decision covered by Article 20(4), “creditor” includes a public body in certain circumstances.¹¹⁸

Os capítulos oito e nove tratam das previsões gerais e finais do texto. O artigo primeiro da Convenção¹¹⁹ traz o objeto da mesma, qual seja tornar internacionalmente efetivo o reconhecimento e o pagamento de alimentos. O

¹¹⁷ O texto do preâmbulo traz os seguintes dizeres: “1. States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child’s physical, mental, spiritual, moral and social development.

2. The parent(s) or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child’s development.

3. States Parties, in accordance with national conditions and within their means, shall take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and shall in case of need provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and housing.

4. States Parties shall take all appropriate measures to secure the recovery of maintenance for the child from the parents or other persons having financial responsibility for the child, both within the State Party and from abroad. In particular, where the person having financial responsibility for the child lives in a State different from that of the child, States Parties shall promote the accession to international agreements or the conclusion of such agreements, as well as the making of other appropriate arrangements”.

¹¹⁸ Report, p.18.

¹¹⁹ Article 1 – Object.

The object of the present Convention is to ensure the effective international recovery of child support and other forms of family maintenance, in particular by:

- a) establishing a comprehensive system of co-operation between the authorities of the Contracting States;
- b) making available applications for the establishment of maintenance decisions;
- c) providing for the recognition and enforcement of maintenance decisions; and
- d) requiring effective measures for the prompt enforcement of maintenance decisions.

artigo fornece os elementos essenciais da Convenção, numa lista não exaustiva onde se destaca, na alínea a da mesma, a busca de uma grande cooperação entre os Estados participantes da Convenção, através de suas autoridades centrais. Na alínea b, o instrumento “establishes a system of applications for the establishment of maintenance decisions, as well as applications for recognition of maintenance decisions and other procedures that could be useful for the effective collection of maintenance”.¹²⁰ A alínea c se refere à possibilidade que a adoção da Convenção fornecerá para simplificar os procedimentos de execução de decisões estrangeiras referentes a alimentos. A alínea d, por fim, afirma que a Convenção não está apenas preocupada com a facilitação do “exequator”, mas também tem como objetivo facilitar a execução dessa decisão.

Uma grande questão foi levantada no momento de se decidir qual era o escopo da Convenção. Seria necessário limiar o texto à proteção do menor ou a norma criada poderia avançar sua proteção a outros indivíduos, notadamente adultos dependentes? Segundo Duncan, não havia muitos problemas em incluir a proteção do direito do menor, já que o direito da criança é universalmente aceito, mas diversos países divergem sobre o direito de alimentos oriundos do casamento e outras relações familiares.¹²¹

Essa discussão não pode ser vista como uma simples separação entre aqueles que advogam pelos direitos de alimentos exclusivos para as crianças e aqueles que não advogam. Há várias nuances envolvidas, como a própria definição da idade para o enquadramento do indivíduo como menor. No final das discussões, os países latino-americanos, notadamente o Brasil, sugeriram a inclusão das chamadas “pessoas vulneráveis” como parte do escopo obrigatório. Como parte das delegações afirmou não haver tempo para examinar as implicações do acréscimo dessa expressão, não se chegou a um consenso. Entretanto uma menção específica às pessoas vulneráveis foi feita no artigo segundo, e uma norma expressa foi incluída no artigo 37 (3),¹²² assegurando o reconhecimento e a execução que garantiriam os alimentos a um adulto

¹²⁰ Report, 20.

¹²¹ 43 FAm. L. Q. 1, 2009.

¹²² Article 37 -Direct requests to competent authorities:

(3) For the purpose of paragraph 2, Article 2(1) a) shall apply to a decision granting maintenance to a vulnerable person over the age specified in that sub-paragraph where such decision was rendered before the person reached that age and provided for maintenance beyond that age by reason of the impairment.

vulnerável.¹²³ Após as discussões, optou-se por definir a idade de 21 anos, com as exceções analisadas abaixo. Segundo Duncan,

The provisions on scope, (...) reflect the complex spectrum of views outlined above. The approach adopted is to begin by defining the mandatory scope of the convention (in other words, those obligations which all contracting states will undertake) and then to indicate in rather broad terms the freedom which contracting states will have to extend, with reciprocal effect, the scope of these obligations by declarations. The provisions on mandatory scope reflect the bias towards child support and, indeed, justify the title of the convention.¹²⁴

O artigo segundo da Convenção,¹²⁵ em sua alínea a, define o escopo material e determina que o texto será aplicado a obrigações alimentares oriundas de relações familiares, envolvendo menores de 21 anos. O relatório explicativo deixa claro que não é intuito do texto mudar a data de maioridade dos países signatários, apenas estabelecer um limite de idade que foi aceito por todos os países assinantes. O principal efeito desse parágrafo é determinar que “an obligation under the Convention to recognise and enforce a foreign decision made in favour of a child up to the age of 21 years and to provide administrative assistance, including legal assistance, in respect of maintenance towards such persons”.¹²⁶

A alínea b do mesmo artigo trata da questão dos alimentos no que diz respeito aos esposos. A alínea garante a utilização da Convenção nos casos de

¹²³ 43 FAm. L. Q. 1, 2009.

¹²⁴ 43 FAm. L. Q. 1, 2009.

¹²⁵ Article 2 -Scope

(1) This Convention shall apply -

a) to maintenance obligations arising from a parent-child relationship towards a person under the age of 21 years;

b) to recognition and enforcement or enforcement of a decision for spousal support when the application is made with a claim within the scope of sub-paragraph a); and c) with the exception of Chapters II and III, to spousal support.

(2) Any Contracting State may reserve, in accordance with Article 62, the right to limit the application of the Convention under sub-paragraph 1 a), to persons who have not attained the age of 18 years. A Contracting State which makes this reservation shall not be entitled to claim the application of the Convention to persons of the age excluded by its reservation.

(3) Any Contracting State may declare in accordance with Article 63 that it will extend the application of the whole or any part of the Convention to any maintenance obligation arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity, including in particular obligations in respect of vulnerable persons. Any such declaration shall give rise to obligations between two Contracting States only in so far as their declarations cover the same maintenance obligations and parts of the Convention.

(4) The provisions of this Convention shall apply to children regardless of the marital status of the parents.

¹²⁶ Rapport, p. 20.

pagamento de alimentos para ex-cônjuges quando esses pagamentos estiverem conectados à alínea a, ou seja, com a situação dos menores envolvidos.

Já o pagamento de alimentos a um ex-cônjuge com os quais não há menores dependentes envolvidos é tratado pela alínea c. Nesse caso, a Convenção não terá sua força compulsória, cabendo aos Estados declarar que aceitam os capítulos II e III da Convenção, que tratam das autoridades centrais e da aplicação do texto, conforme ditames do artigo 63,¹²⁷ do instrumento.

O parágrafo dois do artigo é resultado das dificuldades de se encontrar uma aceitação de todos os Estados para a aplicação da Convenção para indivíduos de até 21 anos. Para solucionar este celeuma o texto oferece a oportunidade de serem constituídas reservas que permitem a aplicação do texto somente a pessoas com até 18 anos. Nesse caso, nos países que levantarem a questão, os pedidos de alimentos só poderão ser realizados até a idade máxima de 18 anos completos. Nesse momento, a normativa admite a reciprocidade, impedindo aos países que arguam pela reserva reclamar a outros Estados por pedidos de alimentos a maiores de 18 anos residentes naquele país.

O último parágrafo do artigo segundo oferece aos Estados contratantes a oportunidade de, respeitando o já citado artigo 63, estender a aplicação da Convenção para todas as relações familiares, de parentesco ou afinidade.

De acordo com o relatório explicativo, essa declaração terá o efeito da reciprocidade se ambos os Estados declararem que estendem a Convenção aos mesmos sujeitos determinados no artigo. Caso isso não aconteça, o Estado não será obrigado a aceitar o pedido de outros países membros que não se manifestaram quanto à proteção de outras relações que podem ensejar os alimentos. Segundo o texto:

¹²⁷ Article 63 Declarations.

(1) Declarations referred to in Articles 2(3), 11(1) g), 16(1), 24(1), 30(7), 44(1) and (2), 59(3) and 61(1), may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

(2) Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the depositary.

(3) A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

(4) A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary.

If a Contracting State has made a declaration extending the application of the whole Convention, for example, to a relationship based on affinity, a decision based on such a relationship need not be recognised in another Contracting State that has not made the same declaration. The State making the declaration must accept applications coming from a Contracting State that has made the same declaration and may, but is not obliged to, accept applications from Contracting States that have not made such a declaration.¹²⁸

O relatório também faz uma ressalva quanto ao seguinte aspecto: cada Estado contratante definirá o conceito de relação familiar que será declarado pelo mesmo, de acordo com o parágrafo terceiro. As obrigações serão mútuas, prossegue o texto explicativo, se ambas definirem, de forma equivalente, os conceitos de relação familiar. O texto do relatório utiliza o exemplo das parcerias civis que podem ou não ser consideradas relações familiares, de acordo com a vontade expressa do Estado.

O quarto parágrafo do artigo estabelece que a proteção da criança está garantida, independentemente da situação matrimonial do casal, fazendo valer os direitos da criança já reconhecidos na Convenção da ONU.

Com o objetivo de atender às definições da Convenção, o artigo terceiro¹²⁹ estabelece que credor é o indivíduo que está necessitando dos alimentos pela primeira vez ou que já tem garantido, judicialmente, esse direito. O devedor é conceituado pelo texto como aquele que deve fornecer os alimentos por força de uma decisão judicial ou aquele que está sendo acionado judicialmente para arcar com os alimentos do credor. Por assistência legal, a Convenção estabeleceu como assistência necessária para que o indivíduo consiga obter seus direitos, sendo

¹²⁸ Raport, p. 22.

¹²⁹ Article 3 – Definitions.

