

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Mariana Sebalhos Jorge

**A RESIDÊNCIA HABITUAL
COMO ELEMENTO DE CONEXÃO DO MUNDO GLOBALIZADO:
SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2017

MARIANA SEBALHOS JORGE

**A RESIDÊNCIA HABITUAL
COMO ELEMENTO DE CONEXÃO DO MUNDO GLOBALIZADO:
SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa “Fundamentos da Integração Jurídica”, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre

2017

MARIANA SEBALHOS JORGE

**A RESIDÊNCIA HABITUAL
COMO ELEMENTO DE CONEXÃO DO MUNDO GLOBALIZADO:
SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa “Fundamentos da Integração Jurídica”, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

12 de dezembro de 2017

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior
Orientador

Prof^ª. Dr^ª. Nadia de Araujo

Prof. Dr. Fernando Pedro Meinero

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’Olmo

Prof. Dr. Guilherme Pederneiras Jaeger

Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch

CIP - Catalogação na Publicação

Jorge, Mariana Sebalhos

A residência habitual como elemento de conexão do mundo globalizado: sua incidência no direito internacional privado brasileiro / Mariana Sebalhos Jorge. -- 2017.

214 f.

Orientador: Augusto Jaeger Junior.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2017.

1. Residência habitual. 2. Elemento de conexão. 3. Direito Internacional Privado. 4. Globalização. 5. Harmonização. I. Jaeger Junior, Augusto, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Professor Dr. Augusto Jaeger Junior pelo acolhimento como orientanda, pelo conhecimento compartilhado, pelas pesquisas que juntos realizamos. Agradeço pelo incentivo e pela dedicação que teve com o meu trabalho, pelas oportunidades que me proporcionou e pela confiança construída nestes dois anos.

Aos professores Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo, Dr. Fernando Pedro Meinero e Dr. Guilherme Pederneiras Jaeger, pelas valiosas considerações feitas na banca de qualificação, as quais foram determinantes para o resultado final desta dissertação.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo suporte financeiro através da bolsa de estudos que permitiu a dedicação exclusiva ao Mestrado.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) pelos ensinamentos e integral comprometimento com o aprendizado, fomentando relevantes discussões em suas disciplinas.

À secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito pelo auxílio e suporte fornecido durante estes dois anos, sanando dúvidas e aflições. À secretária Rose pela constante ajuda e paciência nestes dois anos.

Aos colegas pelo incentivo, pelas trocas de experiências e pelas amizades construídas. Àqueles que se tornaram amigos, agradeço por tornarem meus dias mais leves.

Aos meus pais, Silvia e Paulo, pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida, vocês são a minha principal referência. Por serem meus melhores amigos, meus maiores exemplos. Por todo estudo que tive até hoje. Por tornarem possível este sonho.

Aos meus avós, Wanderlei e Marlene, que estão sempre ao meu lado. Aos meus dindos, Schirlei e Wanderson, que contribuíram significativamente nestes dois anos, da mudança à adaptação na cidade de Porto Alegre. À minha família pela incansável parceria.

Ao meu noivo, Lucas, por estar sempre ao meu lado. Pelo amor que cresce à minha vida, pela amizade que me proporciona, pelo companheirismo de tantos anos, pela compreensão e paciência que tens comigo.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste estudo e concretização desta pesquisa, meus sinceros agradecimentos.

“Alors qu’en 1902 la société humaine présentait encore – du moins dans les Etats parties à la Convention – un caractère relativement stable, c’est l’instabilité qui caractérise la société de nos jours. Aux mouvements de migration normaux qui se développent fortement s’ajoutent l’exode de populations entières, le recrutement toujours croissant de main d’oeuvre étrangère, le stationnement de troupes en dehors de leur pays et maints autres facturs qui ont pour conséquence un déracinement, plus ou moins durable, de groupes humains. Il est évident que, dans ces conditions, les cas dans lesquels des enfants ne jouissent pas de la protection normale de la part de leurs parents deviennent de plus en plus fréquents. (...) Sur le plan international, enfin, on ne pouvait perdre de vue que les règles de conflits donnent toujours plus d’importance aux liens qui rattachent une personne à la société dans laquelle elle vit effectivement, donc à son domicile ou sa résidence habituelle. (...) Le système de la Convention de 1902, consacrant le principe dit de la nationalité et ne faisant intervenir la loi de la résidence habituelle qu’à titre d’exception, ne pouvait plus être maintenu dans une nouvelle convention.”

(STEIGER, M. W. de. *Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention*. Hague: HCCH Publications, 1961.)

RESUMO

Com a globalização e o constante aumento do fluxo internacional, tanto de mercadorias como de pessoas, observou-se o incremento dos negócios jurídicos com conexão internacional. A escolha da lei aplicável aos estatutos pessoais dividiu-se doutrinariamente entre defensores do elemento de conexão nacionalidade, como Mancini, e defensores do elemento de conexão domicílio, como Savigny. Cada vez mais conflitos envolvendo negócios jurídicos multijurisdicionais se tornaram uma realidade submetida aos tribunais internos dos países, de modo que a residência habitual surge como uma solução à dicotomia existente entre nacionalidade e domicílio. Nesse contexto, a finalidade da presente dissertação é analisar a incidência do elemento de conexão residência habitual no mundo globalizado e a incidência da residência habitual no direito internacional privado brasileiro. Para desenvolver os objetivos propostos, o estudo divide-se em dois capítulos. No primeiro capítulo é abordado o debate doutrinário existente na definição de residência habitual enquanto elemento de conexão, bem como a relação que possui com o domicílio – diferenciando-se domicílio em países de *common law* e de *civil law*. Neste primeiro momento ocorre também a análise do surgimento da residência habitual como elemento de conexão a determinar a lei aplicável, as suas primeiras utilizações pelas Convenções da Haia, previsões em legislações internas de diferentes países e também em âmbito unional através da União Europeia. O segundo capítulo destina-se à incidência da residência habitual no direito internacional privado brasileiro com a sua previsão em convenções já ratificadas pelo Brasil, bem como ao reconhecimento deste elemento de conexão no cenário brasileiro. Compreende, ainda, o estudo de julgados brasileiros que já utilizaram o critério da residência habitual e o futuro deste elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro. Destacam-se as tentativas de atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que já previram a inserção do elemento de conexão residência habitual de forma subsidiária ao domicílio. Em conclusão, tem-se que a atualização legislativa do direito internacional privado brasileiro deve inserir o elemento de conexão residência habitual, em ascensão no mundo atualmente, com primazia, e não de modo subsidiário como os projetos anteriores. A primazia do critério residência habitual permite a aplicação da lei mais próxima à vida da pessoa ou à relação jurídica multiconectada, e ainda harmoniza o direito internacional privado, permitindo que o domicílio e a nacionalidade sejam utilizados de modo subsidiário.

Palavras-chave: Residência habitual. Elemento de conexão. Direito internacional privado. Globalização. Harmonização.

ABSTRACT

With globalization and the constant increase of the international flow of both goods and people, it was observed the increase of the legal transactions with an international connection. The choice of law applicable to personal statutes was divided doctrinally between defenders of the connecting factor of nationality as Mancini and defenders of the connecting factor of domicile as Savigny. More and more conflicts involving multijurisdictional legal business have become a constant reality submitted to the domestic courts of the countries, so that habitual residence emerges as a solution to the dichotomy existing between nationality and domicile. In this context, the purpose of this dissertation is to analyze the incidence of the connection factor of habitual residence in the globalized world and the incidence of habitual residence in Brazilian private international law. In order to develop the proposed objectives, the study is divided into two chapters. The first chapter addresses the doctrinal debate existing in the definition of habitual residence as connecting factor, as well as the relation that has with the domicile - differentiating domicile in countries of *common law* of *civil law*. In this first moment there is also the analysis of the emergence of habitual residence as an connecting factor to determine the applicable law, its first uses by the Hague Conventions, provisions in internal legislation of different countries and also in a unional scope through the European Union. The second chapter focuses on the incidence of habitual residence in Brazilian private international law with its prediction in conventions already ratified by Brazil, as well as the recognition of this connecting factor in the Brazilian scenario. It also includes the study of Brazilian judges who have already used the criterion of habitual residence and the future of this connecting factor in Brazilian private international law. It analyzes the attempts to update the Brazilian private international law that have already predicted the insertion of the connecting factor of habitual residence in a subsidiary form to the domicile. In conclusion, it is noticed that the legislative update of Brazilian private international law must insert the connecting factor of habitual residence, rising in the world today, with primacy, and not in a subsidiary way as the previous projects. The primacy of habitual residence allows the application of the law closest to the person's life or to the multi-connected legal relationship, and also harmonizes private international law, allowing domicile and nationality to be used in a subsidiary manner.

Keywords: Habitual residence. Connecting factor. Private international law. Globalization. Harmonization.

RESUMEN

Con la globalización y el constante aumento del flujo internacional, tanto de bienes como de personas, se observó el incremento de los negocios jurídicos con conexión internacional. La elección de la ley aplicable a los estatutos personales se dividió doctrinariamente entre defensores del punto de conexión nacionalidad, como Mancini, y defensores del punto de conexión domicilio, como Savigny. Cada vez más conflictos que involucran negocios jurídicos multijurisdiccionales se han convertido en una realidad sometida a los tribunales internos de los países, de modo que la residencia habitual surge como una solución a la dicotomía existente entre nacionalidad y domicilio. En este contexto, la finalidad de la presente disertación es analizar la incidencia del punto de conexión residencia habitual en el mundo globalizado y la incidencia de la residencia habitual en el derecho internacional privado brasileño. Para desarrollar los objetivos propuestos, el estudio se divide en dos capítulos. En el primer capítulo se aborda el debate doctrinario existente en la definición de residencia habitual como punto de conexión, así como la relación que posee con el domicilio - diferenciándose domicilio en países de common law y de civil law. En este primer momento se produce también el análisis del surgimiento de la residencia habitual como punto de conexión a determinar la ley aplicable, sus primeros usos por los Convenios de La Haya, previsiones en legislaciones internas de diferentes países y también en el ámbito unional a través de la Unión Europea. El segundo capítulo se refiere a la incidencia de la residencia habitual en el derecho internacional privado brasileño con su previsión en convenciones ya ratificadas por Brasil, así como al reconocimiento de este elemento de conexión en el escenario brasileño. Comprende, además, el estudio de juzgados brasileños que ya utilizaron el criterio de la residencia habitual y el futuro de este punto de conexión en el derecho internacional privado brasileño. Se destacan los intentos de actualización de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño que ya predijeron la inserción del punto de conexión residencia habitual de forma subsidiaria al domicilio. En conclusión, se tiene que la actualización legislativa del derecho internacional privado brasileño debe insertar el elemento de conexión residencia habitual, en ascenso en el mundo actualmente, con primacía, y no de modo subsidiario como los proyectos anteriores. La primacía del criterio residencia habitual permite la aplicación de la ley más próxima a la vida de la persona o a la relación jurídica multiconectada, y armoniza el derecho internacional privado, permitiendo que el domicilio y la nacionalidad se utilicen de modo subsidiario.

Palabras-claves: Residencia habitual. Punto de conexión. Derecho internacional privado. Globalización. Armonización.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AGU	Advocacia Geral da União
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CIDIP	Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado
CF	Constituição Federal
CIJ	Corte Internacional de Justiça
DIPr	Direito Internacional Privado
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MPF	Ministério Público Federal
OEA	Organização dos Estados Americanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRFs	Tribunais Regionais Federais
TRF 1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF 2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF 3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TRF 4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF 5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	12
1. A RESIDÊNCIA HABITUAL COMO ELEMENTO DE CONEXÃO DO MUNDO GLOBALIZADO	19
1.1. A definição de residência habitual como elemento de conexão do mundo globalizado.....	20
1.1.1. A definição de residência habitual no Direito Internacional Privado.....	21
1.1.2. A relação entre a residência habitual e o domicílio a partir da diferença conceitual existente entre países de <i>common law</i> e de <i>civil law</i>	43
1.2. O surgimento e a ascensão da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado.....	60
1.2.1. As primeiras utilizações da residência habitual e a sua previsão em legislações nacionais	61
1.2.2. A residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado da União Europeia	81
2. A RESIDÊNCIA HABITUAL COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO	101
2.1. A ascensão da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro.....	102
2.1.1. A evolução histórica dos elementos de conexão no direito internacional privado brasileiro e a emergência da residência habitual	103
2.1.2. As convenções internacionais ratificadas pelo Brasil que preveem a residência habitual como elemento de conexão.....	121
2.2. A incidência da residência habitual como elemento de conexão em decisões proferidas pelos tribunais brasileiros e o seu futuro no direito internacional privado interno.....	143
2.2.1. A aplicação da residência habitual pelos tribunais brasileiros	144
2.2.2. O futuro da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro.....	164
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	188
REFERÊNCIAS	195

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a globalização¹ e o constante aumento do fluxo internacional, tanto de mercadorias como de pessoas, observou-se o incremento dos negócios jurídicos internacionais². Esta realidade exigiu dos Estados uma nova postura enquanto ator internacional³, evidenciando a necessidade de uma revisão da visão tradicional de soberania absoluta, “que passou a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos”⁴, de modo que passa a ser possível, quando violados estes direitos, uma responsabilização internacional.

A fim de solucionar eventuais litígios multiconectados, técnicas jurídicas foram criadas para determinar qual deveria ser o juiz competente para solucionar este litígio, bem como determinar a lei de que Estado deveria ser aplicada, e ainda de que forma uma decisão do Estado A poderia ser reconhecida e executada, eventualmente, em um Estado B. Este panorama comporta os três principais objetivos do direito internacional privado⁵.

Assim, diante de uma relação jurídica multiconectada, ou seja, uma relação jurídica que possua um elemento de estraneidade, é preciso uma averiguação preliminar a fim de

¹ Conforme Carlos Roberto Husek, “a globalização refere-se a uma realidade econômica, social, política, educacional que domina os governos, as academias, as empresas e as mais pequenas relações comunitárias. Trata-se de um único modelo, uma única peça para vestir o corpo multifacetário da sociedade”. HUSEK, Carlos Roberto. Os desertados da globalização e o direito internacional. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 55.

² Andrea Bonomi afirma que “a globalização é um fenômeno extremamente complexo, de natureza sobretudo econômica e social, cujos fatores mais significativos são a redução das barreiras aos intercâmbios internacionais de bens e serviços, a instauração de novos modelos transnacionais de produção, a expansão das comunicações e a criação de uma sociedade da informação de alcance mundial”. Estes fatores resultam em “um aumento das relações privadas transfronteiriças, tanto em âmbito mercantil e trabalhista quanto em âmbito familiar e sucessório”. BONOMI, Andrea. Globalização e Direito Internacional Privado. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas. Estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 159.

³ Percebe-se que “as relações privadas têm se tornado cada vez mais complexas, pois além de envolverem diversos atores internacionais que interagem em âmbito global, abarcam também uma enorme gama de situações juridicamente múltiplas e que exigem respostas elucidativas à luz do Direito estatal”. COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Direito Internacional Privado e Ordem Pública. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 49.

⁴ SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A adoção internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 353.

⁵ André de Carvalho Ramos defende que “no século XXI, o Direito Internacional Privado (DIPr) apresenta-se marcado pela pluralidade de objetos, abrangendo (i) a escolha de uma regra de regência sobre fatos transnacionais; (ii) a fixação de uma jurisdição para solucionar eventuais litígios sobre tais fatos; (iii) o estudo da implementação de decisões estrangeiras em outro Estado (cooperação jurídica internacional entre Estados) e (iv) para parte da doutrina, a nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro”. RAMOS, André de Carvalho. Nota introdutória: o direito internacional privado e seus desafios. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 01.

determinar a lei a ser aplicável para solucionar o direito material questionado. Os critérios de conexão não se destinam à resolução material do conflito, possuindo o objetivo de apenas determinar a aplicação da lei de um Estado. Uma lei destinada a resolver um conflito que possua conexão internacional deve ordenar o critério que irá determinar o direito material aplicável, se o direito do foro ou o direito estrangeiro.

Este estudo se propõe à análise da determinação da lei aplicável a partir das tendências modernas do direito internacional privado⁶. Esta disciplina separou defensores do elemento de conexão nacionalidade, como Pasquale Stanislao Mancini⁷, e defensores do elemento de conexão domicílio, como Friedrich Carl von Savigny⁸. Atualmente, no entanto, emerge o elemento de conexão residência habitual, surgindo como uma alternativa à dicotomia clássica existente.

Diante das dificuldades práticas que a aplicação do elemento de conexão nacionalidade enfrentava em determinadas matérias, e das divergências conceituais existentes do elemento de conexão domicílio, surge, timidamente, em 1956, o elemento de conexão residência habitual na Convenção da Haia relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores⁹. Em 1961, sua presença é ratificada na Convenção da Haia relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores. Ambas adotaram a residência habitual do menor como critério determinador da lei aplicável.

A residência habitual surge como um critério flexível, capaz de permitir a busca do melhor interesse da criança¹⁰, tendo em vista que o direito de família sofreu o fenômeno da

⁶ Tatyana Scheila Friedrich afirma que o “Direito Internacional Privado surgiu e se consolidou em função da vontade humana de interagir, da curiosidade em relação ao que lhe é diferente, das vantagens em se realizar trocas de mercadorias além das fronteiras e da necessidade de buscar um local melhor para se viver. E a movimentação humana gera uma série de outras relações e forma um mosaico de legislações que potencialmente podem ter incidência sobre elas”. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao direito internacional privado. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 22.

⁷ Ver mais em: MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003.

⁸ Ver mais em: SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

⁹ Convenção relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos à Menores, de 24 de outubro de 1956. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37>> Acesso em: 13 mar. 2017.

¹⁰ Conforme Karine Boselli, é preciso mencionar inicialmente a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1923 e que foi adotada pela Sociedade das Nações em 1924. “Essa Declaração reconheceu que a criança deveria ser protegida independentemente de qualquer consideração quanto à raça, nacionalidade ou crença, assim como deveria ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família. Seu desenvolvimento deveria ocorrer de maneira normal, suprimindo-se qualquer demanda material, moral ou espiritual. A criança, ademais, deveria ser alimentada, tratada, auxiliada e reeducada, e o órfão e o abandonado deveriam ser recolhidos. Em tempos de infortúnio, a criança deveria ser a primeira a receber socorros, assim como deveria ser colocada em condições de, no momento oportuno, ganhar a sua vida, sendo protegida contra qualquer exploração”. BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO,

despatrimonialização, “passando a ser pautado muito mais pelos conceitos de afeto e solidariedade e pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana”¹¹. Diante do reconhecimento e da necessidade de proteção às crianças, consideradas como indivíduos em desenvolvimento, é preciso que três aspectos sejam observados, quando da garantia dos seus direitos: “a dignidade da pessoa humana, a autonomia (também entendida como a individualidade da criança) e o desenvolvimento da personalidade”¹².

A fundamentação que defende a incidência do elemento de conexão residência habitual possui correspondência com o princípio da proximidade¹³ no direito internacional privado, que consiste na aplicação do sistema jurídico ou da lei que forem mais próximos do fato, devendo o tomador de decisão executar um “teste da conexão mais próxima e verdadeira”¹⁴. O princípio da proximidade seria amplo, uma vez que defende a utilização da lei mais próxima, independentemente de ser a lei da nacionalidade, do domicílio ou da residência habitual. Já esta surge como um critério apto a aproximar a aplicação da lei do Estado que possuir uma conexão mais próxima à relação jurídica multiconectada, atuando como uma vertente do princípio da proximidade¹⁵.

Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 193.

¹¹ BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 190.

¹² Ainda sobre o tema, Fabiana das Graças Alves Garcia afirma que “na atualidade, a proteção jurídica dispensada à infância apresenta-se intimamente relacionada ao princípio de interesse maior — ou superior — da criança, também denominado melhor interesse da criança no ordenamento brasileiro”. A autora considera este como um princípio jurídico-formal no qual “o interesse superior da criança deve atuar como critério orientador na resolução dos casos concretos, ou seja, como um standard hermenêutico, que obriga que se recorra à ponderação dos interesses conexos com os bens prioritários da criança, quais sejam a vida, liberdade, integridade etc., no contexto dos bens e interesses relevantes nos casos ou situações analisados”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 269.

¹³ Ver mais em: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

¹⁴ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 298.

¹⁵ Gabriel Valente dos Reis afirma que a utilização do domicílio e da residência habitual visam garantir a aplicação da lei mais próxima, destacando, no entanto, aspectos negativos que derivam de suas aplicações, especificamente em matéria de sucessões internacionais: “A principal vantagem do domicílio e da residência habitual é a proximidade com o contexto em que o de cujus estava inserido. Por outro lado, a facilidade de modificação torna esses critérios mais instáveis no tempo. Se a morte ocorre imediatamente após a mudança de domicílio ou residência, a aplicação da lei nova pode ser inesperada (nesse aspecto, é uma possibilidade de política legislativa o estabelecimento de um prazo mínimo para que se considere a nova residência). A existência de múltiplas residências também pode gerar dificuldades de determinação daquela que deva ser considerada. Já a nacionalidade oferece maior estabilidade e, geralmente, é mais fácil de ser determinada, embora nem sempre denote um vínculo de proximidade com a realidade social do *de cujus*”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos,*

A utilização de um critério flexível, tal como a residência habitual, “teve como base a constatação de que a aplicação da lei mais próxima é sempre mais adequada para solução de questões referentes às relações entre pais e filhos, por ser mais apta à análise do que será mais conveniente para o interesse da criança”¹⁶. Desde as suas primeiras previsões, a residência habitual tem sido utilizada em convenções internacionais, em atualizações de legislações internas de determinados países, e ainda, no direito internacional privado da União Europeia¹⁷, onde tornou subsidiário o elemento de conexão nacionalidade.

Destaca-se que este estudo adotará a utilização do termo “unional” em substituição ao termo “comunitário”, observando que em 1992 o Tratado da União Europeia, conhecido como Tratado de Maastricht, determinou no seu artigo “A” que as partes contratantes instituíam entre si “uma União Europeia, adiante designada por «União»”, e assinalou “uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos”¹⁸.

Este estudo pretende solucionar o seguinte problema de pesquisa: o elemento de conexão residência habitual corresponde, de fato, a uma tendência moderna do direito

seus deberes. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 317. Ainda neste sentido, Tatyana Scheila Friedrich dispõe: “Busca-se a aplicação do ordenamento jurídico mais próximo ao caso, com foco num resultado final que respeita e promove a dignidade humana, recorrendo-se, quando necessário, à aplicação das exceções de ordem pública e normas imperativas. Almeja-se também normas cada vez mais harmonizadas, através da celebração de Convenções Internacionais entre os diversos Estados”. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao direito internacional privado. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 23.

¹⁶ Fabiana das Graças Alves Garcia afirma: “Tratando-se especificamente de questão atinente aos direitos da criança no tocante ao direito de convivência familiar, é a proximidade à criança que deverá servir de base para a escolha da lei aplicável, sendo que tal proximidade não deverá ser aferida com base na nacionalidade, mas, sim, pelo local da residência habitual”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deberes*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 280.

¹⁷ A integração exigia novas posturas da União Europeia em áreas como o direito de família, em que a nacionalidade atuava como um elemento de conexão limitador da livre circulação e, portanto, contrário às premissas da integração. Conforme Érika Maeoka, “nota-se que, no âmbito da União Europeia ocorreu uma verdade revolução em matéria de Direito de Família, devido à liberdade de circulação e estabelecimento em todo o território ter gerado com mais frequência as situações nas quais os membros de uma família estão dispersos em diversos Estados do espaço comunitário”. MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 331.

¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia, de 07 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>> Acesso em: 26 nov. 2017. Observa-se o avanço da integração regional que resultou no surgimento da União Europeia: “A formação dos mercados de bloco tem início com o processo de desenvolvimento econômico, sendo o primeiro a ter um sucesso significativo o Benelux (Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo) no ano de 1948. Logo, seguindo o mesmo caminho do Benelux, surge o Mercado Comum Europeu, criado através do Tratado de Roma em 1957, vindo a se transformar logo em seguida em Comunidade Europeia. Surge, então, a União Europeia sendo o seu tratado assinado em 1992, na cidade de Maastricht, e efetivado em 1993”. FURTADO, Rogério Dourado. A necessidade de uma soberania compartilhada para a constituição de mercados de bloco. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 317.

internacional privado, capaz de superar a dicotomia existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio, já sendo incidente no ordenamento jurídico brasileiro e consagrando a sua presença no futuro do direito internacional privado do país?

O objetivo geral consiste, então, na análise da incidência do elemento de conexão residência habitual no direito internacional privado brasileiro, eventualmente através da sua previsão na legislação positiva interna, abordando a possibilidade de que futuramente a residência habitual conquiste a preferência do legislador nacional. Como objetivos específicos, observa-se a conceituação e delimitação da expressão “residência habitual”, questão ainda controversa doutrinariamente; a análise do surgimento deste elemento de conexão e ainda a sua ascensão no ambiente internacional; a averiguação da incidência deste elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro e os desenvolvimentos que este já alcançou no país, para que eventualmente, então, analise-se a possibilidade da sua presença em uma futura atualização da disciplina no país.

Para tanto, o método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, uma vez que se partirá de uma análise geral da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado e a sua ascensão a nível mundial, até premissas particulares, com foco na residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro em si, através de convenções incorporadas pelo Brasil e a sua incidência em decisões proferidas por tribunais nacionais. O método de procedimento utilizado será a análise bibliográfica de doutrina nacional e estrangeira especializada, de legislações aplicadas e de jurisprudência, bem como convenções internacionais, realizando-se uma pesquisa de caráter exploratório.

Para alcançar os objetivos propostos, o estudo foi dividido em dois capítulos. O primeiro capítulo destina-se à residência habitual como elemento de conexão do mundo globalizado, enquanto o segundo capítulo destina-se à residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro, especificamente.

O primeiro capítulo deste estudo subdivide-se em duas seções. A primeira destina-se à análise da definição de residência habitual enquanto elemento de conexão, diante da sua complexidade conceitual, apesar da aparente simplicidade. Assim, através da conceituação será analisada a relação existente entre a residência habitual e o domicílio, a partir da diferença conceitual existente entre países de *common law* e países de *civil law*. A segunda seção deste capítulo destina-se ao surgimento e à ascensão da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado do mundo globalizado, a partir das suas primeiras utilizações por meio das Convenções da Haia e a sua previsão em diferentes

legislações nacionais, abordando-se, também, a incidência da residência habitual como elemento de conexão predominante no direito internacional privado da União Europeia, o que marcou o seu no mundo atual.

O segundo capítulo deste estudo também se subdivide em duas seções. A primeira seção destina-se à ascensão da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro. Para tanto, inicialmente, será analisada a evolução histórica da disciplina no país, através da previsão da nacionalidade até a alteração legislativa que adotou o elemento de conexão domicílio, que perdura até os dias atuais como o elemento de conexão a determinar a lei aplicável aos estatutos pessoais. A incidência da residência habitual no Brasil não pode ser observada através de sua positivação na legislação interna, mas sim através da presença deste elemento de conexão em convenções que já foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, e que serão, então, detalhadas. Assim, a segunda seção deste capítulo destina-se à análise da incidência da residência habitual em decisões já proferidas pelos tribunais brasileiros que aplicaram, eventualmente, uma convenção já incorporada, e que analisaram a expressão “residência habitual” a partir de sua conceituação e da determinação específica de um local como o Estado da residência habitual da pessoa. A análise, então, será do futuro do direito internacional privado brasileiro, observando a presença do elemento de conexão residência habitual em propostas de atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e sugerindo-se a inserção da residência habitual com primazia.

Uma vez verificada a aceitação internacional da residência habitual como elemento de conexão, é que se busca investigar este elemento no direito internacional privado brasileiro e analisar como a residência habitual é acolhida doutrinariamente no país e de que modo está sendo utilizada em decisões já proferidas, uma vez que o Brasil é signatário de convenções internacionais que determinam a sua aplicação. Esta análise se demonstra cada vez mais necessária.

Esta pesquisa apresenta relevante importância ao desenvolvimento e aprimoramento do direito internacional privado brasileiro. Isto porque diante dos grandes debates, que antes dividiam os países entre adeptos do elemento de conexão nacionalidade e adeptos do elemento de conexão domicílio, a residência habitual ascende como uma alternativa a esta dicotomia. A utilização da residência habitual permite conciliar a existência dos elementos de conexão nacionalidade e domicílio, a partir da utilização destes critérios de modo subsidiário, ou seja, o país concede primazia à residência habitual, e pode manter, eventualmente, um critério subsidiário tal como a nacionalidade ou o domicílio.

A ascensão da residência habitual evidencia a busca por uma harmonização¹⁹ do direito internacional privado, a partir do reconhecimento da necessidade de cooperação internacional entre os países, para que estes consigam efetivar a garantia de direitos na prática internacional, uma vez que, diante da flexibilização das fronteiras, “o problema quanto à efetividade da justiça, em uma sociedade globalizada, vai além e alcança horizontes ainda mais distantes e torna-se um desafio ao direito internacional”²⁰.

Como exemplo, observam-se as previsões das Convenções da Haia, que buscaram harmonizar o direito internacional privado em matérias envolvendo crianças e direito de família, a partir de uma cooperação internacional entre os países e do estabelecimento de uma Autoridade Central que seria responsável por esta cooperação. Observou-se que as convenções que se limitavam a determinar o direito aplicável ou a jurisdição não possuíam a mesma efetividade do que as convenções que, de fato, criavam mecanismos de cooperação internacional.

A análise da residência habitual à luz do direito internacional privado brasileiro se torna fundamental, observando-se como este critério já foi aplicado pelos tribunais brasileiros, a conceituação adotada e os determinantes considerados para o fim de determinação de um local como a residência habitual de uma pessoa. A presença deste elemento de conexão pode ser observada, até mesmo, nas propostas que tentaram atualizar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que mantiveram a primazia do elemento de conexão domicílio, e inseriram o elemento de conexão residência habitual subsidiariamente. O futuro do direito internacional privado brasileiro não poderá ignorar o elemento de conexão residência habitual, assim como o direito internacional privado *lato sensu* não o tem ignorado.

¹⁹ Paulo Borba Casella explica a diferenciação existente entre harmonização e uniformização: “A harmonização dirá respeito às normas de conflito ou normas de direito internacional privado, permanecendo intocadas as normas nacio-nais de direito material. Na medida em que sejam harmônicas as normas de conflito, eliminar-se-ão os conflitos de leis quer positivos como negativos, permitindo remeter ao direito material diretamente. O processo é, teórica como conceitualmente, mais fácil que tentativas de unificação de direito, na medida em que circunscreve a atuação a alguns dispositivos, de diferentes direitos nacionais, de natureza conflitual, sem afetar o bojo dos sistemas nacionais, de caráter material, mas seu alcance, por vezes, padecerá das limitações decorrentes de sua própria extensão. A unificação comporta a substituição dos anteriores dispositivos nacionais por novas normas, previamente negociadas e acordadas, que eliminam os conflitos, na medida em que a mesma norma, seja conflitual como material, passa a ter vigência entre os diferentes Estados, o que, normalmente, operará por meio de convenção internacional”. CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 78.

²⁰ VASSOLE, Gilberto Figueiredo; VASSOLE, Mariana Knudsen. A importância da cooperação jurídica internacional para a efetividade do acesso à justiça. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Araes Editores, 2016. p. 170.

1. A RESIDÊNCIA HABITUAL COMO ELEMENTO DE CONEXÃO DO MUNDO GLOBALIZADO

A residência habitual é um elemento de conexão ainda incipiente no direito internacional privado. No entanto, ascende no mundo globalizado com certa rapidez, surgindo como uma provável alternativa à dicotomia²¹ existente entre os elementos de conexão domicílio e nacionalidade²².

Aparenta ser um elemento de conexão mais adequado em um ambiente globalizado, diante de uma sociedade dinâmica²³ em que fronteiras são diluídas²⁴, o entendimento rígido de soberania sofre alteração, a comunicação entre as pessoas ultrapassa limites geográficos e a circulação destas ao redor do mundo se intensifica cada vez mais²⁵. O reflexo direto da globalização²⁶ é um número crescente de relações jurídicas internacionais – que possuem conexão internacional e que exigem cada vez mais incidência do direito internacional privado²⁷.

Aliado ao cenário de ampla circulação de pessoas, de capitais e mercadorias entre países, a incidência de um elemento de conexão que fuja da rigidez e do tradicionalismo – que permeiam a nacionalidade e o domicílio – parece iminente. Assim, observa-se a ascensão do

²¹ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. et al. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 509.

²² YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaolaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 12.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Como afirma Carlos Roberto Husek: “As fronteiras se tornaram flexíveis. O transporte internacional por ar, terra e mar, muito facilitado, e, portanto, a possibilidade das pessoas se deslocarem, buscando novas oportunidades no trabalho e na vida fizeram do mundo um palco de intenso movimento”. HUSEK, Carlos Roberto. Os deserdados da globalização e o direito internacional. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 57.

²⁵ Ignacio Ramonet afirma que as pessoas adquirem hábitos semelhantes, de modo que a realidade de um Estado se assemelha à realidade de outro Estado, ainda que seja distante geograficamente: “Em sua volta, cada um sente perfeitamente que o alibi da modernidade serve para dobrar tudo sob o implacável nível de uma estéril uniformidade. Um estilo de vida semelhante se impõe de um extremo ao outro do planeta, divulgado pela mídia e prescrito pela intoxicação da cultura de massa”. RAMONET, Ignacio. *Geopolítica do Caos*. Petrópolis: Editora Vozes, 1998. p. 47.

²⁶ Conforme Zygmunt Bauman, na globalização, as distâncias são reduzidas: “Para algumas pessoas ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar. Com ‘as distâncias não significando mais nada’, as localidades, separadas por distâncias, também perdem seu significado”. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 25.

²⁷ Observa-se que em função deste ambiente globalizado, “passam a surgir conflitos jurídicos entre particulares que dependem de uma resposta jurisdicional que transcende as fronteiras nacionais, nascendo aí, a necessidade de uma cooperação jurídica internacional”. VASSOLE, Gilberto Figueiredo; VASSOLE, Mariana Knudsen. A importância da cooperação jurídica internacional para a efetividade do acesso à justiça. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 170.

elemento de conexão residência habitual a partir de um conceito flexível e que permite uma aproximação do caso com a lei do Estado que lhe for mais próxima²⁸ faticamente.

Compreender conceitualmente a expressão “residência habitual” e as diferenças que possui do conceito de “domicílio” – domicílio na *common law* e domicílio na *civil law* – é fundamental para que em um segundo momento seja possível compreender as justificativas que permearam o seu surgimento.

Após uma compreensão conceitual da expressão “residência habitual” é imprescindível a análise da sua primeira utilização e os motivos que resultaram na incidência de um elemento de conexão mais flexível: a nacionalidade mostrava-se inapta a garantir o melhor interesse da criança no direito internacional privado e o domicílio possuía restrições a sua aplicação em razão das divergências conceituais que a expressão enfrentava. O surgimento do elemento de conexão residência habitual visava garantir a efetividade do melhor interesse da criança e objetivava harmonizar o direito internacional privado, atuando como uma alternativa à dicotomia clássica existente entre a nacionalidade e o domicílio.

1.1. A definição de residência habitual como elemento de conexão do mundo globalizado

A maior dificuldade encontrada no uso do elemento de conexão residência habitual parece ser quanto a sua definição. Com a sua ascensão e a sua utilização em um número cada vez maior de legislações, observou-se uma aceitação internacional por definir a residência habitual como o centro de interesses ou centro da vida da pessoa. Na prática, esta aparente simplicidade conceitual não se ratifica, uma vez que são muitos os fatores que influenciam na determinação do local de residência habitual de uma pessoa²⁹, sendo fundamental a análise deste conceito para posteriormente compreender o seu surgimento e ascensão.

Não parece haver um consenso entre os doutrinadores nem mesmo quanto à necessidade de existir um conceito em si para a residência habitual, tendo em vista a defesa de que este elemento de conexão seria uma questão de puro fato e não um conceito legal³⁰. Conceituar a residência habitual, assim, consiste em um ponto crucial deste estudo, uma vez que, com a ampla utilização deste elemento de conexão no direito internacional privado moderno, a sua incidência em relações jurídicas multiconectadas tende a ascender.

²⁸ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

²⁹ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 485.

³⁰ *Ibidem*, p. 487.

A relação existente entre o elemento de conexão residência habitual e o elemento de conexão domicílio é outro importante destaque a ser abordado, a partir das divergências conceituais existentes entre países de *common law* e de *civil law*. É preciso ressaltar que a diferença conceitual do termo “domicílio” entre estes sistemas jurídicos foi uma das razões pela qual este critério determinador da lei aplicável não alcançou uniformidade no direito internacional privado, e foi, conseqüentemente, afastado da legislação interna de países que preferiram a objetividade do elemento de conexão nacionalidade. Assim, a relação entre a residência habitual e o domicílio será de uma forma, quando considerado o conceito de domicílio dos países de *common law*, e a relação entre a residência habitual e o domicílio será de outra forma, quando considerado o conceito de domicílio dos países de *civil law* – destacando ser este o sistema jurídico adotado pelo Brasil, país que interessa primordialmente neste estudo.

1.1.1. A definição de residência habitual no Direito Internacional Privado

Antes de abordar especificamente a conceituação do elemento de conexão residência habitual nas normas de direito internacional privado, peculiaridades sobre estas normas precisam ser mencionadas. Embora envolvam relações internacionais, estas possuem, tradicionalmente, a característica de serem normas nacionais³¹: cada Estado possui a sua legislação que ordenará o critério responsável por eleger a lei a ser aplicada a uma relação multiconectada³². Estas normas de direito internacional privado são denominadas indiretas ou indicativas³³ quando destinadas a apenas referir qual é a lei a ser aplicável, ou normas

³¹ Jacob Dolinger afirma que “a principal fonte de Direito Internacional Privado é a legislação interna de cada sistema, razão porque não cabe falar em direito internacional, uma vez que a autoria de suas regras é interna e não internacional”. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 06.

³² As normas de direito internacional privado apenas indicam qual é o direito a ser aplicado em determinada situação, não solucionando a parte material da questão, sendo estas denominadas normas indicativas ou indiretas. Importante ressaltar que no presente trabalho estas normas serão referidas apenas como normas indicativas. RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 157.

³³ Como salienta Beat Walter Rechsteiner, “as normas indicativas ou indiretas, como já mencionado, limitam-se a indicar o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional, não solucionando a questão jurídica propriamente dita”. *Ibidem*, p. 158. Ainda neste sentido, “o Direito Internacional Privado tem uma função designativa, quer dizer, apenas determina qual o direito deve ser aplicado no caso concreto, sem se preocupar com o seu conteúdo material, com a resolução da questão ou com a justiça do resultado final”. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao direito internacional privado. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Araes Editores, 2015. p. 23.

qualificadoras³⁴ quando irão indicar como deve ocorrer a interpretação e aplicação da norma indicativa ao caso concreto.

As normas indicativas dividem-se em três partes: o objeto de conexão, o elemento de conexão e a consequência jurídica³⁵. O objeto de conexão destina-se à parte material da norma, referindo-se a fatos que possuam conexão internacional, enquanto os elementos de conexão possibilitam a determinação do direito aplicável³⁶, definindo qual lei deverá ser aplicada para um caso que possua conexão internacional, se a lei do foro ou a lei estrangeira³⁷. Conforme David França Ribeiro de Carvalho, “a norma clássica do direito internacional privado, geralmente de origem interna, nacional, não resolve, de imediato, determinada questão jurídica em concreto”³⁸.

A fim de compreender a conceituação da residência habitual como elemento de conexão e o seu surgimento, é importante observar brevemente a evolução histórica do direito internacional privado moderno e perceber o momento que justificou a utilização de um critério mais flexível e que poderia ser a solução à dicotomia existente entre domicílio e nacionalidade.

Encontra-se, na história do direito internacional privado, uma evolução quanto à solução dos conflitos. A territorialidade do direito, por exemplo, foi defendida por Joseph Story, que afirmava que o direito internacional privado era na sua essência direito nacional³⁹. Este exaltava a soberania do Estado julgador, uma vez que a aplicação do direito estrangeiro dependeria exclusivamente da vontade do legislador pátrio, acentuando a territorialidade do direito através da aplicação da lei do território e admitindo a aplicação da lei estrangeira

³⁴ Beat Walter Rechsteiner afirma que “essas normas não designam o direito aplicável; elas determinam, basicamente, como uma norma indicativa ou indireta de direito internacional privado deve ser interpretada e aplicada ao caso concreto”. RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 155.

³⁵ *Ibidem*, p. 158.

³⁶ *Ibidem*, p. 159.

³⁷ De acordo com Florisbal de Souza Del’Olmo e Augusto Jaeger Junior, pode-se entender elemento de conexão “como a parte da norma de Direito Internacional Privado que determina o direito aplicável, seja o nacional (do julgador), seja o estrangeiro”. DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 43.

³⁸ CARVALHO, David França Ribeiro de. O tratamento da adoção internacional no plano internacional: o direito da Convenção da Haia sobre proteção das crianças e cooperação em matéria de adoção internacional, de 1993. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 217.

³⁹ Conforme Story: “As leis de um país não podem ter força intrínseca e próprio vigor, exceto dentro dos limites territoriais e jurisdição desse país. Eles podem mencionar apenas seus próprios assuntos, e outros, que estão dentro dos limites de sua jurisdição; apenas enquanto eles ali permanecem”. Tradução livre de: “*It is plain, that the laws of one country can have no intrinsic force, proprio vigor e, except within the territorial limits and jurisdiction of that country. They can bind only its own subjects, and others, who are within its jurisdictional limits; and the latter only while they remain there*” STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834. p. 07.

apenas como ato de cortesia⁴⁰. Este princípio da territorialidade foi fortemente criticado, já que ao ser aplicado sem restrições, desrespeitaria o estrangeiro, violando os próprios princípios de direito internacional⁴¹.

Pasquale Stanislao Mancini foi o grande defensor da nacionalidade como elemento de conexão a determinar a lei aplicável aos estatutos pessoais, defendendo a personalidade do direito⁴². Este estabeleceu, em sua obra, a nacionalidade como critério determinador da lei a ser aplicada ao estatuto pessoal do cidadão. A sua doutrina repousou em três fundamentos: a nacionalidade, a liberdade e a soberania.

A nacionalidade corresponderia ao elemento de conexão dominante, de forma que para a solução do conflito deveria ser aplicada a lei da nacionalidade da pessoa no tocante, por exemplo, a sua capacidade, relações familiares e sucessórias⁴³. O princípio da liberdade refere que as partes poderiam escolher o direito a ser aplicado dentro dos limites estabelecidos pela lei, reconhecido como a autonomia da vontade⁴⁴. O terceiro princípio, o da soberania, destaca que o direito estrangeiro não seria aplicado quando fosse contrário à ordem pública nacional, de forma que a soberania do Estado protegeria os interesses deste.

Mancini defendeu ainda que os princípios de direito internacional privado estariam entrelaçados ao direito internacional público, possuindo validade universal, de modo que a

⁴⁰ Segundo Joseph Story: “Seja qual for a força extra-territorial que eles devem ter, é o resultado, não de qualquer poder original para estendê-los no exterior, mas desse respeito, que por motivos de política pública, outras nações estão dispostas a ceder a eles, dando-lhes efeito, como o A frase é, *sub mutue vicissitudinis obtentu*, com uma consideração sábia e liberal para a conveniência comum e as necessidades mútuas”. Tradução livre de: “*Whatever extra-territorial force they are to have, is the result, not of any original power to extend them abroad, but of that respect, which from motives of public policy other nations are disposed to yield to them, giving them effect, as the phrase is, sub mutue vicissitudinis obtentu, with a wise and liberal regard to common convenience and mutual necessities*”. STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834. p. 08.

⁴¹ Conforme Jacob Dolinger: “O princípio da territorialidade, que manda aplicar invariavelmente a *lex fori*, inclusive para os estrangeiros de passagem pelo país, representa o desprezo a quase oitocentos anos de evolução do direito internacional privado, que nos ensina que a Justiça de cada país há de reconhecer, conhecer e aplicar normas jurídicas estrangeiras quando a pessoa, a coisa ou o ato jurídico tiverem maior ligação com o direito estrangeiro do que com o sistema jurídico do foro”. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 299.

⁴² Conforme Pasquale Stanislao Mancini: “A raça, expressão de uma identidade de origem e de sangue, é outro importante elemento constitutivo da nação. É exatamente com essa relação que a nação mais retrata a família”. MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 57.

⁴³ Para Pasquale Stanislao Mancini, o vínculo mais estreito seria com o Estado da nacionalidade da pessoa: “Em resumo, as fronteiras naturais do território, além de concentrar e circunscrever e por vezes defender de agressões estrangeiras uma nacionalidade, conferem por outra parte aos habitantes uma conformidade maior nas condições do desenvolvimento físico e moral e, portanto, maior capacidade de vínculos jurídicos recíprocos”. *Ibidem*, p. 57.

⁴⁴ Quanto à liberdade, Pasquale Stanislao Mancini é claro ao referir que esta atua de forma conjunta com a nacionalidade: “O direito de nacionalidade, portanto, não é senão a mesma liberdade do indivíduo, estendida ao desenvolvimento comum do agregado orgânico dos indivíduos que formam as nações. A nacionalidade não é senão a explicação coletiva da liberdade e, no entanto, é coisa santa e divina como a própria liberdade. Pelo que, em cada nação, esta liberdade não pode ter outro limite senão onde começa a violação da liberdade igual que é necessário respeitar em todas as outras”. *Ibidem*, p. 63.

aplicação do direito estrangeiro, quando evidenciada, seria obrigatória para os juízes em todos os Estados⁴⁵. Sob esta perspectiva, a lei da nacionalidade seria fundamental para o sujeito uma vez que transporta as suas origens, características e culturas, sendo a nacionalidade definida como o vínculo jurídico-político que une uma pessoa ao Estado do qual ela é natural⁴⁶.

Destaca-se também o aspecto geográfico que serviria para separar o mundo em diferentes famílias, que dentro de determinado território possuiriam características específicas, de modo que a natureza determinaria “o gênero da vida e a direção do desenvolvimento nacional”⁴⁷. Outro aspecto significativo corresponde às fronteiras naturais de um território, que não só afastariam possíveis agressões estrangeiras como também forneceria aos habitantes uma “conformidade maior nas condições do desenvolvimento físico e moral”, possuindo “maior capacidade de vínculos jurídicos recíprocos”⁴⁸.

A nacionalidade como elemento de conexão dos estatutos pessoais foi utilizada amplamente nos países europeus⁴⁹, sendo ainda prevista atualmente em muitas legislações internas de Estados-membros da União Europeia, como será visto. A nacionalidade foi utilizada pelo Brasil⁵⁰ através da previsão legal contida no artigo 8º da Introdução ao Código Civil de 1916, tendo sido substituída pelo domicílio em 1942.