For the purposes of this Convention:

- a) "creditor" means an individual to whom maintenance is owed or is alleged to be owed;
- b) "debtor" means an individual who owes or who is alleged to owe maintenance;
- c) "legal assistance" means the assistance necessary to enable applicants to know and assert their rights and to ensure that applications are fully and effectively dealt with in the requested State. The means of providing such assistance may include as necessary legal advice, assistance in bringing a case before an authority, legal representation and exemption from costs of proceedings;
- d) "agreement in writing" means an agreement recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference;
- e) "maintenance arrangement" means an agreement in writing relating to the payment of maintenance which:
 - i) has been formally drawn up or registered as an authentic instrument by a competent authority; or
 - ii) has been authenticated by, or concluded, registered or filed with a competent authority, and may be the subject of review and modification by a competent authority;
- f) "vulnerable person" means a person who, by reason of an impairment or insufficiency of his or her personal faculties, is not able to support him or herself.

possível enquadrar nessa definição a assistência jurídica propriamente dita, a assistência em levar o caso à autoridade responsável e à representação legal.

A expressão “acordo por escrito” indica o meio pelo qual o acordo deve ser manifestado e a oportunidade de termos acesso a esse acordo para eventuais consultas. A expressão “acordo de alimentos”, por sua vez, explicita acordos realizados publicamente ou em privado que, seguindo as condições estabelecidas pelas duas alíneas i e ii, estabelecem o conceito de instrumento autêntico como sendo aquele confeccionado ou autenticado por uma autoridade constituída pelas normas de direito interno desse Estado para esse fim. Podem ou não ser aceitos pelos países por força da possibilidade de reservas que possibilitam o não reconhecimento desses instrumentos, caso o país opte por utilizar a reserva.¹³⁰

A Convenção da Haia sobre alimentos internacionais tem como uma de suas principais características o destaque dado à cooperação internacional de cunho administrativo, através das autoridades centrais responsáveis determinadas pelos países signatários do texto.¹³¹ Esse assunto é tratado nos capítulos II e III do texto, elencados do artigo quarto ao artigo trinta e dois. Seleccionamos, nesses capítulos, alguns pontos relevantes.

O artigo quarto¹³² do texto convencional aborda o tema das autoridades centrais, ponto importante para a Convenção, já que define o que se entende por autoridade central. Para Beaumont, a criação por parte da Convenção de Autoridades Centrais merece aplausos pois “creates a much more sophisticated system of administrative cooperation than the New York Convention by creating

¹³⁰ Raport, p. 25.

¹³¹ ARAUJO, Nadia; GAMA, Laura e VARGAS, Daniela. *Direito Internacional Privado em 2007: Novidades no plano internacional e interno*. Revista de Direito do Estado, nº09, Editora Renovar, 2008.

¹³² Article 4 -Designation of Central Authorities.

(1) A Contracting State shall designate a Central Authority to discharge the duties that are imposed by the Convention on such an authority.

(2) Federal States, States with more than one system of law or States having autonomous territorial units shall be free to appoint more than one Central Authority and shall specify the territorial or personal extent of their functions. Where a State has appointed more than one Central Authority, it shall designate the Central Authority to which any communication may be addressed for transmission to the appropriate Central Authority within that State.

(3) The designation of the Central Authority or Central Authorities, their contact details, and where appropriate the extent of their functions as specified in paragraph 2, shall be communicated by a Contracting State to the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law at the time when the instrument of ratification or accession is deposited or when a declaration is submitted in accordance with Article 61. Contracting States shall promptly inform the Permanent Bureau of any changes.

Central Authorities that have significant duties in relation to all cross-border maintenance cases that are channeled through them”.¹³³

Segundo o relatório explicativo, “These authorities act as the focal point for international co-operation at the administrative level and are intended to play the primary role in the “comprehensive system of co-operation”, one of the objects of the Convention referred to in Article 1”.¹³⁴ O termo autoridade central não é definido, e seu significado será determinado de acordo com a capacidade e estrutura administrativa dos países signatários, respeitando a peculiaridade de cada sistema interno. Cabe a essa autoridade central implementar as determinações impostas pela Convenção nos territórios dos estados participantes, mas sua designação não desonera os Estados de proverem qualquer tipo de obrigação necessária para que o instrumento seja efetivado.

O relatório explicativo afirma que o texto dos parágrafos 1 e 2 desse artigo foi inspirado em outras Convenções da Haia, como os artigos sexto, da Convenção de sequestro de menores, de 1980 e de 1996, de adoção internacional, o artigo vinte e nove da Convenção de 1996, de proteção à criança, além do artigo vinte e oito, da Convenção de proteção a adultos, de 2000.

O artigo também permite, em seu parágrafo segundo, que os Estados contratantes indiquem mais de uma autoridade central, seja porque o Estado adota o sistema Federal, seja porque há mais de uma lei em seu território, seja porque existe uma autonomia territorial nos estados membros daquele país. Nesses casos, é necessário que o Estado aponte qual a autoridade central para enviar as notificações. O relatório afirma que as autoridades centrais principais devem ser estabelecidas junto ao governo federal. Caso os Estados optem por designar mais de uma autoridade central, devem determinar expressamente a função de cada um deles no momento da ratificação do instrumento ou da adesão ao mesmo.¹³⁵

A intenção das normas da Convenção é tornar a aplicação do texto o mais simples possível, admitindo as características de cada Estado. Entretanto também notamos uma preocupação quanto a uma maior estabilidade na determinação dessas autoridades para que não haja insegurança na comunicação e na

¹³³ International Family Law in Europe – The Maintenance Project, the Hague conference and the E.C.: A triumph of Reverse subsidiarity. *RebelsZ* bd. 73, 2009, p. 514.

¹³⁴ Raport, p. 28.

¹³⁵ Raport, p. 29.

determinação das responsabilidades do órgão governamental responsável pela aplicação do texto no país. Os artigos quinto¹³⁶ e sexto¹³⁷ expõem as funções designadas às autoridades centrais. Segundo Duncan, as negociações envolvendo esses artigos foram difíceis, com diferentes opiniões sobre a disponibilização dos serviços, sua extensão e a própria definição das funções da autoridade central.¹³⁸ Como resultado dessas intrincadas negociações, o texto “is a set of carefully balanced and workable provisions, which give a reasonable prospect of approximate equivalence in the services that will be offered by Central authorities and efficiency and responsiveness in the processing of applications”.¹³⁹ Segundo o relatório da Haia, que contou com a participação do professor americano, a divisão das competências da autoridade central justifica-se na medida em que se busca um balanço entre:

¹³⁶ Article 5 - General functions of Central Authorities

Central Authorities shall:

- a) co-operate with each other and promote co-operation amongst the competent authorities in their States to achieve the purposes of the Convention;
- b) seek as far as possible solutions to difficulties which arise in the application of the Convention

¹³⁷ Article 6 - Specific functions of Central Authorities:

(1) Central Authorities shall provide assistance in relation to applications under Chapter III. In particular they shall:

- a) transmit and receive such applications;
 - b) initiate or facilitate the institution of proceedings in respect of such applications.
- (2) In relation to such applications they shall take all appropriate measures:
- a) where the circumstances require, to provide or facilitate the provision of legal assistance;
 - b) to help locate the debtor or the creditor;
 - c) to help obtain relevant information concerning the income and, if necessary, other financial circumstances of the debtor or creditor, including the location of assets;
 - d) to encourage amicable solutions with a view to obtaining voluntary payment of maintenance, where suitable by use of mediation, conciliation or similar processes;
 - e) to facilitate the ongoing enforcement of maintenance decisions, including any arrears;
 - f) to facilitate the collection and expeditious transfer of maintenance payments;
 - g) to facilitate the obtaining of documentary or other evidence;
 - h) to provide assistance in establishing parentage where necessary for the recovery of maintenance;
 - i) to initiate or facilitate the institution of proceedings to obtain any necessary provisional measures that are territorial in nature and the purpose of which is to secure the outcome of a pending maintenance application;
 - j) to facilitate service of documents.

(3) The functions of the Central Authority under this Article may, to the extent permitted under the law of its State, be performed by public bodies, or other bodies subject to the supervision of the competent authorities of that State. The designation of any such public bodies or other bodies, as well as their contact details and the extent of their functions, shall be communicated by a Contracting State to the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law. Contracting States shall promptly inform the Permanent Bureau of any changes.

(4) Nothing in this Article or Article 7 shall be interpreted as imposing an obligation on a Central Authority to exercise powers that can be exercised only by judicial authorities under the law of the requested State.

¹³⁸ 43 FAm. L. Q. 1, 2009.

¹³⁹ 43 FAm. L. Q. 1, 2009.

on the one hand, the need to define with precision certain Central Authority functions and, on the other hand, the wish to have some flexibility for Contracting States in relation to other functions. This flexibility allows account to be taken of the limitations imposed by the resources and powers given to the Central Authority; at the same time it envisages the possibility of a gradual improvement of services provided by the Central Authority.¹⁴⁰

Diante disso, o artigo quinto determina as funções gerais impostas às autoridades centrais e que não podem ser delegadas ou realizadas por outros órgãos. Já o artigo sexto autoriza sua realização por autoridades centrais ou órgãos públicos, contendo ainda funções mandatórias concernentes à aplicação e instituição de procedimentos determinados à obtenção dos alimentos, nos casos envolvendo crianças. Em se tratando de esposos, o artigo pode não alcançar aqueles países que tenham realizado as reservas já analisadas no artigo 2 (1).¹⁴¹

Entre as diversas responsabilidades elencadas nos artigos quinto e sexto, para as autoridades centrais, pode ser destacada a obrigatoriedade de atuação em conjunto com as outras autoridades, procurando promover o trabalho coletivo dos Estados contratantes para a implementação da normativa internacional. Realizar todos os procedimentos possíveis para que a Convenção aconteça de forma efetiva. No artigo sexto, observamos funções administrativas relacionadas à administração da cooperação entre as autoridades.

Todas as suas alíneas enumeram uma série de comportamentos que irão facilitar a aplicação da Convenção: localizar o devedor e o credor dos alimentos; obter informações a respeito da situação financeira dos indivíduos envolvidos no processo de alimentos; encorajar soluções amistosas, com o intuito de evitar procedimentos judiciais; favorecer procedimentos amigáveis, como a mediação ou a conciliação; disponibilizar a transferência de valores dos pagamentos a serem realizados; facilitar a obtenção e documentos ou alguma outra evidência; promover a assistência para a identificação do parentesco, nos casos em que ele ainda não é reconhecido; promover, da melhor forma possível, o contato com a documentação necessária para o andamento do processo.

¹⁴⁰ Rapport, p. 30.

¹⁴¹ Rapport, p. 31. Continua o texto: “However, Articles 5 and 6 could apply to spousal and other forms of family maintenance if a Contracting State makes an appropriate declaration under Article 63 and referred to in Article 2 (3).”

Alguns artigos da Convenção são paradigmáticos no que concerne à preocupação com a dignidade do indivíduo por parte do Direito Internacional Privado. Trata-se de artigos voltados ao fato de o homem ver respeitado seu direito de alimentos, independente de sua condição financeira. Ao se preocupar com a possibilidade do efetivo acesso ao processo, a Convenção mostra-se conectada com o respeito à dignidade do indivíduo e reafirma seu compromisso de tornar o homem o eixo axiológico do Direito Internacional Privado.

O artigo oitavo¹⁴² do texto convencional, além de ter como princípio mestre a gratuidade da atuação das autoridades centrais, tem como função possibilitar que a Convenção alcance seus objetivos de forma menos onerosa e com o procedimento mais rápido e simples possível. Condizente com o princípio, o relatório afirma que o conteúdo do artigo oitavo deve ser estendido para uma série de outros artigos que tratam de assuntos como a acesso a processos ou assistência legal.¹⁴³

Segundo Estin,¹⁴⁴ “the principle of cost-free services was the most difficult and important one for the United States, which was been committed to this principle in its domestic child support enforcement system and in its bilateral agreements with other countries”.¹⁴⁵ Para a delegação americana, quanto mais serviços de execução estivessem disponíveis a baixo custo ou gratuitos, mais o sistema seria efetivo para a maioria dos casos em que grande parte dos interessados não dispõe de recursos financeiros suficientes para constituírem advogados no exterior.¹⁴⁶

De acordo com Duncan, esse artigo também foi de difícil conciliação por parte dos países participantes, prevalecendo, no final o princípio do efetivo, acesso ao processo que a gratuidade da atuação das autoridades centrais

¹⁴² Article 8 -Central Authority costs:

(1) Each Central Authority shall bear its own costs in applying this Convention.

(2) Central Authorities may not impose any charge on an applicant for the provision of their services under the Convention save for exceptional costs arising from a request for a specific measure under Article 7.

(3) The requested Central Authority may not recover the costs of the services referred to in paragraph 2 without the prior consent of the applicant to the provision of those services at such cost.

¹⁴³ Raport, p. 49.

¹⁴⁴ Professora de Direito de Família da Universidade de Iowa.

¹⁴⁵ Florida Law Review 47 2010.

¹⁴⁶ Florida Law Review 47 2010.

proporciona.¹⁴⁷ Um dos grandes pontos da Convenção também tem como tema a gratuidade, e está nos artigos quatorze¹⁴⁸ e quinze¹⁴⁹ do dispositivo convencional.

O artigo quatorze¹⁵⁰ traz consigo uma das ideias centrais da Convenção: o direito a ter acesso efetivo aos procedimentos e serviços da mesma.¹⁵¹ As razões para que fosse garantido o efetivo acesso ao processo e os benefícios decorrentes desse princípio foram enumerados no relatório explicativo que assim justifica sua opção:

Applicants for maintenance generally have very limited resources, and even small financial barriers may inhibit use by them of the opportunities otherwise provided by the new Convention. The costs for the applicant should not be such as to inhibit the use of, or prevent effective access to, the services and procedures provided for in the Convention.

At the same time the Convention, if it is to be attractive to a wide range of Contracting Parties, should not be seen to impose excessive financial burdens on them. This does not mean that the provision of services under the Convention will be free of cost to Contracting Parties, but rather that the costs of providing services should not be disproportionate to the benefits in terms of achieving

¹⁴⁷ 43 FAm. L. Q. 1, 2009.

¹⁴⁸ Article 14 - Effective access to procedures:

- (1) The requested State shall provide applicants with effective access to procedures, including enforcement and appeal procedures, arising from applications under this Chapter.
- (2) To provide such effective access, the requested State shall provide free legal assistance in accordance with Articles 14 to 17 unless paragraph 3 applies.
- (3) The requested State shall not be obliged to provide such free legal assistance if and to the extent that the procedures of that State enable the applicant to make the case without the need for such assistance, and the Central Authority provides such services as are necessary free of charge.
- (4) Entitlements to free legal assistance shall not be less than those available in equivalent domestic cases.
- (5) No security, bond or deposit, however described, shall be required to guarantee the payment of costs and expenses in proceedings under the Convention.

¹⁴⁹ Article 15 - Free legal assistance for child support applications

- (1) The requested State shall provide free legal assistance in respect of all applications by a creditor under this Chapter concerning maintenance obligations arising from a parent-child relationship towards a person under the age of 21 years.
- (2) Notwithstanding paragraph 1, the requested State may, in relation to applications other than those under Article 10(1) a) and b) and the cases covered by Article 20(4), refuse free legal assistance if it considers that, on the merits, the application or any appeal is manifestly unfounded.

¹⁵⁰ Article 14 - Effective access to procedures

- (1) The requested State shall provide applicants with effective access to procedures, including enforcement and appeal procedures, arising from applications under this Chapter.
- (2) To provide such effective access, the requested State shall provide free legal assistance in accordance with Articles 14 to 17 unless paragraph 3 applies.
- (3) The requested State shall not be obliged to provide such free legal assistance if and to the extent that the procedures of that State enable the applicant to make the case without the need for such assistance, and the Central Authority provides such services as are necessary free of charge.
- (4) Entitlements to free legal assistance shall not be less than those available in equivalent domestic cases.
- (5) No security, bond or deposit, however described, shall be required to guarantee the payment of costs and expenses in proceedings under the Convention

¹⁵¹ Report, p. 72.

support for more children and other family dependants and in consequence reducing welfare budgets.¹⁵²

O documento explicativo afirma que efetivo acesso ao processo pode ser entendido como a possibilidade de proporcionar ao indivíduo o máximo possível de contato com o processo, tendo apoio das autoridades do Estado requerido. A obrigação por parte dos Estados em garantir esse acesso ao interessado pode ser realizada de diferentes formas, variando de acordo com o direito interno de cada país. O importante, prossegue o texto explicativo, é alcançar o resultado, qual seja o acesso mais pleno possível. O relatório chega a exemplificar que, muitas vezes, será necessário, inclusive, que um Estado arque com os custos para que o indivíduo consiga ter o representante legal necessário para sua acessibilidade ao procedimento.

O tema também foi objeto de debate quanto à extensão do oferecimento gratuito de serviço de assistência legal quando requerido pelo processo. Alguns países relutaram, alegando que poderia ocorrer preconceito em relação àqueles que iniciam um procedimento interno no Estado que tem como característica a cobrança de custos, enquanto aqueles que iniciam um procedimento internacional têm esse benefício. Alguns países argumentaram que as custas poderiam ser assaz onerosas aos seus cofres, e outros estavam preocupados com a aplicação do princípio da gratuidade em seus órgãos públicos e com relação aos devedores.

Um consenso geral foi estabelecido no sentido de oferecer o serviço gratuitamente quando menores estiverem envolvidos no processo. Por outro lado, também foi estabelecido que não seria necessário o oferecimento desse tipo de gratuidade quando os procedimentos fossem simples. No final, o artigo acabou “sendo adotado com uma previsão de declaração dos países que assim o desejarem para analisar as condições econômicas das crianças e não dos pais, na concessão do auxílio jurídico”.¹⁵³

¹⁵² Report, p. 73.

¹⁵³ ARAUJO, Nadia; GAMA, Lauro e VARGAS, Daniela. *Direito Internacional Privado em 2007: Novidades no plano internacional e interno*. Revista de Direito do Estado, nº09, Editora Renovar. 2008.

Já o artigo quinze,¹⁵⁴ considerado por alguns autores como a maior realização da Convenção,¹⁵⁵ constitui a norma geral da gratuidade dos custos para os menores envolvidos no processo. A respeito do escopo do artigo segundo, o relatório salienta que essa gratuidade só será oferecida aos menores de 21 anos. O artigo salienta, em seu parágrafo primeiro, que só será aplicado caso o pedido seja feito de acordo com as premissas do capítulo terceiro. Segundo o relatório explicativo:

Therefore, the provision will not apply to applications by debtors, as concerns were expressed that a debtor would receive free legal assistance to reduce his / her child support obligation (...) On the other hand, there was much support for the principle that debtors and creditors should both be assisted fairly and equitably. A debtor whose circumstances have changed and who can no longer afford to make payments at the original level is entitled to seek a reduction in his / her child support obligation, and avoid the consequences of an accumulation of arrears. However, the Session eventually accepted that a differentiation should be made between creditors and debtors in child support cases.¹⁵⁶

Sem sombra de dúvidas, a gratuidade estabelecida, em escala global, para o acesso ao processo é uma das maiores vantagens e uma das maiores comprovações da preocupação com a dignidade do indivíduo, dentro da Convenção de 2007.

A Convenção da Haia é a quarta Convenção moderna cujo tema principal é a criança. Assinaram-na setenta e um países, incluindo os da União Europeia e os EUA. Hoje, muitos Estados preparam a ratificação. Com outras Convenções que tratam da proteção a criança, hoje Haia fornece uma base de proteção global à infância em situações envolvendo mais de um país.¹⁵⁷

As Convenções de família, hoje, baseiam-se na efetividade de suas operações dentro do contexto das novas famílias internacionais contemporâneas, ou seja, famílias marcadas pela transnacionalidade, pela multiplicidade de

¹⁵⁴ Article 15- Free legal assistance for child support applications:

(1) The requested State shall provide free legal assistance in respect of all applications by a creditor under this Chapter concerning maintenance obligations arising from a parent-child relationship towards a person under the age of 21 years.

(2) Notwithstanding paragraph 1, the requested State may, in relation to applications other than those under Article 10(1) a) and b) and the cases covered by Article 20(4), refuse free legal assistance if it considers that, on the merits, the application or any appeal is manifestly unfounded.