Conforme Pontes de Miranda, “nacionalidade é o laço jurídico-político, de direito público interno, que faz do indivíduo um dos elementos componentes da dimensão pessoal do

⁴⁵ Mancini afirma que: “Se não nos iludimos, ele é recomendado também pela admirável simplicidade que pode introduzir na ciência do Direito das Gentes, a qual, sob a proteção da lei suprema do Direito Universal, viria assim dispor-se e girar totalmente em torno de uma única ideia, causa e limite de todas as outras. De fato, único seria e sempre o mesmo, neste sistema, o sujeito do direito entre os povos, a nacionalidade”. MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 79.

⁴⁶ Edgar Carlos de Amorim assim a define ao distinguir a nacionalidade da cidadania: “Já definimos o que venha a ser nacionalidade: vínculo jurídico-político que une a pessoa ao Estado. A cidadania, entretanto, não é sinônimo de nacionalidade, porém uma decorrência do estado de ser a pessoa natural cidadã ou cidadão. Em assim sendo, é a cidadania o conjunto de direitos civis e políticos de que dispõe essa mesma pessoa física, podendo, em consequência, desempenhar funções públicas, atividade profissional, comercial, empresarial, votar, ser votado para qualquer cargo da trindade estatal, pertencer a partidos políticos, enfim, exercer os atos da vida civil em toda a plenitude. AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32.

⁴⁷ MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 55.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁴⁹ De acordo com Florisbal de Souza Del’Olmo e Augusto Jaeger Junior, “a nacionalidade é elemento de conexão de grande evidência em virtude de ser adotado pelos países da Europa e de outros continentes. Historicamente, também era imposta pelas grandes potências imperialistas às nações periféricas, por meio dos chamados ‘tratados desiguais’”. DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 47.

⁵⁰ No Brasil, Pimenta Bueno se consagrou como um importante doutrinador em defesa da nacionalidade: “Consequentemente, quando esse súdito se apresenta em um país estrangeiro, não se apresenta como um homem sem pátria, e sim como membro de uma nacionalidade, parte integrante de uma soberania, como cidadão que esta protege e a quem imprime condições especiais. Ele se apresenta em virtude de sua lei nacional como maior ou menor, capaz ou incapaz, solteiro ou legitimamente casado, como pai ou filho, etc.”. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Thyphographia Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863, p. 28.

Estado”⁵¹. Como destaca Florisbal de Souza Del’Olmo, a naturalidade corresponderia a um termo mais abrangente uma vez que “todo ser humano será necessariamente natural de determinado lugar”⁵², enquanto a nacionalidade possuiria maior rigidez, “pois o estrangeiro dela não usufrui”⁵³. Necessário é distinguir nacionalidade de cidadania, confusão conceitual que por muito tempo dividiu doutrinadores. A cidadania englobaria apenas aquelas pessoas, dentre os nacionais, “que adimpliram as condições, como idade e capacidade, por exemplo, para dela desfrutar”⁵⁴. O autor, assim, conclui que não poderá existir cidadania sem nacionalidade que por ser esta mais abrangente irá englobar aquela, de modo que “todo cidadão é nacional, embora nem todo nacional seja cidadão”⁵⁵.

A cidadania e a nacionalidade constituem conceituações diversas, sendo, no entanto, complementares. A nacionalidade irá identificar “o vínculo jurídico fundamental entre o ser humano e o Estado, constituindo-se no elo que cria para os dois – homem e Estado – direitos e obrigações recíprocos, que os manterão unidos”⁵⁶, mesmo em situações de afastamento geográfico entre o homem e o Estado, momento em que a proteção o acompanhará ainda no exterior. Florisbal de Souza Del’Olmo conclui que “a nacionalidade é o vínculo jurídico-político e social entre o Estado soberano e cada uma das pessoas físicas que a ele estão ligadas”⁵⁷.

O domicílio como elemento de conexão a determinar a lei aplicável aos estatutos pessoais teve como grande defensor Friedrich Carl Von Savigny. Este pensador revolucionou o direito internacional privado com a teoria chamada de universalidade das formas de conflitos de leis no espaço⁵⁸. Conforme Savigny, a lei mais adequada deveria partir da própria

⁵¹ Pontes de Miranda afirma ainda que “ não se confunde com a qualidade do indivíduo que é parte da população de um Estado (dimensão demográfica ou populacional), nem com a qualidade do indivíduo que pertence a certa comunidade de origem, de civilização e de usos, nem com a qualidade do indivíduo que faz parte de certa raça ou sub-raça”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Nacionalidade de origem e naturalização no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1935. p. 17.

⁵² DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *O MERCOSUL e a nacionalidade: estudo à luz do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 30.

⁵³ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁸ Nas palavras do autor: “Os princípios que acabo de expor sobre a possibilidade e as vantagens que haveria em regulamentar de comum acordo a colisão dos direitos locais se encontram em grande parte realizados pelos tratados celebrados a esse respeito entre diferentes Estados, sobretudo entre Estados vizinhos, onde os casos de colisão são mais frequentes”. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 51.

relação jurídica, de modo que nada impediria um Estado de aplicar a norma de direito interno de outro Estado, servindo como uma crítica ao princípio da territorialidade⁵⁹.

Não haveria, ainda, diferença entre os nacionais e os estrangeiros, uma vez que estes seriam equiparados. A sede seria o elemento determinante de cada relação jurídica de forma que para o estabelecimento da capacidade do sujeito, nos estatutos pessoais, o elemento de conexão a ser utilizado seria o domicílio, *lex domicilii*. Para os direitos reais, o lugar da situação da coisa, *lex loci*, ou o lugar da coisa, *lex rei sitae*⁶⁰. Para as relações obrigacionais, seria o local do cumprimento da obrigação.

Para Savigny, o fundamental seria a determinação de que naquela relação jurídica existe um elemento de estraneidade, uma conexão internacional, de modo que esta relação possuiria a sua própria sede, sendo o direito estrangeiro equiparado ao direito interno. Esta equiparação estaria relacionada ao objetivo do direito internacional privado, ou seja, a harmonia internacional das decisões⁶¹. Esta harmonia entre as decisões dependeria da vontade dos Estados, que deveriam assumir o mesmo critério determinador da lei aplicável – o domicílio. A partir da universalidade das normas de conflitos (todos Estados prevendo o domicílio) as decisões não seriam diferentes uma da outra, pouco importando o local em que foi proferida.

Para melhor compreender os objetivos perseguidos pelas primeiras legislações que previram a residência habitual como critério determinador da lei aplicável é preciso compreender a definição da expressão “residência habitual” no direito internacional privado. A residência habitual é o elemento de conexão em ascensão atualmente, possuindo preferência⁶² à nacionalidade e ao domicílio em legislações modernas. Destaca-se, no entanto, que as convenções, legislações internas e normas unionais que já utilizaram este critério não se preocuparam em delimitar uma conceituação rígida, apenas referindo elementos

⁵⁹ Savigny afirma: “Longe de desconhecer a verdade desses princípios, quero levá-los até seus limites extremos, mas acredito que não possam ajudar muito na solução do problema. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 48.

⁶⁰ Este elemento de conexão é utilizado no direito internacional privado brasileiro, sendo previsto no artigo 8º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”. BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁶¹ Conforme Savigny, “quanto mais as relações entre os diferentes povos forem numerosas e ativas, tanto mais se deve estar convencido de que é necessário renunciar a esse princípio de exclusão para adotar o princípio contrário. Isso é requerido pela almejada reciprocidade no tratamento das relações jurídicas para estabelecer, diante da Justiça, entre os estrangeiros e os autóctones, uma igualdade vantajosa no interesse dos povos e dos indivíduos”. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

⁶² MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 15.

determinantes para a consideração do local a ser definido como a residência habitual da pessoa.

Doutrinariamente, a definição de residência habitual é vista como o local do centro da vida da pessoa, o seu centro de interesses, mencionando também uma característica temporal ao definir que a pessoa deve residir no local por um determinado tempo. Liu Yideng afirma que “a residência habitual no direito internacional privado é o local num determinado país onde uma pessoa singular reside normalmente durante um certo período de tempo e tem o centro da sua vida”⁶³. Conforme a autora, ainda que o conceito difira de país para país, os elementos determinantes devem ser os mesmos, quais sejam, a intenção de permanecer e um certo período efetivo de residência⁶⁴.

A residência habitual como elemento de conexão tem sido utilizada a fim de que se possa aplicar, ao caso que possua elementos internacionais, uma lei que melhor corresponda à realidade diária da pessoa, de modo que para reger as relações pessoais se aplique a lei do local em que a pessoa possui uma conexão mais estreita⁶⁵. Esta definição de residência habitual incorpora elementos subjetivos que flexibilizam a escolha da lei aplicável, de forma que para cada relação jurídica seja aplicada a lei que possua melhor correspondência.

David Cavers reflete a recusa existente em definir a residência habitual, afirmando, em 1971, que existiam poucos casos práticos que já haviam utilizado as Convenções da Haia, e estes poucos não apresentaram uma definição, tendo feito apenas a sua determinação⁶⁶. Assim, para a determinação do local da residência habitual da pessoa são utilizados dois elementos: tempo e intenção. Existe um entendimento de que a conceituação de residência habitual deveria ser preservada a fim de que protegesse a liberdade do tomador de decisão contra definições rígidas⁶⁷, uma vez que a previsão inicial da residência habitual como

⁶³ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaolaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 03.

⁶⁴ De acordo com Liu Yideng: “Para compreender o conceito de residência habitual, é necessário levar em consideração, por um lado, o objetivo específico de cada lei e, por outro os seus elementos subjetivos e objetivos. Embora o conceito de residência habitual difira de país para país, os respectivos elementos determinantes devem ser os mesmos, isto é, a intenção e um certo período efetivo de residência”. *Ibidem*, p. 03.

⁶⁵ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. 2004. p. 144.

⁶⁶ O autor, em 1971, afirma: “As outras convenções originaram poucos casos, e nenhum interpretou o termo”. Tradução livre de: “*The other conventions have given rise to relatively few cases as yet, and none of these appears to interpret the term*”. CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 485.

⁶⁷ David Cavers refere: “Na tentativa de proteger a liberdade do tomador de decisões contra definições rígidas, pode-se sugerir que o conceito seja preservado, mas a sua posição como lei seja negada”. Tradução livre de: “*In an attempt to protect the freedom of the decision-maker against servitude to definitions, it may be suggested that the concept be preserved but its standing as law be denied*”. CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 487.

elemento de conexão seria baseada na sua maior flexibilidade – a aquisição de uma conceituação rígida seria contrária aos seus próprios fundamentos.

A utilização da residência habitual ocorre por ser este o elemento de conexão que permite uma aproximação entre a pessoa e a lei do Estado que for mais próximo a esta, nos fundamentos do princípio da proximidade⁶⁸, de modo que inserir um conceito rígido questionaria a sua flexibilidade. Esta posição foi defendida na sétima sessão da Conferência da Haia, em 1951, quando o então presidente da comissão declarou que “residência habitual é uma noção factual e não precisa de conexão com qualquer sistema de direito”⁶⁹, destacando que a residência habitual é considerada simplesmente como uma questão de fato, sendo a sua definição supérflua. A importância não estaria no conceito em si, e sim na sua determinação prática – definição de um local como residência habitual.

Questiona-se, desse modo, se a residência habitual seria uma questão de fato ou um conceito jurídico, uma vez que a não utilização de uma definição específica aliada ao uso da residência habitual no lugar do domicílio, permite que os tribunais decidam com base no que David Cavers denomina “senso comum”⁷⁰, a partir de uma aproximação do caso com a lei que possua uma conexão fática mais estreita.

A base desta argumentação possui correspondência com o princípio da proximidade⁷¹ que justificaria a ascensão da residência habitual como elemento de conexão no mundo globalizado, uma vez que a residência habitual permitiria a aplicação da lei que possui uma conexão mais estreita. O princípio da proximidade consiste na aplicação do sistema jurídico ou da lei que forem mais próximos do fato, devendo o tomador de decisão executar um “teste da conexão mais próxima e verdadeira”, a fim de que “descubra, concretamente, qual é a lei mais próxima ao fato, e que, conseqüentemente, deverá ser aplicada”⁷².

⁶⁸ Ver mais em: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

⁶⁹ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 487.

⁷⁰ Para Cavers: “No entanto, uma vez que a ‘residência habitual’ não chega a nós com quase dois séculos de disputa de definição, o uso do termo em vez de domicílio pode facilitar para os tribunais de recurso e em casos de reconhecimento para encorajar a aplicação de um ‘senso comum’ do conceito”. Tradução livre de: “*Nevertheless, since ‘habitual residence’ does not come to us with nearly two centuries of definitional disputation, the use of the term in lieu of domicile may make it easier for courts on appeal and in recognition cases to encourage the concept’s ‘common-sense’ application*”. *Ibidem*, p. 488.

⁷¹ Ver mais em: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

⁷² *Ibidem*, p. 298.

Gabriel Valente dos Reis diferencia a aplicação da lei do Estado mais próximo e a aplicação do sistema jurídico mais próximo, ressaltando que, ainda que não possuam o mesmo significado, ambos os fatores deveriam ser considerados no momento da decisão. A noção de Estado estaria relacionada a um aspecto geográfico, cultural e até mesmo de nacionalidade da parte, enquanto a ideia de sistema jurídico seria um aspecto terminológico e de forma da lei⁷³.

O princípio da proximidade no direito internacional privado consiste “em uma expressão do pós-positivismo”, passando de regras de conexões baseadas no texto positivo do direito do foro para regras baseadas na proximidade do fato com a lei, sendo a proximidade “um instrumento da razoabilidade”⁷⁴. A proximidade possuiria “uma vantagem em relação ao método tradicional, uma vez que a flexibilidade que ele proporciona poderá acarretar, no longo prazo, o desenvolvimento de parâmetros cada vez mais precisos”⁷⁵. A semelhante aplicação destes parâmetros pelos tomadores de decisão ao redor do mundo resultaria em decisões mais coerentes e compatíveis com as especificidades de cada caso.

A busca pela lei mais próxima ao caso consiste na filosofia básica do direito internacional privado “que nada mais quer do que aplicar a cada situação transnacional, o direito que mais se aproxima, que mais tem a ver com a causa”, através do “sistema jurídico que mais condições têm de conhecer o fato, cujas normas foram criadas justamente para reger este fato”⁷⁶.

A fundamentação utilizada por Friedrich Carl Von Savigny na teoria chamada de universalidade das formas de conflitos de leis no espaço⁷⁷ estaria relacionada a estes critérios, uma vez que, conforme o autor, o direito internacional privado deveria buscar a lei mais próxima à pessoa, utilizando estes fundamentos para justificar a previsão do elemento de conexão domicílio, por considerar, na época, que o domicílio seria mais adequado do que a nacionalidade⁷⁸. A doutrina de Savigny apresenta a “proximidade em nível abstrato, isto é,

⁷³ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 299.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 301.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 305.

⁷⁶ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2004. p. 143.

⁷⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

⁷⁸ Conforme Savigny, “se se perguntar qual é o direito aplicável aos diferentes estados da pessoa que determinam a capacidade jurídica e a capacidade de agir, responde-se: é pura e simplesmente o direito local, ao qual essa pessoa está sujeita por força de seu domicílio”. *Ibidem*, p. 128.

proximidade entre o tipo de relação jurídica e o ordenamento que deverá regê-la”⁷⁹ enquanto o princípio da proximidade vai além desta abstração, defendendo que o fato em si deve ser analisado para que se aplique a lei que lhe for mais próxima.

O princípio da proximidade seria mais abrangente do que a teoria defendida por Savigny, mas não contrário a esta. A incidência do princípio da proximidade permite que seja aplicada a lei que possuir uma conexão mais próxima – independentemente de ser a lei do Estado da nacionalidade, do domicílio, da residência habitual, do foro. Não importa ao princípio da proximidade qual é o critério que será utilizado, desde que ao caso concreto seja aplicada a lei do Estado que possuir uma relação mais próxima ou mais estreita a este⁸⁰. Savigny revolucionou a teoria do direito internacional privado ao afirmar que deveria ser aplicável a lei do Estado da sede da relação jurídica – ideia que não é contrária ao princípio da proximidade. A diferença crucial entre a teoria de Savigny e o princípio da proximidade é que aquele entendia que o critério mais próximo à vida da pessoa era o domicílio, enquanto o princípio da proximidade defende a aplicação da lei mais próxima independentemente de um critério específico.

A residência habitual utiliza a fundamentação do princípio da proximidade, juntamente com a fundamentação da teoria de Savigny. O princípio da proximidade por se entender que deve ser aplicada a lei que possuir uma relação mais próxima à vida da pessoa, e a fundamentação da teoria de Savigny ao entender que existe um critério apto a garantir esta proximidade – neste caso, a residência habitual da pessoa. É possível acreditar, diante dos fundamentos da teoria da universalidade das formas de conflitos de leis no espaço, que, atualmente, a residência habitual seria considerada o critério mais adequado a determinar a lei aplicável ao estatuto pessoal em detrimento do próprio domicílio, que na época de sua formulação foi a opção defendida.

Conforme Alfonso-Luis Calvo Caravaca, há um critério objetivo na determinação da lei aplicável que reflete diretamente no princípio da proximidade⁸¹. Jacob Dolinger afirma que

⁷⁹ VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 297.

⁸⁰ O princípio da proximidade possui uma fundamentação que permite incidir diferentes critérios na determinação da lei aplicável. Este princípio pode ser utilizado para fundamentar a incidência da lei do Estado da nacionalidade da pessoa, por exemplo, se este for o Estado que possui uma relação mais estreita ao fato. Ver mais em: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

⁸¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión mortis causa internacional. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional*

a lei que rege a pessoa física passou da nacionalidade para o domicílio, para então se fixar na residência habitual diante da moderna evolução da regra, questionando se esta evolução estaria “refletindo o reconhecimento de que se deve governar a pessoa pela lei de seu meio social, de seu ambiente, que modernamente deixou de ser a de sua nacionalidade, nem mais é a de seu domicílio, para fixar-se na da sua residência habitual”⁸².

É possível compreender que o conceito de residência habitual se manteve semelhante entre os países como sendo o local do centro de interesses da pessoa por certo tempo, de modo que quando a legislação fosse utilizar conceito diverso deveria definir expressamente⁸³. A residência por si só possui subjetividade uma vez que se distingue de mera presença⁸⁴, exigindo não apenas que a pessoa permaneça no local, mas que permaneça por um certo período.

O tempo que seria necessário possui controvérsia, no entanto, quanto a sua extensão mínima para que a residência seja configurada como habitual. Pippa Rogerson ressalta um caso em que um juiz determinou que um dia não era tempo suficiente para comprovar a habitualidade no local⁸⁵. A crítica da autora é que o juiz se limitou a afirmar que um dia não era tempo suficiente para tornar a residência como habitual, não definindo, no entanto, quanto tempo seria necessário⁸⁶. A residência habitual, ainda assim, é vista como um fator de conexão superior à nacionalidade e ao domicílio por causa de sua flexibilidade⁸⁷.

Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 79-116.

⁸² DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2004. p. 143. Ainda neste sentido, Tatyana Scheila Friedrich menciona: “O Princípio da proximidade, por sua vez, consolidou-se a partir do entendimento de que a lei aplicável deve ser aquela mais próxima das partes, com mais forte ligação (*most significant relationship*)”. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao direito internacional privado. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 33.

⁸³ ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49, n. 01. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 90.

⁸⁴ Nas palavras de Pippa Rogerson: “Esta consideração subjetiva é uma parte importante das regras porque distingue a residência da mera presença”. Tradução livre de: “*This subjective consideration is an important part of the rules because it distinguishes residence from mere presence*”. *Ibidem*, p. 90.

⁸⁵ Conforme Pippa Rogerson: “Por exemplo, a maioria da Corte de Recurso no caso *Nessa v. Chief Adjudication Officer* afirmou que um dia era muito curto para um período apreciável, mas não disse o tempo que teria sido suficiente”. Tradução livre de: “*For example, the majority of the Court of Appeal in Nessa v. Chief Adjudication Officer held that one day was too short to amount to an appreciable time but did not go on to say what length of time would have been sufficient*”. *Ibidem*, p. 91.

⁸⁶ Pippa Rogerson afirma ainda: “Um entendimento de senso comum da palavra “residente” exige não só uma certa qualidade para a presença, mas também que esteja presente na jurisdição por um período de tempo. Nos casos, isso foi definido como ‘um tempo apreciável’ e é outro exemplo de definições legais em desenvolvimento. Existiram dificuldades consideráveis para determinar quanto tempo seria necessário para um tempo apreciável, com resultados contraditórios”. Tradução livre de: “*A commonsense understanding of the word ‘resident’ requires not only a certain quality to one’s presence but also that one be present in the jurisdiction for a period of time. In the cases this has been defined as ‘an appreciable time’ and it is another example of legal definitions being developed. There have been considerable difficulties in determining how long is necessary for an*

Na União Europeia a escolha pela residência habitual ocorreu em detrimento da nacionalidade, elemento de conexão que predominava nas legislações internas dos países europeus que formavam o bloco econômico. O entendimento foi de que a utilização da nacionalidade resultaria em uma discriminação aos cidadãos que circulassem entre os Estados-membros⁸⁸, atuando de modo contrário à igualdade e à cidadania da União, o que Aline Beltrame de Moura denominou “marginalização” da nacionalidade⁸⁹.

Nos considerandos dos regulamentos destinados ao direito internacional privado da União Europeia, é possível encontrar a justificativa dada pelo legislador europeu para a utilização do critério residência habitual. No considerando 23 do Regulamento nº 650, referente ao direito sucessório, por exemplo, a utilização da residência habitual como fator de conexão geral para determinação tanto da competência como da lei aplicável, diante da crescente circulação de pessoas, possui o objetivo de “assegurar uma conexão real entre a sucessão e o Estado-membro”⁹⁰.

Ainda neste considerando, o legislador orientou que “a fim de determinar a residência habitual, a autoridade que trata da sucessão deverá proceder a uma avaliação global das circunstâncias da vida do falecido durante os anos anteriores ao óbito e no momento do óbito”⁹¹, de modo que sejam consideradas como relevantes a duração e a regularidade da

appreciable time with contradictory results”. ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49, n. 01. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 91.

⁸⁷ De acordo com Rafal Manko: “A residência habitual é vista como superior à nacionalidade e domicílio como um fator de conexão devido à sua flexibilidade. No entanto, precisamente porque não está definido de forma estrita, pode ser difícil de provar em casos mais difíceis”. Tradução livre de: “*Habitual residence is viewed as superior to nationality and domicile as a connecting factor owing to its flexibility. However, precisely because it is not defined strictly, it can be difficult to prove in more difficult cases*”. MANKO, Rafal. Habitual residence as connecting factor in EU civil justice measures. *Library Briefing*: Library of the European Parliament, 2013, p. 1.

⁸⁸ Conforme Aline Beltrame de Moura: “Tendo presente, portanto, os três regulamentos e as duas propostas analisadas, não surpreende a constante preferência do legislador europeu pela adoção do elemento de conexão da residência habitual nas hipóteses em que a utilização daquele da nacionalidade pudesse implicar graves limitações à liberdade de circulação das pessoas no espaço europeu no que diz respeito às relações privadas com conexão internacional no âmbito do direito pessoal e de família”. MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 27-28.

⁸⁹ Ver mais em: MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 13-30.

⁹⁰ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁹¹ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em:

permanência do falecido no Estado em causa. O próprio regulamento remete a utilização da residência habitual ao princípio da proximidade, utilizando este para justificar o uso daquele ao afirmar que “a residência habitual assim determinada deverá revelar uma relação estreita e estável com o Estado em causa tendo em conta os objetivos específicos do presente regulamento”⁹². Como afirma Javier Carrascosa González, a ideia básica é garantir a integração social da pessoa no Estado-membro que possua uma relação mais próxima à sua vida familiar e social⁹³.

Aline Beltrame de Moura, ao mencionar este regulamento, afirma que o mesmo “marginaliza o elemento da nacionalidade e opta por um sistema unitário que permite que a sucessão seja regida por uma só lei, em regra, a da residência habitual do indivíduo”, uma vez que esta residência habitual “coincidiria com o centro de interesses do falecido e, muitas vezes, também com o lugar onde se encontra a maior parte dos seus bens, favorecendo, outrossim, a sua integração no Estado-membro no qual habitualmente mantinha residência”⁹⁴.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca afirma que a conceituação da residência habitual corresponde a uma questão intrincadamente difícil e que reconduz a certas ideias, como ser esta a forma de conexão mais utilizada em questões de caráter pessoal, e que decretou o fim da hegemonia do elemento de conexão nacionalidade primeiro no direito internacional privado convencional, e posteriormente nos direitos internacionais privados internos⁹⁵.

A falta de uma definição de residência habitual nos Regulamentos de direito internacional privado da União Europeia foi a opção adotada e desejada⁹⁶, até porque estes

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. El concepto de residencia habitual del causante en el reglamento sucesorio europeo. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*. n. 19. España: 2015. p. 20.

⁹⁴ MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. v. 7. n. 2. Itajaí: 2012. p. 1077-1078.

⁹⁵ Nas palavras de Alfonso-Luis Calvo Caravaca: “Mas se a introdução nestas últimas convenções da residência habitual, como ponto de conexão, era equivalente a um torpedo que seguia a linha da nacionalidade, marcando, primeiro, o fim de sua hegemonia no direito internacional privado convencional, e depois em direitos internacionais privados internos”. Tradução livre de: “*Pero si la introducción en estos últimos Convenios de la residencia habitual, como punto de conexión, equivalía a un torpedo que daba en la línea de flotación de la nacionalidad, marcando así el fin de su hegemonía en el Derecho Internacional Privado convencional, primero, y en los Derechos Internacionales Privados internos, después*”. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión mortis causa internacional. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 84.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 85.

regulam situações muito diversas, o que, diante de um conceito único e rígido poderia gerar resultados insatisfatórios⁹⁷.

Dentre os julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia que serão analisados no ponto seguinte, é possível perceber a utilização da previsão contida no artigo 11º do Regulamento nº 987 de 2009⁹⁸ para a definição da expressão “residência habitual”, ainda que não trate de lei aplicável. O artigo 11º define os elementos para a determinação da residência habitual, ratificando que havendo divergência entre dois ou mais Estados quanto à determinação deste local, este deverá corresponder ao local do “centro de interesses da pessoa interessada, com base numa avaliação global de todos os elementos disponíveis relacionados com fatos relevantes”, apontando a análise de duas características⁹⁹. A primeira referente à duração e à continuidade da presença no território dos Estados-membros em causa e a segunda referente à situação pessoal do interessado, considerando o local em que esta exerce sua atividade profissional, a sua situação familiar, a situação quanto à habitação, e até mesmo o Estado-membro em que a pessoa é considerada residente para fins fiscais.

É necessário certo período que seja capaz de fornecer à residência a característica de habitualidade que esta requer. As legislações que adotaram este elemento de conexão não estabeleceram o tempo necessário para que um local seja definido como a residência habitual de uma pessoa, o que se justifica pela necessidade de analisar caso a caso pelo tomador de decisão. A residência habitual é em essência “para estabelecer o centro da vida de uma pessoa, tendo em conta a localização predominante dos seus interesses pessoais, políticos, familiares, profissionais e econômicos”¹⁰⁰, de modo que uma definição de residência habitual legal rígida e precisa não seria suficiente para incluir a totalidade de situações que podem ocorrer na prática.

Conforme Maximilian Grimmeiß, a residência habitual constitui um elemento de conexão eficaz, tendo em vista que as pessoas se deslocam com mais frequência para outro Estado, permitindo que sejam consideradas todas as circunstâncias no momento de definir

⁹⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión mortis causa internacional. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 85.

⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 987/2009 do Conselho, de 16 de setembro de 2009, que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CE) n.º 883/2004 relativo à coordenação dos sistemas de segurança social. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32009R0987>> Acesso em: 04 jan. 2018.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ DAVI, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5. n. 2. Madrid: 2013. p. 33.

qual lei deverá ser aplicada¹⁰¹. Permite a mudança da conexão com um Estado para outro com certa facilidade e rapidez, o que evidencia a sua modernidade – reflete a dinâmica¹⁰² da vida globalizada, em que pessoas mudam rapidamente suas vidas, viajando muito e aumentando o deslocamento entre os países¹⁰³.

No documento canadense denominado “*the concepts of habitual residence and ordinary residence in light of Quebec civil law, the 1985 Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996*”¹⁰⁴, elaborado pelo professor de direito da Universidade de Montreal, Gérald Goldstein, há um tópico destinado a explicar o significado da expressão “residência habitual”. Este documento destaca a diferença existente entre a residência habitual e a residência ordinária¹⁰⁵, uma vez que o Código Civil de Quebec, na versão em língua francesa, definiu no artigo 77º o local de residência de uma pessoa como sendo o local que esta “habitualmente” reside, com a utilização da expressão “*résidence habituelle*”¹⁰⁶. A versão em língua inglesa, no entanto, passou a referenciar a residência como ordinária, com a expressão “*ordinary residence*”, de forma que a doutrina canadense questionava se as expressões teriam o mesmo significado ou possuiriam significados diferentes. Gérald

¹⁰¹ Maximilian Grimmeiß inicia, assim, a sua conclusão: “Concluindo esta avaliação da efetividade da residência habitual como fator de conexão nos conflitos de leis, gostaria de dizer que é um conceito efetivo”. Tradução livre de: “*Concluding this evaluation of the effectiveness of habitual residence as a connecting factor in the conflicts of law I would like to say that it is an effective concept*”. GRIMMEIß, Maximilian. *The effectiveness of habitual residence as a connecting factor in the conflict of laws*. Munich: GRIN Verlag, 2014, p. 20.

¹⁰² Nas palavras de Gilberto Figueiredo Vassole e Mariana Knudsen Vassole: “Após o advento da globalização houve uma transformação de espaços nacio-nais em espaços globais. O mundo se unificou e as barreiras internacionais foram derrubadas sob uma nova ótica, a ótica da modernidade, onde o mundo se relaciona de forma constante e em uma velocidade dinâmica extraordinária. Por isso, com a globalização, os temas que eram pensados e estruturados sob um conceito nacional, passaram a ser revistos a uma escala mundial, modificando por completo a dinâmica das relações econômicas, financeiras, sociais e informativas”. VASSOLE, Gilberto Figueiredo; VASSOLE, Mariana Knudsen. A importância da cooperação jurídica internacional para a efetividade do acesso à justiça. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 170.

¹⁰³ Para Maximilian Grimmeiß: “A residência habitual é um conceito que permite a mudança dessa conexão para outro Estado com facilidade e rapidez, o que o torna um conceito moderno que reflete a rápida mudança dos arranjos de vida e a grande quantidade de viagens e movimentos interestaduais do mundo globalizado”. Tradução livre de: “*Habitual residence is a concept that allows for the change of this connection to a state to occur easily and quickly, which makes it a modern concept that reflects the quickly changing living arrangements and the great amount of travel and interstate movement in the globalised world*”. GRIMMEIß, Maximilian. *The effectiveness of habitual residence as a connecting factor in the conflict of laws*. Munich: GRIN Verlag, 2014, p. 07.

¹⁰⁴ GOLDSTEIN, Gérald. *The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996*. Department of Justice Canada. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rhro_qc/index.html> Acesso em: 26 nov. 2017.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰⁶ O artigo assim dispõe: “77. A residência de uma pessoa é o lugar onde vive de maneira usual; em caso de pluralidade de residências, para o estabelecimento do domicílio, será aquele com a característica de principal”. Tradução livre de: “77. *La résidence d’une personne est le lieu où elle demeure de façon habituelle; en cas de pluralité de résidences, on considère, pour l’établissement du domicile, celle qui a le caractère principal*”. *Ibidem*, p. 51.

Goldstein concluiu que as expressões residência habitual e residência ordinária presentes na lei canadense seriam compreendidos como apenas um conceito.

A residência ordinária corresponde a um conceito que foi adotado pela primeira vez na Lei do Imposto de Rendimentos na Inglaterra em 1806¹⁰⁷. Durante a evolução do conceito de residência ordinária é possível encontrar determinados aspectos do conceito de residência habitual, sendo a residência ordinária “um conceito que traduz o fato de uma pessoa residir num determinado território ou país que ela própria escolheu livremente e ali organizar a sua vida normal, seja temporariamente, seja a curto ou a longo prazo”¹⁰⁸. Esta parte final seria a característica responsável por diferenciar uma residência da outra.

Liu Yideng ratifica que grande parte dos julgados da Inglaterra e da União Europeia afirmam não existir diferença na prática entre a residência habitual e a residência ordinária. A autora destaca, no entanto, o caso *Nessa v. Chief Adjudication Officer*¹⁰⁹, em que o juiz Lord Slynn considerou que a residência habitual necessitava de um período apreciável de permanência, enquanto a residência ordinária não¹¹⁰. A fim de compreender as contradições existentes entre as decisões seria necessário “recorrer a outros fatores, como a situação familiar do interessado, o motivo da sua mudança, o prazo e a continuidade da sua residência, a estabilidade do seu emprego e a sua intenção de se encontrar naquelas circunstâncias”¹¹¹.

De acordo com Pippa Rogerson, pode-se argumentar que se algo é habitual é mais consistente e com uma maior duração do que algo que é apenas ordinário, até mesmo porque não teria motivo a utilização da expressão residência habitual pelo legislador se possuísse o mesmo sentido de residência ordinária¹¹². Pippa Rogerson ressalta esta divergência, ao mencionar o caso *Hopkins v. Hopkins*¹¹³ em que o juiz afirmou que o adjetivo “ordinária” não acrescentava em nada ao termo “residência”¹¹⁴. A diferença crucial entre estes dois conceitos consiste na exigência de um tempo de residência para que esta seja considerada habitual, exigência esta que não existiria na residência ordinária. A semelhança entre estes conceitos,

¹⁰⁷ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaolaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 05.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 06.

¹⁰⁹ REINO UNIDO. *Nessa v. Chief Adjudication Officer*. 1 WLR 1937 (HL). (1999).

¹¹⁰ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaolaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 06.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 06.

¹¹² ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 96.

¹¹³ REINO UNIDO. *Hopkins v. Hopkins*. P 116. (1951).

¹¹⁴ ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 97.

no entanto, é evidente. É preciso compreender que a residência ordinária seria mais abrangente do que a residência habitual, que não seria contrária àquela e sim apenas mais específica: as exigências para que um local fosse considerado como a residência habitual da pessoa seriam maiores do que as exigências para que um local fosse a residência ordinária.

Considerando que não se exige um mínimo de tempo para o estabelecimento da residência ordinária, a necessidade de um período apreciável de tempo para o estabelecimento da residência habitual seria a única diferença que poderia existir entre estes dois conceitos¹¹⁵, de modo que a residência habitual corresponderia a um conceito mais moderno e que exige este certo tempo antes de ser de fato adquirido. Conforme Pippa Rogerson, se as regras sobre residência habitual e residência ordinária convergirem mais, teria que ser aceita a possibilidade de se ter mais de uma residência habitual¹¹⁶, o que tornaria este elemento de conexão cada vez menos adequado para determinar a lei aplicável diante da multiplicidade de legislações que seriam possíveis, o que geraria uma confusão e uma incerteza inaceitáveis¹¹⁷.

A dificuldade na conceituação da residência habitual está por vezes associada à própria essência e objetivo deste elemento de conexão, a fim de que a sua flexibilidade seja mantida e garanta uma maior liberdade ao tomador de decisão que deve determinar o local da residência habitual a partir da análise das circunstâncias da vida da pessoa. Gérald Goldstein destaca as diferenças interpretativas existentes, motivo que justifica a delimitação de fatores que influenciam no momento de definir o local da residência habitual¹¹⁸.

¹¹⁵ ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 97.

¹¹⁶ Isto porque é possível uma pessoa possuir mais de uma residência ordinária, característica que não seria admissível na residência habitual. *Ibidem*, p. 99.

¹¹⁷ Em suas palavras: “Se as regras de residência habitual e residência ordinária convergirem mais, então será preciso aceitar que é possível, portanto, ter mais do que uma residência habitual. Além disso, essa residência habitual pode ser estabelecida por um curto período de tempo de até oito semanas, se houver vários períodos curtos durante um período mais longo. A residência habitual será ainda menos adequada como um fator de conexão para a escolha da lei, uma vez que várias leis governamentais possíveis criariam conflitos ou lacunas entre as regras determinantes da questão em um caso. O resultado seria confusão e incerteza inaceitáveis, particularmente em contratos comerciais onde a certeza é relativamente importante”. Tradução livre de: “*If the rules on habitual residence and ordinary residence converge more then it will have to be accepted that it is possible so have more than habitual residence as well as one. Also, that habitual residence can be established by shorter period of time than even eight week, if there are several short periods over a longer time. Habitual residence will be even less suitable as a connecting factor for choice of law as multiple possible governing laws creates conflict or gap between the rules determinative of the issue in a case. The result would be confusion and unacceptable uncertainty, particularly in commercial contracts where certainty is relatively important*”. *Ibidem*, p. 99.

¹¹⁸ GOLDSTEIN, Gérald. The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996. Department of Justice Canada. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rthro_qc/index.html> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 15.

O primeiro fator corresponde à residência habitual ser uma questão de fato que deve ser decidida a partir das circunstâncias do caso¹¹⁹. O segundo fator corresponde ao sentido da expressão, delimitando que a essência de “habitual” é costumeira, constante e contínua, colocando como oposto a isto o que é casual, temporário ou transitório, ratificando o aspecto temporal da habitualidade presente neste elemento de conexão¹²⁰. Este segundo fator destina-se à diferenciação do que é habitual do que é casual.

O terceiro fator é a continuidade, necessária para que o local seja determinado como habitual¹²¹. O quarto fator refere-se à intenção da pessoa em permanecer em um local para que este seja definido como a sua residência habitual, trazendo como justificativa um caso prático em que o julgador definiu que um dia seria suficiente para que um país deixasse de ser o local da residência habitual da pessoa desde que esta o deixasse com a intenção de não regressar. Este mesmo julgador, no entanto, definiu que a pessoa não pode estabelecer o novo país como o seu local de residência habitual em apenas um dia, afirmando que um certo tempo e a intenção da pessoa são necessários¹²². O quinto e último fator ratifica este posicionamento ao definir que é aceito que um dia é suficiente para determinar o término da residência habitual da pessoa em um determinado país¹²³.

Gérald Goldstein vai além da definição destes fatores que são determinantes para a compreensão plena da expressão e define ainda regras que devem ser observadas a fim de determinar o local da residência habitual da pessoa.

A primeira regra determina que a residência habitual deve ser construída de acordo com o seu significado ordinário e natural¹²⁴ a fim de que se evite uma interpretação diferente entre os tribunais como a existente na aplicação do domicílio – divergência existente entre países de *common law* e países de *civil law*. A segunda regra define que a residência habitual corresponde a uma questão de fato e não de direito, de modo que não depende do domicílio ou do local de residência que forem registrados¹²⁵.

A terceira regra corresponde à intenção das partes em residir em um determinado local para que este seja definido como a sua residência habitual. Assim, o documento

¹¹⁹ GOLDSTEIN, Gérald. The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996. Department of Justice Canada. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rhro_qc/index.html> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 16.

¹²⁰ *Ibidem*, p.16.

¹²¹ *Ibidem*, p.16.

¹²² *Ibidem*, p. 17.

¹²³ *Ibidem*, p.17.

¹²⁴ *Ibidem*, p.17.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 18.

determina que a intenção dos pais deve ser levada em conta a fim de definir se a permanência no local é temporária a partir de uma análise subjetiva – quando envolver menores. Ainda conforme esta regra, a mudança de residência requer evidência de uma intenção em abandonar a antiga juntamente com um propósito para residir no novo local¹²⁶.

São apresentados os argumentos construídos por um juiz norte-americano no caso *Mozes v. Mozes*¹²⁷ em que este determinou que o fator temporal utilizado para determinar se a residência é habitual ou não, não deve ser objetivo, de modo que a intenção das partes deve ser considerada no momento de decisão. O juiz afirmou que o fator da intenção das partes em residir em um local substitui o tempo, estabelecendo que quanto maior a intenção menos tempo seria necessário no novo local a fim de que este fosse considerado como a residência habitual¹²⁸.

O contrário também é verdadeiro, ou seja, quanto maior a permanência em um local, menor será a necessidade da comprovação da intenção em residir neste local. Esta abordagem quanto à intenção causa na residência habitual um aspecto subjetivo significativo que pode ser prejudicial a casos envolvendo menores, motivo que levou o juiz norte-americano (do caso *Mozes v. Mozes* acima mencionado) a limitar estas incertezas propondo três situações que devem ser consideradas: a) analisar se a família como uma unidade possuía um propósito de mudar a sua residência habitual ainda que um dos pais tenha demonstrado uma certa hesitação, situação que prevaleceria a intenção da unidade familiar; b) analisar se a estada em questão era claramente destinada a ser temporária e não com caráter de habitualidade; e c) analisar situações em que um pai concorda que a criança fique no estrangeiro por tempo indeterminado.

A quarta regra elaborada pelo documento se refere à dicotomia existente entre a realidade da criança e a dependência que possui dos seus pais, por considerar que em muitos casos a residência é determinada pela residência do pai ou da mãe. O foco seria haver uma conciliação entre esta aplicação e a realidade da criança¹²⁹. Esta preocupação com a realidade da criança pode ser observada no caso *Friedrich v. Friedrich*¹³⁰ em que a Corte afirmou:

¹²⁶ GOLDSTEIN, Gérald. The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996. Department of Justice Canada. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rthro_qc/index.html> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 19.

¹²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Mozes v. Mozes*. 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001).

¹²⁸ GOLDSTEIN, Gérald. The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996. Department of Justice Canada. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rthro_qc/index.html> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 22.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 27-30.

¹³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Friedrich v. Friedrich*. 983. F.2d 1396. 125 ALR Fed. 703 (1993).

“Para determinar a residência habitual, o Tribunal deve concentrar-se na criança e não nos pais, e examinar a experiência do passado e não as intenções futuras”¹³¹. No entanto, a dependência automática existente entre a criança e os pais é de extrema importância, sendo fundamental que a intenção destes seja considerada no momento de definição do local de residência habitual do menor.

A residência habitual da criança deverá ser o local onde ela esteve fisicamente por um período suficiente para acostumar-se a este ambiente e que ainda possua um grau de propósito estabelecido a partir da sua perspectiva. Não parece haver diferença entre o conceito de residência habitual entre casos que envolvam crianças e casos que não envolvam. O que se pode perceber, no entanto, é que quando se tratar da residência habitual da criança, os aspectos a serem considerados, tais como a intenção, a duração e a permanência, devem envolver a realidade dos pais ou daquele que detinha a sua guarda

A quinta regra corresponde ao tempo necessário para que um local se torne ou deixe de ser a residência habitual da pessoa. Afirma-se que uma pessoa pode perder uma residência habitual de forma imediata, deixando o país com uma clara intenção de não mais voltar. Conforme Gérald Goldstein, no entanto, a pessoa não poderá ter a sua nova residência habitual estabelecida no novo país em apenas um dia, necessitando para tanto um período apreciável juntamente com uma intenção clara¹³².

No mesmo sentido, a sexta regra refere que é necessário demonstrar certa continuidade para que um local seja definido como a residência habitual da pessoa.

Este entendimento, no entanto, não corresponde à postura adotada neste trabalho. Se um local pode deixar de ser a residência habitual de uma pessoa em um dia baseado na intenção desta, esta mesma intenção também deve ser capaz de tornar o novo local a residência habitual da pessoa em apenas um dia. O contrário seria admitir que do período que a pessoa deixa um local sem a intenção de retornar até o momento em que esta adquire a habitualidade no novo local, a pessoa ficaria sem qualquer residência habitual.

A sétima regra refere-se à possibilidade de ausência de residência habitual para uma pessoa, configurando-se como possível a ausência de residência habitual para uma criança, a

¹³¹ Tradução livre de: “*to determine the habitual residence, the court must focus on the child, not the parents, and examine past experience, not future intentions*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Friedrich v. Friedrich, 983 F.2d 1396, 1401. Sixth Circuit 1993. Ver mais em: GOLDSTEIN, Gérald. The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996. Department of Justice Canada. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rthro_qc/index.html> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 27.

¹³² *Ibidem*, p. 30-32.

partir da decisão contida no caso *W. and B. v. H. (child abduction)*¹³³, em que a criança nunca esteve na Califórnia, ao mesmo tempo que se constatou que a Inglaterra, apesar de ser o local da residência habitual da mãe, não era o seu¹³⁴. Quanto à possibilidade de possuir mais de uma residência habitual, entende-se não ser apropriado, especificando neste ponto que quando a residência habitual for utilizada para eleger a lei aplicável ao caso, a pessoa não poderá dispor de mais de um local: “como este conceito também será utilizado para a legislação aplicável, é essencial que seja identificada apenas uma residência habitual, uma vez que múltiplas leis contraditórias seriam inaceitáveis”¹³⁵.

O que se observa nestas considerações feitas por Gérald Goldstein é que, ainda que inexista uma definição rígida, é possível destacar aspectos que serão fundamentais na determinação do local da residência habitual.

Existem fatores determinados que buscam auxiliar na determinação do local de residência habitual da pessoa. Como base conceitual, é possível observar o significado aparentemente simples adotado de que a residência habitual seria o local que a pessoa habitualmente reside por um certo período e tem o centro da sua vida. Dentre as peculiaridades deste critério, destaca-se a impossibilidade de uma pessoa possuir dois locais de residência habitual, isto porque, ainda que mais de um local possua um forte vínculo com a vida da pessoa, o vínculo de um destes locais irá prevalecer sobre outro – fundamentação semelhante ao princípio da proximidade.

Outro fator crucial é a intenção da pessoa, tão forte que é capaz de determinar a perda imediata da residência habitual sendo possível que em um dia determinado local deixe de ser a residência habitual da pessoa desde que esta saia sem a intenção de retornar e possua o propósito de se estabelecer em outro país. Entende-se que esta intenção de se estabelecer em um novo local será suficiente também para que este se torne a nova residência habitual da pessoa em apenas um dia. A relação entre estas determinantes – intenção e tempo – é importante para a definição do local da residência habitual de uma pessoa: quanto mais forte a intenção, menor será o tempo exigido para que uma residência seja considerada habitual; e quanto maior o tempo da residência, menor será a necessidade de existir uma forte intenção, bastando uma mera presença. Ao adotar esta premissa, defende-se que deve ser utilizada

¹³³ REINO UNIDO. *W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)* [2002] 1 FLR 1008. (2002).

¹³⁴ *W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)* [2002] 1 FLR 1008, [18/02/2002; High Court (England); First Instance. Ver mais em: GOLDSTEIN, Gérald. *The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996*. Department of Justice Canada. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rthro_qc/index.html> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 29.

¹³⁵ Tradução livre de: “*as this concept will then also be used for applicable legislation, it is essential that only one habitual residence be identified, since multiple contradictory laws would be unacceptable*”. *Ibidem*, p. 34.

independentemente de tratar sobre perda ou aquisição da residência habitual. Assim, um dia seria suficiente para determinar tanto a perda como a aquisição de um local como residência habitual, quando presente uma forte intenção de não mais retornar.

A definição da residência habitual exige uma análise das circunstâncias de cada caso. Criando um exemplo hipotético, esta variação pode ser mais facilmente visualizada: Camila deixa a Espanha com a intenção de não mais retornar, mudando-se definitivamente para a Irlanda. O exato momento da mudança pode determinar o fim da Espanha e o início da Irlanda como local da residência habitual de Camila – considerando que esta mantenha a situação fática, ou seja, não retorne para a Espanha e estabeleça de fato residência na Irlanda. Em um cenário hipotético em que Camila, ao não se adaptar à vida na Irlanda, retorna à Espanha em um período razoável, no entanto, prevalece o entendimento de que a Espanha não teria deixado de ser o seu local de residência habitual.

A dificuldade de definição do conceito de residência habitual é um reflexo dos próprios elementos que fundamentam este critério de conexão – ao ser capaz de acompanhar a fluidez das relações jurídicas na vida de uma pessoa é considerado o elemento de conexão mais adequado ao mundo globalizado¹³⁶. Um dos aspectos negativos desta flexibilidade conceitual percebe-se na tradução da expressão “residência habitual” para diferentes línguas, o que poderia resultar em uma falta de uniformidade entre os países¹³⁷. Este aspecto negativo estaria suprimido a partir de uma harmonização interpretativa da expressão “residência habitual” – ainda que sofresse variação, os elementos essenciais para determinar o Estado da residência habitual seriam uniformes.

Diante do exposto, conclui-se que a definição de residência habitual enquanto elemento de conexão no direito internacional privado envolve um elemento constitutivo subjetivo e um elemento constitutivo objetivo. O elemento subjetivo estaria relacionado à intenção de se fixar em um determinado país a partir da livre escolha da pessoa comprovada através da sua mudança, de fato. Isto porque “a residência habitual não se perde por causa de a pessoa pretender sair da respectiva residência, mas sim em consequência da sua saída efetiva do país em causa sem intenção de voltar”¹³⁸. Já o elemento objetivo corresponderia à

¹³⁶ GRIMMEIß, Maximilian. *The effectiveness of habitual residence as a connecting factor in the conflict of laws*. Munich: GRIN Verlag, 2014. p. 02.

¹³⁷ Como exemplo, Maximilian Grimmeiß ressalta a tradução alemã para a residência habitual, que é “*gewöhnlicher Aufenthalt*”, definindo que o significado comum de “*Aufenthalt*” corresponde a presença, enquanto residência iria além deste termo. Este problema seria resolvido a partir da harmonização do Tribunal de Justiça da União Europeia na jurisprudência. *Ibidem*, p. 2.

¹³⁸ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/prespectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 04.

residência da pessoa de fato em um determinado país, ainda que não tenha ido a este país com a intenção de ali se fixar, de modo que se a pessoa residir no local por um período significativo, este poderá ser considerado a sua residência habitual.

Para complementar a definição de residência habitual, faz-se imprescindível a análise da relação existente entre este elemento de conexão e o elemento de conexão domicílio, em função da aparente proximidade existente entre ambos. O destaque neste aspecto, no entanto, é para a divergência conceitual do termo “domicílio” existente entre países que adotam o sistema jurídico do *common law* e aqueles do *civil law*. Esta divergência que acompanha o elemento de conexão domicílio é referenciada como uma das razões na qual, em alguns países, este é preterido diante da nacionalidade, que constitui um elemento de conexão mais objetivo e com incertezas menores¹³⁹. Por esse motivo, e a fim de complementar a conceituação da residência habitual, passa-se à análise da relação existente entre este elemento de conexão e o domicílio, a partir de uma diferenciação entre o conceito de domicílio nos países de *civil law* e nos países de *common law*. Esta variação conceitual irá interferir na relação existente entre a residência habitual e o domicílio em cada um destes sistemas jurídicos.

1.1.2. A relação entre a residência habitual e o domicílio a partir da diferença conceitual existente entre países de *common law* e de *civil law*

Esse ponto, então, se destinará à análise da relação existente entre o elemento de conexão residência habitual e o elemento de conexão domicílio, uma vez que uma parcela da importância em se conceituar a residência habitual, consiste na sua diferenciação terminológica e prática do elemento de conexão domicílio. Para tanto, será preciso considerar que a relação existente entre a residência habitual e o domicílio em países de *common law*, difere desta mesma relação em países de *civil law*. Isto ocorre em função da diferente conceituação que o termo “domicílio” recebe em cada um destes sistemas jurídicos.

A doutrina apresentada por Savigny revolucionou o direito internacional privado ao defender que nada impediria que um Estado aplicasse uma lei estrangeira, e baseava-se no fato de que todas as relações possuiriam uma sede jurídica própria, de modo que o direito internacional privado deveria buscar a lei mais próxima à pessoa, justificando a previsão do

¹³⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 297-298.

elemento de conexão domicílio¹⁴⁰. A teoria da universalidade das formas de conflitos de leis no espaço, como visto, previa que a uniformização do direito internacional privado resultaria em uma harmonia das decisões proferidas por diferentes Estados – caso os Estados uniformizassem as suas normas, todos utilizariam o elemento de conexão domicílio e consequentemente encontrariam a mesma solução para a relação jurídica internacional questionada, não importando qual o Estado que a proferiu.

O domicílio, no entanto, não conseguiu a aplicação universal idealizada por Savigny, tendo sido preterido por países que mantiveram a preferência pelo elemento de conexão nacionalidade, em razão do caráter de incerteza que permeava a determinação do domicílio de uma pessoa, bem como as diferenças conceituais que este critério de conexão enfrentou entre uma legislação e outra – o conceito difere quando relacionado ao sistema jurídico da *common law* e ao sistema jurídico da *civil law*.

É diante deste aspecto que o elemento de conexão residência habitual emerge como uma alternativa à dicotomia existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio. A residência habitual, assim, atuaria como um critério conceitualmente uniforme entre países de *common law* e países de *civil law*, o que aproximaria o direito internacional privado nestes diferentes sistemas jurídicos.

Neste cenário é que se observa “a importância da qualificação das relações jurídicas internacionalmente conectadas”¹⁴¹. A qualificação corresponde a uma tarefa anterior à determinação da lei aplicável ou da jurisdição internacional a que o caso será submetido, uma vez que é preciso qualificar o instituto conforme a previsão normativa interna. Como o exemplo que importa a este trabalho, observa-se a qualificação do domicílio que irá interferir diretamente na determinação da lei aplicável ao caso multiconectado.

Segundo a ideia formulada por Savigny, a previsão do critério domiciliar em uma norma universal resultaria em uma harmonia de decisões, pouco importando o Estado que a proferiu. Esta realidade não se concretizou, uma vez que ignorou a diferente qualificação das relações jurídicas, que variava de um Estado para outro. Como exemplo, ainda que o Brasil e a Inglaterra utilizassem o elemento de conexão domicílio, defendido por Savigny, a lei aplicada pelo Brasil a um caso multiconectado, eventualmente, não seria a mesma aplicada

¹⁴⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 128.

¹⁴¹ MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 93.

pela Inglaterra a este mesmo caso, tendo em vista que o conceito de “domicílio” entre estes Estados não é o mesmo. Esta diferenciação resulta no “conflito de qualificações”¹⁴².

Dessa forma, a qualificação preenche um espaço importante no direito internacional privado e na forma como a disciplina é aplicada. Conforme Fernando Pedro Meinero, “a qualificação consistirá em verificar se os fatos da realidade configuram aquilo que, segundo o legislador pátrio, seria necessário para um domicílio existir, e em tal caso haverá um enquadramento na categoria domicílio”¹⁴³.

Como afirma Miguel Maria de Serpa Lopes, “a variedade de conceituação de domicílio nas legislações dos vários países, a diversidade de elementos integrantes, consoante o critério de cada grupo de legislações, a maneira diferente no regulamentar os requisitos da aquisição, mudança e perda de domicílio, tudo isso influi consideravelmente no problema interespaçial”¹⁴⁴. De modo que esta dificuldade é a primeira que precisa ser enfrentada.

Como se observará, a diferença conceitual do “domicílio” existente entre países de *civil law* de países de *common law*, dificultou que a simples previsão deste elemento de conexão resultasse em uma harmonização do direito internacional privado entre os Estados.

O elemento de conexão residência habitual surge com o propósito de fazer aquilo que o elemento de conexão domicílio não conseguiu: harmonizar as normas de conflitos. Assim, uma das principais preocupações que permeiam a incidência da residência habitual é quanto à sua conceituação e à busca para que não recaia em um grave conflito de qualificações, como o que ocorreu com o domicílio.

Nesta seara, Pippa Rogerson destaca a dificuldade na conceituação de domicílio em países de *common law* e a opção de utilizar a residência habitual considerando os elementos que formam esta: “é da própria natureza da *common law* ter que decidir sobre casos que são extremos mesmo com uma regra que é geralmente muito clara”¹⁴⁵. Pela análise da autora, observa-se a interpretação que os países de *common law* fornecem à residência habitual, ressaltando que consiste em um conceito de base factual e que deve ser objetivamente

¹⁴² Fernando Pedro Meinero afirma: “Mas se as qualificações se constroem para categorias estabelecidas por normas de fonte interna, existirá sempre a possibilidade de que, seguindo o exemplo citado, o domicílio seja qualificado pelas normas de outro país de forma diversa. Essa simples diferença pode resultar no que se conhece como conflito de qualificações, questão que permeia todo o DIPr”. MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 94/95.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 94.

¹⁴⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 21.

¹⁴⁵ Tradução livre de: “For it is in the very nature of the common law to have to decide cases which are the borderlines even with a rule which is generally very clear”. ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 100.

determinável¹⁴⁶ de modo que naqueles casos que a pessoa se encontre em determinado país por mais de um ano, o fato objetivo se torna conclusivo. O domicílio nestes países é visto como o lar permanente da pessoa, o local da sua residência permanente¹⁴⁷.

Conforme Norman Bentwich, o conceito de domicílio no direito inglês foi desenvolvido, como parte da *common law*, a partir de precedentes judiciais, de modo que nos dois últimos séculos, estes precedentes foram multiplicados – transformando uma ideia simples em algo complexo¹⁴⁸.

Seguindo a análise a partir da *common law*, alguns paralelos entre o domicílio e a residência habitual são visíveis. Para estabelecer o domicílio é necessário mais do que a mera presença no território, de modo que o foco deste elemento de conexão está na intenção de permanecer de forma permanente ou indefinidamente – intenção de residir¹⁴⁹. Conforme Pippa Rogerson, outra semelhança entre o domicílio e a residência habitual consiste no fato de que para ser habitualmente residente a pessoa deve estar presente fisicamente ao mesmo tempo em que demonstra possuir a intenção estabelecida de permanecer no local, sendo semelhante à regra existente no domicílio em que se deve adquirir o *factum* e o *animus manendi* ao mesmo tempo¹⁵⁰. Observa-se, no entanto, que no domicílio se exige uma intenção de permanecer de modo definitivo, enquanto na residência habitual esta intenção não exigiria o caráter definitivo – a semelhança entre estes critérios estaria refletida na necessidade de intenção *lato sensu*.

Ressaltam-se ainda os aspectos referentes ao tempo na aquisição ou perda de um local como o domicílio ou a residência habitual de uma pessoa, a partir da *common law*. A

¹⁴⁶ Em suas palavras, Pippa Rogerson destaca: “Se a residência habitual deve manter o seu conceito com uma base factual, os tribunais terão que ter isso em mente”. Tradução livre de: “*If habitual residence is to retain its appeal as a concept with a factual, objectively ascertainable basis then the courts will have to bear this in mind*”. ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 100.

¹⁴⁷ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 08.

¹⁴⁸ Tradução livre de: “*The concept of domicile in the English law is not defined in any statute or other legislation. It has been developed as part of the Common Law by judicial precedents, and in the course of the last two centuries the precedents have been multiplied so that what originally was a fairly simple idea is now overlaid by a mass of decisions. While the domicile of origin of a person depends on the domicile of his parent at the time of his birth, and that can be fairly easily ascertained, the question whether he has abandoned it and obtained a domicile of choice involves the weighing of all the facts of a man's life, including his intention about a permanent home*”. BENTWICH, Norman. Recent developments of the principle of domicile in English law. v. 87. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdr_ej.9789028612426.117_190> Acesso em: 26 nov. 2017.

¹⁴⁹ ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 101.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 101.

residência habitual não será perdida, por exemplo, se a pessoa possuir a intenção de deixar a residência mas não o fizer de fato, ao mesmo tempo que se esta pessoa deixar o país sem a intenção de voltar perderá no mesmo dia a sua residência habitual naquele local. Já o domicílio é mais difícil de sofrer alteração. De acordo com Pippa Rogerson, a saliente diferença entre os dois conceitos corresponde à interpretação nos casos em que a pessoa possui a intenção de permanecer no país apenas para um fim específico ou por um período limitado, referindo que esta limitação irá impedir a aquisição de um domicílio, ou seja, a pessoa não terá este local reconhecido como o seu domicílio, porém não impedirá que esta pessoa obtenha o reconhecimento deste local como a sua residência habitual¹⁵¹.

Uma das dificuldades ressaltadas pela autora consiste justamente no espaço temporal existente entre a perda e a aquisição da residência habitual, o que, na prática, acarreta em lacunas que podem ser prejudiciais a este elemento de conexão. Como já referido, se uma pessoa deixar um país com a intenção de não mais retornar, este deixará de ser o local da sua residência habitual imediatamente. No entanto, conforme a autora, a necessidade de residência por um certo período para que esta adquira a habitualidade, faria com que a pessoa não adquirisse uma nova residência habitual de forma imediata. O problema que surge é justamente a indefinição que existirá durante este período de transição, em que a pessoa ficará, conforme a interpretação que tem sido utilizada por parte da doutrina, sem um local de residência habitual, tornando este elemento de conexão ineficaz. A sugestão fornecida por Pippa Rogerson consiste na manutenção da residência habitual antiga até o momento em que a nova for estabelecida, de modo que se são necessários três meses para que um local seja definido como a nova residência habitual, então após a pessoa sair de um país sem a intenção de retornar, a perda da residência habitual ocorreria após três meses e não de modo imediato¹⁵². Esta solução condicionaria a aquisição da nova residência habitual à perda da residência habitual anterior.

Outro raciocínio sugerido aqui, e que poderia ser utilizado, é que ao estabelecer um propósito específico para residir em outro país, abandonando o país onde se estava residindo, o fator intenção seja considerado a fim de que este novo local se torne imediatamente a residência habitual da pessoa – o mesmo raciocínio que determina a perda do local como residência habitual caso a pessoa deixe o país sem a intenção de retornar. Trata-se de solução que balancearia os elementos tempo e intenção: quanto maior a intenção, menor poderia ser o

¹⁵¹ ROGERSON, Pippa. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 101.

¹⁵² *Ibidem*, p. 104.

tempo. Ainda que esta corresponda a uma solução mais coerente, até mesmo por seguir raciocínio lógico semelhante ao que já é utilizado pelos tribunais, não há um consenso a respeito do tema. Neste trabalho, como explanado, defende-se esta solução: se a intenção é capaz de determinar a perda imediata da residência habitual, também deve ser capaz de determinar a sua aquisição imediata.

Gadi Zohar destaca determinados julgados norte-americanos que interpretaram o conceito de domicílio com certa diferença entre si – país também adepto do sistema jurídico da *common law*. O primeiro destacado pelo autor foi o caso *Mitchell v. United States*¹⁵³ em que a Suprema Corte assim definiu: “Domicílio é uma residência em um lugar particular acompanhado de prova positiva ou presuntiva de uma intenção de permanecer por lá por um tempo ilimitado. [...] Pelo termo domicílio, na sua acepção ordinária, entende-se o lugar onde uma pessoa viva e tenha a sua casa”¹⁵⁴. Conforme a Suprema Corte, considera-se que o local da residência de uma pessoa é o local do seu domicílio, até que fatos provem o contrário.

Outro destaque deve ser feito no caso *Mississippi Band of Choctaw Indians v. Holyfield*¹⁵⁵ em que a decisão definiu que uma pessoa poderia residir em um lugar e ser domiciliada em outro, afirmando que, para os adultos, o domicílio seria estabelecido pela presença física no lugar em que a pessoa possuísse a intenção de permanecer, estabelecendo que o domicílio da criança seria no local que fosse o de seus pais, e reconhecendo a possibilidade de que o domicílio do menor poderia ser um local em que esta nunca esteve¹⁵⁶. De acordo com Gadi Zohar, este caso ilustra as complicações existentes na aplicação do domicílio, especialmente quando crianças estão envolvidas¹⁵⁷.

Apesar de aparentemente o conceito de domicílio nos Estados Unidos da América ter se estabilizado como o local de presença física e que a pessoa possua intenção de ali permanecer, como o local do lar permanente da pessoa, Gadi Zohar ainda observa

¹⁵³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Mitchell v. United States*. 526. U.S. 314. (1999).

¹⁵⁴ Tradução livre de: “*Domicile is a residence at a particular place accompanied with positive or presumptive proof of an intention to remain there for an unlimited time. [...] By the term domicile, in its ordinary acceptation, is meant the place where a person lives and has his home*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Mitchell v. U.S.*, 88 U.S. 350, 352. 1874. Ver mais em: ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile?, *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 172-173.

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Mississippi Choctaw Indians v. Holyfield*. 490. U.S. 30. (1989).

¹⁵⁶ Tradução livre de: “*One can reside in one place but be domiciled in another. For adults, domicile is established by physical presence in a place in connection with a certain state of mind concerning one’s intent to remain there ... Since most minors are legally incapable of forming the requisite intent to establish a domicile, their domicile is determined by that of their parents. In the case of an illegitimate child, that has traditionally meant the domicile of its mother. Under these principles, it is entirely logical that ... a child’s domicile ... [may] be in a place where the child has never been*”. ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile?, *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 174.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 174.

divergências significativas na prática jurisprudencial. O autor cita o caso *Gaudin v. Remis*¹⁵⁸ em que uma das partes havia se mudado do Canadá para o Havaí por ser o local que seus filhos moravam, deslocando todo seu capital para os bancos norte-americanos, vendendo a casa que possuía no Canadá e adquirindo uma nova no Havaí, local em que casou e possuía seu emprego fixo. A decisão, no entanto, foi no sentido de que a parte não poderia ter decretado o seu domicílio no Havaí uma vez que ela estaria impedida por lei de se mudar para os Estados Unidos da América por causa de sua imigração que a definiu como visitante temporário.

Gadi Zohar demonstra uma preocupação de que os juristas nos países de *common law* confundam a expressão residência habitual com domicílio, acreditando que isto resulte na aplicação equivocada das normas baseadas em interpretações imprecisas da residência habitual, imitando e aproximando ao conceito de domicílio¹⁵⁹. O autor cita dois casos que invocaram o artigo 3º da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, mantendo o foco na definição da residência habitual e possuindo divergências incompatíveis. Ambos casos envolveram crianças que residiam com um dos pais nos Estados Unidos da América contra o consentimento expresso do outro pai que residia em país terceiro, em um caso Israel e no outro a França, através de processos de divórcio.

O primeiro foi o caso *Mozes v. Mozes*¹⁶⁰ (já mencionado), que se referia a um casal, cidadãos israelenses, casados desde 1982, com quatro filhos nascidos em Israel, e que em 1997 se mudaram com os filhos para a Califórnia, nos Estados Unidos da América, tendo o pai posteriormente retornado para Israel. Com o retorno do pai, a mãe requisitou o divórcio, o que gerou o pedido do pai de restituição dos filhos, baseado na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

O tribunal no caso em questão demonstrou tensão entre a necessidade de uniformidade da Convenção da Haia e a forte aversão a uma definição jurídica formal da expressão residência habitual. Na defesa pela uniformidade, a partir de um princípio orientador mais formalista¹⁶¹, a decisão considerou que a intenção compartilhada dos pais em abandonar a residência habitual anterior é um elemento que deve ser considerado para definir a residência habitual da criança, e destacou uma diretriz que deveria ser seguida: a residência habitual do menor deveria incluir um grau de propósito estabelecido do ponto de vista da

¹⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Gaudin v. Remis*. 415. F.3d 1028 (2005).

¹⁵⁹ ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile?, *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 179.

¹⁶⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Mozes v. Mozes*. 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001).

¹⁶¹ ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile?, *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 182.

criança de modo que a intenção dos pais deveria ser considerada irrelevante. Conforme a Convenção da Haia utilizada, no entanto, a intenção compartilhada dos pais não deveria ser totalmente afastada, como interpretou o Tribunal, e sim conciliada com o melhor interesse da criança¹⁶².

O segundo é o caso *Robert v. Tesson*¹⁶³ em que o pai (francês) e a mãe (norte-americana) se conheceram em 1994 nos Estados Unidos da América, local em que ambos residiam. Em 1997 tiveram gêmeos, que entre o período de 1998 e 2003 passaram quatro períodos alternando entre a vida na França e nos Estados Unidos da América enquanto seus pais se separavam e se reconciliavam. Em 2003 os gêmeos fizeram sua última viagem à França com sua mãe por três semanas, retornando aos Estados Unidos da América. A mãe, então, ajuizou pedido de separação legal neste país em dezembro de 2003 e o pai pediu o divórcio na França em janeiro de 2004, local que condenou a mãe por reter os gêmeos.

O magistrado norte-americano, neste caso, decidiu que aos pais faltava uma intenção comum de permanecer na França, recomendando que a petição para devolução dos gêmeos fosse negada. A decisão foi fundamentada com base em cinco princípios¹⁶⁴. O primeiro de que a residência habitual não deveria ser determinada por meio de regras técnicas que eventualmente regem a residência legal ou o domicílio na *common law*, de modo que os tribunais devem considerar os fatos e as circunstâncias de cada caso. O segundo princípio seria a consideração apenas da experiência da criança na determinação da residência habitual desta, que já incorpora o terceiro princípio que define a consideração apenas da experiência passada do menor, e não eventuais planos futuros. O quarto princípio ratifica que uma pessoa pode ter apenas uma residência habitual, e o quinto refere que apenas uma mudança na geografia e na passagem do tempo é que podem se combinar e estabelecer uma nova residência habitual.

A postura adotada pela jurisprudência dos Estados Unidos da América no caso *Robert v. Tesson*¹⁶⁵ foi mais próxima aos objetivos da Convenção da Haia, quais sejam, manter a criança no ambiente social e familiar, e reconhecê-la enquanto indivíduo com direitos e necessidades, e não mais como propriedade de seus pais¹⁶⁶.

¹⁶² ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile?, *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 184.

¹⁶³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Robert v. Tesson*. 507 F.3d 981 (6th Cir. 2007).

¹⁶⁴ ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile?, *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 187.

¹⁶⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Robert v. Tesson*. 507 F.3d 981 (6th Cir. 2007).

¹⁶⁶ ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile?, *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 187.

Observa-se a busca aparentemente incessante dos doutrinadores de *common law* para que a residência habitual não se confunda com o conceito que estes países utilizam para o domicílio, destacando diferenças e características que são específicas da residência habitual e que são fundamentadas nos objetivos da sua utilização em diferentes Convenções da Haia. Conforme Gadi Kohar, a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças pede aos tribunais que busquem determinar a residência habitual da criança e não de seus pais, até mesmo porque nestes casos os pais estão normalmente em conflito entre si. O questionamento final do autor indaga se os tribunais dos Estados Unidos da América irão combinar a residência habitual com o domicílio, considerando o elemento da intenção e amarrando as mãos dos juízes com elementos formalistas como ocorreu no caso *Mozes v. Mozes*¹⁶⁷, ou se os Estados Unidos da América podem aceitar a residência habitual como fizeram no caso *Robert v. Tesson*¹⁶⁸, aproximando a sua interpretação à abordagem da Haia¹⁶⁹.

Ainda sobre o assunto, David Cavers ressalta que os tribunais de países de *common law* tiveram que decidir, por vezes, se a residência seria entendida como sinônimo de domicílio, como requisito sobreposto ao domicílio ou como substituto a este¹⁷⁰, afirmando que a residência habitual não seria um meio termo entre residência e domicílio, mas sim uma conexão apta entre uma pessoa e um território que se distingue da noção de sede legal, associada à rigidez do domicílio¹⁷¹.

Conforme Liu Yideng, “no sistema jurídico da *common law*, considera-se domicílio a residência permanente, ao passo que, na maior parte dos países do sistema jurídico continental, o domicílio é a residência habitual”¹⁷². A principal diferença entre o domicílio e a residência habitual estaria relacionada aos seus elementos subjetivos, uma vez que enquanto o

¹⁶⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Mozes v. Mozes*. 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001).

¹⁶⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Robert v. Tesson*. 507 F.3d 981 (6th Cir. 2007).

¹⁶⁹ ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile?, *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 203.

¹⁷⁰ Nas palavras de David Cavers: “Além disso, a fronteira entre os dois conceitos foi deixada indistinta pela prática persistente dos legisladores americanos ao usar ‘residência’ em vez de ‘domicílio’ em seus estatutos. Muitas vezes, os tribunais tiveram que decidir se a ‘residência’ pretendia ser sinônimo de ‘domicílio’ (a interpretação mais frequente), como requisito superpuesto no domicílio ou como substituto do domicílio”. Tradução livre de: “*Moreover, the boundary between the two concepts has been left indistinct by the persistent practice of American legislatures in using “residence” rather than “domicile” in their statutes. Very often, the courts have had to decide whether “residence” was intended as a synonym for “domicile” (the most frequent interpretation), as a requirement superimposed on domicile, or as a substitute for domicile*”. CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 480.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 483.

¹⁷² YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 08.

domicílio pressupõe uma intenção definitiva de permanecer, a residência habitual pressupõe apenas a intenção de se fixar em um determinado local¹⁷³.

Outra diferença relaciona-se com a subdivisão do domicílio, nestes países, em três tipos: domicílio de origem, domicílio voluntário e domicílio legal¹⁷⁴. O domicílio de origem corresponde àquele adquirido no nascimento da pessoa, o domicílio voluntário corresponde ao local que a pessoa escolhe e adquire após o seu nascimento, e o domicílio legal como sendo aquele que a pessoa adquire nos termos legais¹⁷⁵.

Esta diferenciação ocorre por não existir qualquer classificação para a residência habitual, sendo esta menos complexa e possivelmente mais fácil de alcançar uma uniformização conceitual, o que se demonstrou impossível no domicílio. Norman Bentwich pontua que a residência habitual difere tanto do domicílio de origem, adquirido no nascimento, como do domicílio voluntário, considerando que para ambos é preciso uma intenção permanente de residir¹⁷⁶.

Em situações mais complicadas, não é possível determinar facilmente a residência habitual, de modo que se a pessoa residir no local há menos de um ano, o elemento objetivo se afasta e há a incidência do elemento subjetivo que irá “agravar a indeterminabilidade do elemento de conexão naquele caso”¹⁷⁷. A diferença reflete-se na jurisprudência dos países de *common law*, uma vez que se a pessoa residir em um país com um objetivo específico ou apenas por um determinado período, “este fato pode constituir um obstáculo à obtenção do domicílio voluntário, mas não afetar a constituição da residência habitual”¹⁷⁸. Motivo no qual a residência habitual aparece para a doutrina como uma solução às divergências que o domicílio tanto enfrenta nestes países, não devendo estes dois conceitos serem confundidos.

A nacionalidade e o domicílio tornaram-se inadequados para a resolução de conflitos em que o ambiente social das partes era importante nos países de *common law*¹⁷⁹. Ainda que

¹⁷³ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaolaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 09.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 09.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 09.

¹⁷⁶ Tradução livre de: “*The place where a person habitually resides is different from the English domicile of origin acquired at birth, as well as from the English domicile of choice, which takes account of the intention to reside permanently*”. BENTWICH, Norman. Recent developments of the principle of domicile in English law. v. 87. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdr_ej.9789028612426.117_190> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 142.

¹⁷⁷ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaolaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 09.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹⁷⁹ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 483.

tenham sido os dois principais elementos de conexão no direito internacional privado, estes possuem “defeitos irreparáveis, que não acompanham a tendência cada vez mais marcante de globalização econômica”¹⁸⁰. Para David Cavers, ocorreu uma certa manipulação do conceito de domicílio pelos tribunais norte-americanos, o que acabou diminuindo a utilidade deste conceito como fator determinante da sede legal, e que resultou na divergência conceitual de domicílio que se pode encontrar nos julgados.

Conforme Raphael Carvalho de Vasconcelos, “o conflito de leis se desenvolveria mais facilmente nos países de direito não codificado porque seu sistema tenderia a se desvincular da *stare decisis* mais rapidamente que as mudanças na legislação do *civil law*”¹⁸¹, de modo que as inovações no direito internacional privado, como a adoção do princípio da proximidade, possuem uma incorporação mais lenta nos países de *civil law*. Isto porque estes países necessitariam de um processo burocrático maior para a incidência destes novos elementos de conexão.

Apresentado o conceito de domicílio nos países de *common law*, é imprescindível que se apresente o conceito de domicílio adotado pelos países de *civil law*, ainda mais por ser este o sistema jurídico adotado pelo Brasil. A conceituação de domicílio é fundamental para a compreensão da relação existente entre este elemento de conexão e a residência habitual, uma vez que as normas podem optar por apenas um destes ou utilizar ambos de modo subsidiário.

No Brasil, então, sendo este um país de *civil law*, o conceito de domicílio está presente no Código Civil que define no artigo 70 que o domicílio da pessoa corresponde ao “lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”¹⁸². O artigo 71 refere que se a pessoa natural tiver diversas residências onde ela viva de modo alternado, será considerado seu domicílio qualquer uma delas. O artigo 73 ainda utiliza a expressão “residência habitual” para referir que a pessoa que não a possuir, terá o seu domicílio no lugar em que for encontrada. O Código Civil deixa explícita a relação próxima existente entre o domicílio e a residência simples, que eventualmente o próprio Código denomina como residência habitual, ainda que erroneamente.

Conforme Miguel Maria de Serpa Lopes, “em se tratando de domicílio de fato, voluntário, cumpre ao juiz ou tribunal interpretar, de acordo com as circunstâncias, qual a

¹⁸⁰ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 10.

¹⁸¹ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Premissas fundamentais do direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen (Orgs.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 44.

¹⁸² BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

intenção das partes e apurar em que território se concretizou essa intenção de fundar o seu domicílio”¹⁸³. Entendimento que possui semelhanças ao sentido da expressão “residência habitual”.

Observa-se a previsão contida no Código de Direito Internacional Privado, conhecido como Código de Bustamante, de 1928 e que foi incorporado ao direito brasileiro através do Decreto nº 18.871¹⁸⁴. A dificuldade que este Código enfrentou restou agravada por prever o elemento de conexão domicílio em um momento em que a legislação brasileira ainda adotava o elemento de conexão nacionalidade. Esta “posição do Estado brasileiro, isolada no contexto latino-americano, de se manter fiel à nacionalidade como elemento de conexão” dificultava “algumas das importantes iniciativas de uniformização das regras de conflito no contexto continental”¹⁸⁵, entre as quais destaca-se o Código de Bustamante.

Na América Latina, é possível encontrar a Convenção Interamericana sobre o Domicílio das Pessoas Físicas no Direito Internacional Privado¹⁸⁶, celebrada em Montevideu em 1979, que objetiva definir o conceito de domicílio no direito internacional privado. Esta Convenção foi assinada pelo Brasil em 1979, não tendo, no entanto, ratificado e promulgado o seu texto. O artigo 2º desta Convenção define que o domicílio de uma pessoa será determinado pelo lugar da residência habitual, ou pelo lugar do centro principal dos seus negócios, ou ainda na ausência destes, o domicílio corresponderá ao lugar da simples residência, e, na falta desta, ao lugar que a pessoa se encontrar.

Rafal Manko, em seu artigo referente aos elementos de conexão da União Europeia, afirma que o domicílio no direito internacional privado é o local do lar permanente da pessoa, através da expressão “*permanent home*”¹⁸⁷. A pessoa adquire um domicílio ao nascer estabelecendo como requisito para a sua alteração provas concretas da nova residência, bem como uma intenção firme de viver neste local permanentemente, afirmando ainda que uma pessoa só poderá ter um domicílio ao mesmo tempo e que não poderá ser sem domicílio. Ainda de acordo com Rafal Manko, o domicílio, por vezes, pode ser difícil de determinar, ao

¹⁸³ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 25.

¹⁸⁴ O Código de Bustamante foi assinado por quinze Estados americanos: Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela. Ver mais em: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 32.

¹⁸⁵ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 24.

¹⁸⁶ Convenção Interamericana sobre o Domicílio das Pessoas Físicas no Direito Internacional Privado, de 08 de maio de 1979.

¹⁸⁷ Tradução: “lar permanente”. MANKO, Rafal. Habitual residence as connecting factor in EU civil justice measures. *Library Briefing*: Library of the european parliament, 2013. p. 01.

contrário da nacionalidade, por exemplo, que é relativamente mais fácil¹⁸⁸. Conforme René Cassin, o conceito de domicílio corresponde a uma necessidade básica de marcar a relação que conecta o indivíduo a uma superfície terrestre¹⁸⁹.

O domicílio enquanto elemento de conexão capaz de determinar a lei aplicável aos estatutos pessoais foi defendido por Friedrich Carl von Savigny que revolucionou o direito internacional privado. Segundo Savigny, para cada relação jurídica seria necessário determinar a sede que corresponderia ao lugar de direito ao qual esta relação está submetida, ou seja a análise do direito internacional privado iniciaria pelo caso em si, pela relação jurídica, que definiria o local a que esta pertence¹⁹⁰.

Diferentemente do princípio da proximidade que possui maior abstração, Savigny defendeu especificamente a utilização do critério do domicílio para determinar a lei aplicável ao estatuto pessoal no direito internacional privado. A divergência conceitual que este termo demonstrou possuir, no entanto, tornava este elemento de conexão contraditório em relação à teoria da universalidade, elaborada por Savigny.

Danielle Bozin-Odhiambo destaca que a nacionalidade e o domicílio carecem de flexibilidade ao se tratar de matéria de família, principalmente quando se trata de pais com mobilidade que possuem diferentes nacionalidades e diferentes domicílios, retirando a eficácia destes dois elementos de conexão¹⁹¹. A residência habitual que surge em Haia com o objetivo de proteger o melhor interesse do menor e se mostra como o mais adequado elemento de conexão a ser utilizado no direito de família, passa a ser utilizada também em outros âmbitos, como o interno através da sua inserção em legislações nacionais de diferentes Estados, e o unional, sendo reconhecida como o elemento de conexão do direito internacional privado da União Europeia, como será visto.

David Cavers destaca ainda uma certa preocupação caso uma série de definições de residência habitual fosse produzida, uma vez que o conceito se tornaria um fator de conexão

¹⁸⁸ MANKO, Rafal. Habitual residence as connecting factor in EU civil justice measures. *Library Briefing: Library of the European Parliament*, 2013. p. 01.

¹⁸⁹ Tradução livre de: “*La notion de domicile héritée du droit romain n'est donc pas une notion d'origine purement juridique, comme la nationalité par exemple. Elle est en son principe une notion de fait répondant à un besoin élémentaire, celui de marquer juridiquement le lien qui rattache l'individu à un point de la surface terrestre, lieu où il est réputé présent, même lorsqu'il s'absente temporairement*”. CASSIN, René. La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois v. 34. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Consulted online on 27 November 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1163/18758096_pplrde_ej.9789028607125.655_809> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 664.

¹⁹⁰ Ver mais em: SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

¹⁹¹ BOZIN-ODHIAMBO, Danielle. Re-examining habitual residence as the sole connecting factor in Hague Convention child abduction cases. *Family Law Review*, 3 (1). Austrália, 2012. p. 05.

em um conjunto de regras jurisdicionais: os tribunais teriam que, para aplicar a regra, observar o conceito de cada jurisdição, fugindo da análise principal que seria a determinação da lei a partir dos fatos do caso. O autor destaca que os fatos da vida possuem uma tendência de padronização, o que resultaria em decisões com um certo padrão uniforme¹⁹².

Evidenciando a diferença existente entre países de *civil law* e países de *common law*, no que tange à conceituação do domicílio, observa-se que a residência habitual, no entanto, há uma certa proximidade terminológica entre estes sistemas jurídicos.

Observa-se o documento “*The Law Reform Commission*” referente ao “*Domicile and Habitual Residence*” que prevê uma análise para reforma da lei da Irlanda (*common law*) e ressalta a diferença na conceituação, ao afirmar que, nos países de *civil law*, a separação entre a residência habitual e o domicílio tende a ser menor, fornecendo como exemplo a lei suíça (*civil law*), que apresenta os dois elementos de conexão em conjunto, de forma compatível¹⁹³.

Maximilian Grimmeiß destaca o debate existente entre a Inglaterra e a Irlanda, em que a Comissão de Direito Inglês acredita que uma vantagem do domicílio seja o fato de este ser de difícil alteração, uma vez que há uma presunção de que o domicílio de origem irá permanecer válido, enquanto o governo irlandês discorda e já admite os benefícios da flexibilidade da residência habitual em um mundo com fronteiras diluídas¹⁹⁴. O autor apresenta um exemplo a fim de ratificar que a residência habitual constitui um elemento de conexão mais adequado ao mundo globalizado do que o domicílio: um cidadão que se mudou do país A para o país B com a intenção de se estabelecer a longo prazo, mas sem a intenção de permanecer indefinidamente. Após 20 anos residindo no país B, com domicílio legal no país A, este sistema jurídico ainda iria reger a sua aposentadoria caso o elemento de conexão utilizado fosse o domicílio, mesmo após já estar plenamente integrado na sociedade e no sistema jurídico do país B. Caso a residência habitual fosse o elemento de conexão utilizado neste exemplo, o resultado seria mais compreensível às circunstâncias da vida da pessoa.

¹⁹² CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 484.

¹⁹³ Percebe-se: “Alguns sistemas de direito civil usam o conceito de domicílio e o conceito de residência habitual, mas o domicílio no sistema jurídico da *civil law* é diferente do domicílio no sistema jurídico da *common law*. Por exemplo, o artigo 2º do projeto de lei suíço de direito internacional privado refere-se ao mesmo tempo ao domicílio e à residência habitual”. Tradução livre de: “*Some civil law systems use the concept of domicile and the concept of habitual residence; but domicile in the civil law sense is quite different from domicile in the common law sense. For example, article 2 of the Swiss draft statute on private international law refers to both domicile and residence habituelle*”. IRLANDA. *The law reform commission: domicile and habitual residence*. 1983. Disponível em: <http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

¹⁹⁴ GRIMMEIß, Maximilian. *The effectiveness of habitual residence as a connecting factor in the conflict of laws*. Munich: GRIN Verlag, 2014. p. 02.

A residência habitual não está, no entanto, livre de diferenças interpretativas entre um país e outro. O período apreciável de permanência é um fator que varia de caso para caso dependendo das circunstâncias de cada um¹⁹⁵, o que torna evidente a variação existente entre as interpretações dos diferentes países. Este período apreciável de permanência é, no entanto, fundamental para a determinação da residência habitual ao mesmo tempo em que “as divergências existentes entre as normas dos diferentes países nesta matéria podem causar conflitos tanto positivos como negativos”¹⁹⁶.

O que se pretende evitar é uma diferenciação grave quanto à conceituação da expressão “residência habitual”, como a que ocorreu com o termo “domicílio”, evitando, assim, um grave conflito de qualificações. Conforme Fernando Pedro Meinero, “pode ocorrer que, quando observados os sistemas conflituais de dois Estados, as normas de conflito determinem a escolha do direito aplicável sob o mesmo critério, ou seja, coincidindo no que respeita ao elemento de conexão, por exemplo, o domicílio da pessoa”¹⁹⁷, não aplicando, no entanto, a lei do mesmo Estado, em razão da diferente conceituação de “domicílio”.

Uma conceituação de “residência habitual” semelhante entre os Estados tornaria possível uma harmonização das normas de conflitos – objetivo almejado por Savigny e que justifica, atualmente, a utilização deste elemento de conexão no mundo globalizado.

Ao inserir estes raciocínios na eventual solução da clássica dicotomia existente no direito internacional privado – que dividiu o mundo entre adeptos do elemento de conexão nacionalidade e adeptos do elemento de conexão domicílio – é possível observar que a residência habitual emerge como uma possível solução a esta dicotomia, através de uma busca por uma conceituação flexível e por uma aplicação uniformizada deste critério.

Um reflexo da dicotomia existente entre estes elementos de conexão pode ser observado entre os países da União Europeia¹⁹⁸, que atualmente possui a competência para legislar a matéria, como será visto. A subsidiariedade da nacionalidade¹⁹⁹ no direito

¹⁹⁵ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/perspective/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016, p. 13.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁹⁷ MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 95.

¹⁹⁸ Países da União Europeia como Itália, República Checa, Grécia, Espanha, França, Países Baixos, Áustria, Polónia, Portugal, Suécia, Bélgica, Bulgária, Romênia, Eslovênia possuíam, até a comunitarização do direito internacional privado, legislações de direito internacional privado que utilizavam o elemento de conexão da nacionalidade, que foi se tornando gradualmente subsidiária através dos regulamentos do bloco.

¹⁹⁹ Nos países europeus, a nacionalidade predominou como critério utilizado para determinar a lei a ser aplicada aos estatutos pessoais. Como critério no âmbito unional, no entanto, a nacionalidade se mostrou contrária aos princípios que baseavam a integração regional, porque diante de um ambiente de integração avançada, a opção pelo elemento de conexão da nacionalidade aparecia como um limitador da liberdade de circulação de pessoas. Com o advento dos regulamentos de direito internacional privado da União Europeia ficou evidente o

internacional privado do bloco não deu lugar ao domicílio, e sim à residência habitual que surgiu como uma opção atraente ao legislador europeu (critério este que já vinha sendo utilizado em convenções internacionais). A proximidade que a aplicação prática da residência habitual possui com o domicílio é, no entanto, inegável, por se tratarem ambos de critérios territoriais – exigem que a pessoa se encontre no território do país, tenha ali a/o sua/seu residência/domicílio. Destaca-se que “a crescente harmonização e uniformização de normas internacional-privatistas por parte das instituições europeias” tem explicitado a “tendência ao abandono do elemento de conexão da nacionalidade em prol daquela da residência habitual do indivíduo em diversos regulamentos emanados no interior do território europeu”²⁰⁰.

Os países da União Europeia são o reflexo direto desta proximidade. Isto porque se observa de um lado o elemento de conexão da nacionalidade²⁰¹, que é objetivo e não considera os fatos da situação jurídica para decidir a lei aplicável, e de outro lado o domicílio e a residência habitual, que apesar de possuírem diferenças, consideram o local da pessoa e as circunstâncias da vida desta para decidir a lei aplicável. Destacando que a residência habitual é um elemento de conexão com maior flexibilidade e que permite maior liberdade ao tomador de decisão no momento de este determinar a lei aplicável ao estatuto pessoal de alguém.

Ao abordar o direito internacional privado nas sucessões internacionais, Gabriel Valente dos Reis destaca que “a principal vantagem do domicílio e da residência habitual é a proximidade com o contexto em que o *de cuius* estava inserido”²⁰². Um aspecto negativo destes dois elementos de conexão refere-se a sua instabilidade, enquanto a nacionalidade

afastamento que estes concederam ao elemento de conexão da nacionalidade, a partir de uma previsão subsidiária, por se entender que esta seria contrária aos princípios de integração e igualdade entre as pessoas que circulam livremente no ambiente do bloco. A pessoa deve possuir a liberdade de circulação entre os Estados-membros da União Europeia sem ser nestes Estados discriminada com base na sua nacionalidade, o que aconteceria caso este elemento de conexão fosse adotado com primazia por estes regulamentos de direito internacional privado da União Europeia. O direito internacional privado da União Europeia provoca o que Aline Beltrame de Moura chama de “marginalização” do elemento de conexão da nacionalidade, destacando ainda a autora a ascensão da autonomia privada como um forte elemento de conexão presente nos regulamentos. Ver mais em: MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 13-30.

²⁰⁰ MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. p. 1075.

²⁰¹ Acreditava-se que a nacionalidade corresponderia ao vínculo mais forte a unir o indivíduo ao Estado do qual este é nacional, de modo que a sua utilização respeitaria as raízes culturais da pessoa. Esta seria ainda mais facilmente determinada e apresentaria maior segurança jurídica e menores incertezas do que, por exemplo, o domicílio. No direito brasileiro, a nacionalidade era o elemento de conexão utilizado na Introdução ao Código Civil de 1916, reflexo da forte influência europeia no direito nacional. Em 1942, a lei brasileira foi alterada e o domicílio passou a ser o elemento de conexão a reger o estatuto pessoal – situação que se estende até os dias atuais, conforme previsão da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

²⁰² VALENTE DOS REIS, Gabriel. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016, p. 317.

apresenta uma maior estabilidade “embora nem sempre denote um vínculo de proximidade com a realidade social do *de cuius*”²⁰³. Ainda conforme o autor, a troca da nacionalidade pela residência habitual nos países europeus indicou “uma tendência da comunidade internacional contemporânea no sentido do abandono da nacionalidade”²⁰⁴.

A solução encontrada pelo legislador para terminar com as discrepâncias existentes entre as definições de domicílio foi a utilização da residência habitual como um conceito amplo, flexível, de modo que a sua determinação deve ser sempre realizada de forma que considere as circunstâncias gerais do caso²⁰⁵.

Liu Yideng refere três motivos que justificariam a ascensão da residência habitual atualmente, e a conseqüente substituição da nacionalidade e do domicílio por este elemento de conexão. O primeiro estaria relacionado à globalização econômica que tem acelerado a circulação de pessoas pelo espaço internacional “fazendo com que o país do domicílio e da nacionalidade a que pertencem estas pessoas deixe de ser o centro da sua vida”²⁰⁶. O segundo motivo seria a complexidade na determinação do domicílio e até mesmo da nacionalidade, principalmente quando relacionado a mulheres casadas que passaram a ter o seu próprio domicílio e até mesmo a sua própria nacionalidade, sendo a residência habitual um elemento de conexão que é mais facilmente determinado²⁰⁷. E o terceiro motivo estaria relacionado à essência basilar da residência habitual, que seria a correspondência com o centro da vida da pessoa, o local que possui “um relacionamento muito estreito com o casamento, a família, a sucessão e a identidade do interessado”²⁰⁸.