¹⁵⁵ BEAUMONT, Paul. *International Family Law in Europe – The Maintenance Project*, the Hague conference and the E.C.: A triumph of Reverse subsidiarity. *RebelsZ* bd. 73, 2009, p. 514.

¹⁵⁶ Report, p. 77.

¹⁵⁷ DUNCAN, Willian. *The new Hague child support convention: goals and outcomes of the negotiations*. *Family Law Quarterly*, n° 43, 2009.

nacionalidades, em um mesmo núcleo familiar. Ao proporcionar instrumentos efetivos de proteção, Haia oferece ao mundo a segurança jurídica para que os indivíduos consigam relacionar-se num mundo globalizado, através de relações econômicas ou familiares.¹⁵⁸

A adoção, por parte dos Estados, especialmente do Brasil, desses instrumentos não só garantirá a segurança das relações familiares, mas também refletirá a preocupação dos Estados contratantes com a dignidade dos indivíduos e com sua segurança. Isso reafirma o compromisso desses Estados e do Brasil com “o respeito aos direitos fundamentais, já garantidos pela Constituição, no tema de proteção da família e da infância”.¹⁵⁹

3.4

O Protocolo sobre lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia

3.4.1

O Protocolo: características e causas

O Protocolo adicional sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Haia é um instrumento independente da Convenção da Haia, de 2007, sobre cobranças alimentares. Ele tem como objetivo principal a oportunidade de facilitar a obtenção de alimentos pela parte mais fraca em uma relação familiar, notadamente o credor, “ao promover a utilização de normas uniformes na questão de lei aplicável, mais adequadas ao momento presente do que as da Convenção de 1973”.¹⁶⁰ Em relação à Convenção de 1973, Araujo destaca três principais inovações trazidas pelo Protocolo:

A lex fori como critério principal nas relações jurídicas alimentares; a criação de uma norma distinta para a lei aplicável a ex-esposos, fundada no critério da

¹⁵⁸ ESTIN, Ann Laquer. Family across borders: the Hague Children’s convention and the case for international family law in the United states. *Florida Law Review*, 47, 2010.

¹⁵⁹ ¹⁵⁹ ARAUJO, Nadia; GAMA, Lauro e VARGAS, Daniela. *Direito Internacional Privado em 2007: Novidades no plano internacional e interno*. Revista de Direito do Estado, nº 09, Editora Renovar. 2008.

¹⁶⁰ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 5.

proximidade; e a introdução da autonomia da vontade, em certa medida, nos casos de acordo, e a qualquer momento para os adultos em sua plena capacidade, dando às partes estabilidade e segurança em suas relações jurídicas.¹⁶¹

Segundo o relator do documento em Haia, Andrea Bonomi, o Protocolo é um documento auxiliar que possui as mesmas preocupações que a Convenção da Haia, de 2007:¹⁶²

It should be pointed out that the Protocol, like the Convention, is designed to facilitate the international recovery of Maintenance: determination of the applicable law (and if relevant, application of a foreign law) is one of the difficulties that may be faced by a maintenance creditor when claiming against a debtor established abroad. Certain solutions provided by the Protocol (...) are designed to facilitate the rendering of a maintenance decision, and are accordingly inspired by the same concern that founds the Convention.¹⁶³

Trata-se de um Protocolo opcional que não obriga a adoção da Convenção por parte dos países, tendo como campo de aplicação somente regras sobre lei aplicável, não tratando de regras para conflitos de jurisdição ou cooperação administrativa.¹⁶⁴

Contendo trinta artigos, o Protocolo não é dividido em capítulos, mas pode ser classificado como detentor de três grupos de regras: os artigos 1 e 2 definem o escopo “*ratione materiae*” e “*ratione loci*”; entre os artigos 3 e 14, podemos encontrar as regras que tratam da aplicação das obrigações alimentares; e entre os artigos 15 e 30, podemos observar o conjunto de regramentos gerais e as provisões finais do instrumento.¹⁶⁵ Analisaremos os artigos que tratam das normas de obrigações alimentares.

Seu objeto principal é a constituição de regras de aplicação de lei, formalmente separadas das propostas da Convenção.¹⁶⁶ O Protocolo, portanto, não contém regras relacionadas ao conflito de jurisdição ou normas relacionadas à cooperação administrativa entre os Estados.

¹⁶¹ ARAUJO, p. 06.

¹⁶² Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance para mais detalhes ver: <http://www.hcch.net/>

¹⁶³ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, pp. 7. Disponível em www.hcch.net

¹⁶⁴ ARAUJO, Nádia. *Op. Cit.* p. 5.

¹⁶⁵ BONOMI, Andréa. *Op.Cit.*, p.08

¹⁶⁶ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 6. Disponível em www.hcch.net

O artigo primeiro¹⁶⁷ do instrumento da Haia dispõe sobre o propósito do Protocolo – notadamente a determinação da lei aplicável às obrigações alimentares, permitindo o que o professor Bonomi chama de “an autonomous class of connection”. Para o autor do relatório,

The autonomous connection of the maintenance obligation implies that the law applicable to the family relationships to which Article 1(1) refers needs to be determined, in each Contracting State, on the basis of the rules of conflicts of laws in force and generally applicable in that State.¹⁶⁸

As normas do artigo primeiro ressaltam a intenção do Protocolo de cuidar exclusivamente de relações familiares ligadas às obrigações alimentares, excluindo questões como casamento, divórcio e filiação, por exemplo, cuidando “da lei aplicável às obrigações alimentares como uma regra de conexão autônoma”.¹⁶⁹ O Protocolo possui um escopo amplo de aplicação e, ao contrário da Convenção, que tem como objeto principal a proteção da criança, abre amplo espaço para a proteção de qualquer indivíduo que esteja em situação desprivilegiada, dentro de uma relação familiar, incluindo esposos(as) e ascendentes. Além disso, protege os menores envolvidos.¹⁷⁰ Esse alcance para qualquer membro do grupo familiar que necessite de proteção não pode ser afetado pela reserva que é proibida pelo próprio Protocolo, em seu artigo 27.¹⁷¹

Segundo o relator do projeto, o artigo que proíbe as reservas é uma inovação em relação à Convenção de 1973, que permitia a restrição da aplicação da Convenção em alguns tipos de relações obrigacionais (como aquelas entre cônjuges) ou até mesmo a exclusão da aplicação em outras relações (como

¹⁶⁷ Article 1 - Scope

(1) This Protocol shall determine the law applicable to maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity, including a maintenance obligation in respect of a child regardless of the marital status of the parents.

(2) Decisions rendered in application of this Protocol shall be without prejudice to the existence of any of the relationships referred to in paragraph 1.

Todos os artigos elencados nas notas de rodapé tem como objetivo de oferecer ao leitor uma maior facilidade em acompanhar o texto e estão disponíveis no site www.hcch.net

¹⁶⁸ BONOMI, Andréa. *Op.Cit.*, p.10

¹⁶⁹ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo, p.05. A autora destaca que é esse um dos principais aspectos do Protocolo.

¹⁷⁰ BONOMI, Andréa. *Op.Cit.*, p. 07.

¹⁷¹ Article 27 – Reservations:

No reservations may be made to this Protocol.

aquelas entre parentes com relações colaterais, por exemplo).¹⁷² É o chamado sistema de *single undertaking*.¹⁷³ Característica marcante é a sua natureza *erga omnes*, encontrada no artigo segundo do Protocolo,¹⁷⁴ ou seja, a possibilidade de aplicação da lei escolhida, mesmo que essa seja de um Estado não-contratante.¹⁷⁵ Essa marca da universalidade do Protocolo é uma de suas mais importantes características. Segundo Araujo,

Enquanto esta (a Convenção de 2007) é um documento para ser usado exclusivamente entre as partes, e cujos instrumentos de cooperação administrativa exigem um trabalho conjunto contínuo, o Protocolo cuida apenas de regras de *Dipr*, e pode ser aplicado *erga omnes*, mesmo quando a lei designada for de um Estado não contratante.¹⁷⁶

Ponto muito importante para o Brasil em relação ao Protocolo é a lacuna da lei brasileira, de 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil, que não possui norma determinante para a lei aplicável às obrigações alimentares.¹⁷⁷

O artigo terceiro do tratado cuida da lei geral aplicável.¹⁷⁸ Como regra de conexão, o Protocolo consagrou a residência habitual do credor. Para Bonomi, essa cláusula de conexão foi escolhida devido a uma série de fatores. A principal razão da escolha da residência habitual do credor como regra de conexão é a possibilidade de respeitar o ambiente em que esse credor habita, fazendo prevalecer as normas jurídicas e as condições fáticas que circundam o credor.

Outro ponto levantado pelo relatório é a possibilidade de tratamento igual entre os credores que vivem no mesmo país, apesar da nacionalidade.¹⁷⁹ Por fim, ressalta o autor, o critério já é utilizado em diversos instrumentos jurídicos

¹⁷² BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 44. Disponível em www.hcch.net

¹⁷³ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 13.

¹⁷⁴ Article 2 -Universal application.

This Protocol applies even if the applicable law is that of a non-Contracting State

¹⁷⁵ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, pp. 7.

¹⁷⁶ ARAUJO, Nadia. Op.Cit., p. 05.

¹⁷⁷ Ibid., p. 2.

¹⁷⁸ Article 3 - General rule on applicable law:

(1) Maintenance obligations shall be governed by the law of the State of the habitual residence of the creditor, save where this Protocol provides otherwise.

(2) In the case of a change in the habitual residence of the creditor, the law of the State of the new habitual residence shall apply as from the moment when the change occurs.