O objetivo do trabalho, neste ponto, foi demonstrar a relação que surge com a existência simultânea do domicílio e da residência habitual enquanto elementos de conexão, destacando a significativa diferença existente entre países de *common law* e países de *civil law*. Esta divergência conceitual restringiu a aceitação do domicílio como critério determinador da lei aplicável por países que preferiram manter o critério da nacionalidade. Os Estados europeus, conhecidos pela preferência ao elemento de conexão nacionalidade, ao

²⁰³ VALENTE DOS REIS, Gabriel. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016, p. 317.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 317.

²⁰⁵ DAVI, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5. n. 2. Madrid: 2013. p. 33.

²⁰⁶ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 12.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 12.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 12.

torná-lo subsidiário forneceram a primazia ao elemento de conexão residência habitual, e não ao domicílio, como será visto.

A utilização do critério da residência habitual pode ter o objetivo proposto por Savigny, de universalidade das normas de conflitos, que não pôde ser cumprido adequadamente pelo domicílio. A residência habitual pode aproximar países que antes se dividiam entre domicílio e nacionalidade, não obrigando que estes países renunciem a estes critérios, e sim permitindo que continuem utilizando-os como critérios subsidiários. A globalização econômica aproximou as pessoas, fez com que estas ampliassem a sua circulação entre países e tornou as relações jurídicas cada vez mais internacionais. Dessa forma, a incidência da residência habitual como elemento de conexão principal no direito internacional privado, sendo a nacionalidade e o domicílio utilizados de forma subsidiária e complementar “é uma tendência unificadora em matéria de lei pessoal”²⁰⁹.

Esta fundamentação será desenvolvida durante a análise do surgimento do elemento de conexão residência habitual, através das suas primeiras utilizações e da sua ascensão plena por meio do direito internacional privado da União Europeia.

Conclui-se, em um primeiro momento, que a residência habitual emerge como um elemento de conexão mais apto para se adequar ao mundo globalizado, através de um conceito flexível e com menor rigidez, permitindo uma certa liberdade ao tomador de decisão que deverá, a partir da análise das circunstâncias do caso, encontrar a lei do Estado que possuir uma relação mais próxima²¹⁰ com a realidade das partes envolvidas. Para uma compreensão do elemento de conexão residência habitual, passa-se à análise do seu surgimento, primeiras utilizações, que irão justificar a busca por critério capaz de acompanhar a rapidez da vida moderna.

1.2. O surgimento e a ascensão da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado

Para tratar sobre o surgimento da residência habitual como elemento de conexão se faz necessária uma breve análise do direito internacional privado moderno e da dicotomia²¹¹

²⁰⁹ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaolaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 18.

²¹⁰ Ver mais em: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

²¹¹ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. et al. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Zavalía, 2003. p. 510.

existente entre a nacionalidade e o domicílio, que por anos dividiu doutrinadores e legislações de diferentes países. A residência habitual surge como uma alternativa a esta divisão e se adequa melhor²¹² à realidade existente em um mundo globalizado – a sua maior flexibilidade se adequa à sociedade dinâmica que existe atualmente.

Por este motivo, faz-se essencial a compreensão do conceito utilizado para a expressão “residência habitual”, que permite a determinação do local que esteja mais próximo ao centro da vida da pessoa. Um conceito rígido seria contrário à essência que permeia a utilização deste critério e sua capacidade em garantir maior liberdade ao tomador de decisão²¹³.

A origem deste elemento de conexão está estritamente relacionada às Convenções da Haia que buscavam, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, uniformizar as normas de conflitos²¹⁴, e observavam graves problemas na utilização do elemento de conexão nacionalidade. A incidência da residência habitual atingirá o seu ápice, no entanto, com a comunitarização²¹⁵ do direito internacional privado da União Europeia, uma vez que se tornou o principal elemento de conexão a determinar a lei aplicável nos Estados-membros, que até então previam, em sua maioria, o elemento de conexão nacionalidade.

1.2.1. As primeiras utilizações da residência habitual e a sua previsão em legislações nacionais

²¹² MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015, p. 15.

²¹³ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 485.

²¹⁴ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 477. Ainda sobre o tema, Paulo Borba Casella afirma: “Na medida em que se intensifica a ocorrência de relações pessoais, familiares, sucessórias, de responsabilidade, mas sobretudo comerciais entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado interno, bem como operadores econômicos vinculados a distintos ordenamentos, simultaneamente com a percepção das conseqüências da diversidade de sistemas e impossibilidade de eliminar tais diferenças, surgirão mecanismos para evitar conflitos negativos ou positivos, basicamente tendentes a evitar quer a incoerência como a superposição de distintas leis teoricamente aptas para tutelar determinada relação jurídica. Na escolha entre a unificação do direito material, a harmonização do direito conflitual, ou as técnicas mistas da uniformização, combinando elementos de direito material e direito internacional privado, pode esta última escolha ser canal e caminho mais rápido para a atuação e obtenção de resultados, de modo mais direto que a estrita harmonização de normas de conexão, ao mesmo tempo evitando tensões e desgastes que decorreriam da necessidade de substituição eventual de códigos inteiros”. CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 104.

²¹⁵ Ver mais em: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71-72.

A análise inicial sobre a evolução do direito internacional privado é fundamental para a compreensão dos motivos que justificaram o surgimento de um critério flexível que fugia da rigidez da nacionalidade e do domicílio. A nacionalidade demonstrou ser um critério ineficaz, principalmente em situações envolvendo menores, como será visto.

Já o domicílio enfrentou o problema da divergência conceitual, em que a utilização de diferentes conceitos fazia com que uma decisão não fosse, obrigatoriamente, igual a outra, ainda que ambas utilizassem o mesmo critério determinador da lei aplicável, como idealizava Savigny. A diferença conceitual existente entre o sistema jurídico da *common law* e o sistema jurídico da *civil law*, como visto, atuou como um empecilho à aceitação deste elemento de conexão.

O domicílio como elemento de conexão do estatuto pessoal predominou na maior parte dos ordenamentos jurídicos da América Latina, sendo adotado pelo Brasil desde 1942 com o advento da Lei de Introdução ao Código Civil, que atualmente se denomina Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²¹⁶. Conforme Gustavo Monaco, o Brasil optou pela nacionalidade ainda que seus “vizinhos tenham cedo se rendido ao domicílio como critério de conexão apto a levar as leis dos Estados independentes a serem mais constantemente aplicadas em matéria de personalidade, capacidade e direitos de família”²¹⁷.

O domicílio chegou aos países da América Latina ao ser o critério “adotado pelas ex-colônias inglesas e espanholas à medida em que se tornavam Estados independentes, ao passo que o Brasil, ainda por força das ordenações portuguesas, aqui recepcionadas por vontade do Império, mandava aplicar a lei material vigente no Estado de nacionalidade do chefe da família”²¹⁸. Este cenário fazia com que o direito internacional privado se afastasse das previsões dos demais Estados americanos, que influenciados pelo sistema jurídico da *common law*, já utilizavam o elemento de conexão domicílio²¹⁹.

Nacionalidade e domicílio despontam, assim, como conceitos jurídicos apegados a valores socialmente presentes desde os tempos coloniais, fornecendo pistas acerca das

²¹⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

²¹⁷ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 18.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 22.

²¹⁹ Conforme Gustavo Monaco: “Com tais medidas, o Direito Internacional Privado das famílias brasileiras afasta-se diametralmente do Direito Internacional Privado das demais famílias americanas que, sob influência dos princípios de *common law*, eram regidas pelo direito material vigente no local do domicílio da família, pouco importando a nacionalidade de seus membros”. *Ibidem*, p. 22.

escolhas que, em termos de direito internacional privado das famílias, foram feitas no Brasil e nos Estados soberanos provenientes da reorganização das antigas colônias espanholas.

Jacob Dolinger destaca os principais argumentos utilizados pelos defensores do domicílio como elemento de conexão a ser utilizado no estatuto pessoal²²⁰. Segundo o autor, o imigrante conhece melhor as leis do país onde vive, dentro da sociedade que este escolheu integrar, de forma que o melhor para este seria a aplicação da lei do seu domicílio e não da lei de sua nacionalidade por ser esta distante de sua realidade cotidiana. Jacob Dolinger destaca ainda que os interesses daquela pessoa que irá contratar com o imigrante seriam melhor protegidos, considerando que a relação seria regulada pela lei local, sendo desconhecidas pelo contratante as leis do país do contratado. De forma geral, a aplicação da lei do domicílio tem como objetivo que o imigrante seja melhor integrado ao país que pretende morar²²¹.

Outro fator alegado seria de que, com cada vez mais relações familiares formadas por pessoas de nacionalidades diferentes, o uso do domicílio simplificaria estas relações jurídicas, tendo em vista que uma nacionalidade não poderia ser considerada mais importante que outra²²². São determinadas vantagens²²³ defendidas por doutrinadores que consideram o domicílio como o elemento de conexão mais apropriado para a solução de conflitos no espaço e que são adeptos da teoria defendida por Savigny.

Estes argumentos são atualmente melhor representados pela utilização da residência habitual, critério que tem sido tratado como uma melhor opção diante do domicílio, e que, por ser diferente deste, faz com que países que utilizavam a nacionalidade, o aceitem com menor dificuldade. Conforme Florisbal de Souza Del'Olmo e Augusto Jaeger Junior, “emerge a residência habitual como elemento de conexão, ameaçando romper a primazia do domicílio e da nacionalidade”²²⁴, atuando como um critério neutro entre estes dois opostos.

Assim, é possível compreender as primeiras utilizações do critério da residência habitual e os motivos presentes no direito de família que justificaram a incidência deste elemento de conexão no direito internacional privado. De acordo com Karine Maria Famer Rocha Boselli, “as características do método clássico de conflito de leis qualificado como um procedimento neutro, abstrato e indireto, passam a ser progressivamente alteradas”, uma vez

²²⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 297-298.

²²¹ *Ibidem*, p. 297.

²²² *Ibidem*, p. 298.

²²³ RAMOS, André de Carvalho. Estatuto pessoal no direito internacional privado: evolução e perspectivas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*. v. 110. jan./dez. 2015. p. 455.

²²⁴ DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 47.

que “a rigidez da regra de conflito é relativizada, passando a possuir um objetivo substancial, qual seja, o melhor interesse da criança”²²⁵.

As primeiras Convenções da Haia que utilizaram a expressão “residência habitual” referiam-se à tutela de menores em 1902, e à tutela de adultos em 1905, uma vez que a incapacidade do tutelado em adquirir um domicílio tornava o uso deste inadequado²²⁶. Conforme Gustavo Monaco, “o problema da guarda de crianças ganha contorno ainda mais complicado quando a relação apresenta algum elemento de estraneidade normalmente representado pela residência de um dos pais em Estado diferente daquele em que a criança vive com o genitor que detém sua guarda”²²⁷. Diante da presença cada vez mais frequente, em casos de guarda internacional, “de elementos que guardam pertinência com um ou mais ordenamentos estrangeiros”, evidenciou-se “necessária a aplicação de normas de direito internacional privado” a fim de que fosse possível “identificar qual a lei aplicável e qual a autoridade competente para a resolução do litígio”²²⁸.

A previsão da residência habitual nesta convenção de 1902, no entanto, era como um critério subsidiário, que apenas seria utilizado em casos que não fosse utilizada a nacionalidade. Assim, a Convenção da Haia de 1902²²⁹ determinava em seu artigo 1º que a guarda do menor seria regida pelo seu direito nacional²³⁰ enquanto os artigos 2º e 3º utilizavam a expressão “residência habitual”²³¹ para referir o local em que o menor possuísse

²²⁵ BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 208.

²²⁶ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 477.

²²⁷ Ainda conforme o autor, “esse problema acaba por consequência gerando reflexos no campo do direito-dever de visitação — e é justamente nesse domínio que o direito de visita ganha contornos os mais trágicos e de difícil resolução”. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 271-271.

²²⁸ GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 264.

²²⁹ Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado. Convenção da Haia para Proteção de Menores, 12 de junho de 1902. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention>> Acesso em: 13 mar. 2017.

²³⁰ Íntegra do artigo 1º da Convenção da Haia para Proteção de Menores: “Artigo 1 A tutela do menor é regulada pela lei da sua nacionalidade”. Tradução livre de: “*Article 1 La tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale*”. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention>> Acesso em: 13 mar. 2017.

²³¹ Destaca-se assim os textos contidos nestes artigos da Convenção da Haia para Proteção de Menores, que em 1902 utilizou pela primeira vez a expressão em francês “*résidence habituelle*”: “Artigo 2º Se a lei nacional não organizar a tutela do menor, no caso de residência habitual no exterior, o agente diplomático ou consular autorizado pelo Estado do qual o menor é nacional pode providenciar de acordo com a lei desse Estado, se o Estado da residência habitual do menor não o contrariar. Artigo 3º No entanto, a tutela de um menor residente habitualmente no exterior deve ser estabelecida e exercida de acordo com a lei do lugar, se não for ou se não puder ser constituída de acordo com as disposições da Artigo 1º ou Artigo 2º”. Tradução livre de: “*Article 2 Si la loi nationale n'organise pas la tutelle dans le pays du mineur en vue du cas où celui-ci aurait sa résidence habituelle à l'étranger, l'agent diplomatique ou consulaire autorisé par l'Etat dont le mineur est le ressortissant*”

a sua residência nos casos em que a nacionalidade não fosse utilizada. A utilização da nacionalidade, a partir destas previsões, gerou, no entanto, problemas na solução dos casos²³².

A aplicabilidade da utilização do elemento de conexão nacionalidade foi questionada, no entanto, no emblemático caso *Boll*, julgado em 1958 pela Corte Internacional de Justiça (CIJ)²³³. Neste caso, Marie Elisabeth Boll era uma criança, nascida na Suécia e que havia residido durante toda sua vida neste país com sua mãe. O pai de Marie, marinheiro que viajava constantemente, possuía nacionalidade holandesa, e a mãe nacionalidade sueca até o casamento. A nacionalidade da criança, até então, era determinada pela nacionalidade do pai, chefe de família, de modo que Marie possuía nacionalidade holandesa.

Em 1953, a mãe de Marie faleceu e iniciou a disputa pela tutela da menor. Um processo iniciado na Holanda determinou a guarda com base na lei da nacionalidade da menor, holandesa, definindo que a criança deveria ser encaminhada ao país. Na Suécia, no entanto, o tribunal julgou o caso conforme uma lei interna de 1924, que justificava a manutenção da menor no território sueco. Diante do insucesso das tentativas de cooperação judicial internacional entre os dois países, a Holanda processou a Suécia na Corte Internacional de Justiça, alegando que o país estava descumprindo a Convenção da Haia de 1902.

A partir deste caso, inicia o declínio do elemento de conexão nacionalidade, que se mostrava inadequado na garantia do melhor interesse da criança²³⁴. Marie Elisabeth Boll, segundo a previsão da Convenção da Haia de 1902, deveria ter sua guarda regulada pela Holanda, país da sua nacionalidade, ainda que nunca tivesse estado neste país. A decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça negou o pedido feito pela Holanda, por entender

pourra y pouvoir, conformément à la loi de cet Etat, si l'Etat de la résidence habituelle du mineur ne s'y oppose pas. Article 3 Toutefois, la tutelle du mineur ayant sa résidence habituelle à l'étranger s'établit et s'exerce conformément à la loi du lieu, si elle n'est pas ou si elle ne peut pas être constituée conformément aux dispositions de l'article 1er ou de l'article 2". Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention>> Acesso em: 13 mar. 2017.

²³² Como explica Fabiana das Graças Alves Garcia, “o grande problema da Convenção de 1902 se verificava nos casos de crianças com dupla nacionalidade, nos quais se identificava o conflito de jurisdições, com a possibilidade de adoção de medidas concomitantes e incoerentes entre si por cada um dos Estados envolvidos, como de fato ocorreu no famoso caso Boll, que abalou a confiança de vários Estados europeus na convenção, levando à posterior aprovação da Convenção sobre Proteção de 1961”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. *Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 273-274.

²³³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*. Judgment of November 28th, 1958. I.C.J. Reports 1958, p. 55-73.

²³⁴ Conforme Gustavo Monaco, a partir do princípio do melhor interesse da criança, a lei deve prever a melhor consequência para a criança, devendo, ainda, ser aplicadas leis e normas jurídicas que sejam consentâneas com as reais necessidades dos infantes. É preciso também que sejam executadas políticas públicas que efetivem os interesses do menor. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Proteção da Criança no Cenário Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 182-183.

que a lei sueca aplicada incluía em seu âmbito a proteção de crianças e de pessoas jovens, temática que não estava inserida na Convenção da Haia de 1902, que possuía como principal objetivo pôr fim às reivindicações concorrentes de várias leis para uma mesma relação jurídica. Outro argumento utilizado é que a lei sueca foi aplicada no caso a partir da invocação da ordem pública, que afastou a incidência da Convenção da Haia de 1902²³⁵.

Este foi um caso complexo e apresentou uma decisão que não foi unânime. Apesar de doze juízes seguirem este entendimento com uma fundamentação baseada no melhor interesse da criança, outros quatro juízes defenderam a aplicação da Convenção da Haia e a respectiva solução do caso com base na lei da nacionalidade da criança. O juiz Kojevnikov²³⁶, por exemplo, foi contrário ao raciocínio majoritário ao defender o princípio *pacta sunt servanda*, considerando que ambos os países, Holanda e Suécia, se comprometeram na aplicação da Convenção da Haia de 1902.

Com o descontentamento dos países europeus no caso *Boll*, iniciado em 1953, e diante de um cenário político de pós-Segunda Guerra Mundial, iniciou-se uma aproximação entre estes países a fim de unificar as regras de conflitos por meio das Convenções da Haia²³⁷,

²³⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 55-73.

²³⁶ Na parte final do acórdão, observa-se o seu posicionamento: “O juiz KOJEVNIKOV declara que não pode concordar nem no raciocínio nem na disposição do acórdão porque, na sua opinião, com base no princípio *pacta sunt servanda*, tendo em conta o fato de os direitos e obrigações das partes a partir da Convenção de 1902 que rege a tutela dos infantes, são bastante claros, tendo em conta o caráter do caso e os fatos disponíveis, bem como os interesses legítimos do menor em questão - que é de nacionalidade holandesa – a Corte deveria ter que as medidas tomadas pelas autoridades administrativas suecas em relação ao referido menor, que impedem o exercício do direito de tutela com base no tratado, não estão em conformidade com as obrigações vinculativas para a Suécia em relação aos Países Baixos em virtude da referida Convenção de 1902, em particular os artigos 1º e 6º da Convenção”. Tradução livre de: “*Judge KOJEVNIKOV states that he is unable to concur either in the reasoning or in the operative clause of the Judgment because, in his opinion, on the basis of the principle pacta sunt servanda, having regard to the fact that the rights and obligations of the Parties under the 1902 Convention governing the guardianship of infants are abundantly clear, having regard to the character of the case and the available facts, as well as the legitimate interests of the infant concerned – who is of Dutch nationality – the Court ought to have held that the measures taken by the Swedish administrative authorities in respect of the said infant, which impede the exercise of the right of guardianship based on the treaty, are not in conformity with the obligations binding upon Sweden vis-à-vis the Netherlands by virtue of the aforementioned 1902 Convention, in particular Articles 1 and 6 of the Convention*”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 72.

²³⁷ José Carlos de Magalhães afirma: “As duas guerras mundiais, por sua vez, foram momentos de catarse dolorosa e talvez necessária para expor, com a crueldade nelas demonstradas, a humanidade diante de si própria e do que há de pior nela mesma e da capacidade de destruição de que é capaz. Serviu para a necessária reflexão sobre os limites de aspirações nefastas e do exercício do poder ditatorial, repetidos a cada passo ao longo da história. Serviu, igualmente, para reavivar valores e princípios esmaecidos na consciência dos detentores do poder das nações que lideraram o processo político mundial. Pode-se dizer que fizeram parte de um movimento de renovação”. MAGALHÃES, José Carlos. O mundo do século XXI. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 10.

optando, no entanto, por deixar de lado o critério da nacionalidade²³⁸. Os países europeus não estavam prontos, no entanto, para aceitar o domicílio como substituto da nacionalidade em função das divergências conceituais do termo²³⁹.

Observava-se uma mudança no entendimento de família e na forma como a responsabilidade parental deveria ser exercida, afastando o *poder*²⁴⁰ e adotando o *dever*. Conforme Solano de Camargo, “a evolução do instituto do pátrio poder mostra que essa relação — mais de poder do que de dever — tem sido bastante alterada nos últimos tempos, a partir do reconhecimento da criança e do adolescente como merecedores de uma tutela especial, não só vista no âmbito doméstico, mas também pela sociedade”²⁴¹.

Fabiana das Graças Alves Garcia afirma que acontecimentos históricos tais como as duas guerras mundiais “acarretaram profundas mutações sociais, principalmente na segunda metade do século XX, possibilitando uma grande evolução na afirmação e na definição dos direitos da mulher, assim como no reconhecimento dos direitos das crianças, as quais efetivamente passaram a ser consideradas sujeitos titulares de direitos”²⁴².

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe disposições expressas sobre o pátrio poder, “baseados no princípio da igualdade. O artigo 21º disciplinou que o poder familiar seria exercido em condições de igualdade entre os pais”²⁴³. A alteração no país foi

²³⁸ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 477. Ainda neste sentido, Raphael Carvalho de Vasconcelos afirma: “Até a primeira metade do século XX a criança era considerada submetida de maneira quase absoluta aos pais, mas regulamentava-se - com fundamento na soberania - a lei aplicável à tutela do menor, por exemplo, na convenção da Haia de 1902, anteriormente referida. Outorgava-se, portanto, aos pais poder absoluto sobre o indivíduo, mas buscava-se dar segurança e previsibilidade na fixação da lei aplicável à sua tutela. A percepção dos direitos humanos em relação à criança evoluiu e em conjunto com ela - não apenas influenciado por ela - também o direito internacional privado”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O Direito Internacional Privado e a proteção do ser humano: a falácia da novidade. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 281.

²³⁹ CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 477.

²⁴⁰ Conforme Thomas Marky, no direito romano clássico apenas o paterfamilias possuía direitos e obrigações, de modo que “o caráter arcaico do poder que o paterfamilias tinha sobre seus descendentes era revelado pela total, completa e duradoura sujeição destes àquele, sujeição esta que tornava a situação dos descendentes semelhante à dos escravos, enquanto o pater-familias vivesse”. MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 153.

²⁴¹ CAMARGO, Solano de. O direito da criança de ser ouvida – aspectos internacionais. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 243.

²⁴² Conforme a autora ainda, “esse processo de mutações sociais teve grande impacto na estrutura da família e, conseqüentemente, no seu tratamento jurídico, de maneira que o pátrio poder ou autoridade parental, modernamente chamado de responsabilidade parental ou pátrio dever e, no novo Código Civil brasileiro, de poder familiar”, passou de poder ilimitado à noção de poder familiar, com a equiparação das figuras materna e paterna nos direitos e deveres em relação aos filhos”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 266.

²⁴³ CAMARGO, Solano de. O direito da criança de ser ouvida – aspectos internacionais. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 255.

positivada com o advento do Código Civil de 2002 em que “o poder familiar passou a ser menos poder e mais dever, transformando-se em responsabilidade imposta aos pais ou responsáveis para que zelassem pelo bem-estar dos seus filhos, pelo dever de sustento, guarda e educação, desde a concepção até a idade adulta”²⁴⁴.

O conceito de família “deixou de ser entendido, ao menos nos países ocidentais, em função da prevalência dos pais em face dos filhos ou do marido em face da mulher”²⁴⁵, o que reforça a inaptidão do elemento de conexão nacionalidade em matérias que envolvem a proteção de menores e a busca pelo melhor interesse destes. Observa-se que a família patriarcal dá lugar à “família eudemonista” que se caracteriza “pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico”²⁴⁶.

Assim, em 1956²⁴⁷ surgiu a Convenção da Haia relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores²⁴⁸ com a previsão da residência habitual como elemento de conexão²⁴⁹. Esta Convenção determinava no artigo 1º que “a lei da residência habitual do menor determina se, em que medida e a quem ele pode reclamar a prestação de alimentos”, definindo ainda que em caso de “mudança da residência habitual do menor, a lei da nova

²⁴⁴ CAMARGO, Solano de. O direito da criança de ser ouvida – aspectos internacionais. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 255.

²⁴⁵ MONACO, Gustavo. *Guarda Internacional de Crianças*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 71.

²⁴⁶ GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 267.

²⁴⁷ Nas palavras de David Cavers: “Naquele ano, a Convenção em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores prescreveu ‘a residência habitual da criança’ como o fator de conexão na sua principal regra de escolha de lei”. Tradução livre de: “*In that year, the Convention on Maintenance Obligations with Respect to Children prescribed ‘the habitual residence of the child’ as the connecting factor in its principal choice-of-law rule*”. CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 478.

²⁴⁸ CONFERÊNCIA da Haia de Direito Internacional Privado. Convenção relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos à Menores, de 24 de outubro de 1956. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37>> Acesso em: 13 mar. 2017. Esta convenção foi substituída em 1973 pela Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, que em 2007 foi substituída pelo Protocolo da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos. Estes textos mais recentes mantiveram a primazia do elemento de conexão residência habitual, ratificando o entendimento adotado a partir de 1956.

²⁴⁹ Em 1958 surgiu a Convenção da Haia relativa ao Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, que utilizou a residência habitual também como critério para determinar a competência para proferir decisões em matéria de alimentos, como se observa no artigo 3º: “Nos termos da presente convenção, são competentes para proferir decisões em matéria de alimentos as autoridades seguintes: 1. As autoridades do Estado em cujo território o devedor da obrigação alimentar tinha a sua residência habitual no momento em que o processo foi instaurado; 2. As autoridades do Estado em cujo território o credor da obrigação alimentar tinha a sua residência habitual no momento em que a não foi instaurada; 3. A autoridade a cuja competência o devedor da obrigação alimentar se submeteu, quer expressamente, quer respondendo sobre o fundo da questão, sem levantar reservas relativamente à competência”. CONFERÊNCIA da Haia de Direito Internacional Privado. Convenção relativa ao Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, de 15 de abril de 1958. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=38>> Acesso em: 07 out. 2017.

residência habitual é aplicável a partir do momento em que a mudança se efetuou”²⁵⁰. Ainda neste dispositivo há a previsão de que a lei da residência habitual do menor também regularia quem é admitido para intentar ação de prestação de alimentos e os seus prazos²⁵¹.

Em 1961, a Convenção da Haia relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores substituiu a Convenção da Haia de 1902, questionada no caso *Boll*, definindo que as autoridades do Estado de residência habitual do menor eram competentes para decretar medidas visando à proteção da sua pessoa ou de seus bens²⁵². Além da competência, definiu também no artigo 2º que a lei da residência habitual do menor determinaria “as condições de aplicação, modificação e cessação das citadas medidas, bem como regulamenta os seus efeitos”²⁵³. Os principais avanços desta convenção referem-se à “evolução na consideração da criança enquanto sujeito de direitos e a ampliação do conceito de medidas de proteção, as quais não se relacionavam apenas com a questão da tutela dos infantes”²⁵⁴, como um reflexo da visão eudemonista de família, bem como o reconhecimento da primazia do melhor interesse da criança.

No relatório explanatório desta convenção, Steiger afirma que não se pode ignorar que as regras de conflitos priorizam os laços que vinculam uma pessoa à sociedade em que vive, à sua residência habitual. Conforme Steiger, “o sistema da convenção de 1902, que consagrou o chamado princípio da nacionalidade e não envolveu a lei da residência habitual, exceto como uma exceção, não poderia mais ser mantido em uma nova convenção”²⁵⁵.

²⁵⁰ CONFERÊNCIA da Haia de Direito Internacional Privado. Convenção relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, de 24 de outubro de 1956. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37>> Acesso em: 13 mar. 2017.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² Fabiana das Graças Alves Garcia destaca que “em caso de necessidade de adoção de medidas urgentes de proteção à criança ou seus bens, a convenção de 1961, com base no princípio da eficiência, atribuía competência às autoridades judiciárias e administrativas do Estado contratante da residência habitual da criança, estabelecendo que a lei aplicável para reger tais medidas fosse a *lex fori*, isto é, o ordenamento jurídico do foro”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 274.

²⁵³ CONFERÊNCIA da Haia de Direito Internacional Privado. Convenção relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, de 05 de outubro de 1961. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39>> Acesso em: 13 mar. 2017.

²⁵⁴ GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 274.

²⁵⁵ Tradução livre de: “*Sur le plan international, enfin, on ne pouvait perdre de vue que les règles de conflits donnent toujours plus d'importance aux liens qui rattachent une personne à la société dans laquelle elle vit effectivement, donc à son domicile ou sa résidence habituelle. Le système de la Convention de 1902, consacrant le principe dit de la nationalité et ne faisant intervenir la loi de la résidence habituelle qu'à titre d'exception, ne pouvait plus être maintenu dans une nouvelle convention*”. STEIGER, M. W. de. *Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention*. Hague: HCCH Publications, 1961. p. 09. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2944>> Acesso em: 26 nov. 2017.

A utilização da residência habitual visava equilibrar a presença dos países que se dividiam entre o critério da nacionalidade e do domicílio, a fim de que um maior número de Estados possa aderir à convenção. Conforme Steiger “os autores da nova convenção não adotaram uma posição na controvérsia que divide os adeptos ao princípio da nacionalidade e os defensores do domicílio. Eles se deixaram guiar unicamente pelo propósito prático da convenção: a proteção do menor”²⁵⁶.

A convenção foi substituída em 1996 pela Convenção da Haia na Jurisdição, na Lei Aplicável, no Reconhecimento, na Aplicação e na Cooperação respectivamente à Responsabilidade Parental e nas Medidas para a Proteção das Crianças. O artigo 17º desta Convenção manteve a incidência do critério residência habitual da criança, disciplinando que “o exercício da responsabilidade parental é regido pela lei do Estado da residência habitual da criança”²⁵⁷. O artigo 5º determinou que o Estado da residência habitual da criança teria a jurisdição²⁵⁸ para providenciar as medidas dirigidas à proteção da criança ou do seu patrimônio, evidenciando a utilização do critério residência habitual também para delimitação da autoridade competente para decidir sobre a questão. Estas convenções “reconhecem o direito fundamental da criança a manter relações regulares com seus pais quando estão

²⁵⁶ Tradução livre de: “*Ceci dit, il importe cependant de relever que les auteurs de la nouvelle convention n’ont nullement voulu prendre position de manière générale dans la controverse qui divise les adhérents au principe de la nationalité et les partisans d’un droit international privé fondé sur le domicile. Ils se sont laissé guider uniquement par le but pratique de la convention: la protection du mineur. Ils ont aussi eu une entière compréhension pour la situation des Etats attachés au principe de la nationalité et leur souci de maintenir dans la mesure du possible les liens qui rattachent leurs ressortissants vivant à l’étranger à leur patrie et à leurs familles. Aussi la nouvelle convention laisse-t-elle intervenir les autorités et la loi de l’Etat dont le mineur est ressortissant dans tous les cas où, de l’avis de ces autorités, le besoin s’en fait sentir. En contrebalançant ainsi la règle principale par la possibilité, pour les autorités nationales, de prendre l’affaire en main, la nouvelle convention crée un état d’équilibre qui devrait permettre à tous les pays d’y adhérer, qu’ils suivent l’un ou l’autre desdits principes du droit international privé ou, encore, qu’ils ne veuillent se laisser lier, en matière de protection des mineurs, par aucun d’eux*”. STEIGER, M. W. de. *Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention*. Hague: HCCH Publications, 1961. p. 09/10. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2944>> Acesso em: 26 nov. 2017.

²⁵⁷ Este artigo determinou ainda que se a residência habitual da criança muda, a responsabilidade parental será regida pela lei do Estado da nova residência habitual. O artigo 16º determina também situações que serão regidas pela lei do Estado da residência habitual da criança, como a atribuição ou extinção da responsabilidade parental pela operação da lei, ou por um acordo ou ato unilateral. Prevê ainda que a responsabilidade parental que existe sob a lei do Estado da residência habitual da criança, subsiste após eventual mudança da residência habitual para um outro Estado. CONFERÊNCIA da Haia de Direito Internacional Privado. Convenção da Haia na Jurisdição, na Lei Aplicável, no Reconhecimento, na Aplicação e na Cooperação Respectivamente à Responsabilidade Parental e nas Medidas para a Proteção das Crianças, de 19 de outubro de 1996. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>> Acesso em: 02 out. 2017.

²⁵⁸ Nas palavras de Fabiana das Graças Alves Garcia, “a convenção adota o princípio da proximidade, atribuindo competência para processar e decidir sobre as medidas de proteção às autoridades judiciais ou administrativas do Estado contratante da residência habitual da criança, por considerá-las mais adequadas justamente por estarem mais bem situadas para a decisão (como, por exemplo, para condução de eventual instrução processual)”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 277.

separados”²⁵⁹. A Convenção de 1996 possuía o objetivo de suprimir as lacunas deixadas pela Convenção anterior²⁶⁰, diante da ausência de previsão de mecanismos de cooperação internacional, e de regras facilitadoras do reconhecimento e da execução das decisões²⁶¹.

Conforme Fabiana das Graças Alves Garcia, diante de uma separação física dos genitores ou naqueles casos que esses nunca tenham coabitado, é “necessário atribuir a guarda dos filhos a um (guarda unilateral) ou ambos os genitores (guarda alternada ou compartilhada), assim como decidir sobre o regime de visitas com o intuito de garantir o direito de convivência da criança com o genitor não-guardião”²⁶². Quando estes aspectos envolverem elementos estrangeiros, seja pela nacionalidade das partes, local do domicílio ou da residência, tratando sobre a guarda internacional de crianças, “antes de se decidir com quem ficará o filho e como será regulada a sua convivência com o genitor não-guardião, será também necessário decidir qual autoridade será competente para análise da questão e qual lei deverá ser aplicada ao caso”²⁶³.

Esta Convenção não foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro ainda que se reconheça a necessidade da ratificação, “uma vez que a análise das regras de competência nela contidas revela que o interesse superior da criança serviu de norte para a definição das autoridades judiciárias e administrativas investidas do poder de apreciar a questão”²⁶⁴, a fim de assegurar o modo de vida e o desenvolvimento da criança.

Um outro importante documento é a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980²⁶⁵, incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 3.413, de 2000, e que é a mencionada na maior parte dos julgados de tribunais

²⁵⁹ MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 329.

²⁶⁰ Esta convenção ampliou o conteúdo da convenção anterior, prevendo também o reconhecimento e a execução de decisões que visavam proteger os menores. O que se observou é que uma convenção destinada apenas a determinar a lei aplicável, por exemplo, era ineficaz na medida que não previa uma cooperação internacional entre os Estados integrantes. CONFERÊNCIA da Haia de Direito Internacional Privado. Convenção da Haia na Jurisdição, na Lei Aplicável, no Reconhecimento, na Aplicação e na Cooperação Respectivamente à Responsabilidade Parental e nas Medidas para a Proteção das Crianças, de 19 de outubro de 1996. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>> Acesso em: 02 out. 2017.

²⁶¹ MONACO, Gustavo. *Guarda Internacional de Crianças*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 132.

²⁶² GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 271.

²⁶³ *Ibidem*, p. 272.

²⁶⁴ GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 280.

²⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

brasileiros que tratam sobre a determinação da residência habitual. Esta Convenção teve como objeto assegurar o retorno imediato da criança ilicitamente transferida ou indevidamente retida²⁶⁶ para o Estado da sua residência habitual, a fim de que sejam respeitados os direitos de guarda e de visita do Estado da residência habitual do menor. Conforme Érika Maeoka, “as questões problemáticas decorrentes do direito de visita e do direito de guarda no plano internacional terminam em não raros casos no sequestro internacional de menores”²⁶⁷.

Em matéria de adoção internacional²⁶⁸, observa-se a Convenção da Haia relativa a Proteção das Crianças e a Cooperação em matéria de Adoção Internacional²⁶⁹, de 1993, que manteve a tendência das convenções anteriores com a incidência da residência habitual do menor. Esta Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 3.087, em 1999.

A utilização do critério da residência habitual nas Convenções da Haia incentivou a sua previsão em Convenções Interamericanas²⁷⁰ celebradas no âmbito da Organização dos

²⁶⁶ Conforme Gustavo Monaco, “se é o pai ou a mãe que se desloca até o Estado de residência habitual do filho, o problema, então, é o de se redobram os cuidados para que a criança não consiga deixar o país acompanhada do genitor, configurando-se, nesse caso, o sequestro ou o rapto em sua forma de subtração”. A retenção pode ser verificada quando “a criança vai ao exterior, deixando o Estado de sua residência habitual para visitar seu ascendente” e este impede o seu retorno. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 275.

²⁶⁷ Conforme a autora, “essa situação extrema ocorre justamente pela dificuldade de solucionar a controvérsia judicialmente quando o litígio sai do plano doméstico”. MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 329.

²⁶⁸ Conforme David França Ribeiro de Carvalho, “a adoção por estrangeiros surge, como prática regular, somente após a Segunda Guerra Mundial. Até então, restringia-se ao âmbito interno”. Ainda de acordo com o autor, “terminado o conflito e levando em consideração que a mulher europeia se inseriu no mercado de trabalho, e o controle de natalidade melhorou, constatou-se que centenas de crianças da Alemanha, Itália, Grécia, Japão, China e outros estavam sendo adotadas por famílias europeias e norte-americanas. No entanto, as saídas dessas crianças não eram acompanhadas de qualquer controle, sequer possuíam os documentos necessários à sua situação”. CARVALHO, David França Ribeiro de. O tratamento da adoção internacional no plano internacional: o direito da Convenção da Haia sobre proteção das crianças e cooperação em matéria de adoção internacional, de 1993. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 213-242.

²⁶⁹ CONFERÊNCIA da Haia de Direito Internacional Privado. Convenção da Haia relativa a Proteção das Crianças e a Cooperação em matéria de Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=69>> Acesso em: 02 out. 2017.

²⁷⁰ Jurgen Samtleben afirma: “Quando na Europa a codificação convencional do Direito Internacional Privado finalmente encontrou seu lugar nas Conferências da Haia, na América o labor continuou no quadro das Conferências pan-americanas, das quais resultou a União Panamericana, precursora da OEA”. Conforme o autor, uma “importante distinção entre os trabalhos das Conferências Interamericanas Especializadas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e da Conferência da Haia deve-se ao fato de que a Haia é um organismo de âmbito universal) e a CIDIP é um organismo de âmbito regional”. SAMTLEBEN, Jurgen. A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 47.

Estados Americanos²⁷¹ (OEA), como na Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores de 1984, na Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989 e na Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, também de 1989.

David Cavers afirma que a expressão “residência habitual” no domínio do direito civil já atingiu um “domicílio permanente”²⁷², o que torna difícil o seu afastamento do direito internacional privado. A ampla utilização deste critério em Convenções da Haia – criadas com o objetivo de uniformizar as normas de conflitos de leis²⁷³ – influenciou a sua inserção não apenas em outras convenções como as citadas acima, mas também em atualizações legislativas internas de determinados países, e ainda em um direito internacional privado unional, como o existente atualmente na União Europeia.

Em legislações internas, a previsão do elemento de conexão residência habitual é perceptível em atualizações legislativas do direito internacional privado, que ratificaram a tendência moderna na adoção de um critério flexível, capaz de acompanhar a rapidez de uma sociedade globalizada. Entre países que já adotam o critério da residência habitual encontra-se a Suíça, o Canadá²⁷⁴, a Argentina, países que adotam o sistema jurídico da *civil law*, e ainda

²⁷¹ Conforme Paulo Borba Casella, percebe-se o “conjunto das convenções interamericanas de direito internacional privado” através do “impacto de sua absorção e vigência no ordenamento jurídico pátrio, seguindo-se a sua ratificação, aprovação, promulgação e entrada em vigor. Uma vez absorvido o impacto da recepção, importa conhecê-las e aplicá-las. Em seguida, resta ver em qual grau se saberá assegurar sua adequada interpretação e aplicação, no contexto do direito brasileiro”. CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 105.

²⁷² CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 479.

²⁷³ Conforme Jurgen Samtablen, “não resta dúvida que a uniformização internacional das regras de conflitos de leis se apresenta como a solução ideal, pois os problemas teriam solução uniforme onde quer que fossem julgados, em conformidade com as referidas convenções. Porém, a prática demonstra que nem sempre é fácil encontrar soluções de âmbito internacional, já que isto requer a uniformização das regras conflituais de países com culturas, línguas, história e sistemas diferentes”. SAMTLEBEN, Jurgen. A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 47-48.

²⁷⁴ O Canadá é outro país em que se destaca a incidência da residência habitual em uma legislação interna, tendo sido elaborado um documento denominado “*The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in light of Quebec Civil Law, the 1985 Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996*”, como visto. Este documento se propõe a responder perguntas referente ao conceito e às aplicações da residência habitual, efetuando um paralelo entre o Código Civil de Quebec, as Convenções da Haia e o Ato do Divórcio. O Código Civil de Quebec na sua versão em língua francesa, definiu no artigo 77º o local de residência de uma pessoa como sendo o local que esta “habitualmente” reside: “77. *La résidence d’une personne est le lieu où elle demeure de façon habituelle; en cas de pluralité de résidences, on considère, pour l’établissement du domicile, celle qui a le caractère principal*”. A versão em língua inglesa deste Código, no entanto, utilizou a expressão “residência ordinária” e não “residência habitual”: “77. *The residence of a person is the place where he ordinarily resides; if a person has more than one residence, his principal residence is considered in establishing his domicile*”. GOLDSTEIN, Gérald. *The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of*

na Irlanda, Inglaterra, Estados Unidos da América²⁷⁵, países que adotam o sistema jurídico da *common law*.

Na Suíça, a utilização da residência habitual ocorreu de forma conjunta com o domicílio, apresentando a legislação o conceito de ambos e ainda determinando que não seria possível possuir mais de um domicílio simultaneamente e que na falta de um domicílio determinado, o local relevante seria a residência habitual²⁷⁶. O artigo 20º do “*Federal Act on Private International Law*”, como é denominada a norma suíça, definiu que o indivíduo terá o seu domicílio no Estado em que reside com a intenção de estabelecer residência permanente e terá a sua residência habitual no Estado em que reside durante um determinado período, mesmo que este seja inicialmente de duração limitada²⁷⁷.

É possível afirmar que a opção pela utilização da residência habitual envolveria uma investigação mais simples, a fim de determinar o local, do que aquela que seria necessária para determinar o domicílio. Alguns inconvenientes, no entanto, poderiam ser observados com a sua utilização, como a dificuldade de definir a residência habitual de uma pessoa que fica constantemente se movimentando e ainda qual seria o período necessário de permanência em um local para que este seja considerado habitual. Ainda assim, Ronald Harry Graveson²⁷⁸ afirma que a residência habitual parece ser o conceito mais adequado para atender às demandas da sociedade moderna. A flexibilidade deste elemento de conexão quando comparado ao domicílio, por exemplo, justifica a sua utilização e a sua ascensão por ser considerado o mais adequado ao estilo de vida dinâmico existente atualmente.

Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996. Department of Justice Canada. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rhro_qc/index.html> Acesso em: 26 nov. 2017.

²⁷⁵ Conforme Gadi Zohar, a previsão da residência habitual em convenções já ratificadas pelos Estados Unidos da América e a sua ascensão no mundo globalizado fazem com que a incidência deste na jurisprudência norteamericana amplie cada vez mais. ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile? *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 179.

²⁷⁶ SUÍÇA. Federal Act on Private International Law, de 18 de dezembro de 1987.

²⁷⁷ Na íntegra do texto: “Artigo 20º 1. Na aceção desta Lei, um indivíduo: A) tem seu domicílio no Estado em que reside com a intenção de estabelecer residência permanente; B) tem sua residência habitual no Estado onde ele ou ela vive durante um determinado período de tempo, mesmo que este período inicialmente pareça ser de duração limitada; C) tem o seu local de trabalho no Estado em que o centro de suas atividades profissionais ou comerciais está localizado”. Tradução livre de: “*Article 20. 1 Within the meaning of this Act, an individual: A. has his or her domicile in the state where he or she resides with the intent of establishing permanent residence; B. has his or her habitual residence in the state where he or she lives during a certain period of time, even if this period initially appears to be of limited duration; C. has his or her place of business in the state where the center of his or her professional or commercial activities is located*”. SUÍÇA. Federal Act on Private International Law, de 18 de dezembro de 1987.

²⁷⁸ Nas suas palavras, a residência habitual seria: “o conceito mais apropriado para conhecer de demandas de uma sociedade moderna e fluida”. Tradução livre de: “the most appropriate available concept to meet the demands of a fluid, modern society”. GRAVESON, Ronald Harry. *Conflict of laws: private international law*. Indiana: Sweet & Maxwell, 1974, p. 194.

Frank Vischer explana sobre os estudos que levaram à criação da lei suíça²⁷⁹, explanando que a residência habitual não seria contrária ao domicílio, de forma que apesar de possuir significativas diferenças, apresenta compatibilidades inegáveis²⁸⁰. Observa-se que a lei suíça manteve os dois critérios – residência habitual e domicílio – através de uma relação de subsidiariedade.

Neste Ato, o artigo 48º trata sobre a lei aplicável aos casamentos definindo a incidência da lei do domicílio das partes, e em casos em que as partes não forem domiciliados no mesmo Estado deverá ser aplicada a lei do domicílio que possuir uma conexão mais estreita com o caso, não prevendo a incidência da residência habitual. No entanto, quando se trata do relacionamento entre pai/mãe e filho – “*parent-child relationship*” – o artigo 68º define que o estabelecimento, a declaração e a recusa dessa relação serão regidos pela lei do Estado em que a criança tiver a sua residência habitual²⁸¹. O mesmo artigo define ainda que caso nenhum dos pais seja domiciliado neste Estado, deverá ser aplicada a lei do Estado da nacionalidade comum dos pais.

Já quanto à adoção, a lei suíça não prevê a incidência da residência habitual, definindo o artigo 77²⁸² que os requisitos para uma adoção decretada na Suíça será o direito suíço. Este artigo também define que sempre que uma adoção não for reconhecida no Estado da nacionalidade ou do domicílio da pessoa adotada ou dos cônjuges que a adotaram, resultando em um grave prejuízo à criança, a autoridade deverá considerar a lei deste Estado.

A lei suíça inseriu o critério da residência habitual no seu direito internacional privado, ainda que esta inserção tenha ocorrido apenas em determinadas disciplinas. A forma como a inserção deste elemento de conexão ocorreu na Suíça demonstra a compatibilidade

²⁷⁹ VISCHER, Frank. *Drafting national legislation on conflict of laws: The Swiss experience*. Law & Contemp. Probs. v. 41. 1977. p. 144.