¹⁷⁹ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 14. Disponível em www.hcch.net.

adotados atualmente, como em Brussels I, e a Convenção de Montevideo, de 1989. Para Araujo, a principal vantagem está ligada à possibilidade de o credor poder litigar de acordo com suas condições reais “o que simplifica os procedimentos e evita o custo relacionado à comprovação da lei estrangeira”.¹⁸⁰

Por outro lado, esse ponto é importante e deve ser salientado: o Protocolo, em momento nenhum, define o que ele entende como residência habitual. Para Bonomi, o critério deve ser determinado tendo como parâmetro a ideia de estabilidade do indivíduo no local tratado como residência.¹⁸¹ A representante brasileira na Comissão afirma que a responsabilidade quanto à definição sobre o local de residência habitual do credor é do tribunal onde a questão foi levantada.¹⁸²

O próximo ponto do texto apresenta uma série de leis especiais que excepcionam a lei do local da residência do credor.¹⁸³ Nesse artigo, há a possibilidade da aplicação da lei do foro em exceção à lei da residência habitual. A razão para tal exceção é prosseguir na busca pela maior efetividade de proteção dos credores – nesse caso certas classes específicas.¹⁸⁴ Tendo essa intenção, o artigo determina que essa classe de credores terá o benefício do critério de conexão definido no artigo quarto, e não no artigo anterior.

A aplicação dos critérios subsidiários ocorrerá quando não for possível ao credor obter alimentos de acordo com a regra geral. Segundo Araujo, é uma regra que “contempla o *favor creditoris*, e visa permitir que o credor obtenha os

¹⁸⁰ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo, p. 07.

¹⁸¹ BONOMI, Op.Cit., p. 14.

¹⁸² ARAUJO, Nadia. Op.Cit, p. 07.

¹⁸³ Article 4 -Special rules favouring certain creditors:

- (1) The following provisions shall apply in the case of maintenance obligations of -
 - a) parents towards their children;
 - b) persons, other than parents, towards persons who have not attained the age of 21 years, except for obligations arising out of the relationships referred to in Article 5; and
 - c) children towards their parents.
- (2) If the creditor is unable, by virtue of the law referred to in Article 3, to obtain maintenance from the debtor, the law of the forum shall apply.
- (3) Notwithstanding Article 3, if the creditor has seised the competent authority of the State where the debtor has his habitual residence, the law of the forum shall apply. However, if the creditor is unable, by virtue of this law, to obtain maintenance from the debtor, the law of the State of the habitual residence of the creditor shall apply.
- (4) If the creditor is unable, by virtue of the laws referred to in Article 3 and paragraphs 2 and 3 of this Article, to obtain maintenance from the debtor, the law of the State of their common nationality, if there is one, shall apply.

¹⁸⁴ BONOMI, Op.Cit., p. 15.

alimentos possíveis pela lei do foro, mas não pela lei aplicável a regra geral”.¹⁸⁵ Atuando desta forma, há uma facilitação do trabalho da autoridade competente que terá a faculdade de aplicar, subsidiariamente, a sua própria lei.¹⁸⁶

As regras do artigo quarto devem ser aplicadas no caso de pais e filhos, entre familiares e pessoas até 21 anos,¹⁸⁷ e filhos e pais. No primeiro caso, a própria existência de uma relação entre pai e criança já é considerada uma justificativa para observarmos o tratamento diferenciado na determinação da lei aplicável. Essa diferenciação na aplicação da lei não significa que a criança terá direito aos alimentos – questão esta a ser decidida pela norma substantiva determinada.¹⁸⁸

No segundo caso, há uma extensão do benefício para pessoas com até 21 anos, demonstrando a vocação do texto para o privilégio das relações familiares, excluídas aquelas do âmbito pai, mãe e filhos, e entre cônjuges, que é tratado no artigo quinto. Por fim, o artigo favorece os pais que eventualmente necessitem de apoio financeiro dos filhos, assim como muitos filhos necessitem, por força de sua real situação, de um tratamento favorável na escolha da aplicação da lei substantiva.¹⁸⁹

Aliado à aplicação da lei do foro, o artigo oferece ao credor a possibilidade de propor a ação no domicílio do devedor, caso o credor tenha optado pela autoridade competente do Estado onde o devedor tem sua residência habitual. Segundo Araujo, “Se o credor opta por um foro diverso de sua residência habitual, é natural que aceite as regras do foro e não possa reclamar da aplicação desta lei, pois já está se beneficiando de um certo *forum shopping*.”¹⁹⁰

Por fim, o artigo possibilita aplicação da lei da nacionalidade comum. Um importante ponto deve ser salientado, e Bonomi faz referência ao mesmo no

¹⁸⁵ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 08.

¹⁸⁶ Ibid. p.08.

¹⁸⁷ Segundo os relatórios a questão da escolha da idade entre 18 e 21 anos foi trabalhada nas sessões tendo sido feita a opção pela última para privilegiar aos indivíduos que ainda encontram-se estudando nessa idade, principalmente aqueles no ensino superior. Bonomi, p. 17.

¹⁸⁸ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 17. Disponível em www.hcch.net

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 08.

relatório explicativo. Trata-se da aplicação anterior da lei do foro e somente após a lei da nacionalidade comum. O autor relata uma série de razões para essa alteração, incluindo reduzir tanto a importância do critério de conexão da nacionalidade comum quanto as diversas críticas que esse critério tem sofrido.

Segundo o autor, o critério da nacionalidade comum é discriminatório e beneficia somente os credores que têm a mesma nacionalidade que os devedores, além do “equivocal nature of that connection when the common nationality is that of a multi-unit State”.¹⁹¹ Outra razão para essa troca na ordem dos critérios é a possibilidade de facilitar o trabalho da autoridade escolhida que poderá aplicar sua própria lei de forma subsidiária, prescindindo de informações da lei material das partes de nacionalidade comum.¹⁹² Trata-se, portanto, do empenho pela redução do custo e pela celeridade na aplicação da norma. De qualquer maneira, ressalta o autor,

In any event, recourse to the subsidiary connection will be excluded when the law of the creditor’s habitual residence provides for a maintenance obligation in a lesser amount than the law of the forum. In that case, the law designated by Article 3 will apply, even if it is less favourable in practice to the creditor than the law of the authority seized.¹⁹³

O artigo quinto do Protocolo da lei aplicável às obrigações alimentares regula uma regra de conexão especial entre cônjuges ou parceiros.¹⁹⁴ Nesses casos, a regra de conexão da residência habitual do credor cederá quando uma das partes requerer a aplicação da lei do país onde os esposos mantiveram residência habitual comum, que possui conexão mais próxima¹⁹⁵ com a opção de vida do

¹⁹¹ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 21. Disponível em www.hcch.net

¹⁹² Ibid.p.18.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Article 5 -Special rule with respect to spouses and ex-spouses:

In the case of a maintenance obligation between spouses, ex-spouses or parties to a marriage which has been annulled, Article 3 shall not apply if one of the parties objects and the law of another State, in particular the State of their last common habitual residence, has a closer connection with the marriage. In such a case the law of that other State shall apply.

É importante salientar que o relatório inclui essa regra inclusive para os países que aceitam casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Ver também BONOMI, p. 24 e 25.

¹⁹⁵ Entendemos que nesse caso há a valorização do princípio da proximidade e, nas palavras de Bonomi “This implies that the court, pursuant to such a request, will ascertain whether the marriage has closer connections with a law other than that of the creditor’s habitual residence. In so doing, it shall have regard to all the connections of the marriage with the various countries concerned, such as the spouses’ habitual residence and / or domicile during the marriage, their nationalities, the location where the marriage was celebrated and the location of the legal

casal. Bonomi ressalta que a intenção era realizar um balanceamento entre a proteção do credor e a preocupação com a aplicação da lei do Estado em que o casamento possuía maior conexão.¹⁹⁶

Para isso, ressalta Araujo, é necessário que a parte requerente da mudança da norma aplicável comprove os vínculos mais estreitos do casal com a lei indicada, outorgando ao juiz da causa a responsabilidade de analisar a situação existente para a aplicação do artigo do Protocolo, podendo, inclusive, e quando não comprovada a conexão mais próxima, ser excluída.¹⁹⁷

É possível, inclusive, que o casal tenha vivido toda sua vida em determinado país onde tenha maior conexão e, no fim do relacionamento, tenha morado num país, cabendo ao juiz fazer uma análise desse fato quando levantado em juízo por uma das partes.¹⁹⁸ Outro ponto importante que merece destaque é a possibilidade da aplicação do texto para casais com uniões equiparadas ao casamento em seus Estados; além dos divorciados e separados, ou ainda durante o casamento, ou em casos de anulação do mesmo.¹⁹⁹

O artigo sexto do Protocolo²⁰⁰ trata de uma regra de defesa e não de uma regra de conexão.²⁰¹ De acordo com o artigo, é possível que o devedor conteste o pedido do credor alegando desobrigação como a pedida pelo credor, no país de sua residência habitual, ou no país da nacionalidade comum das partes.²⁰² A exceção a esse artigo são as obrigações de pai para filho – aquelas contidas no

separation or divorce. In addition, it will have to weigh them so as to determine whether they are more or less significant than the current habitual residence of the maintenance creditor.” p. 23

BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 21. Disponível em www.hcch.net

¹⁹⁷ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 09.

¹⁹⁸ Bonomi cita um caso de um casal ter morado a vida inteira num país A que, coincidentemente é o país da residência do credor mas que antes da separação moravam a poucos anos no país B. Nesse caso, resolve o autor, prevalece o local da residência habitual do credor. P. 22.

¹⁹⁹ ARAUJO, Nadia. *Op.Cit.*, p. 09.

²⁰⁰ Article 6- Special rule on defence

In the case of maintenance obligations other than those arising from a parent-child relationship towards a child and those referred to in Article 5, the debtor may contest a claim from the creditor on the ground that there is no such obligation under both the law of the State of the habitual residence of the debtor and the law of the State of the common nationality of the parties, if there is one.

²⁰¹ ARAUJO, Nadia. *Op.Cit.*, p. 09.

²⁰² Segundo o relatório “If the law of the creditor’s habitual residence or the law of the forum, designated by one of these provisions, provides for a maintenance obligation, the debtor may contest the creditor’s claim on the grounds that this obligation does not exist under the law of his or her own habitual residence” p. 28

artigo terceiro do Protocolo, em que o artigo sexto não pode ser alegado. Segundo a representante brasileira, na sessão e negociação, o artigo representa uma complexidade que, apesar de excessiva, foi incluída para que houvesse “uma solução de compromisso (...) entre as visões conflitantes sobre a matéria”.²⁰³

Os artigos sétimo e oitavo serão analisados mais detidamente neste capítulo por reconhecerem o princípio da autonomia da vontade no Direito de Família Internacional. Já o artigo nono²⁰⁴ do texto normativo tem como objetivo melhor aplicação do mesmo por parte dos países contratantes, em especial os países oriundos da *common Law*, que dispõem apenas do critério do domicílio em seu ordenamento. A principal intenção do artigo é facilitar a aplicação de domicílio de origem ao invés de aplicar os domicílios posteriores.²⁰⁵ Nesse caso, os países que têm o conceito de domicílio como uma regra de conexão em direito de família deve informar ao Escritório Permanente da conferência para que a palavra nacionalidade seja alterada por domicílio, nos artigos quarto e sexto.²⁰⁶

Bonomi ressalta que, apesar de de esse artigo não ser muito favorável à uniformidade da aplicação do Protocolo, seu impacto será reduzido já que ele está restrito às provisões estabelecidas nos artigos 4º e 6º. O autor alerta ainda que a referência ao conceito doméstico de domicílio também é utilizado em outras Convenções, sem criar maiores problemas na aplicação daqueles instrumentos.²⁰⁷

O artigo dez²⁰⁸ do Protocolo traz consigo uma das novidades do instrumento: segundo a Convenção, é possível que “os organismos públicos

²⁰³ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo, p. 09

²⁰⁴ Article 9 - "Domicile" instead of "nationality"

A State which has the concept of "domicile" as a connecting factor in family matters may inform the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law that, for the purpose of cases which come before its authorities, the word "nationality" in Articles 4 and 6 is replaced by "domicile" as defined in that State.

²⁰⁵ ARAUJO, Nadia. *Op.Cit.*, p. 0912

²⁰⁶ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 35. Disponível em www.hcch.net

²⁰⁷ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 35. Disponível em www.hcch.net

²⁰⁸ Article 10 -Public bodies

The right of a public body to seek reimbursement of a benefit provided to the creditor in place of maintenance shall be governed by the law to which that body is subject.

possam se ressarcir das despesas efetuadas com alimentos advindos por devedores que estão em outros países”:²⁰⁹

This rule is very widely recognised internationally, as confirmed by the fact that a provision with the same substance was also included in the text of the Convention (its Art. 36(2)). This rule will apply, therefore, in all States parties to the latter instrument, whether or not they are parties to the Protocol (and therefore regardless of the law they apply to the maintenance obligation).²¹⁰

O autor ressalta que, ao contrário do texto da Convenção de obrigações alimentares, de 1973, que anotava no corpo de um artigo, com o mesmo escopo, que o direito do organismo público era de *obter* o ressarcimento, foi substituído pela palavra “buscar”. Essa troca justifica-se para que esse direito seja enquadrado corretamente nos ordenamentos cujas leis oferecem essa possibilidade, já que “obtaining the reimbursement does not depend on the law of the public body, but on the law applicable to the maintenance obligation”²¹¹. Em certos casos, entretanto, essas duas leis coincidem, como quando a obrigação alimentar é governada pela lei da residência habitual do credor. Essa regra tem sua utilização restrita nos casos relativos a pagamentos de alimentos antecipados aos credores, enquanto não há como obter o pagamento por parte do devedor responsável.²¹²

A importância do artigo onze²¹³ é definir que a lei aplicável será responsável por determinar a existência da obrigação alimentar, a amplitude dessa obrigação e a determinação do devedor.²¹⁴ Ou seja, o artigo onze tem como objetivo trazer ao operador do direito o escopo da lei aplicável, através da qual

²⁰⁹ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 12.

²¹⁰ BONOMI, Andréa. *Op.Cit.*, p. 36.

²¹¹ *Ibid.*.

²¹² ARAUJO, Nadia. *Op. Cit.* p. 12.

²¹³ Article 11 - Scope of the applicable law.

The law applicable to the maintenance obligation shall determine inter alia:

- a) whether, to what extent and from whom the creditor may claim maintenance;
- b) the extent to which the creditor may claim retroactive maintenance;
- c) the basis for calculation of the amount of maintenance, and indexation;
- d) who is entitled to institute maintenance proceedings, except for issues relating to procedural capacity and representation in the proceedings;
- e) prescription or limitation periods;
- f) the extent of the obligation of a maintenance debtor, where a public body seeks reimbursement of benefits provided for a creditor in place of maintenance.

²¹⁴ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo, p. 12

poderemos determinar como se dará a atualização dos alimentos e quem terá a legitimidade de propor sua eventual ação.

Segundo Bonomi, a lei aplicável às obrigações alimentares determina, primeiramente, a existência de uma obrigação alimentar e de um eventual devedor (11.a). Ela determina, sem qualquer limitação, a pessoa com legitimidade para receber a obrigação, observando seu relacionamento com o devedor e sua idade.²¹⁵

Determina também, continua o relatório, a extensão da obrigação, que inclui não só o valor do benefício (11.c), mas também a possibilidade da reclamação pelos valores retroativos (11.b).²¹⁶ Em seguida, a lei aplicável também determina quem é o legitimado para instituir o procedimento de alimentos no judiciário, normalmente o responsável pelo menor ou um órgão público, com a exceção da representação dos indivíduos incapazes, explicitamente excluídos pelo Protocolo, no artigo 11.d. É importante ressaltar que a lei aplicável não determina quem tem capacidade de exercício para essa função exclusiva da lei do foro.²¹⁷

O tempo de ocorrência da prescrição – uma questão não procedimental, mas substancial – para o procedimento também será objeto de determinação da lei aplicável (11.e).²¹⁸ Por fim, a lei aplicável também determina a existência, a extensão e o limite dos procedimentos para o ressarcimento ao órgão público (11.f).²¹⁹

O décimo segundo artigo,²²⁰ que coincide com a Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro,²²¹ a qual proíbe expressamente o instituto,²²² exprime a

²¹⁵ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 37. Disponível em www.hcch.net

²¹⁶ O autor ressalta que existem países onde não é possível realizar esse tipo de cobrança, como o caso do Brasil, por exemplo. p.37.

²¹⁷ BONOMI, Andréa. Op. Cit., p. 37.

²¹⁸ Segundo o autor uma questão importante é o período para a determinação da prescrição, segundo Bonomi “*This issue is not regulated in the Protocol, but in Article 32, paragraph 5, of the Convention, according to which “[a]ny limitation on the period for which arrears may be enforced shall be determined either by the law of the State of origin of the decision or by the law of the State addressed, whichever provides for the longer limitation period”*”. P. 37.

²¹⁹ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 38. Disponível em www.hcch.net

²²⁰ Article 12 -Exclusion of renvoi

In the Protocol, the term "law" means the law in force in a State other than its choice of law rules.

²²¹ Artigo da licc.

²²² ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo, p. 12

proibição de reenvio.²²³ Segundo Bonomi, “Renvoi is accordingly excluded, even if the designated law is that of a non-Contracting State”.²²⁴

O penúltimo artigo da parte substancial do Protocolo, o de número treze,²²⁵ discute a questão da ordem pública. De acordo com o artigo, e seguindo a praxis internacional, a aplicação da lei oriunda do resultado da determinação pode ser refutada somente se seus efeitos forem manifestadamente contrários à ordem pública da lei do foro. Para Araujo, manifestadamente o termo “procura limitar a utilização dessa exceção”.²²⁶ De acordo com Bonomi, a aplicação dessa exceção deve ser bem restrita, limitando-se aos casos em que for claramente contrária aos princípios fundamentais da lei do foro.²²⁷ O autor ressalta que a aplicação da ordem pública deve ser feita em cada caso concreto em relação aos efeitos da aplicação da lei estrangeira determinada pelo Protocolo.

O último artigo que trata de questões substanciais do Protocolo e objeto de nossa análise, o artigo quatorze,²²⁸ determina um valor a ser pago a título de alimentos. O Protocolo leva em conta as necessidades do credor e a possibilidade do devedor, dispondo este artigo de uma regra de cunho material: se a lei aplicável não possuir disposição que fixe um valor aos alimentos, deve o operador recorrer ao Protocolo. Embora esse texto já fosse reconhecido na Convenção de 1973, traz novidades, como a característica de autonomia da norma, não sendo uma simples limitação à aplicação da lei estrangeira como parte da exceção da ordem pública. Além disso, leva em consideração os pagamentos anteriormente efetuados. Segundo Araujo, “essa última norma quer evitar que quando o credor receba uma quantia expressiva no final da relação, esta não seja posteriormente levada em consideração na fixação de alimentos”.²²⁹

²²³ Conceito de reenvio.

²²⁴ BONOMI, Andréa. Op. Cit., p. 38.

²²⁵ Article 13 -Public policy

The application of the law determined under the Protocol may be refused only to the extent that its effects would be manifestly contrary to the public policy of the forum.

²²⁶ ARAUJO, Nadia. Op. Cit., p.12.

²²⁷ BONOMI, Andréa. Op. Cit., p. 38.

²²⁸ Article 14 -Determining the amount of maintenance

Even if the applicable law provides otherwise, the needs of the creditor and the resources of the debtor as well as any compensation which the creditor was awarded in place of periodical maintenance payments shall be taken into account in determining the amount of maintenance.

²²⁹ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo, p.13

3.4.2

A autonomia da vontade na práxis internacional: o artigo 7º e o 8º do Protocolo sobre lei aplicável às obrigações alimentares da Convenção da Haia

A escolha da lei por parte dos indivíduos envolvidos em questões de família internacionais não é inédita na história das Convenções da Haia.²³⁰ Em 1978, a Convenção sobre lei aplicável ao regime matrimonial, em seus artigos 3º²³¹ e 6º,²³² cuidou do tema. Essa Convenção enumera uma série de matérias que são excluídas do campo de aplicação da mesma, como a questão dos alimentos e a sucessão²³³.

Em 1989, Haia desenvolveu a Convenção sobre lei aplicável em matéria de sucessões, cujo artigo quinto²³⁴ permitia que o indivíduo escolhesse entre a lei

²³⁰ WATTÉ, Nadine. *L' autonomie la volonté dans les conventions de Haya*. Revue Belge de droit international. 1991

²³¹ Article 3

The matrimonial property regime is governed by the internal law designated by the spouses before marriage.