²⁸⁰ Nas palavras do autor: “Uma pessoa tem seu domicílio no Estado onde o centro de seus interesses pessoais, familiares e profissionais está localizado. Não sendo necessariamente o local de residência. Além do domicílio, a residência habitual é utilizada como fator de conexão. Este termo é entendido como o lugar onde uma pessoa geralmente habita e é usado quando o elemento importante é a relação com terceiros, como nos contratos e tortos ou, em direito familiar, quando uma pessoa - como uma criança dependente menor de idade - ainda não possui um domicílio no sentido acima mencionado”. Tradução livre de: “*Under the draft a person has his domicile in the State where the center of his personal, family, and professional interests is located. That it not necessarily the place of residence. In addition to domicile, habitual residence is used as a connecting factor. This term is understood as the place where a person usually dwells and is used when the important element is the appearance vis-à-vis third persons, as in contracts and torts or, in family-law, when a person – like a dependent child under age – has not yet a domicile in the above-named sense*”. *Ibidem*, p. 144.

²⁸¹ Tradução livre de: “*Article 68. 1 The establishment, declaration and denial of a parent-child relationship are governed by the law of the state of the child’s habitual residence. 2 However, if neither parent is domiciled in the state of the child’s habitual residence and if the parents and the child are nationals of the same state, the law of such state applies*”. SUÍÇA. Federal Act on Private International Law, de 18 de dezembro de 1987. Importante destacar que este tema segue o entendimento das Convenções da Haia, em que a utilização da residência habitual atua como uma proteção à criança, para que esta não seja afastada do local que tem a sua realidade inserida.

²⁸² SUÍÇA. Federal Act on Private International Law, de 18 de dezembro de 1987.

capaz de existir entre a residência habitual e o domicílio através de uma relação calcada na subsidiariedade.

Outro país importante a ser mencionado, tanto pela proximidade geográfica com o Brasil, como pela atualização da sua norma ser recente, é a Argentina. O Código Civil argentino de 2015 possui uma parte destinada ao direito internacional privado²⁸³ e previu no artigo 2.613º as definições de domicílio e de residência habitual. O domicílio foi definido como o Estado que a pessoa reside com a intenção de se estabelecer, enquanto a residência habitual corresponderia ao Estado que a pessoa vive e estabelece vínculos duráveis por um tempo prolongado²⁸⁴. Esta norma proíbe que uma pessoa possua mais de um domicílio simultaneamente, definindo que, não sendo possível determinar o domicílio, será utilizado o local da residência habitual e em sua falta o local da simples residência.

Destaca-se o artigo 2.620º que trata sobre o direito aplicável à declaração de ausência e presunção de falecimento, e que define que esta declaração será regida pela lei do local do último domicílio da pessoa desaparecida, e na falta deste, pela lei do local da sua última residência habitual²⁸⁵, sendo visível a preferência do legislador pelo domicílio, e atuando a residência habitual como critério subsidiário.

²⁸³ ARGENTINA. Ley nº 26.994 de 18 de dezembro de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>> Acesso em: 26 nov. 2017.

²⁸⁴ No texto do artigo: “Artigo 2613º Domicílio e residência habitual da pessoa humana. Para os propósitos do direito internacional privado, a pessoa humana tem: a) seu domicílio, no Estado em que reside com a intenção de estabelecer-se nele; b) sua residência habitual, no Estado onde vive e estabelece vínculos duráveis por um longo período de tempo. A pessoa humana não pode ter vários domicílios ao mesmo tempo. No caso de não ter um domicílio conhecido, considera-se como o local da sua residência habitual ou, na sua falta, da sua residência simples”. Tradução livre de: “*Artículo 2613º Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia*”. ARGENTINA. Ley nº 26.994 de 18 de dezembro de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>> Acesso em: 26 nov. 2017.

²⁸⁵ Evidencia-se que ainda que o novo código apresente o elemento de conexão residência habitual, apresentando o seu conceito e aplicação, a sua incidência ocorre subsidiariamente ao domicílio, apenas quando este não puder ser determinado: “Artigo 2620º Lei aplicável. A declaração de ausência e a presunção de morte são regidas pelo direito do último domicílio conhecido da pessoa desaparecida ou, na sua falta, pelo direito da sua última residência habitual. As outras relações legais dos ausentes ainda são reguladas pela lei que governava anteriormente”. Tradução livre de: “*Artículo 2620º Derecho aplicable. La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente*”. ARGENTINA. Ley nº 26.994 de 18 de dezembro de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>> Acesso em: 26 nov. 2017.

Em matérias que a residência habitual é reconhecidamente utilizada nas Convenções da Haia, o Código Civil argentino manteve a previsão tradicional com a incidência apenas do elemento de conexão domicílio. São os casos do direito aplicável aos alimentos no artigo 2.630°, à filiação no artigo 2.632°, à adoção no artigo 2.636°, às sucessões no artigo 2.644°, e até mesmo do direito aplicável aos contratos de consumo, no artigo 2.655°²⁸⁶. Este pode ser um reflexo da tímida participação da Argentina em Convenções da Haia sobre estas matérias, uma vez que a única Convenção da Haia envolvendo menores que foi incorporada pelo direito argentino foi a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças²⁸⁷.

É evidente, no entanto, que o Código Civil argentino de 2015 reconheceu a residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado, diferenciando conceitualmente do elemento de conexão domicílio, ainda que tenha refletido uma certa cautela na sua adoção. Ainda que o legislador tenha demonstrado expressamente o reconhecimento deste elemento de conexão, ficou distante de uma eventual substituição do elemento de conexão domicílio – a sua previsão, quando observada, era a partir de uma atuação subsidiária.

A atuação do elemento de conexão residência habitual conjuntamente com outros critérios também pode ser observada no Ato de Sucessões – “*Succession Act*”²⁸⁸ da Irlanda, de 1965. Na parte VIII deste Ato, denominada “*conflict of laws relating testamentary dispositions*”, encontram-se os elementos de conexão utilizados para solucionar o conflito de leis existente no direito internacional.

²⁸⁶ Como exemplo do texto legal existente na norma argentina apresenta-se a previsão contida no artigo 2.636° referente ao direito aplicável à adoção: “Artigo 2636° Lei aplicável. Os requisitos e efeitos da adoção são regidos pelo direito do domicílio do adotado no momento em que a adoção é concedida”. Tradução livre de: “*Artículo 2636° Derecho aplicable. Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción*”. ARGENTINA. Ley n° 26.994 de 18 de dezembro de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>> Acesso em: 26 nov. 2017.

²⁸⁷ A Argentina incorporou outras Convenções da Haia que não envolviam normas de direito internacional privado em matérias de família e de crianças. Incorporou a Convenção relativa ao Processo Civil, a Convenção relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros, a Convenção relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro dos Atos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial, a Convenção sobre a Proteção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, a Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação, e a Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/states/hcch-members/details1/?sid=20>> Acesso em: 07 out. 2017.

²⁸⁸ IRLANDA. Succession Act, Part VIII, Conflict of Laws relating to Testamentary Dispositions, 1965. An act to reform the law relating to succession to the property of deceased persons and, in particular, the devolution, administration, testamentary disposition and distribution on intestacy of such property, and to provide for related matters. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1965/act/27/enacted/en/html>> Acesso em: 14 fev. 2017.

No quesito 102º fica definido que o testamento será válido se for elaborado conforme a lei interna (a) do local em que foi feito, ou (b) do local da nacionalidade do testador, ou (c) do local do domicílio do testador, ou (d) do local da residência habitual do testador e ainda quando envolver imóveis (e) do local em que estes estão situados²⁸⁹. Apresenta o reconhecimento da residência habitual como elemento de conexão possível de determinar a lei a ser aplicável à sucessão, ainda que não de forma isolada e sem primazia.

No documento intitulado “*The law reform commission: domicile and habitual residence*”²⁹⁰ encontra-se uma análise requisitada pelo governo irlandês para atualização do direito internacional privado. Segundo este documento, a residência habitual atuaria como uma alternativa à nacionalidade e estaria livre das dificuldades associadas ao domicílio, como a intenção, a origem, a dependência²⁹¹.

A Comissão demonstra, no entanto, preferência à adoção do elemento de conexão domicílio uma vez que este expressaria a intenção subjetiva do indivíduo na determinação do sistema jurídico em que estaria inserido²⁹². Para justificar esta preferência, a Comissão cita o exemplo de um irlandês que viveu durante três anos na Inglaterra e que pretende voltar logo à Irlanda. Caso fosse utilizada a residência habitual como critério para determinar a lei aplicável, se aplicaria a lei da Inglaterra, enquanto que se o domicílio fosse o critério utilizado se aplicaria a lei da Irlanda, o que representaria melhor a intenção subjetiva da parte (que pretende retornar para a Irlanda logo). Este é o exemplo e a fundamentação utilizada pela

²⁸⁹ IRLANDA. Succession Act, Part VIII, Conflict of Laws relating to Testamentary Dispositions, 1965. An act to reform the law relating to succession to the property of deceased persons and, in particular, the devolution, administration, testamentary disposition and distribution on intestacy of such property, and to provide for related matters. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1965/act/27/enacted/en/html>> Acesso em: 14 fev. 2017.

²⁹⁰ IRLANDA. The law reform commission: domicile and habitual residence. 1983. p. 10. Disponível em: <http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

²⁹¹ O documento apresenta o seguinte trecho: “Ele desempenhou um papel importante nas Convenções da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, uma vez que é percebido como uma alternativa à nacionalidade e como livre das dificuldades associadas ao domicílio, como as relativas à intenção, origem, dependência e prolepsis”. Tradução livre de: “*It has played a most important role in the Conventions of the Hague Conference on Private International Law, since it is perceived as providing an alternative to nationality and as being free of the difficulties associated with domicile, such as those in regard to intention, origin, dependency and prolepsis*”. IRLANDA. The law reform commission: domicile and habitual residence. 1983. p. 10. Disponível em: <http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

²⁹² A comissão expressamente afirma: “Pode-se argumentar que o domicílio deve ser preferido uma vez que proporciona todo o peso à intenção subjetiva de indivíduos ao determinar qual sistema legal irá determinar questões importantes de direitos de propriedade”. Tradução livre de: “*It may be argued that domicile should be preferred since it affords full weight to the subjective intention of individuals in determining which legal system is to determine important questions of status and property rights*”. IRLANDA. The law reform commission: domicile and habitual residence. 1983. p. 12. Disponível em: <http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

Comissão a fim de ratificar o seu argumento de que o uso do domicílio seria mais adequado por corresponder à intenção do indivíduo.

O reconhecimento da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado já pode ser considerado frequente²⁹³. A utilização da residência habitual em detrimento da nacionalidade e do domicílio nas Convenções da Haia iniciou com o propósito de proteger efetivamente a criança de jurisdições e de leis que seriam compatíveis com a nacionalidade ou o domicílio dos seus pais, mas distantes da sua realidade cotidiana.

Danielle Bozin-Odhiambo explica esta situação com um exemplo fictício referente ao sequestro internacional de crianças. No exemplo, a mãe possuiria nacionalidade e domicílio no Estado A, o pai no Estado B, e ambos residiriam habitualmente com a criança no Estado C. Questiona-se, em um eventual sequestro do pai que levou a criança para o Estado B, qual seria a solução jurídica para fundamentar a volta da criança ao Estado C.²⁹⁴ Segundo a autora, a solução encontrada na Convenção da Haia foi a definição do local da residência habitual da criança, afirmando que o caráter de permanência da nacionalidade e do domicílio carece de flexibilidade, de modo que não poderia acomodar corretamente uma unidade familiar com pais de diferentes nacionalidades e domicílios²⁹⁵.

Com base neste exemplo, ao utilizar a nacionalidade ou o domicílio como elementos de conexão, não se estaria contemplando o objetivo da Convenção da Haia que seria a restauração da criança para um ambiente de estabilidade²⁹⁶. Este ambiente de estabilidade corresponderia ao local em que a criança está familiarizada, local em que esta tem a sua rotina estabelecida e está acostumada culturalmente.

²⁹³ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaolaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 03.

²⁹⁴ Tradução livre de: “*For example, around the time that the Hague Convention was drafted, in a typical family which experienced international parental child abduction the mother would have been a national of and had domicile in state A, the father in state B, and they would have resided with their child in state C. If a non-custodial father abducted the child to state B, a jurisdiction to which the child had no connection, returning the child to state C, their habitual residence, was perceived to offer a solution. It was the state in which the child had developed their identity and established meaningful connections. If the family relocated to another state, which the child then adopted as their home for the time being, their connection to state C would come to an end because they no longer continued to use it habitually*”. BOZIN-ODHIAMBO, Danielle. *Re-examining habitual residence as the sole connecting factor in Hague Convention child abduction cases*. Family Law Review. Austrália, 2012. p. 05.

²⁹⁵ Em suas palavras: “O caráter de permanência de nacionalidade e domicílio não possui flexibilidade e não pode acomodar uma unidade familiar móvel com pais de diferentes nacionalidades e domicílios”. Tradução livre de: “*The character of permanency of nationality and domicile lacks flexibility, and could not accommodate a mobile family unit with parents of different nationalities and domiciles*”. *Ibidem*, p. 05.

²⁹⁶ A autora conclui que a utilização do domicílio ou da nacionalidade como elemento de conexão não irá representar o local de estabilidade da criança: “Usando os domicílios ou nacionalidades dos pais como fatores de conexão não atenderia o objetivo da convenção de restaurar a criança para um ambiente estável”. Tradução livre de: “*Using the parents’ domiciles or nationalities as connecting factors would not realise the Convention’s objective of restoring the child to an environment representing stability*”. *Ibidem*, p. 05.

O que se observa é que as Convenções de Haia marcaram o início do uso do elemento de conexão da residência habitual, sendo estas responsáveis pela sua inserção no cenário internacional em uma época que ocorria o auge da dicotomia²⁹⁷ existente entre a nacionalidade e o domicílio. Esta “tendência à superação do critério da nacionalidade, assim como em certa medida também do domicílio, em favor do critério da residência habitual do indivíduo apresenta-se como reflexo de um mundo submetido a um inevitável processo de globalização”²⁹⁸.

A ampla incidência da residência habitual em Convenções Internacionais, e ainda a sua previsão em legislações internas de direito internacional privado, resulta em uma atuação que tenta suavizar a dicotomia clássica existente entre o elemento de conexão nacionalidade e o elemento de conexão domicílio. A preferência pela residência habitual aproxima pesquisadores que antes ocupavam extremos – nacionalidade ou domicílio – e amplia o debate existente no conflito de leis, a fim de que o elemento de conexão seja capaz de acompanhar as transformações sociais, englobando negócios jurídicos internacionais formados em um ambiente globalizado.

O ápice da utilização do elemento de conexão residência habitual ocorreu com a marginalização²⁹⁹ do elemento de conexão da nacionalidade a partir da comunitarização³⁰⁰ do direito internacional privado da União Europeia³⁰¹. A nacionalidade passou a ter um caráter subsidiário, por ser considerada contrária aos fundamentos integracionistas do bloco. Por essa razão, é imperiosa a análise dos regulamentos de direito internacional privado da União Europeia que utilizaram o elemento de conexão residência habitual, bem como a análise de decisões já proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que solucionaram controvérsias práticas envolvendo este novo critério de conexão.

²⁹⁷ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. et al. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 509.

²⁹⁸ MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015, p. 15.

²⁹⁹ Ver mais em: MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 13-30.

³⁰⁰ Ver mais em: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71-72.

³⁰¹ Os Estados-membros, em sua maioria, utilizavam a nacionalidade como critério determinador da lei aplicável, chegando a influenciar, por um longo período de tempo, legislações de diferentes países – como exemplo, a legislação brasileira, que até 1942 adotava o elemento de conexão da nacionalidade. DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 50.

1.2.2. A residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado da União Europeia

A União Europeia³⁰², desde 1997, possui a competência para legislar sobre direito internacional privado a fim de unificar, entre os seus Estados-membros, as normas no conflito de leis³⁰³. Após a aquisição desta competência, a preferência pelo elemento de conexão nacionalidade não coadunaria com as premissas da integração regional – como exemplo, a previsão do artigo 18º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que proíbe a discriminação em razão da nacionalidade³⁰⁴.

Após a análise inicial dos regulamentos de direito internacional privado que preveem a residência habitual como elemento de conexão, serão apresentadas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que utilizaram estas previsões e se propuseram a solucionar questões práticas que este elemento de conexão enfrenta.

A grande inovação no direito internacional privado da União Europeia ocorreu quando a competência para legislar a matéria foi retirada dos Estados-membros e foi transferida ao legislador unional, fenômeno chamado de comunitarização³⁰⁵ do direito internacional privado e que ocorreu com o advento do Tratado de Amsterdã – responsável por

³⁰² Conforme Rogério Dourado Furtado, “a União Europeia está cumprindo a sua função com êxito, pois até hoje tem demonstrado atingir os seus objetivos do mercado comum com enorme sucesso: a livre circulação de bens, serviços, capital e pessoas”. Conforme o autor, “os Estados que ingressaram na União Europeia não renunciaram à sua soberania nem mesmo a parcelas dela em favor do todo”, passando simplesmente “a atuar de modo conjunto em determinadas áreas, sobretudo no campo da economia, de maneira a conferir maior eficácia às respectivas ações”. Esta integração avançada, com caráter supranacional, justifica-se pelo fato de que “os Estados não têm mais condições, na era da globalização, de lidar eficazmente com as consequências de fenômenos que ocorrem além de suas fronteiras”. [...] “O que difere a União Europeia de outros blocos é o seu poder de compartilhamento da soberania, em que os Estados Membros delegam parcelas de suas competências estatais internas para órgãos supranacionais, ou seja, instituições que estão aptas a exercerem os interesses de todos os seus integrantes”. FURTADO, Rogério Dourado. A necessidade de uma soberania compartilhada para a constituição de mercados de bloco. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 317-318.

³⁰³ MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. p. 1074.

³⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³⁰⁵ Conforme Aline Beltrame de Moura: “Nacionalidade, domicílio e residência habitual são três das opções de políticas legislativas geralmente utilizadas pelos sistemas internacional-privatistas estatais a fim de individuar a lei aplicável ao estatuto pessoal do sujeito. Conforme será analisado, no âmbito europeu, a questão tem adquirido maior relevância nos últimos anos em razão da intensificação do processo de comunitarização do Direito Internacional Privado”. MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. p. 1074.

conceder à União Europeia a competência para legislar a matéria³⁰⁶. Esta, aliada ao desenvolvimento de institutos e princípios presentes nos tratados unionais, tais como a cidadania da União e a não discriminação em razão da nacionalidade, proporcionou uma gradual flexibilização de conceitos fundamentais da doutrina clássica de direito internacional privado³⁰⁷.

Desde então, a União Europeia tem legislado o direito internacional privado por meio de regulamentos, em que se observa a significativa incidência do elemento de conexão residência habitual, afastando a nacionalidade que passou a ter um caráter de subsidiariedade por estar em desacordo com os fundamentos da integração regional vivenciada pelo bloco³⁰⁸. Conforme Florisbal de Souza Del’Olmo e Augusto Jaeger Junior, “a europeização tem apresentado ao longo dos anos algumas soluções inovadoras, especialmente relativas à autonomia da vontade, à supressão do *exequatur*, à residência habitual, ao caráter universal da lei aplicável e à unidade da sucessão”³⁰⁹.

Deve-se ressaltar que até a comunitarização do direito internacional privado, esta matéria era legislada pelos próprios países no âmbito interno, sendo a nacionalidade o elemento de conexão adotado pela maioria dos Estados-membros. Na Itália, por exemplo, a legislação nacional, Lei nº 218 de 1995³¹⁰, determinava que o estado civil e a capacidade da pessoa seriam regidos pela lei da sua nacionalidade. No direito alemão, a Lei de Introdução ao

³⁰⁶ Conforme Erik Jayme, “o desenvolvimento do direito internacional privado tem conduzido, portanto, a problemas de coordenação de fontes. Quanto aos sistemas nacionais, as convenções assumem uma função narrativa. Transformam o direito nacional. Em relação às fontes globais surgem novos conflitos que ainda não foram resolvidos. Quanto aos conflitos entre as fontes europeias entre si, o direito internacional privado atual está chegando a um diálogo permanente entre as fontes que caracteriza a fase pós-moderna da nossa matéria”. JAYME, Erik. Direito internacional privado e integração: as convenções europeias. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 116. André de Carvalho Ramos prevê o pluralismo de fontes existente atualmente como uma questão a ser enfrentadas pelo direito internacional privado: “Hoje, é corriqueiro mencionar que o DIPr brasileiro conta com fontes nacionais e internacionais, o que exige do intérprete a busca do ‘diálogo das fontes’, de modo a compreender os fenômenos de harmonia e dissenso entre elas”. RAMOS, André de Carvalho. Nota introdutória: o direito internacional privado e seus desafios. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 03.

³⁰⁷ Conforme mencionam Florisbal de Souza Del’Olmo e Augusto Jaeger Junior: “Na União Europeia, o direito internacional privado está sendo progressivamente submetido a um processo de europeização, cujo resultado final é a não aplicação das legislações autônomas internas dos Estados-membros da União Europeia em determinadas matérias e frente a determinados Estados”. DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 330.

³⁰⁸ DUTTA, Anatol. Der gewöhnliche Aufenthalt – Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. IPRax. Heft 02, 2017. p. 139-145.

³⁰⁹ DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 330.

³¹⁰ ITÁLIA, Lei nº 218, 31 de maio de 1995. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Disponível em: <http://www.trentininelmondo.it/cittadinanza/documenti/L_31_5_1995_218.pdf> Acesso em: 15 mar. 2017.

Código Civil – EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichem Gesetzbuche*) disciplina o direito internacional privado e determina que, para o estatuto pessoal, a lei aplicável deveria ser a lei da nacionalidade da pessoa³¹¹.

A Espanha também prevê as normas de direito internacional privado em seu Código Civil, definindo em seu artigo 9º que a capacidade e o estado civil seriam regidos pela lei da nacionalidade da pessoa e que em relação aos cidadãos com nacionalidade indeterminada seria aplicável a legislação da sua residência habitual. Na França, a legislação de direito internacional privado é dispersa entre os seus códigos, mas se percebe que o elemento de conexão predominante é o da nacionalidade. Para determinar, por exemplo, a capacidade para casar, a lei aplicável é a da nacionalidade da pessoa, com base no artigo 3º do Código Civil Francês³¹².

Já na Áustria há um Código destinado ao direito internacional privado, denominado *IPR-Gesetz*, de 15 de junho de 1978³¹³. De acordo com este Código, o estatuto pessoal de um indivíduo é regido por sua lei pessoal que corresponde à lei do Estado da nacionalidade da pessoa. Parece curioso ressaltar que o artigo 9º do *IPR-Gesetz* define que a lei pessoal dos refugiados e dos apátridas será a lei do Estado onde estes habitualmente residam³¹⁴. Esta previsão evita que o Tribunal austríaco aplique a lei de outro Estado àqueles que transitam em seu território nacional como refugiados ou como apátridas.

Na Polônia, o direito internacional privado é regulado por uma Lei de 12 de novembro de 1965, que definia, no artigo 9º, que “a capacidade jurídica de uma pessoa singular para celebrar negócios jurídicos depende do seu direito nacional”³¹⁵. O artigo 10º dessa lei determinava que se um cidadão estrangeiro que não possuísse capacidade de acordo com a sua lei nacional, celebrasse um acordo que produzisse efeitos na Polônia, a sua capacidade seria regida pela lei polonesa a fim de proteger aqueles que agiram de boa-fé.

Nos Países Baixos, o artigo 6º da Lei das Disposições Gerais da Legislação do Reino (*Wet houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk*)³¹⁶ determina que o Estado das pessoas é, em princípio, regulado pela sua lei nacional, o que é aplicado também

³¹¹ ALEMANHA, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichem Gesetzbuche* (EGBGB – Lei de Introdução ao Código Civil), de 21 de setembro de 1994. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html>> Acesso em: 15 mar. 2017.

³¹² Para ver mais: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm>

³¹³ ÁUSTRIA. *Internationale Privatrecht Gesetz – IPR-Gesetz – Código de Direito Internacional Privado*, de 15 de junho de 1978. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ POLÔNIA, lei de 12 de novembro de 1965. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

³¹⁶ PAÍSES BAIXOS, *Wet houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

aos estrangeiros. Em Portugal, a lei pessoal iria reger o estatuto pessoal, sendo esta a lei da nacionalidade da pessoa, conforme previsão contida no Código Civil português, determinando ainda que sendo o cidadão apátrida corresponderia à lei de sua residência habitual se for maior de idade, ou à lei de seu domicílio legal se for menor de idade³¹⁷. Quanto à legislação da Suécia, novamente é possível observar o elemento de conexão nacionalidade para a regência do estatuto pessoal, ainda que o país já afirme não ser mais possível a consideração de um elemento de conexão rígido no mundo moderno³¹⁸.

Na Bélgica, o Código IRP define que para reger a capacidade será considerada a lei da nacionalidade da pessoa³¹⁹. Com relação à Bulgária, é possível encontrar no código de direito internacional privado do país a previsão de que a capacidade jurídica de uma pessoa estará sujeita ao seu direito nativo, à sua nacionalidade. Este código afirma ainda que quando a pessoa possuir a sua residência habitual no território nacional, o tribunal búlgaro poderá utilizar a lei búlgara³²⁰.

Diante de um cenário como este, com países que tradicionalmente aderiram à nacionalidade e à teoria de Mancini, a primazia da residência habitual no direito internacional privado unional representa uma modificação significativa. Com o advento dos regulamentos de direito internacional privado da União Europeia ficou evidente o afastamento ao elemento de conexão nacionalidade, por se entender que este seria contrário aos princípios de integração. A pessoa deve possuir a liberdade de circulação entre os Estados-membros da União Europeia sem ser nestes Estados discriminada com base na sua nacionalidade, o que aconteceria caso este elemento de conexão fosse mantido com primazia³²¹.

³¹⁷ PORTUGAL, Código Civil. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

³¹⁸ SUÉCIA. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

³¹⁹ Tradução livre de: “*Het toepasselijke recht inzake geschillen in verband met staat en bekwaamheid is, behalve wanneer het Wetboek IPR een afwijkende regel bevat, het recht van de Staat waarvan die persoon de nationaliteit heeft (nationale wet)*”. BÉLGICA, Código IPR de Direito Internacional Privado, de 27 de julho de 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

³²⁰ Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

³²¹ Conforme Anatol Dutta, resta evidente a posição do legislador europeu em considerar os interesses de integração e a estabilidade da pessoa nas soluções do conflito de leis. Isto porque esta é uma preocupação intrínseca à integração regional – já avançada – existente na União Europeia, que possui como uma de suas premissas basilares a não discriminação em razão da nacionalidade, prevista no artigo 18 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. De acordo com Anatol Dutta promove-se no conflito de leis uma igualdade de tratamento entre as pessoas que residem em um país do bloco sem levar em conta a nacionalidade destas. DUTTA, Anatol. Der gewöhnliche Aufenthalt – Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. IPRax*. Heft 02, 2017. p. 139-145.

Assim, no âmbito unional³²², a utilização da nacionalidade enquanto critério determinador da lei aplicável não coadunaria com os fundamentos da integração regional³²³, de modo que causaria, eventualmente, discriminações entre cidadãos que circulassem entre os países.

Inicialmente, observa-se o Regulamento nº 593/2008 que trata sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, conhecido como Roma I, de grande importância no direito internacional privado da União Europeia e que inicia determinando o seu âmbito de aplicação material no artigo 1º, definindo que o mesmo “é aplicável às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis”³²⁴.

O primeiro artigo destinado a delimitar a lei a ser aplicável às obrigações contratuais é o artigo 3º³²⁵, utilizando-se da liberdade de escolha, *lex voluntatis*, e definindo que a lei escolhida pelas partes irá reger o contrato³²⁶. É possível afirmar que “a autonomia da vontade na determinação da lei aplicável aos contratos obrigacionais constitui hoje em dia um princípio do direito internacional privado comum à esmagadora maioria dos sistemas

³²² É possível observar no âmbito da União Europeia, uma soberania compartilhada entre os Estados-membros, a partir da supranacionalidade que rege o bloco. Rogério Dourado Furtado afirma que “alguns mercados comuns evoluíram, transformando-se em grandes blocos econômicos regionais e como já dito, é a União Europeia o exemplo de maior integração de Estados com objetivos em comum. Na União Europeia as normas comunitárias tomam a frente das normas internas, os Estados são iguais no que tange aos seus direitos e deveres, mas todos têm que ceder quando se trata de algo acima de seus interesses estatais: a soberania prevalece em razão de um objetivo maior, a soberania compartilhada”. FURTADO, Rogério Dourado. A necessidade de uma soberania compartilhada para a constituição de mercados de bloco. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 315-318.

³²³ Conforme Jorge Stahlí: “*Integración y globalización son dos elementos centrales del escenario en que los derechos privados nacionales se desenvuelven actualmente. Quizá valga en esta instancia afirmar que la imagen de un derecho privado nacional ‘immune’ a los cambios externos siempre fue una ficción. [...] El derecho privado aparece entonces atravesado por esas fuerzas y la profundidad del alcance no sólo es identificable ‘a través’ de las fronteras, sino principalmente hacia su interior. Los cambios más trascendentes afectan la vida cotidiana*”. STAHLI, Jorge. *Integración y globalización: relaciones peligrosas*. In: ALTERINI, Atilio; NICOLAU, Noemi (Directores). *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización: homenaje al profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 229.

³²⁴ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³²⁵ Redação do artigo 3º: “O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato”. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³²⁶ Augusto Jaeger Junior afirma que este artigo 3º “impõe a primazia do princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável e a reconhece como elemento de conexão essencial da contratação internacional”, de forma que as partes podem livremente escolher qual será a lei aplicada ao contrato que negociarem. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 294.

autônomos internos”³²⁷. Quando não houver esta escolha, no entanto, o artigo 4º prevê a lei que deverá ser aplicável, estabelecendo em seus pontos o elemento de conexão para diversos contratos, como o de compra e venda, o de prestação de serviços, o contrato sobre um bem imóvel, o contrato de franquia, entre outros. O elemento de conexão que se destaca neste dispositivo é o da residência habitual³²⁸.

Outro importante dispositivo aparece no artigo 4º, ponto 4, definindo que não podendo ser determinada a lei a ser aplicável, o contrato será “regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita”³²⁹. Esta previsão está intimamente ligada ao princípio da proximidade³³⁰ que pode ser amplamente observado nos regulamentos de direito internacional privado da União Europeia. A argumentação que defende a utilização deste princípio como critério determinador da lei aplicável se confunde, por vezes, com a defesa utilizada para a aplicação da residência habitual, isto porque a utilização da residência habitual possuiria como objetivo a aplicação da lei mais próxima à realidade da pessoa – a proximidade, no entanto, é abstrata e permitiria a aplicação de outros critérios, como a nacionalidade e o domicílio, caso estes fossem mais próximos.

O restante do regulamento destina-se a áreas específicas que exigem uma maior atenção do legislador, como os contratos de transporte, de consumo, de seguro, e de trabalho³³¹. O importante a se destacar é que nestas partes se encontram as limitações à

³²⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 294.

³²⁸ O artigo 4º define que a residência habitual do vendedor será utilizada no contrato de compra e venda, que a residência habitual do prestados de serviços será utilizada no contrato de prestação de serviços, que a residência habitual do franqueado será utilizada para determinar a lei a ser aplicável no contrato de franquia, bem como a residência habitual do distribuidor no contrato de distribuição. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³²⁹ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³³⁰ Gabriel Valente dos Reis afirma que “o princípio da proximidade determina que o país ou sistema jurídico mais próximo ao fato deve regê-lo”, tratando-se de “um princípio-regra que remete à aplicação de um teste (teste da conexão mais próxima e verdadeira) para que se descubra, concretamente, qual é a lei mais próxima ao fato; e que, conseqüentemente, deverá ser aplicada”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 298.

³³¹ Nos contratos de transporte e de seguros se observa uma preponderância da residência habitual como elemento de conexão a regulamentar a escolha da lei aplicável. O mesmo ocorre nos contratos celebrados por consumidores e por trabalhadores, acrescentando ainda para estes a limitação à liberdade de escolha pelas partes, uma vez que esta não pode ser prejudicial ao consumidor ou ao trabalhador. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>> Acesso em: 26 nov. 2017.

liberdade contratual em situações em que as partes não possuem igualdade contratual, como no caso dos consumidores e dos trabalhadores.

Um segundo regulamento a ser destacado é o de nº 864/2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais, conhecido como Roma II. O artigo 4º deste regulamento é o responsável por definir a lei que será aplicável a estas obrigações³³².

No primeiro ponto, o legislador utiliza como elemento de conexão o local onde tenha ocorrido o dano, trazendo logo em seguida a hipótese em que deverá ser utilizada a residência habitual. Sempre que o lesado e a pessoa responsável pelo dano possuírem residência habitual no mesmo país no momento em que o dano ocorreu, a lei desse país deverá ser aplicada. O terceiro ponto destaca a utilização da lei do país que possuir uma “relação mais estreita com o caso”³³³. Este último é visto como consequência do princípio da proximidade diante de uma tentativa de aplicar a lei que possuir uma relação mais próxima com a situação para que beneficie as partes envolvidas a partir da ponderação fática.

Outro Regulamento a se destacar é o de nº 4 adotado em 2009, “relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares”³³⁴. Este define no artigo 15º que “a lei aplicável às obrigações alimentares é determinada de acordo com o Protocolo da Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares”³³⁵, de forma que para se observar o elemento de conexão a ser utilizado se submete ao Protocolo da Haia mencionado³³⁶.

O artigo 3º do referido protocolo prevê como regra geral a utilização da residência habitual do credor como elemento de conexão nas obrigações alimentares, por se demonstrar este como o mais coerente aos objetivos do credor. A nacionalidade não é totalmente excluída

³³² UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32007R0864>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³³³ Pode-se observar novamente a utilização do princípio da proximidade. É importante destacar que este possui estreita relação com a utilização da residência habitual, afastando o princípio da nacionalidade, como será observado no segundo ponto deste trabalho. Ver mais em: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

³³⁴ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32009R0004>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³³⁵ CONFERÊNCIA da Haia de Direito Internacional Privado. Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Alimentos, de 23 de novembro de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=133>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³³⁶ Em matéria de cobrança internacional de alimentos, este regulamento, da mesma forma, incorporou a Convenção da Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família, de 23 de novembro de 2007, na qual o protocolo mencionado é anexo. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=131>> Acesso em: 26 nov. 2017.

do referido protocolo, uma vez que o artigo 4º, § 4, prevê a sua incidência quando a nacionalidade do credor e do devedor for comum e o credor não tiver obtido êxito no recebimento dos alimentos pelos critérios estabelecidos prioritariamente³³⁷. Destaca-se que a utilização da nacionalidade deve ser a última opção, o último recurso utilizado a fim de garantir o interesse do credor apenas reforçando a segurança e a previsibilidade jurídica para este.

Outro regulamento importante a ser analisado é o de nº 1259/2010 que cria “uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial”³³⁸, conhecido como Roma III. Importante ressaltar que este regulamento utilizou o modelo de “cooperação reforçada”³³⁹. Este regulamento inova ao apresentar como elemento de conexão a liberdade de escolha da lei aplicável pelas partes no direito de família³⁴⁰. O artigo 5º determina que as partes possam escolher a lei a ser aplicável ao seu divórcio e a sua separação judicial desde que se trate de uma das alternativas ali elencadas³⁴¹.

Como não poderia ser diferente, o artigo 8º apresenta a lei aplicável na ausência de escolha pelas partes. O elemento de conexão utilizado como primeira opção, presente no quesito “a” do artigo 8º, é a residência habitual dos cônjuges na data em que for instaurado o processo de divórcio. Na falta deste elemento de conexão, a segunda opção se encontra presente no quesito “b” do artigo 8º, como sendo o local de última residência habitual dos

³³⁷ CONFERÊNCIA da Haia de Direito Internacional Privado. Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Alimentos, de 23 de novembro de 2007. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=133>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³³⁸ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> Acesso em: 26 nov. 2017.

³³⁹ Augusto Jaeger Junior afirma que “esse mecanismo é concebido como uma última opção quando o Conselho tenha estabelecido que os objetivos de uma pensada cooperação não possam ser atingidos dentro de um razoável período de tempo pela União Europeia em seu conjunto”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 418.

³⁴⁰ A autonomia privada é utilizada como elemento de conexão nas obrigações contratuais, sendo a sua previsão no direito de família uma inovação dos regulamentos da União Europeia. Aline Beltrame de Moura afirma que “este regulamento, inspirado no princípio do *favor divortii*, procura responder as necessidades dos cidadãos em termos de segurança jurídica, previsibilidade e flexibilidade, de tutela do cônjuge mais vulnerável na ação de divórcio e de prevenção do *forum shopping*”. MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 20.

³⁴¹ O artigo 5º assim dispõe: “1. Os cônjuges podem acordar em designar a lei aplicável ao divórcio e à separação judicial desde que se trate de uma das seguintes leis: a) a lei do Estado da residência habitual dos cônjuges no momento da celebração do acordo de escolha de lei; ou b) a lei do Estado da última residência habitual dos cônjuges, desde que um deles ainda aí resida no momento da celebração do acordo; ou c) a lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges à data da celebração do acordo; ou d) a lei do foro”. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> Acesso em: 26 nov. 2017.

cônjuges desde que tenham residido lá dentro do último ano e um destes ainda resida no momento de instauração do processo. O quesito “c” destina-se ao elemento de conexão subsidiário ao anterior e prevê a aplicação da lei da nacionalidade de ambos os cônjuges no momento da instauração do processo, momento em que na sua falta, o quesito “d” determina a aplicação da lei do foro³⁴².

Uma característica peculiar é observada na inserção da autonomia da vontade das partes em áreas que tradicionalmente não a aceitavam. De acordo com Erik Jayme, observa-se ainda a utilização da autonomia da vontade na área de família e sucessões na União Europeia como uma forma de conciliar o elemento de conexão da residência habitual com o elemento de conexão da nacionalidade³⁴³.

Como afirma ainda Nadia de Araújo, “o que se nota nessas iniciativas é que a autonomia da vontade na área do direito de família é dirigida às questões patrimoniais e representa sempre uma escolha entre leis que seriam aplicáveis pelo critério da nacionalidade ou pelo critério do domicílio ou residência habitual”³⁴⁴. Renata Steiner ratifica que “se a concepção de autonomia privada na escolha da lei aplicável visa delegar às partes a escolha da ordem jurídica que melhor se adegue aos seus interesses, parece natural supor que ela também haveria de ser tutelada no âmbito mais privado do indivíduo, ou seja, sua família”³⁴⁵.

Um regulamento mais recente, e com grande importância no presente estudo, é o de nº 650 de 2012, “relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de

³⁴² O artigo 8º é fundamental, sendo este aplicado na falta de escolha pelas partes. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> Acesso em: 26 nov. 2017.

³⁴³ Erik Jayme assim determina: “Um meio de conciliar o princípio da nacionalidade e o princípio da residência habitual é permitir a autonomia da parte. Se introduzir a residência habitual do falecido no momento da sua morte como o fator de conexão geral para a sucessão, permitindo a possibilidade de o testador escolher a sua legislação nacional, pode ser apreciada como um tributo equilibrado ao fator de conexão concorrente da nacionalidade”. Tradução livre de: “*One means of reconciling the principle of nationality and the principle of habitual residence is to allow party autonomy. If introducing the habitual residence of the deceased at the time of his death as the general connecting factor for succession, nevertheless allowing the possibility for the testator to choose his or her national law can be appreciated as a balanced tribute to the competing connecting factor of nationality*”. JAYME, Erik. Party Autonomy in International Family and Succession Law: new tendencies. *Yearbook of Private International Law*. Germany: European law publishers & Swiss Institute of Comparative Law, 2009, p. 03.

³⁴⁴ ARAUJO, Nádia de. A autonomia da vontade no direito brasileiro e sua expansão para o direito de família internacional: as novidades na área de cobrança de alimentos internacionais. In: Stefans Grundmann; Gilmar Mendes; Claudia Lima Marques; Christian Baldus; Manuel Malheiros. (Org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 436.

³⁴⁵ STEINER, Renata T. Autonomia (privada) no direito internacional das famílias. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intellecto Editora, 2016. p. 48.

um Certificado Sucessório Europeu”³⁴⁶. O artigo 21º deste regulamento estabelece que a lei a ser aplicável ao conjunto da sucessão deve ser “a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito”, ressaltando ainda no mesmo dispositivo que pode ser utilizada a lei de outro Estado desde que o falecido no momento do óbito possuísse uma relação mais estreita com este³⁴⁷.

Gabriel Valente dos Reis afirma que “os Estados europeus continentais, possuidores de grande tradição no Direito Internacional Privado e que tradicionalmente adotavam o critério da nacionalidade, trocaram-no recentemente pela regra da residência habitual”, o que indicaria “uma tendência da comunidade internacional contemporânea no sentido do abandono da nacionalidade”³⁴⁸. A nacionalidade não foi totalmente afastada em matéria sucessória, sendo permitido a sua incidência a partir da *professio juris* do de cuius, uma vez que este é “a pessoa mais indicada para decidir qual das leis, dentre as da nacionalidade, do domicílio e da residência habitual, é efetivamente aquela que se encontra mais próxima, mais conectada, à sua realidade específica”³⁴⁹.

Já em 2016 houve a aprovação do Regulamento nº 1103 em 24 de junho que implementou “a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais”³⁵⁰. Seguindo raciocínio próximo aos demais regulamentos, este trouxe no artigo 22º a previsão da autonomia da vontade como critério determinador da lei aplicável, definindo que a escolha deveria ocorrer entre a lei do Estado de residência habitual dos cônjuges ou de um deles no momento de celebração do acordo ou pela lei do Estado de nacionalidade de qualquer um dos cônjuges quando concluído o acordo³⁵¹.

³⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ Ressalta-se, no entanto, que o Regulamento nº 650 não abandonou o critério da nacionalidade, permitindo a sua utilização a partir da vontade do *de cuius* (*professio juris*). VALENTE DOS REIS, Gabriel. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 317.

³⁴⁹ A própria liberdade do *de cuius* em alterar no “plano fático seu domicílio ou residência habitual” já concede um certo grau de liberdade que “é inerente aos sistemas que adotam tais elementos de conexão”. *Ibidem*, p. 319-320.

³⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³⁵¹ O texto do artigo 22º assim refere: “Escolha da lei aplicável 1. Os cônjuges ou futuros cônjuges podem acordar em designar ou alterar a lei aplicável ao regime matrimonial, desde que essa lei seja uma das seguintes:

Da mesma forma como os demais regulamentos, o artigo 26º determina o critério que irá definir a lei aplicável no caso de falta de escolha pelas partes. Este define, assim, que na ausência de escolha pelas partes a lei aplicável será a lei da primeira residência habitual comum dos cônjuges após a celebração do casamento. Na falta desta, será utilizada a lei da nacionalidade comum dos cônjuges no momento de celebração do casamento. Prevendo ainda a falta deste último critério, em que será utilizada a lei do Estado com o qual os cônjuges possuam uma relação mais estreita no momento de celebração do casamento³⁵².

Outro regulamento aprovado em 2016 foi o de nº 1104, que implementou “a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas”³⁵³. De modo semelhante ao regulamento destinado aos regimes matrimoniais, o artigo 20º prevê a autonomia da vontade como elemento de conexão, delimitando que “os parceiros ou futuros parceiros podem acordar em designar ou alterar a lei aplicável aos efeitos patrimoniais da sua parceria registrada, desde que essa lei atribua efeitos patrimoniais ao instituto da parceria registrada”³⁵⁴, sempre que esta escolha recaia na lei de residência habitual dos parceiros ou de um deles, ou na lei da nacionalidade de qualquer um dos parceiros, ou ainda use a lei do Estado em que a parceria foi estabelecida.

Diante da falta de um Regulamento destinado à parte geral do direito internacional privado, o Parlamento Europeu emitiu uma Resolução em 7 de setembro de 2010³⁵⁵, referindo-se à competência judiciária e ao reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial, afirmando que o objetivo futuro seria a existência de uma “codificação exaustiva do direito internacional privado”. Esta codificação unificaria e harmonizaria as

a) A lei do Estado da residência habitual dos cônjuges ou futuros cônjuges, ou de um deles, no momento em que for concluído o acordo, ou b) A lei de um Estado da nacionalidade de qualquer dos cônjuges ou futuros cônjuges no momento da conclusão do acordo”. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ Este regulamento também se manteve como uma cooperação reforçada, de modo que a participação dos Estados depende da aceitação destes. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1104/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1104/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA. Resolução nº 2140/2009 do Parlamento Europeu, de 7 de setembro de 2010, sobre a aplicação e revisão do Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (2009/2140(INI)).

terminologias utilizadas nas diferentes matérias bem como as definições e os requisitos de regras que fossem similares conforme expressamente previsto no título “concepção geral do direito internacional privado”³⁵⁶. Esta codificação exaustiva é denominada de Regulamento Roma Zero, pois sendo um regulamento destinado à parte geral do direito internacional privado seria anterior aos regulamentos de parte especial que se denominam Roma I, Roma II e Roma III, como visto acima.

A uniformidade da aplicação da residência habitual enquanto elemento de conexão corresponde a um dos objetivos do legislador europeu desde o momento em que este escolheu a sua previsão nos regulamentos de direito internacional privado. Esta tendência de substituição da nacionalidade e do domicílio pela residência habitual é um reflexo direto do mundo moderno³⁵⁷.

Uma proposta de regulamento contendo a parte geral do direito internacional privado da União Europeia foi elaborada por Paul Lagarde e denominada “*Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé*”³⁵⁸. É importante salientar que nesta proposta o autor, ao buscar uma definição para os termos utilizados, previu o critério da residência habitual e o deixou como uma “questão para debate”³⁵⁹. Outro momento em que a expressão “residência habitual” aparece na proposta elaborada por Paul Lagarde refere-se à competência judicial, definindo que quando o requerido com residência habitual em um Estado diferente do Estado-membro que foi interposto o recurso não aparecer, o tribunal

³⁵⁶ A resolução do parlamento europeu apresenta no ponto 1 do ponto “concepção geral do direito internacional privado” a seguinte redação: “Encoraja a Comissão a rever a inter-relação entre os diferentes regulamentos que tratam da competência, da execução e da lei aplicável; considera que o objetivo geral deve ser um quadro jurídico solidamente estruturado e facilmente acessível; considera que, para este efeito, a terminologia utilizada em todas as matérias e todas as definições e requisitos de regras similares em todas as matérias devem ser unificados e harmonizados (por exemplo, litispendência, cláusulas de competência, etc.), podendo o objetivo final ser uma codificação exaustiva do direito internacional privado;”. UNIÃO EUROPEIA. Resolução n.º 2140/2009 do Parlamento Europeu, de 7 de setembro de 2010, sobre a aplicação e revisão do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (2009/2140(INI)).