The spouses may designate only one of the following laws -

- (1) the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;
- (2) the law of the State in which either spouse has his habitual residence at the time of designation;
- (3) the law of the first State where one of the spouses establishes a new habitual residence after marriage.

The law thus designated applies to the whole of their property. Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs, may designate with respect to all or some of the immovables, the law of the place where these immovables are situated. They may also provide that any immovables which may subsequently be acquired shall be governed by the law of the place where such immovables are situated.

²³² Article 6

During marriage the spouses may subject their matrimonial property regime to an internal law other than that previously applicable.

The spouses may designate only one of the following laws -

- (1) the law of any State of which either spouse is a national at the time of designation;
- (2) the law of the State in which either spouse has his habitual residence at the time of designation.

The law thus designated applies to the whole of their property.

Nonetheless, the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs or under Article 3, may designate with respect to all or some of the immovables, the law of the place where these

immovables are situated. They may also provide that any immovables which may subsequently be acquired shall be governed by the law of the place where such immovables are situated

²³³ WATTÉ, Nadine. *L' autonomie la volonté dans les conventions de Haya*. Revue Belge de droit international. 1991 p.417

²³⁴ Article 5

(1) A person may designate the law of a particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation will be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

de seu domicílio e a lei de sua nacionalidade para governar assuntos referentes à sua morte. Segundo o relatório explicativo, escrito por Waters²³⁵, a possibilidade da escolha da lei por parte do indivíduo poderia evitar o problema das diferenças legais existentes entre os sistemas da *commom law* e da *civil Law*, que conceituam, inclusive, sucessão de formas distinta. A escolha da lei, com as limitações determinadas pela própria Convenção, serviria, segundo o autor, para:

Harmonizing the choice of law rules of succession, to protect the inheritance expectations of the deceased's immediate family, to simplify and render less costly the distribution of the deceased's assets when they are in several jurisdictions, and, where possible, to assist the testator's orderly distribution of his assets upon death (i.e., estate planning). The Convention therefore ends scission, it introduces a single objective connecting factor through a scale of applicable laws, it permits a limited but significant *professici juris* for testamentary dispositions and it concedes to estate planning concerns the opportunity for foreign law to be incorporated into wills in order to govern estate assets in jurisdictions other than that of the otherwise applicable law²³⁶

Infelizmente, além de esses textos não terem contado com a adesão da maioria dos países, estão relegados a uma condição de normativas, sem maiores consequências práticas, obstruindo assim a aplicação da autonomia da vontade no Direito de Família Internacional.

Recentemente, um novo texto legal abordou o tema em seu corpo. Uma das maiores novidades no Protocolo sobre lei aplicável às obrigações alimentares é a possibilidade da escolha da lei aplicável na relação entre as partes, uma inovação que, segundo o relator do instrumento, merece, sem dúvida, ser comemorada.²³⁷

Assim expõe os artigos 7º e 8º, da normativa:

(2) This designation shall be expressed in a statement made in accordance with the formal requirements for dispositions of property upon death. The existence and material validity of the act of designation are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid, the law governing the succession is determined under Article 3.

(3) The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of dispositions of property upon death.

(4) For the purposes of this Article, a designation of the applicable law, in the absence of an express contrary provision by the deceased, is to be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died intestate or wholly or partially testate.

²³⁵ Foi professor nas Universidades de Oxford, Londres, Chicago, entre outras.

²³⁶ WATERS, Donovan. *Explanatory Report on Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons Walters Report*. 1988. p.539.

²³⁷ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif*, Haia Conference of Private International law, 2009, pp. 9.

Article 7 Designation of the law applicable for the purpose of a particular proceeding

(1) Notwithstanding Articles 3 to 6, the maintenance creditor and debtor for the purpose only of a particular proceeding in a given State may expressly designate the law of that State as applicable to a maintenance obligation.

(2) A designation made before the institution of such proceedings shall be in an agreement, signed by both parties, in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference.”

“Article 8 Designation of the applicable law

(1) Notwithstanding Articles 3 to 6, the maintenance creditor and debtor may at any time designate one of the following laws as applicable to a maintenance obligation -

a) the law of any State of which either party is a national at the time of the designation;

b) the law of the State of the habitual residence of either party at the time of designation;

c) the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their property regime;

d) the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their divorce or legal separation.

(2) Such agreement shall be in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference, and shall be signed by both parties.

(3) Paragraph 1 shall not apply to maintenance obligations in respect of a person under the age of 18 years or of an adult who, by reason of an impairment or insufficiency of his or her personal faculties, is not in a position to protect his or her interest.

(4) Notwithstanding the law designated by the parties in accordance with paragraph 1, the question of whether the creditor can renounce his or her right to maintenance shall be determined by the law of the State of the habitual residence of the creditor at the time of the designation.

(5) Unless at the time of the designation the parties were fully informed and aware of the consequences of their designation, the law designated by the parties shall not apply where the application of that law would lead to manifestly unfair or unreasonable consequences for any of the parties.

Trata-se da positivação do princípio da Autonomia da Vontade pelo Protocolo. As partes poderão, dentro das restrições impostas pelo próprio Protocolo, escolher a lei aplicável para a obrigação alimentar. Como bem observou o professor Jayme, em recente palestra,²³⁸ as partes, quando não envolverem menores ou adultos frágeis em sua relação, não estão mais obrigadas a seguir nenhuma regra de conexão – a regra normalmente aplicável era a da lei do divórcio – podendo escolher a lei do foro e até a lei material que irá reger aquela relação jurídica.

²³⁸ Realizada na Puc/Rio dia 12 de novembro de 2009.

Observamos clara demonstração de autonomia para a escolha do regime jurídico que mais convém a ambos, respeitando seus interesses particulares e privilegiando sua opção. Segundo Bonomi, a inclusão desses artigos é uma inovação que merece destaque:

In relation to the 1973 Maintenance Obligation convention, there are three main innovations(...) Finally, the introduction of a measure of party autonomy, in two variations: a procedural agreement enabling the parties, with respect to any maintenance obligation, to select the law of the forum for purposes of a specific proceeding (Art.7), and an option regarding the applicable law that may be exercised at any time by adults capable of defending their interests, subject to certain condition and restrictions (Art.8).²³⁹

Sobre a adoção do princípio da autonomia da vontade no Protocolo, afirma Araujo:

A possibilidade de utilizar o princípio da autonomia da vontade na seara de direito de família segue tendência mundialmente aceita, que dá às partes maiores e capazes a possibilidade de estabelecer regras claras sobre suas relações futuras, acrescentado indispensável previsibilidade a essas relações. Também se coaduna com o sentido mais moderno dessas relações estabelecidas pelo Código Civil de 2002, que ao eliminar a regra do domicílio do casal como sendo o do marido, expressamente permitiu a autonomia da vontade ao deixar às partes a determinação do domicílio, sem qualquer tipo de restrição”.²⁴⁰

Observando o Protocolo, podemos constatar duas opções oferecidas aos indivíduos: uma com uma maior amplitude, no momento da escolha do foro (artigo 7º); e outra mais restrita para a escolha da lei de fundo (artigo 8º). Essa escolha, é importante destacar, está sujeita a diversas restrições estabelecidas pelo próprio texto, com o intuito de proteger o credor e evitar eventuais abusos “especialmente quando feita antes do litígio”.²⁴¹ Sendo assim, há duas maneiras de atuar com autonomia na escolha da lei através do Protocolo: num primeiro momento, a partir do artigo sétimo, podem as partes escolher a questão processual, logo no início do litígio; a escolha da lei material, por sua vez, tem a

²³⁹ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, pp. 9.

²⁴⁰ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 3.

²⁴¹ ARAUJO, Nadia. *Op. Cit.* p. 10.

possibilidade de ser arguida a qualquer momento, mas com as restrições estabelecidas pelo artigo oitavo.²⁴²

A respeito do artigo 7º, relata Araujo:

A escolha da lei do foro, está limitada a certos procedimentos, e será importante, sobretudo, para as questões entre adultos. Também é interessante quando se discutir divórcio, podendo-se aplicar a lei do foro para a questão de alimentos. Aplica-se, ainda, às crianças pela sua maior simplicidade, já que a escolha é limitada às leis do foro.²⁴³

Esse artigo tem como objetivo principal possibilitar que adultos, em caso de separação ou divórcio, escolham entre a lei do foro que melhor lhe satisfizer, para facilitar os procedimentos.²⁴⁴ Para o relator do Protocolo, a escolha do artigo sétimo está ligada a um procedimento particular. Ele considera que essas mesmas partes tenham informações de como esse procedimento é adotado naquele foro, não só produzindo efeitos para o procedimento escolhido, mas também reduzindo as chances de abuso.²⁴⁵ Entretanto,

If a further claim or an application for modification is made subsequently before the same authority or the authority of another State, the choice of law made previously will no longer have any effect and the applicable law will have to be determined according to the objective connections. This limitation of the effects of choice is justified, as the law chosen is that of the forum.²⁴⁶

A forma de escolher também é tratada pelo Protocolo. De acordo com a norma, as partes devem expressar sua opção de lei, inclusive qual foro eles querem seguir, não incluindo designações vagas: “as partes escolhem a lei do foro local como a lei aplicável”. Segundo Bonomi, enquanto não se determinar a autoridade, não se escolherá o foro.²⁴⁷

Araujo, em seu relatório sobre o Protocolo, e acompanhando o artigo 7 (2), salienta que esse acordo sobre a lei aplicável deverá ser realizado por escrito, “ou

²⁴² Ibid.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 28.

²⁴⁵ Ibid. p.29.

²⁴⁶ BONOMI, Andréa. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 29.

²⁴⁷ BONOMI, Andréa. Op. Cit. 30

em qualquer formato que possa ser consultado posteriormente”.²⁴⁸ Trata-se de mais uma manifestação do tratado com o intuito de garantir previsibilidade e segurança no momento da escolha da lei.

Outro importante aspecto do artigo sétimo considerado no relatório explicativo produzido pela Conferência diz respeito ao tempo limite para a escolha da lei do foro. Segundo o autor do texto, a comissão decidiu não incluir um tempo limite entre a escolha da lei e o início dos procedimentos, devendo a escolha das partes ser respeitada, mesmo que o processo tenha início muito depois da escolha realizada. O Protocolo também optou por silenciar sobre o tempo do processo, deixando essa determinação sob responsabilidade da lei do foro escolhido pelas partes.²⁴⁹

Com sua redação, o artigo possibilita aos indivíduos casados optar, no início de seu litígio, por qual norma do foro a que querem subordinar-se. Já o artigo 8º caracteriza-se por maior amplitude em relação ao 7º. Segundo Bonomi, esse artigo permite que as partes escolham a lei aplicável, a qualquer momento, inclusive após o surgimento da disputa.²⁵⁰ Entretanto, a escolha de que trata esse artigo não está limitada a apenas um procedimento particular, possibilitando às partes ter uma lei determinada, desde o momento da escolha até a decisão de cancelamento²⁵¹ que, na análise de Araujo, tem grande vantagem:

Dar as partes maior previsibilidade e estabilidade em suas relações, pois não estará mais a mercê da autoridade competente ou de uma mudança brusca na residência habitual, evitando, assim, qualquer tipo de conflito móvel em razão de modificação posterior do local de residência.²⁵²

Segundo o relatório, a escolha da lei aplicável é particularmente interessante entre esposos, no início, durante ou no fim do casamento, num acordo

²⁴⁸ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo, p.10.

²⁴⁹ BONOMI, Andréa. Op. Cit. 30.

²⁵⁰ BONOMI, Andrea. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 30.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 10.

relacionado às obrigações alimentares, durante o casamento, ou após, quando do divórcio.²⁵³

Para a possibilidade do exercício dessa autonomia, o artigo inclui uma série de restrições, como os chamados adultos vulneráveis,²⁵⁴ por exemplo, e os menores de 18 anos que estão, por força o artigo 8.3, do Protocolo, impossibilitados de realizar essa escolha. Justifica o relator: “whit a concern for protection of the maintenance creditor, Article 8 makes the option for the parties to choose the applicable law subject to several conditions and restrictions”.²⁵⁵

Outra restrição é a possibilidade de que a escolha seja feita somente entre as alíneas do artigo 8(1). Entre as limitações encontramos a lei da nacionalidade de uma das partes, e a lei da residência habitual de uma das partes, respectivamente, no artigo 8(1), alíneas a e b.

Com relação ao critério da nacionalidade, o autor salienta que, ao contrário do critério de conexão subsidiário da nacionalidade comum, estabelecido pelo artigo 4.4, é suficiente que a lei designada seja somente de uma das partes – credor ou devedor – da obrigação alimentar. Para o autor, o Protocolo não trouxe nenhum tipo de norma que fizesse menção ao princípio da proximidade ou da “mais efetiva nacionalidade”, sob pena de enfraquecer justamente o princípio que protege: a autonomia da vontade.²⁵⁶

Outra opção fornecida pelo Protocolo é o domicílio habitual de ambas as partes. As partes podem escolher a lei do local onde residem, tendo o conceito de residência habitual, ou seja, busca encontrar o local onde o casal esteve com maior estabilidade.²⁵⁷

Independentemente da escolha feita pelo casal ou pelos indivíduos que estão utilizando a liberdade oferecida pelo Protocolo – nacionalidade ou domicílio –, o momento para que a escolha seja feita é a designação. Apesar de o Protocolo silenciar sobre esse ponto, segundo o relatório, uma eventual mudança de nacionalidade ou residência habitual das partes não altera os efeitos da escolha já

²⁵³ BONOMI, Andrea. *Op. Cit.*, p. 30.

²⁵⁴ Definida pela Convenção Internacional de proteção de Adultos da Haia de 2000, em seu artigos iniciais.

²⁵⁵ BONOMI, Andrea. *Op. Cit.*, p.v31.

²⁵⁶ BONOMI, Andrea. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p. 31.

²⁵⁷ *Ibid.*

feita.²⁵⁸ Trata-se da tentativa, dessa vez doutrinária, de obter previsibilidade e, conseqüentemente, segurança jurídica nas relações. Afinal essa é uma das preocupações mais evidentes quando se busca codificar uma norma.

As alíneas c e d, que permitem a escolha da lei para casos patrimoniais entre cônjuges, segundo Araujo, constituíram polêmica na Comissão, já que “a questão da Autonomia da vontade para o divórcio não se expandiu suficientemente entre as nações”:

A sessão diplomática adotou essas duas regras também, porque era conveniente que houvesse coincidência de lei aplicável nesses casos, mormente quando o direito aplicável não fazia uma distinção muito clara entre a dissolução do regime patrimonial e a obrigação alimentar. Assim a escolha da parte tem o mérito de unificar questões que são paralelas.²⁵⁹

Tendo sempre como preocupação primordial a preservação da parte mais fraca da relação familiar, normalmente o credor, o Protocolo, em seu artigo 8(4), prevê a escolha obrigatória da lei da residência habitual do credor para o caso da sua possível renúncia aos alimentos.²⁶⁰ O intuito desta restrição, afirma Bonomi “is naturally intended to prevent the creditor, through the choice of a particularly liberal and unprotective law, being made to renounce the maintenance to which he or she would be entitled under the law applicable if there had been no choice”²⁶¹. Vê-se aí uma clara preocupação por parte do Protocolo em preservar a proteção do credor.

Por fim, o Protocolo ainda disponibiliza um artigo permitindo ao juiz não aplicar a lei escolhida quando o resultado dela tiver conseqüências que podem prejudicar uma das partes. Nesse caso, o juiz pode aplicar a regra geral da residência habitual do credor, contida no artigo 3º do Protocolo, ou a regra do artigo 5º, que cuida de casos entre casais em que a lei da última residência do credor pode afastar a regra geral do artigo 3º,²⁶² a chamada “*escape clause*”.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 11.

²⁶⁰ ARAUJO, Nadia. *Resumo e comentários ao Projeto de relatório explicativo sobre o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares da Conferência da Haia de Direito Internacional: A imperiosa necessidade de sua adoção pelo Brasil*, mimeo., p. 11

²⁶¹ BONOMI, Andrea. *Projet de Rapport Explicatif, Haia Conference of Private International law*, 2009, p.34

²⁶² ARAUJO, Nadia. *Op.Cit.* p.11.

Segundo Bonomi, essa cláusula é baseada na valorização da justiça substantiva e em diversas leis nacionais que conferem à Corte o poder de afastar acordos de pensão alimentícia que levam a algum resultado injusto a uma das partes. Por outro lado, e com receio de que as Cortes, detentoras de poder para afastar a lei aplicável, minem a conclusão dos acordos sob a égide do artigo oitavo, determinou-se que essa normativa não seria aplicada se as partes estivessem bem informadas. Ou seja, se não estivessem com perfeito entendimento do que tratam as normas escolhidas, sobre as consequências de suas escolhas, reduzindo, assim, o perigo de que a Corte afastasse sua aplicação.²⁶³

Sobre a forma ou validade dos acordos realizados, o Protocolo não traz normas expressas, sendo os acordos regidos pelas normas de Direito Internacional privado interno de cada Estado para as obrigações. Para Araujo, em caso de lacuna nesse ponto, a lei escolhida pelas partes deveria solucionar eventuais problemas, como é feito em outras situações em que a autonomia da vontade é aceita, como nos contratos internacionais, garantindo, assim, a uniformidade da solução.²⁶⁴

Podemos notar que, ao privilegiar a escolha das partes de forma tão expressa, introduzindo a autonomia da vontade em sua forma mais ampla, os indivíduos dispõem de maior capacidade. Em alguns casos, fornece segurança, previsibilidade e liberdade para que os indivíduos consigam realizar, de forma plena, suas escolhas, dando ensejo à preservação de sua cultura e consequente dignidade.

Instrumentos como o Protocolo, ao garantir a autonomia dos indivíduos em seu âmbito mais íntimo, surgem como demonstrações efetivas do avanço desse Instituto que, apesar de possuir uma construção de mais de dois séculos, são de uma atualidade impressionante e de uma importância ímpar na preservação da dignidade da pessoa humana.

O Estado, ao permitir essa escolha, fornece ao homem a possibilidade de exercê-la em sua plenitude. O Direito Internacional Privado, consciente da importância do homem para a ciência do direito, demonstra, através de sua prática internacional, de seus institutos e princípios, uma verdadeira preocupação com o homem e suas características.

²⁶³ BONOMI, Andrea. *Op. Cit.* p. 34

²⁶⁴ ARAUJO, Nadia. *Op.Cit.* p.11.

Ao realizar Convenções que possibilitam, de forma ampla, aos indivíduos em situação plurilocalizada, encontrar posições comuns na busca da melhor lei a ser aplicável, abre-se espaço para o Universalismo de confluência, propagado por Flores.²⁶⁵ Esse Universalismo busca não a imposição de uma determinada forma de se entenderem os direitos humanos, mas sim uma forma de compreender a razão do outro, o seu olhar, seu *topoi* e, com isso, iniciar uma construção conjunta de normas mais legítimas, com que todos se identifiquem.

Por outro lado, construções principiológicas, como o princípio da autonomia da vontade, reconhecem que nem sempre essas confluências serão encontradas em todos os assuntos. Elas fornecem ao aplicador do direito a possibilidade de respeitar a vontade do indivíduo, sua cultura, seu direito de ser diferente, fazendo valer sua identidade cultural como verdadeira categoria de direito.²⁶⁶ O Protocolo da lei aplicável às obrigações alimentares é um exemplo recente dessa preocupação da comunidade jurídica internacional em reafirmar esses valores entre nós.

Negociado através da constituição de comissões com componentes oriundos das mais diversas culturas e sistemas jurídicos do mundo, o Protocolo teve a participação ativa de todos os membros no momento da escolha das leis que o comporiam. Além disso, e ciente da necessidade de reconhecer as diferenças culturais que hoje marcam as famílias modernas, possibilitou aos indivíduos optar pela lei que melhor os representa, no reconhecimento do direito aos alimentos.

²⁶⁵ Ver Capítulo preliminar.

²⁶⁶ JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne* / Erik Jayme. Recueil des cours, Volume 251 (1995), p. 167.