³⁵⁷ MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 15.

³⁵⁸ Esta proposta pode ser encontrada em um relatório elaborado por Jürgen Basedow. BASEDOW, Jürgen. *Berichte: Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts? Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. Mohr Siebeck: 2011. p. 671-676.

³⁵⁹ No artigo 113º da proposta de Paul Lagarde, este define termos como “competência”, “decisão”, “Estado-membro”. Na definição de residência habitual o autor apenas a define como uma questão para debate: “*Art. 113. – Aux fins du présent code, on entend par: [...] – résidence habituelle: question à débattre*”. BASEDOW, Jürgen. *Berichte: Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts? Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. Mohr Siebeck: 2011. p. 671-676.

competente é obrigado a suspender a instância³⁶⁰. Não trata especificamente sobre lei aplicável ou conflito de leis em si.

Por se tratar de um elemento de conexão com grande subjetividade e que não possui um conceito rigorosamente definido, a análise de decisões que o utilizaram se faz fundamental para a sua plena compreensão. É possível encontrar decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que utilizaram a residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado, buscando definir os critérios para a determinação do local da residência habitual, a consagração da sua definição e o estabelecimento de que não é permitido a uma pessoa possuir mais de uma residência habitual simultaneamente.

Neste sentido, observa-se o caso C-528/14 de 27 de abril de 2016³⁶¹, em que um cidadão pediu que lhe fosse concedida autorização para importar os seus bens pessoais do Catar para a União, especificamente aos Países Baixos, sob o regime de franquias de direitos de importação com base no Regulamento nº 1186/2009 que trata sobre este tema. Neste Regulamento, o artigo 3º, suscitado pela parte, afirma que “são admitidos com franquias de direitos de importação os bens pessoais importados por pessoas singulares que transfiram a sua residência habitual para o território aduaneiro da Comunidade”³⁶².

Conforme breve relatório contido no caso, afixou-se que o cidadão residiu e trabalhou nos Países Baixos até 1º de março de 2008 quando passou a trabalhar no Catar, onde permaneceu até o dia 1º de agosto de 2011, tendo a moradia fornecida pelo empregador. Neste período, a sua esposa continuou trabalhando e residindo nos Países Baixos, tendo sido constatado que o cidadão a visitou por 281 dias durante o período em que trabalhou no Catar. Por este motivo, o pedido do cidadão foi indeferido pelo inspetor tributário que entendeu que a residência habitual deste se manteve nos Países Baixos durante a sua permanência no Catar de forma que não haveria transferência de residência habitual para o enquadramento do artigo 3º do referido regulamento.

Com o recurso da parte e diante da complexidade do litígio, o Supremo Tribunal dos Países Baixos decidiu suspender a instância, submetendo duas questões prejudiciais ao

³⁶⁰ Assim o artigo 124 desta proposta é assim redigido: “Art. 124. – Lorsque le défendeur qui a sa résidence habituelle dans un État autre que l’État membre où l’action a été intentée ne comparait pas, la juridiction compétente est tenue de surseoir à statuer aussi longtemps qu’il n’est pas établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l’acte introductif d’instance ou un acte équivalent en temps utile afin de pourvoir à sa défense ou que toute diligence a été faite à cette fin”. BASEDOW, Jürgen. *Berichte: Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts? Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. Mohr Siebeck: 2011. p. 671-676.

³⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. C-528/14. 27 de abril de 2016. ECLI:EU:C:2016:304.

³⁶² UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 1186/2009 do Conselho, de 16 de novembro de 2009, relativo ao estabelecimento do regime comunitário das franquias aduaneiras. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713985764&uri=CELEX:32009R1186>> Acesso em: 26 nov. 2017.

Tribunal de Justiça da União Europeia. A primeira questão se referia à possibilidade de uma pessoa possuir uma residência habitual em um Estado-membro e simultaneamente em um país terceiro de modo que, caso esta resposta fosse afirmativa, deveria decidir sobre a incidência do artigo 3º do Regulamento nº 1186/2009 aos bens transferidos para a União Europeia diante do término da residência habitual no país terceiro. A segunda questão buscava compreender quais deveriam ser os critérios para determinar em que país a pessoa tem a sua residência habitual em um caso em que, como este, a pessoa possui no país terceiro vínculos pessoais e profissionais e no Estado-membro vínculos pessoais.

A resposta da primeira questão foi negativa, tendo o Tribunal firmado o entendimento de que uma pessoa não pode possuir mais de uma residência habitual simultaneamente, mencionando que o critério é sempre utilizado no singular e não possui o objetivo de permitir que a pessoa possua residência habitual em dois locais ao mesmo tempo. A resposta da segunda questão é no sentido de que se deve atribuir “na apreciação global dos elementos de facto pertinentes, uma especial importância à duração da permanência da pessoa em causa nesse país terceiro”³⁶³, quando a pessoa possui vínculos pessoais e profissionais no país terceiro e vínculos pessoais no Estado-membro.

Segundo parte do acórdão, os elementos pertinentes a determinar a residência habitual corresponderiam “a presença física da pessoa, a dos membros da sua família, a circunstância de dispor de um local de habitação, o local de escolaridade efetiva dos filhos, o local de exercício das atividades profissionais, o local onde se situam os interesses patrimoniais e dos vínculos administrativos”, de modo que estes elementos traduzam a vontade da pessoa em possuir uma certa estabilidade naquele local ao qual está vinculada.

Este voto do Tribunal de Justiça apresenta de modo explícito os elementos que devem ser considerados para a determinação do local da residência habitual da pessoa, ratificando ainda que quando não for possível a determinação com base nestes elementos, “deve ser dada preferência, para efeitos dessa localização, aos vínculos pessoais”³⁶⁴.

Outro importante caso a ser aqui mencionado é o C-243/11³⁶⁵, que envolvia um contrato de seguro, em que o tomador firmou o contrato com uma empresa de seguros situada nos Países Baixos tendo transferido a sua residência habitual no decorrer do contrato para a

³⁶³ UNIÃO EUROPEIA. C-528/14. Julgado em 27 de abril de 2016. ECLI:EU:C:2016:304.

³⁶⁴ UNIÃO EUROPEIA. C-528/14. Julgado em 27 de abril de 2016. ECLI:EU:C:2016:304.

³⁶⁵ Ementa: “Seguro direto de vida — Imposto anual sobre operações de seguros — Diretiva 2002/83/CE — Artigos 1.º, n.º 1, alínea g), e 50.º — Conceito de ‘Estado-Membro do compromisso’ — Empresa de seguros estabelecida nos Países Baixos — Tomador que celebrou um contrato de seguro nos Países Baixos e que transferiu a sua residência habitual para a Bélgica posteriormente à celebração do contrato — Livre prestação de serviços”. UNIÃO EUROPEIA. C-243/11. Julgado em 21 de fevereiro de 2013. ECLI:EU:C:2013:85.

Bélgica. A questão enviada para a solução do Tribunal referia-se a definir o Estado-membro que teria competência para cobrar os impostos indiretos e as taxas parafiscais que oneram os prêmios de seguro. De acordo com a Diretiva 83/2002 suscitada no caso, no artigo 50º, o imposto seria cobrado pelo Estado da residência habitual do tomador, havendo controvérsia se seria a residência habitual no momento da celebração do contrato ou em outra data.

Conforme a decisão, “a residência habitual do tomador é, por natureza, um critério que é suscetível de mudar, em especial, durante a vigência de um contrato a longo prazo, como o contrato de seguro de vida”³⁶⁶. Seguindo este raciocínio, a resposta do Tribunal determinou a possibilidade do Estado-membro de residência habitual atual do tomador cobrar o imposto indireto do prêmio de seguro ainda que este contrato tenha sido celebrado em outro Estado-membro quando o tomador tinha ali a sua residência na época.

O que se destaca é que a previsão da residência habitual, ainda que não exatamente para definir a lei aplicável, busca flexibilizar a experiência jurídica diante da realidade da pessoa de modo que a rigidez não corresponde a uma característica deste critério.

Outro caso a ser observado julgado pelo Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) é o T-298/02³⁶⁷ em que uma funcionária da Comissão das então Comunidades Europeias questionou a negativa da Comissão em lhe conceder o subsídio de expatriação previsto no artigo 4º, anexo VII, do Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias. A argumentação da parte foi no sentido de que possuía residência habitual na Espanha e não na Bélgica, motivo pelo qual teria direito ao subsídio de expatriação que o Estatuto previa. A justificativa utilizada pela Comissão foi de que a parte exerceu a sua atividade profissional em Bruxelas, na Bélgica, por um período de cinco anos de modo que a prestação de serviços não poderia ser considerada como “prestação a um outro Estado” (o que era exigido no Estatuto para a concessão do subsídio). É importante destacar que este caso foi julgado em 2005, sendo mais antigo que os demais.

No recurso da parte, esta alegou que a Comissão havia cometido um erro de apreciação dos fatos uma vez que a sua residência habitual, o seu centro de interesses, esteve sempre na Espanha e não na Bélgica de modo que a sua residência em Bruxelas durante a prestação do serviço foi provisória e secundária.

³⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-243/11. Julgado em 21 de fevereiro de 2013. ECLI:EU:C:2013:85.

³⁶⁷ Ementa: “Funcionários – Remuneração – Subsídio de expatriação – Artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do anexo VII do Estatuto – Serviços prestados a um outro Estado – Conceito de residência habitual – Fundamentação – Princípio da igualdade de tratamento”. UNIÃO EUROPEIA. Caso T-298/02. Julgado em 25 de outubro de 2005. ECLI:EU:T:2005:369.

Como fundamentos que comprovariam que a residência habitual era na Espanha, a parte afirmou que a sua residência principal era em Barcelona, local que também residia a sua família, que estava inscrita nos cadernos eleitorais exercendo o seu direito de voto e renovando lá a sua identidade. Alegou ainda que o seu contrato de trabalho havia sido assinado em Barcelona, sendo regido pela legislação espanhola e efetuando o pagamento de impostos na Espanha, local que apresentava a sua declaração anual de rendimentos “enquanto trabalhadora assalariada espanhola”³⁶⁸. Possuía ainda seguro de doença regido pelo direito espanhol, conta bancária aberta e seguro de vida contratado em Barcelona e empréstimo garantido por hipoteca contratado em Barcelona a fim da aquisição de um imóvel nesta cidade.

A Comissão defendeu a tese de que a residência habitual da parte era em Bruxelas, de modo que os elementos apresentados não eram suficientes para demonstrar o contrário.

A decisão deste caso foi no sentido de que a Comissão não cometeu qualquer erro de apreciação dos fatos uma vez que restou comprovado nos autos que a residência habitual da parte no período questionado, de 1993 a 2001, foi Bruxelas, na Bélgica, e não na Espanha como esta afirmava. Com efeito, afirmou-se que “o fato de dispor de um atestado de residência ou de uma inscrição municipal em Barcelona, de estar inscrita nos cadernos eleitorais desta cidade, de aí exercer os seus direitos políticos e de aí estar fiscalmente domiciliada” não é suficiente, ou seja, “não determina que o centro permanente dos seus interesses ainda se situava na Espanha”. Isto considerando a situação fática de que a parte residiu e exerceu a sua atividade profissional em Bruxelas durante estes oito anos, não podendo ser considerada a Espanha o local do seu centro de interesses.

Ainda que faltem casos que apliquem especificamente os regulamentos de direito internacional privado existentes, já se analisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia determinadas posturas com relação à definição de residência habitual e à determinação do local da residência habitual da pessoa. Estas decisões permitem o desenvolvimento deste elemento de conexão, provocando a sua maior compreensão e buscando a solução de dúvidas que surgem aos juízes nacionais no momento de sua utilização.

A segunda parte do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) é destinada à não discriminação e à cidadania da União, de modo que os cidadãos que residem nos países do bloco devem ser tratados com igualdades. O artigo 18º do TFUE estabelece,

³⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA. T-298/02. Julgado em 25 de outubro de 2005. ECLI:EU:T:2005:369.

assim, que fica “proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade”³⁶⁹. Isto porque o bloco é formado por um número expressivo de países, o que resulta em pessoas de diferentes nacionalidades com liberdades de circulação.

Em uma integração³⁷⁰ regional avançada como a existente na União Europeia, a discriminação em razão da nacionalidade seria contrária a princípios basilares da formação comunitária, e por isto a sua proibição é expressa no TFUE, como visto. De acordo com Aline Beltrame de Moura, a residência corresponde ao “critério mais apto a garantir uma maior uniformidade e certeza nas relações pessoais do sujeito privado no espaço de liberdade, segurança e justiça europeu”, local em que “a circulação das pessoas constitui um dos corolários fundamentais do processo de integração regional da União Europeia”³⁷¹.

Como destacam Angelo Davi e Alessandra Zanobetti, o critério da residência habitual é mais funcional para as necessidades de desenvolvimento da União Europeia, uma vez que tende a favorecer a integração social e jurídica das pessoas que se deslocam entre os Estados-membros³⁷². A nacionalidade sofre uma fase de regressão diante do cenário da globalização, pois com o aumento das relações jurídicas internacionais tanto entre Estados como entre indivíduos observa-se o que os autores denominam de erosão gradual da ideia de soberania do Estado³⁷³.

Conforme o que foi exposto nesse ponto, conclui-se que a residência habitual é, sim, atualmente o elemento de conexão em ascensão no mundo globalizado. Esta ascensão é uma

³⁶⁹ UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>> Acesso em: 26 nov. 2017.

³⁷⁰ A integração regional possui uma relação intrínseca com o fenômeno da globalização: “A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são processos mutuamente complementares. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade. A coincidência e entrelaçamento da síntese e da dispersão, da integração e da decomposição são tudo, menos acidentais; e menos ainda passíveis de retificação”. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 77.

³⁷¹ MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 15.

³⁷² De acordo com os autores: “No entanto, não há dúvida de que a transição do critério da nacionalidade, atualmento aceito pela maioria dos Estados-membros, para o critério da residência habitual também responde a considerações de natureza política. O segundo critério é, de fato, muito mais funcional para as necessidades do desenvolvimento da União porque tende a favorecer a integração jurídica e social de pessoas que se deslocam de um país para outro no país de acolhida, ao mesmo tempo que mantém o sentido de pertença ao país de origem”. Tradução livre de: “*Non v'è peraltro dubbio che il passaggio dal criterio della nazionalità, attualmente accolto dalla maggioranza degli Stati membri, al criterio della residenza abituale risponde anche a considerazioni di carattere politico. Il secondo criterio è in effetti sicuramente assai più funzionale alle esigenze dello sviluppo dell'Unione perché tende a favorire l'integrazione giuridica e sociale delle persone che si spostano da un paese membro all'altro nel paese d'accoglienza, affievolendo al tempo stesso il senso di appartenenza al paese di origine*”. DAVI, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea*. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n 2. 2013, p. 30.

³⁷³ *Ibidem*, p. 30.

consequência da previsão deste elemento de conexão em convenções internacionais, como as Convenções de Haia, em legislações internas de direito internacional privado em um número cada vez mais significativo de países, e por fim na sua prevalência no direito internacional privado da União Europeia, em substituição ao elemento de conexão da nacionalidade. A previsão da residência habitual como o principal elemento de conexão a determinar a lei aplicável nos Estados-membros da União Europeia, com a consequente marginalização³⁷⁴ do elemento de conexão da nacionalidade, que era até então a opção legislativa predominante nas normas internas dos países, causou o ápice da ascensão da residência habitual no direito internacional privado.

A utilização da residência habitual em diversas Convenções Internacionais, a partir da influência das Convenções da Haia – que podem ser consideradas como “mães” deste elemento de conexão – e a sua utilização, ainda que timidamente, em legislações internas modernas de determinados países, aliado à primazia da residência habitual no direito internacional privado unional, reflete a tendência futura das normas destinadas a solucionar o conflito de leis.

A primazia da residência habitual no direito internacional privado da União Europeia é responsável por ampliar o reconhecimento deste elemento de conexão no âmbito internacional, na medida em que as legislações de países europeus – atualmente membros do bloco regional – influenciaram legislações de diferentes países na adoção do elemento de conexão nacionalidade.

Ainda que o número de países que já preveem o elemento de conexão residência habitual seja tímido, a primazia deste critério no direito internacional privado da União Europeia resulta na aplicação deste elemento de conexão no território dos vinte e oito Estados-membros, ampliando não só quantitativamente, como qualificadamente, tendo em vista que são Estados com alta capacidade de influência legislativa.

Considerações parciais do capítulo nº 1

A fim de concluir este primeiro capítulo, resta inegável que a residência habitual surgiu com as Convenções da Haia, com o objetivo principal de uniformizar as normas de

³⁷⁴ Ver mais em: MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 13-30.

conflito de leis, sendo estas que não conceituaram a expressão³⁷⁵ a fim de garantir a sua flexibilidade. A ascensão deste elemento de conexão atingiu o seu ápice, no entanto, com a sua incidência no ordenamento jurídico da União Europeia, a partir da marginalização³⁷⁶ do elemento de conexão da nacionalidade – que passou a ser subsidiário à residência habitual.

O surgimento do elemento de conexão residência habitual foi evidenciado na Convenção da Haia de 1956, afastando o elemento de conexão nacionalidade que até então era utilizado em convenções anteriores. A inaptidão do elemento de conexão nacionalidade foi observada no caso *Boll*³⁷⁷. Precisava-se, assim, encontrar um elemento de conexão que fosse apto a garantir o melhor interesse da criança e que possuíse uma certa aceitação pelos Estados – características que afastavam a previsão do elemento de conexão nacionalidade e do elemento e conexão domicílio. Surge, deste modo, o elemento de conexão residência habitual no direito internacional privado.

A valorização da família e a busca pela aplicação do melhor interesse das crianças evidencia uma necessidade de um direito internacional privado formado a partir de critérios flexíveis, sendo “procurada a lei mais apropriada sem que se baseie na busca por resultados individuais e concretos, que refletem uma visão patriarcal da questão, ou seja, uma visão focada na discussão baseada puramente no fato de a criança ter que ficar com o pai ou a mãe”³⁷⁸. Deve, ainda, “ser superada a visão nacionalista”, afastando-se “da visão territorialista e paternalista do Estado, a qual foca precipuamente na discussão acerca da manutenção da criança em território nacional ou sua transferência para território estrangeiro”³⁷⁹.

Retoma-se, assim, o problema de pesquisa apresentado nas considerações iniciais deste estudo: o elemento de conexão residência habitual corresponde, de fato, a uma tendência

³⁷⁵ Conforme Fabiana das Graças Alves Garcia, “é importante ressaltar que a Convenção de 1996 ou mesmo as demais Convenções da Conferência da Haia não conceituam residência habitual, devendo a expressão ser entendida como um conceito não-técnico”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 277.

³⁷⁶ Ver mais em: MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 13-30.

³⁷⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1958: I.C.J. Reports 1958, p. 55-73.

³⁷⁸ Ainda conforme Fabiana das Graças Alves Garcia, “no atual cenário de valorização do papel da família e de busca pela proteção cada vez maior dos interesses das crianças, constata-se a necessidade de uma abertura do direito internacional privado com o objetivo de garantir a aplicabilidade da lei material mais adequada para a resolução das questões surgidas da separação entre os genitores e também mais adaptada aos resultados que o sistema internacional, em consonância com a visão eudemonista da família, deseja desenvolver por meio de suas normas”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 272.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 272.

moderna do direito internacional privado, capaz de superar a dicotomia existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio, já sendo incidente no ordenamento jurídico brasileiro e consagrando a sua presença no futuro do direito internacional privado do país?

Com base na pesquisa realizada neste primeiro capítulo, é visível a significativa ascensão da residência habitual como elemento de conexão, correspondendo este, sim, a uma tendência moderna do direito internacional privado. Observou-se que a utilização do elemento de conexão residência habitual busca harmonizar o direito internacional privado, atuando como uma alternativa à dicotomia clássica existente entre a nacionalidade e o domicílio. Enquanto esta dicotomia afastava os Estados de uma eventual harmonização do direito internacional privado, tal como propôs Savigny na teoria da universalidade das formas de conflitos de leis no espaço, a ascensão e a aplicação do elemento de conexão residência habitual os aproximava.

Diante da análise realizada neste primeiro capítulo, é possível concluir que a ascensão do elemento de conexão residência habitual é, sim, capaz de superar a dicotomia existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio. Permite que os Estados mantenham a nacionalidade ou o domicílio como elementos de conexão subsidiários, fornecendo primazia ao elemento de conexão residência habitual, que atuaria como um critério harmonizador do direito internacional privado.

A segunda parte do problema de pesquisa permeará o estudo no segundo capítulo desta dissertação, que se destinará especificamente à análise deste elemento de conexão no cenário brasileiro, a partir, primeiramente, da evolução histórica do direito internacional privado no Brasil. Esta evolução histórica possui significativa importância na ascensão da residência habitual no cenário brasileiro, uma vez que a nacionalidade era o elemento de conexão adotado até 1942, ano em que foi substituído pelo elemento de conexão domicílio.

Apesar de não possuir previsão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o elemento de conexão residência habitual é incidente no direito internacional privado brasileiro a partir da sua previsão em convenções internacionais já ratificadas pelo ordenamento jurídico interno. A aplicação destas convenções já é visível em decisões proferidas pelos tribunais brasileiros.

Este desenvolvimento permitirá que, ao final do segundo capítulo, seja realizada uma análise do futuro do direito internacional privado brasileiro e da eventual inserção do elemento de conexão residência habitual na norma interna.

2. A RESIDÊNCIA HABITUAL COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

Até o momento, neste estudo, o foco manteve-se na ascensão do elemento de conexão residência habitual no mundo globalizado, a partir de uma análise internacional deste no direito internacional privado. Abordou-se, assim, convenções internacionais, – com destaque para as Convenções da Haia, as quais se demonstraram responsáveis pelo surgimento deste critério – legislações internas de diferentes países que já o preveem, e ainda normas unionais, com foco para os regulamentos de direito internacional privado da União Europeia, responsáveis pelo seu ápice no mundo moderno.

Ainda a partir de uma análise no âmbito internacional deste elemento de conexão, o primeiro capítulo destinou-se ao debate da definição da expressão “residência habitual”, correspondendo ao local do centro da vida da pessoa, local do centro de interesses desta, desde que comprovada uma intenção de se fixar no país por um determinado período de tempo. A fim de complementar esta conceituação, e de consagrar o objetivo que permeia a utilização da residência habitual, foi realizada uma delimitação da relação existente este elemento de conexão e o elemento de conexão do domicílio – destacando as divergências conceituais existentes entre países de *common law* e *civil law*.

Neste segundo capítulo, passa-se à análise do elemento de conexão residência habitual no âmbito nacional, especificamente, no Brasil.

Em um primeiro momento, então, se destinará à análise da ascensão da residência habitual como um elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro, iniciando a partir de uma evolução histórica do direito internacional privado no âmbito nacional – sendo possível observar a dicotomia clássica que dividia os países entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio. É preciso compreender a evolução dos elementos de conexão adotados pelo Brasil ao longo dos anos, para que se possa, então, assimilar a função que a residência habitual possui dentro da norma nacional nos dias atuais. Após esta análise da evolução histórica, o estudo passará a delimitar as convenções internacionais já incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro e que preveem o elemento de conexão da residência habitual.

Em um segundo momento, o foco do estudo passa a ser incidência da residência habitual nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, podendo ser observada as dificuldades de aplicação e conceituação encontradas. Nos julgados brasileiros, a convenção

que ocupa quase a totalidade das decisões é a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980.

A parte final deste capítulo se destinará ao futuro do direito internacional privado no Brasil, abordando as propostas já existentes que objetivavam atualizar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e que já previam a inserção do elemento de conexão residência habitual. A crítica a estas propostas ocorre, no entanto, na inserção da residência habitual como um elemento de conexão subsidiário, o que se mostra contrário às premissas que fundamentam a sua utilização e fundamentaram o seu surgimento. Propõe-se, desta forma, uma atualização normativa a fim de que ocorra a positivação da residência habitual no direito internacional privado brasileiro.

2.1. A ascensão da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro

Como se observará neste segundo capítulo, o Brasil – ainda que não possua uma norma de direito internacional privado nacional que preveja o elemento de conexão residência habitual – já internalizou convenções internacionais que utilizam este elemento de conexão, de forma que já é possível encontrar a incidência até mesmo em jurisprudências proferidas pelos tribunais nacionais.

Inicia-se, assim, a partir da evolução histórica do direito internacional privado brasileiro, que até 1942 utilizava o elemento de conexão nacionalidade, e, desde então, adota o elemento de conexão domicílio. É imprescindível analisar esta evolução, uma vez que através dela é possível compreender, ao final, a real necessidade de atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que não coaduna mais com a realidade existente em uma sociedade globalizada, em que prevalecem regras de conflitos flexíveis.

Diante da desatualização³⁸⁰ do direito internacional privado brasileiro em suas previsões normativas internas, a incorporação de convenções internacionais modernas é de extrema importância para que se insiram no país algumas das tendências modernas do direito internacional privado, tais como o elemento de conexão residência habitual, o princípio da proximidade, a liberdade de escolha da lei aplicável – até mesmo em direito de família.

³⁸⁰ GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 279.

2.1.1. A evolução histórica dos elementos de conexão no direito internacional privado brasileiro e a emersão da residência habitual

A residência habitual como elemento de conexão tem sido utilizada a fim de que se possa aplicar ao caso que possua elementos internacionais, a legislação que melhor corresponda à realidade diária na qual a pessoa está submetida. Ela será a da legislação do local que a pessoa reside, mantém sua família, seu círculo social e possui intenção de fixar residência. Esta definição de residência habitual incorpora elementos subjetivos que flexibilizam a escolha da lei aplicável, de forma que para cada relação jurídica seja aplicada a lei que possua melhor correspondência, como visto.

A residência habitual teve o seu nascimento com as Convenções da Haia, tendo conquistado o seu ápice, no entanto, com a comunitarização do direito internacional privado na União Europeia³⁸¹. Com a ascensão deste elemento de conexão no mundo globalizado, se torna imprescindível a análise da sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro, seja através de lei, de convenções que o preveem e que já foram ratificadas pelo Brasil, ou ainda através da própria jurisprudência brasileira.

Este ponto se destinará à parte histórica do direito internacional privado brasileiro, abordando a opção legislativa do elemento de conexão a determinar a lei aplicável que passou da nacionalidade até o domicílio. No Brasil, destacaram-se alguns pensadores que foram responsáveis pelos primeiros estudos de direito internacional privado no país e que discordavam em suas preferências por um elemento de conexão. Vigoravam no Brasil, em todas as áreas do direito, antes da independência, as leis portuguesas – as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas³⁸². Dessa forma, o que se observava era uma inspiração europeia que tinha “como base o princípio do *locus regit actum* para os contratos e a necessidade de prova do direito estrangeiro”³⁸³.

No Brasil, destaca-se o grande defensor do elemento de conexão domicílio, e que introduziu a doutrina do direito internacional privado moderno: Augusto Teixeira de Freitas - responsável por elaborar “o primeiro projeto orgânico, elaborado com base científica, de

³⁸¹ Conforme Aline Beltrame de Moura, a nacionalidade, o domicílio e a residência habitual costumam ser as três opções legislativas como critério determinador da lei aplicável ao estatuto pessoal. MOURA, Aline Beltrame de. O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. p. 1074.

³⁸² DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 22.

³⁸³ *Ibidem*, p. 22.

legislação de direito internacional privado do Brasil e das Américas”³⁸⁴. Teixeira de Freitas inicia a sua obra apresentando o respectivo Projeto do Código Civil ao Governo Imperial, uma vez que a redação foi encarregada a ele através de um Decreto de 11 de janeiro de 1859³⁸⁵.

No esboço do projeto, Teixeira de Freitas deixou evidente a sua aproximação à doutrina de Savigny, que, como visto, revolucionou o direito internacional privado³⁸⁶. O artigo 26º, assim, definiu que a capacidade ou incapacidade de pessoas domiciliadas no Brasil, independente da pessoa ser nacional ou estrangeira, seriam reguladas pela lei brasileira, ainda que os atos fossem praticados em país estrangeiro ou envolvessem bens existentes em país estrangeiro³⁸⁷. Na sequência, o artigo 27º determinou que a capacidade ou incapacidade de pessoas domiciliadas fora do Brasil, independentemente da nacionalidade, seriam reguladas pelas leis do local do domicílio, ainda que se tratasse de atos praticados no Brasil ou envolvesse bens existentes no país³⁸⁸.

Teixeira de Freitas adotou, desta forma, o elemento de conexão domicílio ao prever que este deveria ser o critério a determinar a lei aplicável à capacidade civil da pessoa, independentemente de ser a pessoa domiciliada no Brasil ou no exterior, e de possuir nacionalidade brasileira ou estrangeira. Conforme o autor, “é o domicílio e não a nacionalidade o que determina a sede jurídica das pessoas, para que se saiba quais as leis civis que regem a sua capacidade ou incapacidade”³⁸⁹. Tenta definir também o que seria enquadrado como estatuto pessoal, determinando que as leis pessoais possuem, como objeto, o estado das pessoas, correspondendo às leis que regem a capacidade e incapacidade e as que regem os direitos das relações familiares³⁹⁰.

³⁸⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241.

³⁸⁵ Conforme Teixeira de Freitas, “em um Código Civil há matéria vastíssima, assuntos variados, ao quilate de todas as inteligências, e todos, portanto podem auxiliar-me na feliz execução desta empresa patriótica; com a discussão dos princípios os que forem mais versados, e os outros com esses reparos e advertência mínimos que não são para desprezar. O essencial é que cada um o faça em boa-fé, que não procure exceder-se, que não se esforce em vão por parecer o que não for”. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código civil: esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Brasília: Serviço de documentação, 1952. p. 03.

³⁸⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

³⁸⁷ “Art. 26 A capacidade ou incapacidade (art. 25), quanto a pessoas domiciliadas em qualquer seção do território do Brasil, ou sejam nacionais ou estrangeiras, serão julgadas pelas leis deste Código, ainda que se trate de atos praticados em país estrangeiro, ou de bens existentes em país estrangeiro”. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código civil: esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Brasília: Serviço de documentação, 1952. p. 29-30.

³⁸⁸ Art. 27. A capacidade ou incapacidade (art. 25), quanto a pessoas domiciliadas fora do Brasil, ou sejam estrangeiras ou nacionais, serão julgadas pelas leis do seu respectivo domicílio, ainda que se trate de atos praticados no Império, ou de bens existentes no Império. *Ibidem*, p. 33.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 29.

³⁹⁰ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código civil: esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Brasília: Serviço de documentação, 1952. p. 32.

A obra de Teixeira de Freitas “exerceu considerável influência na América do Sul, sendo as suas ideias adotadas pelo Código Civil da Argentina, e por muitos juristas”³⁹¹. Serviu como forte influência no Código Civil da Argentina e do Paraguai, e ainda influenciou juristas do Peru e do Uruguai³⁹².

No Brasil, no entanto, o projeto elaborado por Teixeira de Freitas não teve, a seu tempo, o reconhecimento legislativo que se esperava. Em 1905, a jurisprudência firmava-se no sentido de incidir a lei nacional para reger o estatuto pessoal, tendo sido o elemento de conexão prestigiado pelo governo brasileiro e que predominou nos projetos de código civil que surgiram no período³⁹³.

Como uma defensora do elemento de conexão nacionalidade, observa-se, em 1863, a obra de José Antônio Pimenta Bueno destinada ao direito internacional privado e que constitui um importante marco na evolução histórica da disciplina no Brasil. Pimenta Bueno referiu-se ao direito internacional privado como um complexo de leis positivas que justificam a aplicação por um Estado, de leis nacionais ou estrangeiras dentro do seu território em questões particulares que envolvam a lei de mais de um Estado³⁹⁴. O direito internacional privado buscava, assim, “estabelecer as regras para resolver o conflito das diferentes leis”³⁹⁵, sempre que este conflito não fosse ou não pudesse ser evitado.

Após esta explanação sobre o que seria o direito internacional privado e ao que esta disciplina se destinaria, Pimenta Bueno busca, em sua obra, explicar as diferentes categorias existentes diante da diversidade de relações que afetam a vida de um indivíduo. Explana sobre as leis pessoais, as leis reais, as leis ou estatutos que regem os atos, e então, o conflito existente entre as leis.

Diante das leis pessoais, destaca que serão aquelas que possuem como objeto principal a regulação das relações, condições, direitos e obrigações das pessoas – sem considerar, por exemplo, os bens que eventualmente serão afetados por estas normas³⁹⁶. Conforme o autor, o objetivo é “qualificar, caracterizar ou regular a nacionalidade do

³⁹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Internacional Privado*. Campinas: RED Livros, 2002. p. 48.

³⁹² DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 23.

³⁹³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Internacional Privado*. Campinas: RED Livros, 2002. p. 49.

³⁹⁴ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thyphographia Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863. p. 12.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 12.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 14.

indivíduo, seu domicílio ou ausência, suas condições pessoais, minoridade ou maioridade”³⁹⁷, e ainda matérias do direito de família como tutela, emancipação, interdição, validade do casamento, divórcio, paternidade, filiação, e ainda matérias pessoais como capacidade civil e até mesmo sucessões³⁹⁸.

Nesta parte da sua obra, Pimenta Bueno já apresenta uma importância expressiva à nacionalidade da pessoa, ao afirmar que cada país tem o seu estatuto pessoal “que acompanha os seus nacionais em toda e para toda e qualquer parte”³⁹⁹. O direito internacional privado teria a função de resolver o conflito de leis, de modo que quando se referisse aos direitos pessoais, o estrangeiro poderia requerer que a autoridade territorial aplicasse a sua respectiva lei pessoal estrangeira.

É possível observar a preferência de Pimenta Bueno pelo elemento de conexão nacionalidade, considerando que quando um indivíduo se apresenta em um país estrangeiro, este “não se apresenta como um homem sem pátria, e sim como membro de uma nacionalidade, parte integrante de uma soberania”⁴⁰⁰. Esta será a lei que irá determinar se este indivíduo é maior ou menor, capaz ou incapaz, solteiro ou legitimamente casado – de modo que a pessoa já possui uma “classificação” antes de entrar no território estrangeiro, classificação que deveria ser respeitada.

A defesa da nacionalidade corresponde também à defesa do reconhecimento do direito estrangeiro e, por conseguinte, a uma crítica à teoria territorial, por exemplo, de Joseph Story⁴⁰¹. Conforme Pimenta Bueno, a aplicação apenas do direito privado interno “seria um pensamento de uniformidade mesquinha” que iria “desnacionalizar o súdito estrangeiro da respectiva pátria”⁴⁰². Observa-se, assim, uma preocupação com o direito estrangeiro e com o seu reconhecimento, até mesmo como uma forma de preservação do bom relacionamento entre os Estados.

³⁹⁷ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thypographia Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863. p. 14.

³⁹⁸ Gabriel Valente dos Reis, destaca que, atualmente, “os elementos de conexão mais adotados, no direito comparado, são: (i) aplicação da lei da nacionalidade do de cujus; (ii) aplicação da lei do último domicílio do de cujus; e (iii) aplicação da lei da residência habitual do de cujus ao tempo da morte”. VALENTE DOS REIS, Gabriel. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intellecto Editora, 2016. p. 315.

³⁹⁹ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thyp. Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863. p. 14.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁰¹ Ver mais em: STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834.

⁴⁰² PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thyp. Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863. p. 29.

A preferência de Pimenta Bueno é, no entanto, pelo elemento de conexão nacionalidade⁴⁰³, uma vez que esta seria a base das relações de direitos pessoais e deveria ser o critério utilizado na norma de direito internacional privado. Este elemento de conexão, conforme o autor, estaria de acordo com os princípios da soberania dos povos, “que reconhecem os homens como personalidades das nações a quem pertencem”⁴⁰⁴.

O autor realiza uma crítica ao explicar sobre a nacionalidade pela natureza ou origem, uma vez que a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, previa no artigo 6º, inciso II, que os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, quando nascidos em país estrangeiro seriam cidadãos brasileiros caso viessem a estabelecer domicílio no Império⁴⁰⁵. Esta condição, segundo o autor, era prejudicial ao menor uma vez que conforme a norma de outros países este menor teria nacionalidade brasileira ainda que não fosse domiciliado no Brasil – o que não era reconhecido no Brasil. Estes “são filhos de brasileiros que as nações estrangeiras julgam e reconhecem como brasileiros, e que, entretanto não tem pátria”⁴⁰⁶.

Atualmente, observa-se a previsão contida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 12º, inciso I, alínea “c”, que serão brasileiros natos os nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira ou venham a residir no Brasil⁴⁰⁷. Como se pode perceber houve uma evolução constitucional, que alterou aquele posicionamento adotado na constituição do Império, criticado por Pimenta Bueno.

Ainda que exerça explicitamente a sua preferência pelo elemento de conexão nacionalidade, o autor ressalta a importância do domicílio no direito internacional privado,

⁴⁰³ Pimenta Bueno abordou ainda em sua obra os diferentes tipos de aquisição da nacionalidade, definindo que esta provém da natureza ou origem, quando o indivíduo segue a condição dos seus pais, da lei quando deriva do local do nascimento ou estabelece casos de incorporação ou anexação de território, e de fato da pessoa pela sua naturalização ou casamento. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thyp. Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863. p. 31.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁰⁵ No texto do artigo é possível observar: “Art. 6. São Cidadãos Brasileiros II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio”. BRASIL, Constituição Política Do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁰⁶ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thyp. Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863. p. 33.

⁴⁰⁷ No artigo é possível observar: “Art. 12. São brasileiros: I - natos: c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

que poderá ser de origem ou acidental e que relaciona as condições civis da pessoa, sendo a lei que será utilizada para determinar certos direitos e obrigações⁴⁰⁸.

Teixeira de Freitas e Pimenta Bueno foram, assim, “incontestáveis precursores” do direito internacional privado no Brasil, resultando em duas correntes doutrinárias na determinação do elemento de conexão mais adequado para reger o estatuto pessoal: o elemento de conexão nacionalidade e o elemento de conexão domicílio. Como se observará, esta dicotomia doutrinária existente se manteve na esfera legislativa, que por anos dividiu defensores do elemento de conexão nacionalidade de um lado e defensores do elemento de conexão domicílio de outro.

No Brasil, “os projetos de Código Civil, com exceção do Esboço das Leis Civis elaborado por Teixeira de Freitas que advogava a adoção do critério de conexão domiciliar, mantiveram-se fiéis à nacionalidade como elemento de conexão”⁴⁰⁹, com a consequente previsão na Introdução ao Código Civil de 1916.

No Brasil, a legislação de direito internacional privado é sucinta, não possuindo uma quantidade significativa de previsões⁴¹⁰. Destaca-se, assim, a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 que apresentou as disposições normativas do Código Civil, contendo artigos na introdução que se destinavam, em parte, ao direito internacional privado, e que teve grande influência de Clóvis Beviláqua. Este entendia que as leis que determinariam a capacidade da pessoa existiam para que se promovesse à proteção desta, de forma que era preciso responder qual Estado deveria proteger uma pessoa. A resposta, para Clóvis Beviláqua, não poderia ser outra senão dirigir-se ao Estado que a pessoa pertence⁴¹¹.

Segundo o autor, a lei da nacionalidade deveria regular o estatuto pessoal⁴¹², não apenas por ser a mais duradoura e melhor determinada, mas, principalmente, porque representar o país vinculado ao indivíduo desde o seu nascimento, estabelecendo as condições

⁴⁰⁸ De acordo com o autor, o domicílio de origem corresponde ao domicílio natural e legal do homem que deriva do seu pai, independente do local do nascimento, importa aqui a nacionalidade paterna uma vez que seu pai não é um homem isolado, e sim, um homem pertencente a uma pátria, membro de uma associação nacional, “de uma soberania política, que dá aos filhos de seus cidadãos, mesmo antes de nascer, a segurança de direitos”. Conforme Pimenta Bueno, o domicílio acidental é também chamado de simples residência ou lugar de habitação, em que o estrangeiro se estabelece sem intenção de perder o seu domicílio originário. Por este motivo, em muitos casos o domicílio originário teria uma preferência em relação ao domicílio acidental. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thyp. Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863. p. 43-44.

⁴⁰⁹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil*. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 24.

⁴¹⁰ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 246.

⁴¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Internacional Privado*. Campinas: RED Livros, 2002. p. 142.

⁴¹² Para o autor, estaria inserido no estatuto pessoal, a capacidade das pessoas, as suas relações de família e o direito sucessório. *Ibidem*, p. 143.

de existência da pessoa, a sua personalidade civil. Quando uma pessoa se desloca além das fronteiras do país que é nacional, apresenta-se como um indivíduo que já possui personalidade civil, de forma que o Estado da nacionalidade da pessoa não deve proteger esta apenas dentro do seu território⁴¹³.

O artigo 8º da Introdução do Código Civil de 1916 adotava, assim, o elemento de conexão nacionalidade para reger o estatuto pessoal, definindo que “a lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira”⁴¹⁴. É importante ressaltar que esta opção legislativa brasileira possuía influência das legislações dos países europeus, onde predominava a utilização deste elemento de conexão. Foi contrário, no entanto, às previsões de países da América Latina, local onde predominava o elemento de conexão domicílio e que se pôde observar a utilização do esboço de Augusto Teixeira de Freitas como influência para as suas legislações – esboço que adotava o elemento de conexão domicílio.

Nestas previsões, “seguindo o modelo de família patriarcal, dava-se prevalência à lei da nacionalidade do marido em detrimento à lei da esposa, sempre que houvesse conflito entre as leis das respectivas nacionalidades”⁴¹⁵. O modelo adotado pela Introdução ao Código Civil de 1916, em matéria de filiação, consistia na “aplicação da lei nacional do filho, uma vez que este seria o maior interessado na relação filial”⁴¹⁶.

Conforme Oscar Tenório, “ao aplicar o art. 8º da revogada Introdução ao Código Civil (1916), coerente seria que prevalecesse a lei do pai, pois a sociedade familiar tem um chefe e a lei deste deve merecer aplicação todas as vezes que ocorrer divergência de legislações e surgir a necessidade de aplicação de uma lei coordenadora”⁴¹⁷.

O artigo 9º destinava-se, assim, à aplicação do domicílio de modo subsidiário, e na falta deste, à aplicação da residência da pessoa quando esta não possuísse nacionalidade ou quando fossem atribuídas duas nacionalidades em um conflito não resolvido entre as leis do país do nascimento e as do país de origem. Clóvis Beviláqua defendia a utilização do domicílio de modo subsidiário, e assim, pode-se observar a previsão contida neste artigo 9º. Conforme o autor, “fica um resíduo em favor do domicílio, autorizando-o, sem dúvida, a

⁴¹³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Internacional Privado*. Campinas: RED Livros, 2002. p. 143-144.

⁴¹⁴ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴¹⁵ BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 206.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 206.

⁴¹⁷ TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. v. 2. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 143.

exercer uma função subsidiária, quando a lei nacional, por qualquer circunstância, for afastada”⁴¹⁸. A adoção do elemento de conexão nacionalidade isolava⁴¹⁹ o Brasil no continente americano, uma vez que os demais países já utilizavam o elemento de conexão domicílio.

O contexto histórico que perdurava até este momento não demonstrava a necessidade de utilização do elemento de conexão domicílio, uma vez que se presenciava “uma situação em que a esmagadora maioria da população brasileira era formada por nacionais, sendo raras as hipóteses de estrangeiros que acorriam aos tribunais brasileiros nos primeiros anos de vigência do Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua”⁴²⁰. Esta situação, no entanto, se alterou.

O elemento de conexão nacionalidade perdurou no Brasil até 1942. Neste ano, uma alteração legislativa modificou a Introdução ao Código Civil de 1916, a partir da criação da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e afastou o elemento de conexão nacionalidade. Em 4 de setembro de 1942, surge o Decreto-lei nº 4.657 que introduz a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro⁴²¹, e que modifica substancialmente a regência do estatuto pessoal no direito internacional privado do país.

É importante salientar o cenário internacional existente no momento em que esta alteração foi adotada, uma vez que a previsão da nacionalidade faria com que o Brasil aplicasse leis de países estrangeiros para pessoas que fossem domiciliadas no país, ocorrendo a mudança legislativa em um cenário internacional de Segunda Guerra Mundial. Durante o período de guerra, “várias foram as levadas imigratórias em direção ao Brasil. Algumas que se intensificaram, outras que se iniciaram, ocasionando um número de situações em que famílias estrangeiras, domiciliadas no Brasil, continuavam vinculadas a suas leis nacionais”⁴²². Observa-se que “os casais e as relações parentais existentes em um tal contexto eram

⁴¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Internacional Privado*. Campinas: RED Livros, 2002. p. 141.

⁴¹⁹ Conforme Gustavo Monaco, “a posição do Estado brasileiro, isolada no contexto latino-americano, de se manter fiel à nacionalidade como elemento de conexão dificulta algumas das importantes iniciativas de uniformização das regras de conflito no contexto continental, de que são exemplos o Tratado de Direito Civil, de Montevidéu, de 1889, e a Convenção de Havana de Direito Internacional Privado, de 1928 (Código Bustamante)”. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil*. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 24.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁴²¹ É preciso ressaltar, desde já, que atualmente esta lei se denomina Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), desde uma alteração ocorrida em 2010, como será visto.

⁴²² MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil*. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 25.

subsumidos às normas vigentes nos Estados estrangeiros, induzindo comportamentos que, muitas vezes, destoavam dos valores professados pela sociedade brasileira”⁴²³.

Importa salientar que, em 2010, a Lei nº 12.376 alterou a nomenclatura da Lei de Introdução ao Código Civil que passou a se chamar Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A Lei nº 12.376 de 2010 alterou, então, a ementa do Decreto-Lei nº 4.657 de 1942 (até então LICC) determinando no artigo 1º que estaria “ampliando o seu campo de aplicação” e no artigo 2º que a ementa do Decreto-Lei passaria a vigorar com a redação “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. Observa-se em 2010 não apenas uma alteração nominal da lei, como também uma explícita ampliação do seu campo de aplicação, ratificando e reconhecendo a sua incidência também em normas que estão fora do Código Civil. Na LINDB, assim, encontram-se as normas de direito internacional privado brasileiro, que determinam qual a lei deve ser aplicável a casos que possuam conexão internacional e que sejam submetidos à competência judicial brasileira.

Dessa forma, no Brasil, desde 1942, o elemento de conexão utilizado é o domicílio. O artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC) adotou o critério defendido por Savigny e por Teixeira de Freitas, determinando que “a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”⁴²⁴. A partir de um cenário em que cada vez mais estrangeiros passaram a integrar o território brasileiro, a utilização do critério da nacionalidade “funcionava como um salvo conduto para a não integração e fomentavam, assim, o isolamento das colônias de imigrantes”⁴²⁵.

Esta previsão do artigo 7º vige no Brasil até o presente momento, sendo o domicílio, desde 1942, o critério utilizado para determinar a lei aplicável ao estatuto pessoal no direito internacional privado brasileiro. Ainda no artigo 7º, o § 1º explana que ao casamento realizado no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos e formalidades da celebração. O § 2º deste artigo determina que o casamento de estrangeiros pode ser, ainda,

⁴²³ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 25.

⁴²⁴ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴²⁵ Ainda conforme Gustavo Monaco: “Com efeito, sendo o direito de família um direito tão influenciado pelos valores professados socialmente, não é difícil perceber como a submissão às leis nacionais das famílias pode gerar situações de casamentos entre pessoas de mesma nacionalidade, dificultando a manutenção da característica social da miscigenação”. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 25.

celebrado perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambas as partes. O § 3º especifica que, se as partes possuírem diferentes domicílios, será a lei do primeiro domicílio conjugal que irá reger os casos de invalidade do casamento. Previsão que se assemelha ao previsto no § 4º, em que o regime de bens irá obedecer à lei do país que forem domiciliados os nubentes, de modo que se este domicílio for diverso, será a lei do local do primeiro domicílio conjugal⁴²⁶. O artigo 7º, no § 5º prevê, ainda, que o estrangeiro casado que se naturalizar brasileiro pode requerer a adoção do regime de comunhão parcial de bens, desde que tenha anuência expressa de seu cônjuge. O § 6º define que o domicílio do chefe da família se estende ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, assim como o do tutor ou curador se estende aos incapazes que estiverem sob sua guarda.

Conforme Karine Maria Famer Rocha, “da simples leitura deste texto legal, denota-se a grande preocupação do legislador nacional em estabelecer regras acerca do casamento, em consonância com o Direito de Família da época, não se fazendo qualquer menção acerca da filiação”⁴²⁷.

O § 8º, do artigo 7º da LINDB, é uma das previsões contidas no direito internacional privado brasileiro que mais interessam a este estudo. Este parágrafo determina que “quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre”. De modo que, prevê expressamente a simples “residência” como um critério subsidiário ao domicílio.

Ainda que subsidiário, é preciso destacar que o termo “residência” está presente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e será o critério que irá determinar a lei aplicável ao estatuto pessoal sempre que a pessoa não possuir domicílio. Assim como a nacionalidade atua como elemento de conexão subsidiário ao domicílio no direito internacional privado da União Europeia⁴²⁸, a residência aparece na norma brasileira como segunda opção, sendo utilizada quando o domicílio não for possível de ser determinado.

Os demais dispositivos da LINDB apresentam outros elementos de conexão que incidem no direito brasileiro. Como exemplo, observa-se o artigo 8º que determina que “para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que

⁴²⁶ VALLADÃO, Haroldo. Conséquences de la difference de nationalité ou du domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage. v. 105. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789028614222.069_171> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 98.

⁴²⁷ BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 207.

⁴²⁸ Ver mais em: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

estiverem situados”. O § 1º deste artigo define que quando se tratar de bem móvel que esteja em trânsito entre um país e outro será aplicada a lei do país em que domiciliado o seu proprietário; e, ainda, o § 2º define que o penhor será regulado pela lei do domicílio que tiver a pessoa que detem a posse da coisa apenhada.

O artigo 9º da LINDB refere-se às obrigações e possui relevância para a compreensão da evolução legislativa brasileira no direito internacional privado. Importa salientar, aqui, que a autonomia da vontade não possui previsão, atualmente, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Esta realidade era diferente até o advento da Lei de Introdução ao Código Civil, podendo-se afirmar que até 1942 o direito internacional privado brasileiro admitia o elemento de conexão autonomia da vontade.

A autonomia da vontade era admitida na Introdução ao Código Civil de 1916 – situação que foi alterada com o advento da Lei de Introdução ao Código Civil em 1942 (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). O artigo 13º da Introdução ao Código Civil de 1916 definia que a lei do lugar onde fosse contraída a obrigação regularia a sua substância e os seus efeitos, “salvo estipulação em contrário”⁴²⁹. A previsão desta última expressão resultava na possibilidade de que as partes escolhessem a lei aplicável às obrigações, que não a lei do local onde estas fossem contraídas, de modo que seria, assim, admitida a autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro.

Em 1942, no entanto, esta expressão foi retirada da previsão normativa, atualmente contida no artigo 9º, que apenas prevê que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”⁴³⁰. A retirada da expressão do texto normativo fez muitos doutrinadores se questionarem se estaria, assim, vedada a autonomia da vontade no direito brasileiro – controvérsias que nem a legislação, e nem a jurisprudência conseguiram solucionar sem deixar dúvidas⁴³¹.

Esta incerteza existente no direito internacional privado brasileiro, aliada ao fato de que se entende ser vedada a autonomia da vontade na norma nacional, faz com que a legislação seja vista no estrangeiro como uma previsão já ultrapassada e que não acompanha a

⁴²⁹ Previsão normativa do artigo 13º: “Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas”. BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴³⁰ BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴³¹ ARAÚJO, Nádia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 297.

tendência legislativa dos principais parceiros comerciais do Brasil⁴³² – Estados Unidos da América e União Europeia – que adotam com primazia a autonomia da vontade⁴³³. Nádia de Araújo ao tratar sobre uma possível reforma da LINDB afirma que se adiciona, neste momento, os motivos “de cunho econômico, porque a adoção da autonomia da vontade significaria um ganho de eficiência nada desprezível para as partes contratantes aqui estabelecidas e atuantes no comércio internacional”⁴³⁴.

O que se observou, por exemplo, na legislação de direito internacional privado da União Europeia, foi a utilização da autonomia da vontade em matéria de estatuto pessoal, fornecendo liberdade às partes para escolha da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial⁴³⁵, sucessões⁴³⁶, regimes matrimoniais⁴³⁷, e efeitos patrimoniais das

⁴³² ARAÚJO, Nádia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 298.

⁴³³ Como afirma Gisela Ruhl: “Nos Estados Unidos, assim como na Europa, a autonomia da vontade foi o ponto focal de um debate feroz no início do século XX”. Tradução livre de: “*In the United States, just like in Europe, party autonomy was the focal point of a fierce debate at the beginning of the 20th century*”. RUHL, Giesela. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper nº 4. Toronto: 2007. p. 06.

⁴³⁴ ARAÚJO, Nádia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 299.

⁴³⁵ Destaca-se ainda o regulamento que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, de nº 1259 de dezembro de 2010. O capítulo II deste regulamento denomina-se “regras uniformes sobre a lei aplicável ao divórcio e à separação judicial”, e prevê no artigo 5º a possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável. Este artigo 5º define que as partes poderão escolher a lei aplicável desde que se trate de uma das leis ali elencadas: a lei do Estado da residência habitual dos cônjuges no momento de celebração do acordo de escolha, a lei do Estado da última residência habitual dos cônjuges desde que um deles ainda resida aí no momento de celebração do acordo, a lei da nacionalidade de um dos cônjuges ou a lei do foro. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴³⁶ O regulamento nº 650 de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, define como regra geral, no artigo 21º, o critério da residência habitual para determinação da lei aplicável à sucessão do falecido. O artigo 22º define, porém, que “uma pessoa pode escolher como lei para regular toda a sua sucessão a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento do óbito”, sendo permitida a escolha desde que esta recaia na lei da nacionalidade da pessoa. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴³⁷ O regulamento nº 1103 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, define no artigo 22º a possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável, desde que a escolha recaia em uma das opções ali elencadas. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 26 nov. 2017.

parcerias registradas⁴³⁸. Conforme Helena Mota, é possível afirmar que a autonomia da vontade ganhou espaço até mesmo em matéria de estatuto pessoal, já sendo considerada a regra⁴³⁹. A utilização da autonomia da vontade em matéria de relações pessoais e familiares revoluciona, conforme Aline Beltrame de Moura, a teoria do direito privado necessário de Pasquale Stanislao Mancini⁴⁴⁰, uma vez que esta teoria negava qualquer liberdade em matéria de estatuto pessoal no direito internacional privado.

No Brasil, no entanto, a autonomia da vontade não possui previsão na LINDB em matéria de obrigações – em que é amplamente reconhecida internacionalmente – e parece estar ainda mais distante de uma futura previsão deste elemento de conexão em matéria de estatuto pessoal.

Ao tratar sobre a sucessão por morte ou por ausência, o artigo 10º da LINDB determina que esta será regulada pela lei do país em que o defunto ou desaparecido era domiciliado⁴⁴¹, independente da natureza e da situação dos bens. Seguindo o entendimento adotado no restante dos artigos, o § 2º deste prevê que será a lei do domicílio do herdeiro ou legatário que regulará a capacidade para suceder.

Importa destacar que o conceito de domicílio enquanto critério determinante da lei aplicável é variável⁴⁴², como visto. A diferença é significativa quando comparado o conceito utilizado por países adeptos do sistema jurídico da *common law* com o conceito utilizado por países adeptos do sistema jurídico da *civil law*. Sendo o Brasil um país de *civil law*, a

⁴³⁸ O Regulamento nº 1104 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas, com um texto legal praticamente idêntico ao regulamento nº 1103, permite a escolha da lei aplicável pelas partes. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento nº 1104/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴³⁹ MOTA, Helena. A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012. *Revista eletrônica de direito*. n. 1. Porto: 2014. p. 09.

⁴⁴⁰ MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 14.

⁴⁴¹ Fernando Pedro Meinero ao destacar a alteração de 1942 que inseriu o critério domiciliar, menciona: “A mudança não é de importância menor. O abandono do critério da nacionalidade para regular o estatuto da pessoa serviria para evitar os inúmeros conflitos que se apresentavam à realidade de um país de imigração, e que muita discussão provocou desde a metade do séc. XIX”. MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões Internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 86.

⁴⁴² Conforme Ricardo Ramalho Almeida, “devido às diversas conceituações de domicílio, vigentes nos diferentes ordenamentos jurídicos, e às conseqüentes diferenças de disciplina da aquisição, mudança e perda do domicílio, existe a possibilidade de conflitos de leis na qualificação do domicílio. Haverá conflito positivo quando mais de uma lei nacional considerar uma pessoa como domiciliada em seu território; já o conflito negativo ocorrerá quando nenhuma lei nacional atribuir um domicílio ao indivíduo, que será, então, adômida”. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A convenção interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 215.

conceituação de domicílio apresenta uma maior proximidade com a expressão “residência habitual”, ainda que com diferenças.

Assim, o artigo 70º do Código Civil brasileiro determina o conceito de domicílio, definindo que o domicílio da pessoa natural “é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”⁴⁴³. O artigo 71º define que caso a pessoa possua diversas residências e viva nestas de modo alternado, qualquer delas será considerada como seu domicílio. O artigo 72º determina que também será domicílio da pessoa natural, o local onde esta exerce as relações decorrentes de sua profissão.

Importa destacar que até então, as previsões que utilizavam o termo “residência” ao lado do domicílio, não previam qualquer especificação temporal. O artigo 73º do Código Civil brasileiro, no entanto, prevê que a pessoa natural que não possuir “residência habitual” terá o seu domicílio no lugar em que for encontrada⁴⁴⁴. Esta previsão poderá ser importante em um segundo momento, ao analisar as decisões já proferidas pelos tribunais brasileiros e que, por vezes, referiram a “residência” prevista na LINDB como “residência habitual” – ainda que como uma adaptação do texto normativo existente a uma tendência moderna do direito internacional privado.

O artigo 74º do Código Civil brasileiro destinou-se a definir que se altera o domicílio ao transferir a residência, quando houver intenção manifesta de alterá-lo. O parágrafo único deste dispositivo é outra previsão de extrema importância para a análise que será feita posteriormente, uma vez que prevê como será feita a prova da intenção. Este critério é amplamente incidente quando utilizado o elemento de conexão residência habitual, considerando que a intenção faz parte da sua conceituação e é o fator que irá diferenciar a residência habitual do domicílio. O parágrafo único, assim, define que a prova da intenção (de mudança do domicílio) resultará “do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem”⁴⁴⁵. Ou seja, a intenção de mudança do domicílio, a intenção de mudança da residência com ânimo definitivo, será comprovada pelas notificações municipais de troca de endereço, ou na ausência destas, será comprovada pela própria mudança física da pessoa – saída de um local sem a intenção de retornar.

⁴⁴³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

⁴⁴⁴ O artigo determina, expressamente: “Art. 73º. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

⁴⁴⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

Esta previsão contida no parágrafo único do artigo 74º do Código Civil irá interferir na relação existente entre o domicílio e a residência habitual no direito internacional privado brasileiro, a partir das suas diferenças conceituais e práticas.

Os artigos seguintes definem algumas regras mais específicas no que se refere ao domicílio, como o domicílio das pessoas jurídicas, o domicílio necessário, o domicílio do agente diplomático do Brasil. Ao pesquisar o número de vezes que a expressão “residência habitual” aparece no Código Civil brasileiro, observa-se que a sua incidência ocorre apenas uma vez, no artigo 73º, acima retratado.

O domicílio no direito brasileiro possui uma classificação que o divide entre domicílio voluntário e domicílio necessário. O domicílio voluntário é aquele que decorre da escolha da pessoa, que irá escolher onde vai fixar residência com ânimo definitivo, conforme a norma contida no artigo 70º. O domicílio necessário, também denominado domicílio legal, será aquele decorrente da norma jurídica, decorrente da lei. Neste, estará o domicílio dos incapazes que a lei define que será o mesmo de seus representantes legais, o domicílio dos funcionários públicos que será o local onde exercerem as suas funções efetivas, o domicílio do militar na ativa que será o local em que este estiver servindo, e o domicílio do preso que será o lugar em que cumprir a sentença, conforme previsão contida no artigo 76º, *caput* e parágrafo único, do Código Civil⁴⁴⁶.

É importante destacar, ainda, que no Brasil admite-se a inexistência de domicílio quando a pessoa não o possuir, a unidade de domicílio quando possuir apenas um, e ainda a pluralidade de domicílios quando possuir mais de um. Este cenário faz com que a troca de domicílio se diferencie das trocas ocorridas em países que adotam o sistema de unidade domiciliar. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, nestes sistemas de unidade domiciliar, ao ocorrer a troca de domicílio ou a imposição legal de um novo domicílio, o indivíduo perderia automaticamente o domicílio anterior. A situação em um país como o Brasil, que adota a possibilidade de pluralidade de domicílios é de que o indivíduo não perderia automaticamente o seu domicílio anterior⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Diante da importância deste artigo para os exemplos hipotéticos que serão criados, cita-se o seu texto integral: “Art. 76º. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso. Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

⁴⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 314.

Ao inserir nesta seara um exemplo prático hipotético, percebe-se que é possível que uma pessoa detenha dois domicílios ao mesmo tempo – o que acarretará em certo conflito quando submetida esta questão ao crivo do direito internacional privado. Joana⁴⁴⁸ é domiciliada na cidade de Buenos Aires (local em que cursa mestrado), e passa em concurso público no Brasil para o cargo de delegada federal, sendo lotada para exercer o cargo na cidade de Porto Alegre. Segundo a lei brasileira, ao permitir a pluralidade de domicílios, poderia ser determinado que Joana possuísse domicílio necessário no Brasil, uma vez que a lei exige que possua domicílio na cidade em que trabalha por ser funcionária pública (artigo 76º, parágrafo único, do Código Civil), ao mesmo tempo em que a perda do domicílio anterior não seria automática⁴⁴⁹. Enquanto Joana residisse em Buenos Aires com ânimo definitivo, ela poderia ter dois locais considerados como seu domicílio. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, a consequência seria “a instituição de domicílio plúrimo: o legal, decorrente do fato que o impõe, e aquele onde aloja a residência com ânimo definitivo”⁴⁵⁰.

É importante destacar, também, a diferença existente, a partir do direito civil brasileiro, entre morada, residência e domicílio⁴⁵¹. A morada corresponderia ao lugar onde a pessoa se encontra sem qualquer vínculo de permanência. A residência seria o local onde a pessoa estabelece a sua habitação normal com certa estabilidade, ainda que a permanência não seja contínua, sendo em determinados períodos do mês ou da semana. O domicílio corresponderia, de acordo com a própria norma civilista brasileira, ao local da residência com ânimo definitivo, local que a pessoa elege como a sede das suas principais atividades com uma morada duradoura, e não simplesmente temporária.

O foco para este estudo é a diferenciação existente no direito brasileiro entre a residência e o domicílio, para que se possa, em um segundo, momento inserir nesta diferenciação a conceituação de residência habitual, propriamente dita. A residência estaria em uma posição intermediária entre a morada e o domicílio⁴⁵². Enquanto a morada seria o local em que a pessoa se encontra, podendo ser, por exemplo, um quarto de hotel, a residência pressupõe certa intenção de permanência, porém, sem o ânimo definitivo. Residência, no

⁴⁴⁸ Pessoa fictícia criada para elucidar as questões abordadas neste estudo.

⁴⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 314.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 315.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 310.

⁴⁵² ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A convenção interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 213.

direito brasileiro, poderia ser representada, assim, por um local que a pessoa permanecesse em razão de alguma atividade ou vínculo.

Cria-se, assim, um segundo exemplo hipotético para melhor compreensão. Carla⁴⁵³ atua como delegada federal na cidade de Porto Alegre (Brasil) e cursa mestrado na cidade de Buenos Aires (Argentina), devendo se deslocar para esta cidade durante três dias na semana. Poderia se questionar, neste caso, qual local seria considerado como o domicílio de Carla segundo a lei brasileira. Por ser funcionária pública, observa-se que Carla possuiria domicílio necessário na cidade de Porto Alegre, em conformidade com previsão contida no artigo 76º, parágrafo único, do Código Civil.

A cidade brasileira corresponderia ao local que Carla possui residência com ânimo definitivo (domicílio), possuindo um vínculo duradouro com o local que corresponde à sede de suas atividades principais. Carla, no entanto, possui também um vínculo com a cidade de Buenos Aires (Argentina), local que viaja toda a semana, com permanência de três dias, em razão do vínculo temporário que mantém durante o período necessário para concluir o seu curso. Este local pode, eventualmente, ser considerado como o local da residência de Joana, conforme as previsões normativas existentes no Brasil. Não configuraria o local do domicílio de Carla, uma vez que ainda que exista uma permanência, esta não é com ânimo definitivo. A configuração deste local como residência de Carla (conforme a lei brasileira) poderia ser importante, no entanto, caso o domicílio desta não fosse possível de ser determinado. Isto porque, conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei da residência da pessoa irá reger o seu estatuto pessoal quando não for possível determinar o local do seu domicílio (artigo 7º, § 8º).

O que diferencia o domicílio da residência, segundo o direito brasileiro, é a presença ou não do *animus manendi*⁴⁵⁴. O domicílio, conforme Carlos Roberto Gonçalves possui dois

⁴⁵³ Pessoa fictícia criada para elucidar as questões abordadas neste estudo.

⁴⁵⁴ Ricardo Ramalho Almeida afirma que o direito civil brasileiro conceituou “o domicílio civil da pessoa natural como ‘o lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo’. Não basta, portanto, para estabelecer-se o domicílio, segundo a lei brasileira, o mero fato da residência, que se define pela morada normal, o lugar onde uma pessoa estabelece uma habitação. A esse fato material há que se acrescentar um elemento psicológico, a saber, o ânimo de ali permanecer em definitivo, o *animus manendi*, para que a circunstância fática se transforme em circunstância jurídica”. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A convenção interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 213. Ainda sobre este tema, Ruben Santos Belandro afirma sobre o elemento de conexão residência habitual: “*este punto ha sido el preferido en las Convenciones de La Haya. Se puede tener en cuenta tanto la residencia habitual del acreedor como la del deudor de alimentos. La residencia habitual sería el domicilio objetivo sin la exigencia del animus manendi, siempre de difícil determinación. No obstante, la residencia requiere el aditamento de la habitualidad. Con esto se quiso poner un obstáculo al acreedor que intente la búsqueda de la sede más favorable iniciando una especie de turismo alimentario*”. BELANDRO, Ruben S. Santos. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. In:

elementos que compõem o seu conceito, sendo um objetivo e outro subjetivo⁴⁵⁵. O primeiro, objetivo, corresponde à residência em si como um elemento fático, enquanto o segundo, subjetivo, corresponde à natureza psicológica que reflete no ânimo definitivo, na intenção de permanência definitiva. A residência, utilizada como segunda opção, tanto no direito civil como no direito internacional privado brasileiro, corresponderia a um conceito puramente objetivo, correspondendo ao local fático que a pessoa se encontra, sem a exigência de um elemento subjetivo que demonstrasse a intenção desta pessoa em permanecer neste local de modo definitivo.

Por mais que o artigo 73º do Código Civil faça uma referência única e isolada ao termo residência como sendo “residência habitual”, observa-se, desde já, que a residência prevista no Código Civil brasileiro e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não corresponde à residência habitual que está em ascensão no mundo globalizado, e que vem sendo utilizada como um critério a determinar a lei aplicável ao estatuto pessoal no direito internacional privado.

A incidência da residência habitual no ordenamento jurídico brasileiro já ocorre, uma vez que o país aderiu a convenções internacionais que preveem este elemento de conexão, de forma que já é possível observar a sua incidência até mesmo na jurisprudência brasileira. Ao referir o ordenamento jurídico interno, nacional, no entanto, é preciso compreender que a residência referida nas normas (Código Civil e LINDB) não é a residência habitual que este trabalho pretende aproximar do direito internacional privado brasileiro moderno.

Com efeito, esta parte do trabalho buscou apresentar a evolução histórica do direito internacional privado brasileiro para que se possa compreender o cenário existente no país no momento da ascensão do elemento de conexão residência habitual e a sua eventual incidência no ordenamento jurídico brasileiro. A sua incidência, como será observado no ponto seguinte, não ocorreu por meio de atualização legislativa no âmbito interno do país, considerando que a norma de direito internacional privado brasileiro é datada de 1942, contando atualmente com setenta e cinco anos de existência.

Este ponto se destinou, assim, à análise da evolução legislativa brasileira que inicialmente previa a utilização do elemento de conexão nacionalidade, previsão que foi alterada em 1942 com a incidência, desde então, do elemento de conexão domicílio, se rendendo o direito internacional privado brasileiro ao critério determinador da lei aplicável ao

ARAÚJO, Nadia de; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 514.

⁴⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 153.

estatuto pessoal defendido por Savigny e também por Teixeira de Freitas, como visto. Com a apresentação dos conceitos destes elementos de conexão no ordenamento jurídico brasileiro, e as razões que fundamentaram a alteração e consequente previsão do elemento de conexão domicílio é que se espera demonstrar a aptidão do elemento de conexão residência habitual no mundo globalizado, a fim de realizar uma análise do futuro do direito internacional privado brasileiro.

O que se observa até o momento, é que não parece possível realizar uma análise do futuro do direito internacional privado brasileiro sem que seja realizada uma análise da existência do elemento de conexão residência habitual, uma vez que este tem demonstrado ser o critério predominante nas legislações modernas e que vem sendo utilizado cada vez mais por países em suas legislações internas, em convenções internacionais e acordos de direito internacional privado. Não parece ser razoável que se discuta o futuro do direito internacional privado brasileiro ignorando a existência e a importância do elemento de conexão residência habitual.

Para ratificar e construir este raciocínio passa-se à análise de previsões normativas que utilizam o critério da residência habitual e que já foram incorporadas ao direito brasileiro, já possuindo, por lógica, previsão expressa no direito internacional privado do país. A sua incidência será observada, também, em decisões já proferidas pelos tribunais brasileiros, ratificando que, ainda que inexista a previsão deste elemento de conexão na LINDB (principal norma de direito internacional privado brasileiro), a importância da sua compreensão, tanto do seu conceito como das peculiaridades que o formam, é significativa.

2.1.2. As convenções internacionais ratificadas pelo Brasil que preveem a residência habitual como elemento de conexão

Ainda que não exista previsão normativa expressa da residência habitual enquanto elemento de conexão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou no direito interno em si, é possível observar a sua previsão no direito internacional privado brasileiro, através de convenções internacionais que já foram ratificadas pelo Brasil⁴⁵⁶ e incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, e que utilizam o elemento de conexão residência habitual.

⁴⁵⁶ André de Carvalho Ramos entende a tendência às Convenções Internacionais também como uma questão controversa no direito internacional privado: “Após a redemocratização, o Brasil voltou sua atenção a tratados de DIPr. Há crescimento exponencial do número de tratados celebrados, ao mesmo em que o Brasil participa ativamente de orga-nizações internacionais que discutem e produzem normas referentes à tríade do DIPr (escolha da lei, determinação da jurisdição e cooperação jurídica internacional)”. RAMOS, André de Carvalho.

Antes de iniciar a análise das convenções especificamente, faz-se necessário destacar como ocorre a incorporação destas normas internacionais ao direito interno brasileiro. A fim de solucionar os problemas que surgem da relação existente entre o direito internacional e o direito interno, destacam-se duas teorias: a teoria monista e a teoria dualista. A teoria monista defende que o direito internacional e o direito interno constituem uma única ordem jurídica, enquanto a teoria dualista acredita que constituem ordens jurídicas distintas e independentes.

O Brasil adota a teoria dualista moderada, uma vez que se exige a execução de um ato formal de internalização para que a convenção passe a vigorar no âmbito interno⁴⁵⁷. A assinatura⁴⁵⁸ da convenção está inserida na fase de negociação, de modo que uma vez assinada, esta ainda necessita de ratificação e posterior promulgação para que possa gerar obrigações no território brasileiro. A assinatura indicará tão somente que esta convenção é autêntica⁴⁵⁹.

A etapa seguinte corresponde à aprovação do Congresso Nacional, que conforme previsão constitucional (artigo 49º, inciso I, CF) possui a competência exclusiva para tanto. A partir da concordância do Congresso Nacional, é elaborado um Decreto Legislativo (artigo 59º, inciso VI, CF), passando-se, assim, à fase da ratificação⁴⁶⁰ da Convenção, ato que promulgará o documento internacional. Conforme entendimento do Supremo Tribunal

Nota introdutória: o direito internacional privado e seus desafios. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 03.

⁴⁵⁷ A internalização de um tratado sobre Direitos Humanos, por exemplo, deve obedecer as seguintes etapas: “(i) a negociação; (ii) a assinatura; (iii) a mensagem ao Congresso; (iv) a aprovação parlamentar; (v) a ratificação; e (vi) a promulgação”. TOZO, Ricardo Rodrigo Marino. Os tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 302.

⁴⁵⁸ A primeira etapa se refere ao ato de celebração da convenção que corresponde a uma competência privativa do Presidente da República, conforme determina o artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal (CF), que pode conceder poderes de negociação a pessoas específicas. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁵⁹ Como afirma Flávia Piovesan, “o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109.

⁴⁶⁰ Observa-se “que a ratificação é um ato que compete ao Poder Executivo, devendo ser exercitado pela autoridade competente, que, no caso brasileiro, vem a ser o Presidente da República”. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Incorporação do tratado pelo ordenamento jurídico interno. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 257.

Federal (STF), a convenção integrará o ordenamento jurídico interno com um caráter de norma infraconstitucional, situando-se na mesma posição hierárquica que as leis ordinárias⁴⁶¹.

Deste modo, a questão de maior polêmica surge quando o conflito acontece entre estas convenções e as leis internas infraconstitucionais, uma vez que possuem a mesma hierarquia. A primeira solução para este conflito encontraria-se na previsão de critérios de cronologia, em que a *lex posterior derogat priori*, ou seja, a lei posterior derroga a anterior, e uma segunda solução baseada na especialidade da norma, *lex specialis derogat generali*, em que uma lei especial derrogaria uma lei geral. Segundo Norberto Bobbio, em uma situação de conflito entre uma convenção e uma lei ordinária posterior se estaria diante de uma antinomia de segundo grau, através de uma “incompatibilidade entre os critérios para a solução da incompatibilidade entre normas”⁴⁶². Ainda conforme o autor, estaria evidenciada a presença do princípio "*lex posterior generalis non derogat priori speciali*"⁴⁶³. Hierarquia diferente é conferida, por meio de decisão do STF⁴⁶⁴ às convenções que versem sobre direitos humanos, a partir do reconhecimento destes documentos como norma supralegal⁴⁶⁵, ou seja, mantém-se abaixo da Constituição Federal (CF) mas acima da legislação ordinária.

Ao passar para a análise das convenções já incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro e que preveem o elemento de conexão residência habitual, é importante destacar convenções gerais de direito internacional privado que já contaram com a adesão brasileira. Como exemplo, destaca-se a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, conhecida como “Código de Bustamante”, que foi incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto nº 18.871⁴⁶⁶ de 13 de agosto de 1929. O Código de Bustamante é composto de 437 artigos divididos em quatro livros: Direito Civil Internacional, Direito Comercial Internacional, Direito Penal Internacional e Direito Processual Internacional.

⁴⁶¹ As convenções por serem consideradas na mesma hierarquia das leis ordinárias, podem sofrer revogação total ou parcial por norma posterior, podendo ter, ainda, a sua constitucionalidade questionada. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 96/97.

⁴⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4ª ed. Brasília: Unb, 1994, p. 107.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 107.

⁴⁶⁴ Esta alteração ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03 de dezembro de 2008.

⁴⁶⁵ Destaca-se trecho do voto-vogal proferido pelo Ministro Gilmar Mendes: “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03 de dezembro de 2008.

⁴⁶⁶ BRASIL. Decreto nº 18.871 de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado, concluída em Havana, em 20 de fevereiro de 1928. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>> Acesso em: 26 nov. 2017.

Outro importante documento é a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, firmada em 08 de maio de 1979, que foi incorporada por meio do Decreto nº 1.979⁴⁶⁷, em 09 de agosto de 1996. Esta convenção buscou estabelecer regras gerais que deveriam ser adotadas pelos Estados quando existente uma situação conectada com o direito estrangeiro, ou seja, quando a situação possuísse um elemento de estraneidade que invocasse a disciplina do direito internacional privado para sua solução. O artigo 1º prevê, por exemplo, que os Estados devem aplicar as regras de conflitos do seu direito interno quando faltar uma norma internacional. O artigo 2º determina que os juízes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro tal como o fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável. O que se percebe com a leitura das previsões contidas nesta convenção é que estas ratificam o respeito de um Estado com as normas do outro, e o seu dever de aplicar a norma estrangeira quando o critério previsto na regra de conflito ordenar.

Destacam-se as convenções que serão analisadas, que utilizaram o critério da residência habitual e já foram incorporadas ao direito brasileiro: Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores de 1994; Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em matéria de Adoção de Menores de 1984; Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989; Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994; Convenção da Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993; Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980; Convenção da Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família, de 2007; e o Protocolo da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos de 2007.

No cenário brasileiro, observa-se a convenção elaborada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e que foi internalizada pelo governo brasileiro: a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, celebrada em Montevideu no dia 15 de julho de 1989, incorporada ao direito brasileiro através do Decreto nº 1.212 de 03 de agosto de 1994. Esta convenção foi elaborada na Quarta Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP IV), e possui como objeto assegurar a restituição imediata de menores que possuam residência habitual em um dos

⁴⁶⁷ BRASIL. Decreto nº 1.979 de 09 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideu, Uruguai, em 08 de maio de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1979.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

Estados-partes e que tenham sido transportados ilegalmente para outro, conforme previsão contida no artigo 1º.

O artigo 3º desta convenção determina que o direito de guarda corresponda ao direito referente ao cuidado do menor e à decisão do lugar da residência deste, enquanto o direito de visita compreenderá a faculdade de levar o menor para um lugar diferente daquele de sua residência habitual – ainda que por um período limitado. Outro dispositivo importante é o artigo 6º que prevê que a competência para conhecer da solicitação de restituição de menor serão as autoridades do Estado onde o menor tiver sua residência habitual imediatamente antes do seu transporte ou retenção. Este artigo permite, ainda, que por critério do autor ou por motivo de urgência, esta solicitação possa ser apresentada à autoridade do Estado que o menor se encontra. Estas previsões reforçam o objetivo principal da convenção, que é a proteção do menor transportado ou retido ilegalmente do país de sua residência habitual.

O artigo 11º desta convenção destaca que a autoridade não estará obrigada a ordenar a restituição do menor quando em oposição apresentada ficar demonstrado que os titulares haviam consentido ou dado sua anuência depois do transporte ou retenção do menor (a); ou quando ficar demonstrado que existe grave risco de que a restituição do menor possa expô-lo a perigo físico ou psíquico (b). Na sequência deste dispositivo, o artigo 12º define que a decisão que decidirá a restituição ou não, quando apresentada oposição fundamentada, deverá avaliar as circunstâncias e as provas apresentadas, a partir do “conhecimento do direito existente no Estado de residência habitual do menor”⁴⁶⁸.

Estas previsões utilizam o critério da residência habitual a fim de garantir uma proteção mais efetiva ao menor, uma vez que o Estado da sua residência habitual terá uma relação mais próxima com a realidade na qual está inserido, e terá maior aptidão à proteção deste.

Destaca-se, entre convenções elaboradas no âmbito da OEA, a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em matéria de Adoção de Menores de 1984, incorporada pelo Brasil através do Decreto nº 2.429 de 17 de dezembro de 1997. O artigo 1º

⁴⁶⁸ A redação deste artigo assim prevê: “Artigo 12º. A oposição fundamentada à que se refere o artigo anterior deverá ser apresentada dentro do prazo de oito dias úteis, contados a partir do momento em que a autoridade tomar conhecimento pessoal do menor e o comunicar a quem o retém. As autoridades judiciárias ou administrativas avaliarão as circunstâncias e as provas apresentadas pela parte opositora para fundamentar a denegação. Deverão tomar conhecimento do direito existente no Estado de residência habitual do menor, e requererão, se diplomáticos ou consulares dos Estados Partes. Dentro de 60 dias consecutivos após o recebimento da oposição, a autoridade judiciária ou administrativa emitirá a decisão correspondente”. BRASIL, Decreto nº 1.212 de 03 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevidéu, em 15 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

desta convenção define que esta será aplicada à adoção de menores, seja como adoção plena, legitimação adotiva e outras formas “que equiparem o adotado à condição de filho” – quando o adotante tiver o seu domicílio em um Estado-parte e o adotado tenha a sua residência habitual em outro Estado-parte⁴⁶⁹. O artigo 2º permite, ainda, que qualquer Estado-parte possa declarar que a aplicação da presente convenção se estende a qualquer outra forma de adoção internacional de menores.

Assim, a residência habitual do menor é definida como o elemento de conexão a ser utilizado para o seu estatuto pessoal, versando expressamente no artigo 3º que “a lei da residência habitual do menor rege a capacidade, o consentimento e os demais requisitos para a adoção, bem como os procedimentos e formalidades extrínsecas necessários para a constituição do vínculo”⁴⁷⁰. Já a capacidade para ser adotante, os requisitos de idade e estado civil, o eventual consentimento do cônjuge e demais requisitos para ser adotante serão regulados pela lei do domicílio do adotante, conforme previsão do artigo 4º. Este artigo ainda prevê que deverá prevalecer a lei do adotado “quando os requisitos da lei do adotante forem manifestamente menos estritos do que os da lei da residência habitual do adotado”. O artigo 10º determina que as relações do adotado com a sua família de origem serão regidas pela lei da sua residência habitual no momento da adoção⁴⁷¹.

Conforme Carlos Boucault, “a opção pelo elemento de conexão da residência habitual do adotado coincide com as iniciativas de proteção dos menores, resguardando seus interesses por parte dos legisladores nacionais, atentos ao risco a que estariam sujeitas crianças enviadas ao exterior para adoção, que envolve o tráfico internacional de menores”⁴⁷².

⁴⁶⁹ Observa-se, assim, o texto integral contido no primeiro artigo desta convenção: “Artigo 1º. Esta Convenção aplicar-se-á à adoção de menores sob as formas de adoção plena, legitimação adotiva e outras formas afins que equiparem o adotado à condição de filho cuja filiação esteja legalmente estabelecida, quando o adotante (ou adotantes) tiver seu domicílio num Estado-Parte e o adotado sua residência habitual noutro Estado-Parte”. BRASIL, Decreto nº 2.429 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2429.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁷⁰ BRASIL, Decreto nº 2.429 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2429.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁷¹ O artigo 10º assim determina: “Artigo 10. No caso de adoção diferente da adoção plena, da legitimação adotiva e de formas afins, as relações entre o adotante (ou adotantes), e o adotado regem-se pela lei do domicílio do adotante (ou adotantes). As relações do adotado com sua família de origem regem-se pela lei da sua residência habitual no momento da adoção”. BRASIL, Decreto nº 2.429 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2429.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁷² Ainda conforme o autor, “a despeito do método conflitualista em matéria de lei aplicável, a Convenção atribuiu peso substancial à opção pela lei da residência habitual do menor, pelo fato de a adoção se aproximar sensivelmente da situação de filiação legítima, além de restarem inequívocos os interesses do menor, quanto à nova condição na família substituída estrangeira”. BOUCAULT, Carlos E. A convenção interamericana sobre

Outra previsão que ratifica a utilização do elemento de conexão residência habitual está prevista no artigo 12º que determina que as adoções referentes ao artigo 1º serão irrevogáveis, enquanto a revogação das adoções referidas no artigo 2º será regida “pela lei da residência habitual do adotado no momento da adoção”.

Nesta convenção, sempre que se refere ao menor e à proteção deste, há menção à utilização do critério da residência habitual a fim de determinar a lei aplicável. É evidente que a utilização da residência habitual do menor possui como função principal a melhor proteção dos seus interesses⁴⁷³, de modo a utilizar a lei do local com que este possui uma conexão mais próxima da sua realidade.

Esta norma, como visto, já foi incorporada ao direito brasileiro, de modo que a sua incidência já pode ser observada. Pode-se afirmar que uma eventual adoção internacional que envolva um menor que possua residência habitual no Brasil, por adotantes que possuam domicílio em outro Estado que também tenha aderido à convenção, será regulada em parte pela lei brasileira por ser o local de residência habitual do menor (irá reger a sua capacidade, o consentimento e os demais requisitos para a adoção).

Outra convenção que se destaca, e que também utilizou o critério da residência habitual, é a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989, ratificada e incorporada pelo direito brasileiro através do Decreto nº 2.428 de 17 de dezembro de 1997. O artigo 1º desta convenção destina-se a delimitar o seu âmbito de aplicação, possuindo como objeto a determinação do direito aplicável à obrigação alimentar, à competência e à cooperação processual internacional “quando o credor de alimentos tiver seu domicílio ou residência habitual num Estado-parte e o devedor de alimentos tiver seu domicílio ou residência habitual, bens ou renda em outro Estado-parte”. Como se pode observar, a expressão “residência habitual” aparece já no primeiro artigo da convenção, sendo utilizado a fim de delimitar o seu âmbito de aplicação.

conflito de leis em matéria de adoção – CIDIP III – e seu reflexo no direito brasileiro. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 503-505.

⁴⁷³ Conforme Gustavo Henrique Campos Souza, a busca pela proteção da criança na esfera internacional é fundamental, e mantém uma relação estreita com os princípios que fundamentam os Direitos Humanos: “É a cristalização de vários fatores, devidos à pluralidade de modos de se pensar a vida em sociedade, de se regulamentar as relações surgidas e desenvolvidas em seu seios e da atribuição de personalidade jurídica de direito internacional a todos os seres humanos, em especial as crianças, que se logra um passo na garantia desses direitos, expressadas tanto na maior obrigatoriedade do Direito Internacional de Direitos Humanos, bem como um guia, uma direção progressista para o Estado, diante da multiplicação de tratados abordando os sujeitos carecedores de proteção”. SOUZA, Gustavo Henrique Campos. *A adoção internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia*. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 353.

Os artigos 6º e 7º destinam-se, dessa forma, ao direito aplicável. O artigo 6º prevê que a obrigação alimentar, assim como as qualidades de credor e de devedor, será regulada pelo ordenamento jurídico que for mais favorável ao credor dentre as opções ali elencadas. Prevê, assim, como opções, o ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do credor ou o ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor. O que se observa é que existe uma preocupação em garantir maior proteção ao credor de alimentos, de modo que é fornecida a opção de aplicação da lei do domicílio ou residência habitual do próprio credor ou do devedor – a que for mais favorável ao credor.

O artigo 7º é o responsável por definir as matérias que serão regidas pelo direito aplicável previsto no artigo 6º. Determina que serão regidas a importância do crédito de alimentos e os prazos e condições para sua efetividade, a determinação daqueles que podem promover a ação de alimentos em favor do credor e as demais condições necessárias para o exercício do direito de alimentos.

Nesta convenção é possível observar também a utilização da expressão “residência habitual” em matéria de competência internacional e não apenas quanto ao direito aplicável. Assim, o artigo 8º define que o juiz do Estado de domicílio ou residência habitual do credor ou do devedor possuirá competência nas ações de alimentos que trata esta convenção, a critério do credor. Dentre as opções fornecidas ao credor, o artigo 8º concede ainda a permissão ao juiz do Estado em que o devedor possuir vínculos pessoais, como posse de bens, recebimento de renda ou benefícios econômicos.

Como se destaca em outras previsões legislativas, a residência habitual nesta convenção atua como um critério semelhante ao domicílio, e não como critério oposto. A residência habitual mantém, assim, uma relação próxima com o domicílio, proximidade existente nos países de *civil law*, como visto.

Outra convenção que mantém a previsão da expressão “residência habitual” para determinar a lei aplicável e também a competência é a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 18 de março de 1994, incorporada ao direito brasileiro através do Decreto nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Esta convenção advém do reconhecimento da necessidade de regular os aspectos civis e penais do tráfico internacional de menores, reafirmando a cooperação internacional como alternativa para proteger eficazmente os interesses superiores do menor, conforme definido no artigo 1º⁴⁷⁴. Define

⁴⁷⁴ O primeiro artigo desta convenção determina: “Artigo 1. O objeto desta Convenção, com vistas à proteção dos direitos fundamentais e dos interesses superiores do menor, é a prevenção e sanção do tráfico internacional de menores, bem como a regulamentação de seus aspectos civis e penais. Neste sentido, os Estados Partes

ainda, de início, que os Estados-partes se obrigam a “assegurar a pronta restituição do menor vítima do tráfico internacional ao Estado onde tem residência habitual, levando em conta os interesses superiores do menor”⁴⁷⁵.

O capítulo III desta convenção destina-se aos aspectos civis do tráfico internacional de menores, definindo no artigo 12º que a solicitação de localização e restituição do menor será promovida pelos titulares determinados pelo direito do Estado de residência habitual do mesmo, ou seja, será a lei deste Estado que irá regular. O artigo 13º, semelhante às previsões das demais convenções, também utiliza a expressão residência habitual para determinar o Estado que possuirá a competência para conhecer da solicitação de localização e de restituição, ao lado do Estado onde se encontrar retido o menor.

Já no âmbito das Convenções da Haia, observa-se a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional⁴⁷⁶ de 1993, incorporada pelo Brasil através do Decreto nº 3.087 de 1999, e que também utiliza a residência habitual do menor. Em um “contexto de múltipla proteção e promoção dos direitos da criança, a convenção instituiu mecanismos de defesa e proteção do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes”⁴⁷⁷. Conforme David França Ribeiro de Carvalho, tendo em vista a diversidade de ordenamentos jurídicos, “a pluralidade de tratamentos se processa como uma constante no campo das adoções internacionais, em que adotante e adotado são de países diversos”⁴⁷⁸.

obrigam-se a: a) garantir a proteção do menor, levando em consideração os seus interesses superiores; b) instituir entre os Estados Partes um sistema de cooperação jurídica que consagre a prevenção e a sanção do tráfico internacional de menores, bem como a adoção das disposições jurídicas e administrativas sobre a referida matéria com essa finalidade; c) assegurar a pronta restituição do menor vítima do tráfico internacional ao Estado onde tem residência habitual, levando em conta os interesses superiores do menor”. BRASIL, Decreto nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁷⁵ BRASIL, Decreto nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁷⁶ Conforme David França Ribeiro de Carvalho, esta convenção “trouxo um maior controle sobre as saídas de crianças para o exterior ao instituir um sistema de cooperação pautando a sua dinâmica no interesse superior da criança, no seu bem-estar e na sua dignidade ao produzir relatórios e monitorar o relacionamento das crianças com os pais adotivos”. Foi, também, considerada “como o primeiro instrumento que, de fato, conseguiu convergir a opinião pública internacional na direção de sua aprovação e adoção”. CARVALHO, David França Ribeiro de. O tratamento da adoção internacional no plano internacional: o direito da Convenção da Haia sobre proteção das crianças e cooperação em matéria de adoção internacional, de 1993. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 240.

⁴⁷⁷ SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A adoção internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 357.

⁴⁷⁸ CARVALHO, David França Ribeiro de. O tratamento da adoção internacional no plano internacional: o direito da Convenção da Haia sobre proteção das crianças e cooperação em matéria de adoção internacional, de

Esta convenção especifica em seu artigo 2º que será aplicada quando uma criança for residente habitualmente em um Estado contratante, denominado Estado de origem, e necessitar ser deslocada para outro Estado contratante, denominado o Estado de acolhida. Esta convenção ainda define um sistema de cooperação entre os Estados para que a adoção possa ser concretizada, prevendo, por exemplo, no artigo 14º que as pessoas que desejem adotar uma criança que possua residência habitual em outro Estado deverão se dirigir à Autoridade Central do Estado da sua residência habitual. Diante do “avanço da globalização, muitos temas antes vistos apenas no âmbito do interesse doméstico de cada Estado, se tornam globais, sejam eles econômicos, sociais, culturais ou políticos, incluindo aqui a adoção internacional”⁴⁷⁹.

O que se percebe nesta convenção é a previsão da residência habitual como critério que determina o Estado dos adotantes e do adotado, e prevê uma cooperação entre autoridades centrais. A convenção reforça a importância dada à expressão “residência habitual”⁴⁸⁰ no cenário internacional sendo “possível concluir-se que ela foi além das considerações quanto a nacionalidades e domicílios dos envolvidos em adoções transnacionais, consignando o fator de conexão na residência habitual do adotante e do adotando”⁴⁸¹.

Esta Convenção da Haia teve o seu texto “elaborado mediante a necessidade da comunidade internacional de observar certos requisitos e condições básicas da adoção, tais como a organização de um sistema de vigilância, os mecanismos de comunicação e cooperação entre as autoridades dos países envolvidos”⁴⁸². Compõe as normas internacionais elaboradas no âmbito das Conferências da Haia voltadas à proteção das crianças, superando a simples determinação da lei aplicável e da jurisdição competente, e unindo “regras materiais (administrativas e cíveis), regras de procedimento (administrativas e processuais) e regras

1993. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 218.

⁴⁷⁹ SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A adoção internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 355.

⁴⁸⁰ Conforme Leila Arruda Cavallieri, “define-se, na doutrina contemporânea, a adoção internacional como o instituto que envolve para sua concretização, adotantes com residência habitual ou domicílio em um país e adotando com residência habitual em outro”. CAVALLIERI, Leila Arruda. Evolução do conceito de adoção internacional na doutrina e no direito brasileiros. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 220.

⁴⁸¹ NAZO, Georgette Nacarato. *Adoção internacional: valor e importância das convenções internacionais vigentes no Brasil*. São Paulo: O. Mendes. 1997, p. 316.

⁴⁸² SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A adoção internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 357.

indiretas de conflitos (de reconhecimento e exceção de ordem pública)”⁴⁸³. O foco desta convenção foi a construção de um sistema de cooperação internacional entre os Estados a fim de melhorar os procedimentos de adoções internacionais e não simplesmente solucionar conflitos de direito internacional privado⁴⁸⁴, a partir da compreensão de que por meio da cooperação internacional, o direito tutelado fosse efetivado no ambiente internacional.

Outro importante documento é a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro⁴⁸⁵ Internacional de Crianças de 25 de outubro de 1980, uma Convenção da Haia, ratificada e incorporada pelo direito brasileiro através do Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000, e que definiu a residência habitual como o elemento de conexão a ser utilizado nestes casos, devendo ser utilizada a lei da residência habitual do menor para regular a sua guarda, devendo este ser restituído imediatamente ao país da sua residência habitual.

O que se destaca nesta convenção é que o seu principal objetivo é assegurar o retorno imediato de crianças que tenham sido ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou que nele tenham sido retidas indevidamente⁴⁸⁶. O retorno deve ser imediato, o “que exige uma solução rápida em razão da natureza da causa que envolve a proteção dos menores”⁴⁸⁷, demonstrando a necessidade de cooperação internacional entre os Estados para

⁴⁸³ CARVALHO, David França Ribeiro de. O tratamento da adoção internacional no plano internacional: o direito da Convenção da Haia sobre proteção das crianças e cooperação em matéria de adoção internacional, de 1993. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 233.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 234.

⁴⁸⁵ Também chamado de sequestro interparental, este pode ocorrer em três ocasiões: “a primeira, ainda durante o casamento, quando há convivência entre os cônjuges e, portanto, a guarda é normalmente exercida por ambos; a outra, quando o casal já se encontra separado e um deles, antes da formalização do divórcio e da determinação judicial da guarda, decide, unilateralmente, deixar o país de residência com os filhos e sem o consentimento, ou mesmo o conhecimento, do outro; a terceira ocorre quando, após a determinação da guarda, o genitor preterido resolve subtrair a criança e levá-la para junto de si, longe daquele que a detinha legalmente”. CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. O Sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 255.

⁴⁸⁶ Esta convenção prevê um sistema de cooperação internacional: “A Advocacia Geral da União é o órgão de representação processual da União- Federal em juízo e, por isso, defende seus interesses que, no caso da incidência das normas convencionais de 1980, consistem basicamente em dar efetividade à cooperação jurídica internacional entre os Estados Partes da Convenção. A autoridade central brasileira - Secretaria de Direitos Humanos - é órgão integrante da Administração Pública Federal direta e, portanto, não é dotada de personalidade jurídica, daí a razão pela qual o caso é encaminhado à Advocacia Geral da União”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Convenção da Haia de 1980 e as noções conceituais de guarda e visita. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 235.

⁴⁸⁷ MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 348.

sua efetividade. Outro objetivo garantido ainda no artigo 1º é o de fazer respeitar de modo efetivo os direitos de guarda e visita existentes em um Estado contratante⁴⁸⁸.

O artigo 3º desta convenção determina que a transferência de uma criança seja considerada ilícita quando tenha ocorrido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição “pela lei do Estado onde a criança tivesse a sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção”. Ou ainda quando esse direito tivesse sendo exercido no momento da transferência ou retenção.

Conforme previsão do artigo 5º, o direito de guarda irá corresponder aos direitos relativos aos cuidados com a criança, “e o direito de decidir sobre o lugar da sua residência”, enquanto o direito de visita compreenderá o direito de levar uma criança “para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside”⁴⁸⁹, ainda que por um período limitado de tempo. É com base nestas previsões que ao aplicar esta convenção, os Estados devem restituir a criança ao Estado da sua residência habitual, e regular a guarda do menor com base na lei do Estado da sua residência habitual.

Outros dispositivos desta convenção que são significativamente importantes são os artigos 12º e 13º. O artigo 12º define que quando a criança tiver sido transferida ilicitamente ou retida e tenha decorrido um período inferior a um ano entre a data da transferência ou retenção e a data do início do processo, a autoridade “deverá ordenar o retorno imediato da criança”. Dessa forma, “se o deslocamento for de menos de um ano, a autoridade judicial do lugar onde o menor morava com sua família antes de ser subtraído é exclusivamente competente para o julgamento da ação de guarda”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Em seu inteiro teor, o artigo assim determina: “Artigo 1. A presente Convenção tem por objetivo: a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante”. BRASIL, Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁸⁹ BRASIL, Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁹⁰ Cynthia Soares Carneiro e Eliana Miki Tashiro Nakamura afirmam: “A importância da Convenção de Haia sobre Sequestro Interparental é, justamente, definir a competência principal para proferir a decisão de guarda em um conflito transnacional, competência esta que pertence à autoridade judicial ou administrativa do Estado-Parte da convenção no qual a criança tiver sua residência habitual. Se o deslocamento for de menos de um ano, a autoridade judicial do lugar onde o menor morava com sua família antes de ser subtraído é exclusivamente competente para o julgamento da ação de guarda, caso o afastamento tenha sido maior que um ano, sua competência principal permanece, e é afastada apenas para evitar novos transtornos para a criança ou o adolescente”. CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. O Sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 258.

A sequência deste artigo prevê, no entanto, que quando houver ultrapassado um ano e ficar provado que a criança já se encontra integrada no novo meio, esta autoridade não precisará ordenar o seu retorno imediato. Observa-se que o critério da residência habitual é utilizado com o objetivo de garantir uma proteção efetiva ao menor com base na realidade que este está inserido e, portanto, acostumado. Quando, porém, o menor é retido ou transferido para outro Estado, ainda que ilegalmente, mas tenha passado o prazo objetivo de um ano, e este já esteja integrado no novo meio, a autoridade responsável fica liberada de ordenar o seu retorno imediato. Percebe-se que, a partir do momento que este local passa a ser a nova residência habitual do menor, a exigibilidade de retorno imediato é afastada, ainda que a mudança de endereço tenha ocorrido ilicitamente.

Esta previsão é amplamente criticada, por se entender que estaria reconhecendo como legítimo um ato ilícito⁴⁹¹. No entanto, o que se percebe ou ao menos se deveria perceber, é que o foco não é na ilicitude do ato e sim na proteção do menor. Não é razoável que o critério do retorno imediato ao local da residência habitual utilizado para beneficiar o menor seja mantido quando este já estiver integrado a uma nova realidade, a um novo meio, que já seja considerado como a sua nova residência habitual. A incidência deste artigo ocorre apenas em situações excepcionais, quando presente o requisito objetivo (mais de um ano entre a transferência e a data do início do processo) e o requisito subjetivo (houver prova de que a criança já está integrada no novo meio).

O artigo 13º define também que a autoridade não será obrigada a ordenar o retorno imediato da criança se aquele que opõe o retorno provar que a pessoa que tinha a guarda do menor não a exercia na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com este ato; ou, ainda, quando provar que “existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável”⁴⁹². Outra situação que o retorno não

⁴⁹¹ Nas palavras de Gabriella Carella, “não se pode dizer, no entanto, que as disposições consideradas negam sua razão e propósito; de fato, aumentando o número de casos em que o seqüestro não possui efeito, reforçam o propósito da repressão, mas também da prevenção, do fenômeno que a convenção propõe no interesse de menores em geral”. Tradução livre de: *"non si può dire, peraltro, che le disposizioni ora considerate ne tradiscano la ratio e la finalità; ed invero esse, aumentando il numero dei casi in cui alia sottrazione non è riconosciuto alcun effetto, rafforzano la finalità di repressione, ma altresì di prevenzione, del fenomeno che la convenzione si propone nell'interesse dei minori in genere"*. CARELLA, Gabriella. La Convenzione dell' Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione Internazionale di minori. *Rivista di diritto Internazionale privato e processuale*. Anno XXX, n. 4, ottobre-dicembre Cedan: Padova, 1994, p. 786.

⁴⁹² BRASIL, Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

seria obrigatório é quando o menor que já possui idade e grau de maturidade suficiente para ter a sua opinião considerada, se recusar a retornar.

Esta previsão do artigo 13º, que permite uma exceção à ordem de retorno imediato, gera “um reclamo geral na sociedade internacional a respeito do uso indiscriminado das exceções do artigo 13 por parte dos juízes dos Estados parte requeridos”, uma vez que permite ao juiz, a partir de critérios subjetivos e amplos, a possibilidade de “se recusar a devolver a criança ao Estado de sua residência habitual se se convencer que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia, de forma efetiva, o direito de guarda na época em que a criança fora transferida ou retida ilicitamente”⁴⁹³.

A Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família, de 23 de novembro de 2007, e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos⁴⁹⁴, celebrado em conjunto, são importantes previsões modernas e que foram recentemente aprovadas por meio do Decreto Legislativo nº 146 de 09 de dezembro de 2016. Esta convenção e este protocolo foram ratificados pelo governo brasileiro em 17 de julho de 2017, e foram promulgados pelo Decreto nº 9.176 em 17 de outubro de 2017, entrando em vigor no dia 1º de novembro de 2017.

Esta convenção visa melhorar a cooperação entre os Estados em matéria de cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família, a partir de previsão no artigo 1º, que definirá, ainda, como objetivo da presente convenção, o estabelecimento de um sistema completo de cooperação entre as autoridades dos Estados Contratantes, de modo que se permita a apresentação de pedidos para a obtenção de decisões em matéria de alimentos. Entre os objetivos estará também a garantia de reconhecimento e execução das decisões, exigindo medidas eficazes para que esta seja rápida⁴⁹⁵.

⁴⁹³ RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 313.

⁴⁹⁴ Este protocolo substituiu a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares de 2 de outubro de 1973, e a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares Relativas a Menores de 24 de outubro de 1956. Cabe ressaltar que, como visto, estas duas convenções anteriores já previam a residência habitual do menor como critério a determinar a lei aplicável. Estas convenções não foram incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente do que ocorreu com a Convenção e com o Protocolo de 2007. BRASIL, Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁴⁹⁵ BRASIL, Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

Observa-se nesta convenção a utilização da expressão “residência habitual” a fim de determinar os limites da ação de cobrança internacional de alimentos, as bases para o reconhecimento e execução de decisão. A residência habitual que importa nesta convenção é aquela do credor de alimentos em uma cobrança internacional.

O Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos foi celebrado conjuntamente com esta convenção, e ratifica a predominância do elemento de conexão residência habitual. Importa salientar que este protocolo foi também ratificado pelo Brasil no dia 17 de julho de 2017. O artigo 1º deste protocolo delimita o seu âmbito de aplicação, definindo que este irá determinar a lei aplicável às obrigações alimentares que decorrerem “de relações de família, de parentesco, de casamento ou de afinidade, incluindo as obrigações alimentares relativamente aos filhos”⁴⁹⁶.

O artigo 3º deste protocolo define a regra geral sobre a lei aplicável, determinando que as obrigações alimentares sejam reguladas pela lei do Estado da residência habitual do credor, prevendo, ainda, que, em caso de mudança da residência habitual do credor, será aplicada a lei da nova residência habitual a partir do momento em que a mudança tiver ocorrido.

Salienta-se o Relatório Explicativo elaborado por Andrea Bonomi referente a este Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares, em que a autora comenta as opções legislativas adotadas no texto que foi adotado pela Vigésima Primeira Sessão da Conferência da Haia. Neste Relatório, Andrea Bonomi destaca o motivo para a conexão prevista no artigo 3º como regra geral (residência habitual do credor), afirmando que a principal vantagem desta conexão é que ela permite determinar a existência e o montante da obrigação alimentar “tendo em conta as condições jurídicas e factuais do contexto social do país onde o credor vive e exerce a maioria das suas atividades”. Isto porque o credor utilizará a pensão de alimentos para viver em uma determinada localidade, sendo aconselhável que a apreciação do problema seja decidida a partir da consideração da realidade concreta. Em uma cobrança de alimentos, os principais aspectos a serem considerados estão refletidos no binômio possibilidade/necessidade: a possibilidade do devedor de fornecer alimentos e a necessidade do credor de receber estes alimentos. De modo que para a decisão é

⁴⁹⁶ BRASIL, Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

de suma importância as características do local em que o credor vive, o que justificaria a utilização da conexão da residência habitual.

Outro fator que ratificaria a utilização da residência habitual, segundo Andrea Bonomi, é a igualdade de tratamento entre os credores que vivem no mesmo país, independentemente da sua nacionalidade, uma vez que “não se entende por que um credor de nacionalidade estrangeira, nas mesmas circunstâncias, deva ser tratado de forma diferente daquele que tem a nacionalidade do Estado onde reside”⁴⁹⁷.

O artigo 4º determina certas peculiaridades que incidirão nos casos de obrigações alimentares dos pais relativamente aos filhos, de pessoas que não os pais relativamente a menores de 21 anos, e dos filhos relativamente aos pais. Nestes casos, se por força da lei da residência habitual do credor, este não puder obter alimentos do devedor, será aplicável a lei do foro. Caso o credor tenha recorrido à autoridade do Estado de residência habitual do devedor, também será aplicável a lei do foro, desde que esta lei permita a obtenção de alimentos pelo credor (não sendo possível a obtenção a partir da lei do foro, será aplicável a lei da residência habitual do credor, ainda que este tenha recorrido à autoridade do Estado da residência habitual do devedor). Este artigo 4º ainda prevê a possibilidade de que caso estas leis não permitam a obtenção de alimentos por parte do credor, será aplicável a lei do Estado da nacionalidade comum do credor e do devedor, caso exista. Segundo Andrea Bonomi, a razão para a existência destas derrogações “é a introdução de um regime mais favorável para certas categorias de credores de alimentos nos casos em que a aplicação da lei da sua residência habitual seja contrária aos seus interesses”⁴⁹⁸.

O artigo 5º deste protocolo prevê uma regra especial relativa aos cônjuges e ex-cônjuges, determinando que “o artigo 3º não se aplica se uma das partes se opuser e a lei de outro Estado, nomeadamente o Estado da última residência habitual comum, apresentar uma conexão mais estreita com o casamento”⁴⁹⁹. De acordo com Andrea Bonomi, ao procurar um equilíbrio entre a preocupação com a proteção do credor e a aplicação da lei de um Estado com o qual o casamento possuísse conexões mais próximas, acreditou-se, inicialmente, na

⁴⁹⁷ BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Scheveningseweg 6. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 10 out. 2017. p. 17.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁴⁹⁹ BRASIL, Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

utilização da última residência habitual dos cônjuges, uma vez que consistiria em uma conexão mais pertinente do que a residência habitual do único credor de alimentos. Esta conexão, no entanto, não será sempre a lei do Estado que possuir uma relação mais estreita. De acordo com o exemplo citado, “se a última residência habitual comum fica situada no Estado A onde os cônjuges acabaram de se estabelecer após viverem vários anos no Estado B, e se o credor regressa, após a separação, a este último Estado”⁵⁰⁰, a lei deste corresponderia melhor às expectativas das partes, uma vez que seria a residência habitual do credor e também seria o Estado de uma antiga residência habitual comum.

Andrea Bonomi afirma, assim, que cabe ao tribunal, após receber um pedido neste sentido, verificar se o casamento possui uma conexão mais estreita com uma lei diferente daquela da residência habitual do credor, citando alguns exemplos de conexões que o casamento pode ter com outros países. Menciona o Estado da “residência habitual ou domicílio dos cônjuges durante o casamento, a sua nacionalidade, o local de realização do casamento e o da separação ou do divórcio”⁵⁰¹, de modo que ao Tribunal caberá verificar se são mais ou menos significativos do que a atual residência habitual do credor de alimentos. Dentre estes critérios meramente exemplificativos é que o artigo 9º sugere o critério da última residência habitual comum dos cônjuges por entender que em muitos casos esta lei terá conexões muito significativas com o casamento. Andrea Bonomi ressalta, no entanto, “que a expressão ‘residência habitual comum’ não implica que os cônjuges tenham vivido juntos, mas basta que tenham residido ao mesmo tempo num único Estado durante o casamento”⁵⁰², ou seja, a residência habitual comum dos cônjuges não corresponde à casa comum em que estes vivem, e sim à residência ser em um Estado comum.

O artigo 6º prevê uma regra especial que poderá ser utilizada em matéria de defesa, determinando que quando se tratar de “obrigações alimentares diferentes das obrigações para com os filhos decorrentes da filiação e das obrigações referidas no artigo 5º”, ou seja, aquelas que envolvam cônjuges e ex-cônjuges, o devedor poderá opor à pretensão do credor a inexistência de obrigações, respaldado pela lei do Estado da sua residência habitual e pela lei do Estado da nacionalidade comum das partes, caso esta exista. Este artigo determina a lei a ser aplicável eventualmente em matéria de defesa, quando o devedor, nestes casos específicos, desejar opor a inexistência de obrigações alimentares.

⁵⁰⁰ BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Scheveningseweg 6. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 10 out. 2017. p. 23.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 25.

O artigo 7º deste Protocolo determina a designação da lei aplicável para efeitos de um procedimento específico, de modo que permite ao credor e ao devedor de alimentos a designação da lei de um Estado como lei aplicável a uma obrigação alimentar para efeitos de um procedimento específico neste Estado. Este artigo ainda prevê que uma designação que seja anterior à abertura da instância deve ser objeto de um acordo que tenha sido assinado por ambas as partes.

O artigo 8º insere a possibilidade de escolha da lei aplicável pelo credor e pelo devedor, que podem designar a qualquer momento uma das opções ali elencadas como lei aplicável a uma obrigação alimentar. Assim, o ponto 1 prevê que as partes podem designar uma das seguintes leis: a) a lei do Estado da nacionalidade de uma das partes; b) a lei do Estado da residência habitual de uma das partes; c) a lei designada pelas partes como aplicável ao seu regime matrimonial ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo; d) a lei designada pelas partes como aplicável ao seu divórcio ou separação de pessoas e bens ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo.

Este dispositivo prevê, no ponto 2, a liberdade de escolha da lei aplicável pelas partes, desde que esta escolha seja resultado de um acordo assinado por ambas. O ponto 3 define ainda que esta possibilidade de designação da lei aplicável prevista no ponto 1 não será aplicável às obrigações alimentares relativas a uma pessoa com menos de 18 anos ou a um adulto que não esteja em condições de proteger os seus interesses, devido a uma diminuição ou insuficiência das suas faculdades pessoais. Esta previsão visa proteger os interesses de pessoas que não teriam discernimento suficiente para firmar um acordo de designação da lei aplicável, evitando que estas pessoas viessem a ser prejudicadas durante o exercício da liberdade de escolha. O ponto 4 deste artigo 8º prevê que será a lei do Estado da residência habitual do credor no momento da designação que irá determinar se este pode renunciar ao seu direito a alimentos, ainda que as partes tenham designado uma lei aplicável conforme o ponto 1.

O ponto 5, na sequência, determina que “a lei designada pelas partes não se aplicará quando sua aplicação levar a consequências manifestamente injustas ou não razoáveis para qualquer das partes”, a menos que no momento da designação da lei, as partes tenham sido informadas das consequências da escolha. Observa-se que caso as partes estejam plenamente conscientes das consequências de sua escolha, a lei designada será aplicável mesmo quando acarretar em consequências manifestamente injustas ou pouco razoáveis, situação em que a vontade das partes seria respeitada.

De acordo com Andrea Bonomi, a admissão da autonomia da vontade das partes constitui uma das principais novidades introduzidas pelo protocolo, e “corresponde a uma forte tendência no plano internacional para reconhecer a liberdade de escolha da lei aplicável, mesmo em áreas onde tradicionalmente estava excluída”⁵⁰³. Com a alteração do sentido de família⁵⁰⁴, a partir de uma visão que abandonava aquele posicionamento patriarcal, a autonomia passa a alcançar “também a possibilidade de escolha de diferentes arranjos familiares” com o “reconhecimento de que o Direito não pode fechar os olhos à realidade múltipla que o circunda”. Estas modificações foram consequências “da própria transformação da sociedade, o estudo, aqui, fixa-se no papel transformador do princípio da liberdade em sua faceta autonomia privada”⁵⁰⁵.

O artigo 9º deste protocolo apresenta uma previsão inovadora no direito internacional privado ao definir que um Estado que utilize o elemento de conexão domicílio em matéria familiar pode informar o Secretariado Permanente da Conferência de Haia que, para efeitos dos processos apresentados as suas autoridades, o termo “nacionalidade” presente nos artigos 4º e 6º será substituído por “domicílio”⁵⁰⁶. Ou seja, permite que um Estado como o Brasil, que adota o elemento de conexão domicílio em matérias de direito de família, interprete os artigos de modo que seja possível a aplicação do domicílio comum das partes, e não a sua nacionalidade como prevê o texto oficial.

Conforme Andrea Bonomi, esta disposição foi introduzida no texto do protocolo diante de uma proposta da, então, Comunidade Europeia que visava facilitar a aplicação do Protocolo aos Estados que não possuíam o hábito de utilizar o critério da nacionalidade, em especial aqueles adeptos do sistema jurídico da *common law*. A previsão contida no artigo 9º

⁵⁰³ BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Scheveningseweg 6. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 10 out. 2017. p. 27.

⁵⁰⁴ No direito brasileiro, evidencia-se através do advento do Código Civil de 2002. BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

⁵⁰⁵ STEINER, Renata T. Autonomia (privada) no direito internacional das famílias. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 33-34.

⁵⁰⁶ Destaca-se a redação deste dispositivo: “Artigo 9º «Domicílio» em vez de «nacionalidade» Um Estado em que o conceito de «domicílio» constitua um fator de conexão em matéria familiar pode informar o Secretariado Permanente da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado que, para efeitos dos processos apresentados às suas autoridades, o termo «nacionalidade» nos artigos 4.o e 6.o é substituído por «domicílio», tal como é definido nesse Estado”. BRASIL. Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

não limita, no entanto, a sua aplicação unicamente aos Estados da *common law*, sendo possível também a sua aplicação por países do sistema jurídico da *civil law*, como o Brasil. Para que estes Estados possam se beneficiar desta previsão é necessário que a norma interna deste utilize o critério do domicílio, e não o critério da nacionalidade, de modo que o critério do domicílio deverá ser utilizado tal como é definido em sua lei interna, o que evitaria eventual conflito conceitual entre um Estado e outro. Esta substituição da nacionalidade pelo domicílio terá efeitos apenas para o Estado Contratante que recorreu a esta opção, uma vez que “o artigo 9º não está sujeito à condição de reciprocidade”⁵⁰⁷.

O artigo 11º define o âmbito da lei aplicável às obrigações alimentares, determinando as matérias que serão englobadas: a existência e o âmbito do direito do credor a alimentos, as pessoas que poderão ser cobradas pelo credor, as medidas em que o credor poderá solicitar os alimentos de modo retroativo, a base de cálculo do montante devido, quem poderá intentar ação para obter alimentos, os prazos de prescrição ou para intentar a ação. E o artigo 14º busca a garantia de uma proteção mínima ao credor de alimentos, ao prever que para fixação do montante dos alimentos deverá ser considerado os recursos do devedor e as necessidades do credor, ainda que a lei aplicável em razão do protocolo disponha de modo diferente.

As previsões contidas neste protocolo procuraram seguir os critérios que correspondem a fortes tendências no direito internacional privado atualmente, sendo possível observar a predominância do critério de conexão da residência habitual, juntamente com o princípio da proximidade, e ainda evidenciou a harmoniosa relação que a residência habitual consegue manter tanto com o critério de conexão do domicílio como com o critério de conexão da nacionalidade. Esta coexistência harmoniosa entre os critérios de conexão não consistia em uma realidade possível diante da dicotomia que predominava o direito internacional privado e dividia os países entre adeptos do domicílio e adeptos da nacionalidade. A partir das previsões contidas neste protocolo, é possível observar com maior clareza a maior adequação do critério de conexão da residência habitual na busca por uma norma unificadora do direito internacional privado, tal como defendia Savigny.

Ao observar as convenções apresentadas, de uma forma geral, percebe-se que o elemento de conexão residência habitual possui uma previsão expressiva no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não por meio da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É possível encontrar o reconhecimento do elemento de conexão residência habitual

⁵⁰⁷ BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Scheveningseweg 6. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 10 out. 2017. p. 33.

pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através de um documento denominado “Comentários sobre a Convenção de Haia de 1980”. De acordo com o texto proferido pelo STF, a utilização da residência habitual ocorreria por ser este um elemento de conexão menos polêmico e mais flexível que o domicílio⁵⁰⁸. Uma certa crítica foi feita à Convenção da Haia de 1980 por não ter delimitado o conceito de residência habitual e nem os critérios que determinariam o local da residência habitual da pessoa⁵⁰⁹. Como visto, esta opção legislativa representa a flexibilidade do conceito de residência habitual, garantindo ao tomador de decisão uma maior liberdade.

Outro ponto destacado pelo STF é de que a previsão da residência habitual não seria contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o domicílio no direito brasileiro corresponde ao local em que a pessoa estabelece sua residência com ânimo definitivo, prevendo ainda a possibilidade de uma pessoa possuir mais de uma residência, momento em que o domicílio poderá ser qualquer uma delas⁵¹⁰. O entendimento, assim, seria de que a adoção da residência habitual como critério de conexão não seria contrária ao ordenamento jurídico brasileiro⁵¹¹, fixando a convenção apenas “um critério menos rígido do que a lei brasileira. Em outras palavras, é no país onde a criança habitualmente residia que se delimitam os temas sobre os direitos de guarda e visita”⁵¹². É um critério de conexão mais flexível que o domicílio, o que faz com que seja mais aceitável pelos países em suas negociações, e mantém o objetivo de aplicar a lei que possua uma relação mais estreita com a vida da pessoa.

⁵⁰⁸ É possível observar que conforme o STF “os Estados contratantes manifestaram preferência, desse modo, por um termo que não oferecesse muita polêmica e fosse eminentemente prático, já que o conceito de domicílio, utilizado pelas legislações de vários Estados, entre os quais o Brasil, para fixação da competência jurisdicional internacional, é um conceito que engloba maior polêmica”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comentários sobre a Convenção de Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵⁰⁹ Ainda pelo texto do STF percebe-se que “embora largamente utilizado, a convenção não conceituou e nem fixou os critérios de determinação do que considera residência habitual, apenas dispondo que ele deverá ser apurado no momento em que ocorreu o ato ilícito da remoção ou transferência”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comentários sobre a Convenção de Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵¹⁰ “O atual Código Civil brasileiro, mantendo a mesma redação do Código de 1916, optou pelo conceito de domicílio, como o local irradiador dos direitos relativos ao Estado e à personalidade, definindo-o como o lugar em que a pessoa natural estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art.70). Quando a pessoa natural tiver várias residências, diz o Código, onde alternadamente viva, considerar-se-á seu domicílio qualquer uma delas (art. 71)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comentários sobre a Convenção de Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵¹¹ Nas palavras emitidas pelo STF: “Não colide, desse modo, a Convenção de 1980 com a legislação brasileira, especialmente o art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comentários sobre a Convenção de Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comentários sobre a Convenção de Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp>> Acesso em: 26 nov. 2017.

Georgette Nacarato Nazo afirma que a partir de 1942, o Brasil “passou a acolher o domicílio e, à sua falta, a residência habitual da pessoa, tal como se encontra nas regras de Direito Internacional Privado da Lei de Introdução ao Código Civil (arts. 7 a 19)”⁵¹³. Afirmar que a residência habitual é aceita pela lei interna brasileira é, no entanto, equivocado. Isto porque a residência habitual não é considerada como um critério de conexão previsto no direito internacional privado brasileiro desde 1942, não sendo reconhecida a sua presença na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Evidencia-se que a residência habitual possui uma relação direta com o princípio da proximidade, na medida em que vem sendo utilizado internacionalmente em situações familiares que envolvam menores. Nestes casos, a escolha da lei aplicável deve ocorrer de um modo que priorize o melhor interesse destes, devendo ser escolhida a lei que possuir uma relação mais estreita com a realidade em que a pessoa estiver inserida.

Conforme Jacob Dolinger, “toda regra de conexão nada mais é do que uma manifestação do princípio da proximidade” de modo que “se a regra de conexão formulada pelo legislador não dirigir o juiz à lei mais intimamente ligada à causa, havendo outra lei mais próxima, mais conectada, obviamente que esta outra lei deverá ser aplicada”⁵¹⁴. Ainda conforme o autor, este é basicamente o objetivo do direito internacional privado “que nada mais quer do que aplicar a cada situação transnacional, o direito que mais se aproxima, que mais tem a ver com a causa, aquele direito que está mais sintonizado com a hipótese sob julgamento, aquele sistema jurídico que mais condições têm de conhecer o fato, cujas normas foram criadas justamente para reger este fato, e que, assim, melhor justiça produzirá”⁵¹⁵.

Assim, associando a determinação da lei aplicável ao princípio da proximidade⁵¹⁶, explicita-se a justificativa para a ascensão da residência habitual no mundo globalizado. Cada vez mais, esta parece ser a solução para a dicotomia existente entre a nacionalidade e o domicílio.

Constatou-se, neste ponto do trabalho, que o critério da residência habitual, ainda que não possua previsão na LINDB, já está inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de convenções que foram incorporadas, e que, apesar de versarem sobre um número limitado

⁵¹³ NAZO, Georgette Nacarato. *Adoção internacional: valor e importância das convenções internacionais vigentes no Brasil*. São Paulo: O. Mendes. 1997. p. 315.

⁵¹⁴ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2004. p. 143.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 143.

⁵¹⁶ Ver mais em: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

de matérias, já inserem previsões mais atualizadas ao direito internacional privado brasileiro – que mantém até o momento, uma legislação com setenta e cinco anos de vigência.

Após observar a inserção do critério da residência habitual no ordenamento jurídico brasileiro é que este trabalho se destinará a analisar decisões dos tribunais brasileiros que já tenham utilizado este critério, enfrentando o problema de decidir o local da residência habitual de uma pessoa a partir das circunstâncias de cada caso.

Esta análise da residência habitual na jurisprudência brasileira será importante para que, posteriormente, se compreenda os possíveis cenários do futuro do direito internacional privado no Brasil, com destaque para tentativas frustradas de atualização da LINDB que visavam inserir o critério da residência habitual de modo subsidiário ao domicílio, e ainda a propositura de possíveis soluções a esta desatualização existente, seja por meio de uma eventual atualização normativa – solução que apesar de necessária, só poderia se concretizar a longo prazo – ou por meio de uma alteração interpretativa na legislação brasileira vigente atualmente – solução que apesar de insuficiente conseguiria apresentar resultados práticos em curto prazo.

2.2. A incidência da residência habitual como elemento de conexão em decisões proferidas pelos tribunais brasileiros e o seu futuro no direito internacional privado interno

Passa-se, desta forma, à análise do elemento de conexão residência habitual em decisões proferidas por tribunais brasileiros e que, em sua maioria, utilizaram as previsões contidas na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980.

É possível observar divergências entre as decisões que serão analisadas e uma situação que demonstra a fragilidade da Convenção da Haia e da utilização do elemento de conexão residência habitual na efetiva proteção de crianças no direito internacional privado: a morosidade processual, contrária à agilidade exigida pela convenção e que compromete a sua eficácia de modo significativo.

Os tribunais brasileiros, como será visto, possuem uma tendência em não ordenar o retorno imediato da criança ao local da sua última residência habitual, por entender que esta já se encontra adaptada à nova realidade, à realidade brasileira. Observa-se que, em alguns casos, o lapso existente entre o deslocamento ilícito e a decisão definitiva chega a dez anos – o que, de fato, prejudica a apreciação do sequestro ou da retenção ilícita com base na

Convenção da Haia. Nestes casos, que representam a maioria das decisões analisadas, o Tribunal reconhece o ato ilícito, ou seja, o sequestro ou a retenção, mas não ordena o retorno da criança ao país da sua última residência habitual, por motivos lógicos – aquele país já não é mais a residência habitual da criança há muito tempo.

O estudo segue, então, com uma análise do futuro do direito internacional privado brasileiro e a inserção do elemento de conexão residência habitual. Destacam-se as propostas elaboradas para uma atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que já previam a residência habitual, mas como um elemento de conexão subsidiário.

Após compreender os motivos que originaram o elemento de conexão residência habitual e que ainda justificam a sua utilização no direito internacional privado – garantir a aplicação da lei mais próxima à realidade em que esta pessoa se insere e buscar uma harmonização⁵¹⁷ do direito internacional privado atuando como uma alternativa à dicotomia clássica nacionalidade/domicílio – observa-se que a sua incidência de maneira subsidiária, tal como proposta nos textos analisados, seria ineficaz. Percebe-se, ainda, que uma simples alteração interpretativa do artigo 7º, § 8º, da LINDB, por meio da compreensão do termo “residência” ali presente como uma “residência habitual”, já efetuará a atualização que estas propostas visavam.

Desta forma, propõe-se uma atualização normativa do direito internacional privado brasileiro que forneça primazia ao elemento de conexão residência habitual e aproxime a disciplina nacional das tendências modernas existentes atualmente – o princípio da proximidade, o critério da residência habitual e a autonomia da vontade.

2.2.1. A aplicação da residência habitual pelos tribunais brasileiros

Casos práticos já podem ser encontrados na jurisprudência brasileira, ainda que o reconhecimento da residência habitual como um critério de conexão no direito internacional

⁵¹⁷ Paulo Borba Casella afirma que “pode o objeto da harmonização, unificação e uniformização tornar-se norma internacional, de caráter vinculante, para os Estados signatários, por se tratar de tratado ou convenção, como tal obrigando os signatários à observância de seu conteúdo, como pode, em segundo lugar, configurar-se a norma mediante a adoção de lei-modelo ou lei-uniforme, às quais os Estados procurarão adaptar seus modelos nacionais, ou ainda pode ser criada norma mediante a consolidação de práticas setoriais uniformes, utilizadas de modo consistente pelos operadores privados, independentemente de sua ‘positivação’”. CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 87.

privado brasileiro seja incipiente e a sua aplicação seja direcionada apenas pelas convenções que o país já incorporou.

Os casos já julgados pela justiça brasileira e que utilizam a residência habitual envolvem, em sua maioria, a aplicação da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Como visto, esta convenção visa à proteção da criança garantindo o seu retorno imediato ao país de sua residência habitual, determinando o âmbito jurisdicional do caso, bem como o direito a ser aplicado. Constatada a irregularidade na situação do menor, este deve retornar imediatamente ao país da sua residência habitual – país que possuirá a jurisdição e a lei aplicável ao caso, a sua guarda e a regulamentação de visitas.

Buscou-se, em um primeiro momento, verificar o número de casos julgados em 2ª instância que utilizaram o critério da residência habitual, através da incidência de convenções, como esta Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Foi, então, elaborada uma pesquisa entre as jurisprudências dos Tribunais Regionais Federais (TRFs), a fim de visualizar o número de casos já apreciados e, ainda, de que forma a matéria em questão tem sido interpretada.

Deste modo, duas expressões foram inseridas nas ferramentas de busca dos sítios eletrônicos dos cinco Tribunais Regionais Federais existentes no Brasil. Cada Tribunal Regional Federal (TRF) destina-se à apreciação de casos oriundos de uma determinada região do país, possuindo como denominação “Tribunal Regional Federal da 1ª região”, por exemplo, e que serão aqui mencionados como “TRF 1”. A expressão “residência habitual” foi a primeira a ser pesquisada, e a segunda foi a expressão “Convenção de Haia”.

A busca pretendia, inicialmente, observar o número de decisões já apreciadas pelos tribunais, ainda que versassem apenas sobre a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Para que, então, em um segundo momento, fosse possível selecionar as decisões que solucionaram o direito material da relação jurídica, afastando aquelas decisões que versavam apenas sobre direito processual. Estas decisões selecionadas, que solucionavam o problema materialmente, foram analisadas uma a uma, a fim de que fossem divididas entre três diferentes soluções: decisões que mantiveram a criança no Brasil, ordenando que esta não retornasse ao país da sua residência habitual; decisões que mantiveram a criança no Brasil por ser este considerado como o país da sua residência habitual, diante da inexistência de sequestro ou retenção ilícita; e, por fim, decisões que ordenaram o retorno da criança ao país da sua residência habitual.

Conforme Érika Maeoka, “o sequestro internacional é uma questão norteadada pela dificuldade em alcançar uma solução, pois os litígios nesses casos acabam ocasionando os intermináveis embates entre o próprio judiciário dos Estados envolvidos em meio aos processos de restituição de menores e, em não raros casos cada qual defendendo os interesses de seus próprios nacionais”⁵¹⁸. Esta defesa dos interesses dos seus próprios nacionais é amplamente observada nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, que, não poucas vezes, decidiram pela manutenção da criança no país ainda que o deslocamento desta tenha sido ilícito.

Após pesquisa nos sítios eletrônicos do TRF 1, do TRF 2, do TRF 3, do TRF 4 e do TRF 5, seleção das decisões que solucionavam materialmente o caso e análise da postura adotada em cada decisão, foram encontrados os seguintes dados:

⁵¹⁸ MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 335.

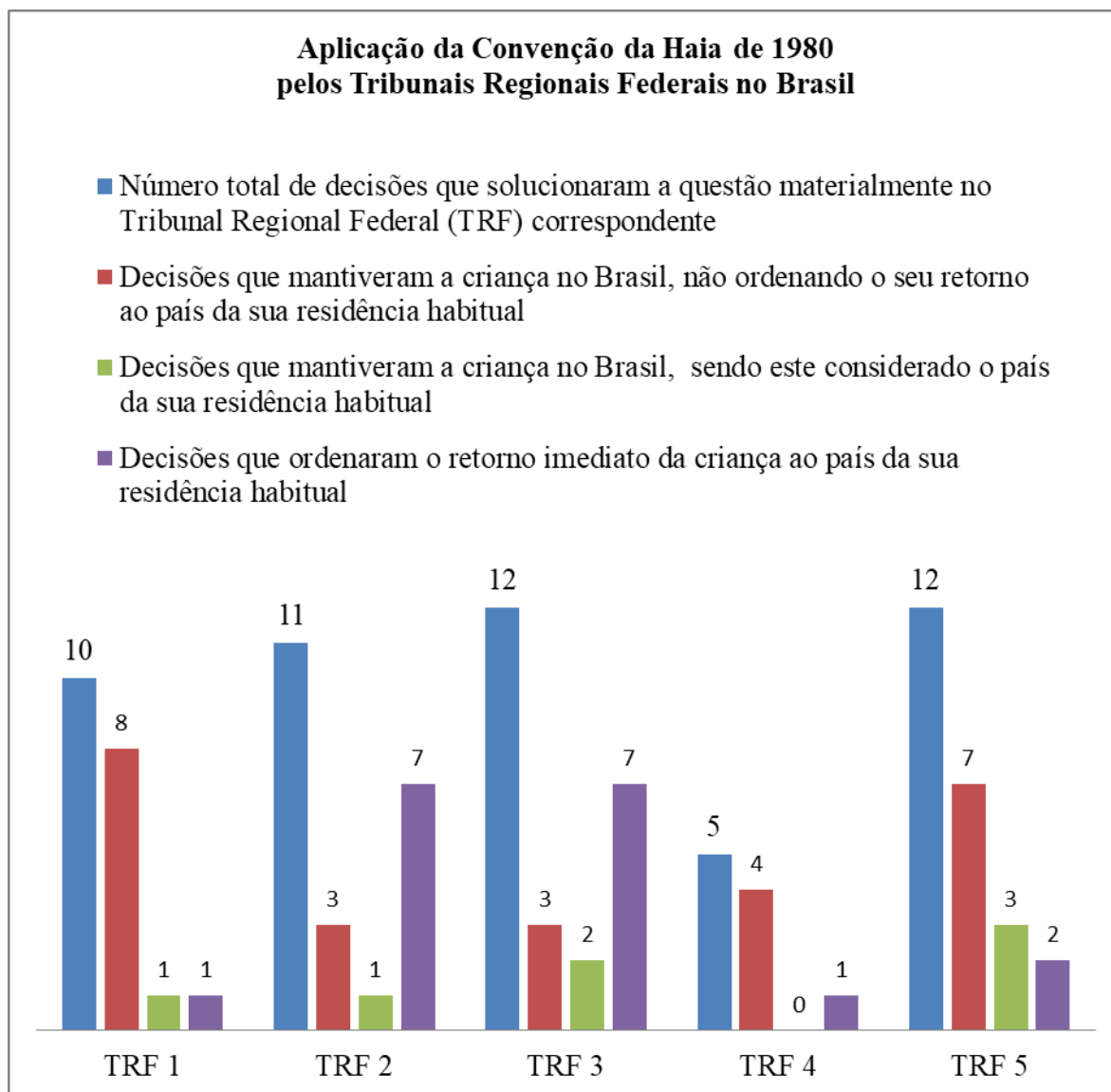


Gráfico 1: Análise das decisões dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) das cinco regiões que solucionaram materialmente casos envolvendo a Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças de 1980

Diante do número de decisões proferidas, que decidiram materialmente a questão a partir da aplicação da Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças, percebe-se que este tema já possui uma presença significativa nos tribunais brasileiros.

No TRF 1, por exemplo, observaram-se dez acórdãos que apresentaram uma solução material ao caso, dentre os quais oito reconheceram a ilicitude do sequestro ou da retenção, decidindo, ainda assim, pela manutenção da criança no Brasil por entender que esta já se encontra adaptada ao novo meio, diante do extenso lapso existente entre o ato ilícito e a decisão. Nestes casos, o entendimento é que a manutenção da criança no Brasil corresponde à garantia do melhor interesse desta, uma vez que o seu retorno ao país da sua última residência habitual antes do deslocamento seria passível de acarretar danos psíquicos e emocionais.

Dentre os dez acórdãos, apenas um determinou o retorno da criança ao país da sua residência habitual, e também apenas um acórdão manteve a criança no Brasil por entender que este é o local da sua residência habitual, diante da inexistência de sequestro ou retenção ilícita.

Entre os onze acórdãos julgados pelo TRF 2, observa-se uma tendência maior de decisões que ordenam o retorno imediato da criança ao país da sua residência habitual, uma vez que dentre os onze analisados, sete apresentaram esta determinação. Apenas três acórdãos ordenaram a manutenção da criança no Brasil por entender que esta já se encontrava adaptada ao novo meio, de modo que o retorno ao país da sua última residência habitual lhe seria mais prejudicial. Dentre os onze acórdãos, apenas um considerou o Brasil como o local da residência habitual do menor, determinando a inexistência de sequestro ou retenção ilícita, e ordenando a permanência em território brasileiro.

O TRF 3 foi um dos tribunais que apresentou o maior número de acórdãos, doze no total, que solucionaram materialmente casos de sequestro ou retenção ilícita de menores, a partir das previsões contidas na Convenção da Haia de 1980. Dentre estes doze, sete ordenaram o retorno imediato do menor ao país da sua residência habitual; três mantiveram a criança no Brasil por entender que já estava adaptada ao novo meio e o retorno poderia acarretar danos psíquicos e emocionais; e duas mantiveram a criança no Brasil por entender que este correspondia ao Estado da sua residência habitual, diante da inexistência de prática ilícita.

Se o TRF 3 foi um dos tribunais que apresentou o maior número de acórdãos, destaca-se que o TRF 4 foi o tribunal que apresentou o menor número, apenas cinco, que solucionaram materialmente casos de sequestro ou retenção ilícita com fundamento na Convenção da Haia. Destes cinco acórdãos, quatro reconheceram outro país como o local da residência habitual da criança, mantendo-a, no entanto, no Brasil por entender que o retorno imediato poderia ocasionar dano psíquico e emocional, uma vez que já está adaptada à realidade brasileira. Destes cinco casos, apenas um ordenou o retorno imediato da criança ao país da sua residência habitual.

E por fim, no TRF 5 foram encontrados doze acórdãos que solucionaram materialmente os casos de sequestro e retenção ilícita, dos quais sete mantiveram a criança no Brasil – mesmo após reconhecerem a configuração do ato como sequestro ou retenção ilícita e reconhecerem outro país como sendo a última residência habitual do menor – uma vez que a criança já estaria adaptada ao novo meio, diante do lapso temporal existente entre o ato ilícito e o momento atual da decisão. Destes doze acórdãos, três reconheceram o Brasil como o

Estado da residência habitual da criança, ordenando a sua permanência, e apenas dois determinaram o retorno imediato ao país definido como a residência habitual do menor.

Observa-se, de uma forma geral, que alguns tribunais, como o TRF 1, o TRF 4 e o TRF 5, possuem uma tendência maior de decidir pela manutenção da criança no Brasil, ainda que um outro Estado seja reconhecido como o local da sua residência habitual e ainda que o ato de deslocamento ou retenção sejam reconhecidos como ilícitos, por considerarem que a criança já está adaptada ao novo meio, ou seja, à realidade brasileira, já residindo no Brasil por um período de tempo considerado significativo, de modo que o seu retorno ao país que era, antes, o local da sua residência habitual poderia acarretar danos psíquicos e emocionais. O retorno seria, assim, mais prejudicial à criança do que a sua manutenção no local que se encontra após o deslocamento ilícito.

Já outros tribunais, como o TRF 2 e o TRF 3, que juntos concentram um número significativo de acórdãos, apresentaram uma tendência maior de decidir pelo retorno imediato da criança ao país da sua residência habitual, destacando-se uma interessante diversidade entre estes países. É possível encontrar, nos casos julgados por estes dois tribunais, uma defesa pela desconsideração do tempo existente entre o ato ilícito e a decisão de retorno, uma vez que a parte sequestradora poderia se fazer valer da morosidade⁵¹⁹ da justiça, ou até mesmo de recursos protelatórios, que, eventualmente, resultariam no reconhecimento da ilicitude aliado à manutenção da criança no Brasil, a partir dos fundamentos apresentados acima. As exceções previstas na Convenção da Haia deveriam ser interpretadas de modo restritivo, não sendo consideradas como a regra geral. A regra, nestes casos, deveria ser a pronta devolução da criança ao país da sua residência habitual.

Ao somar estes dados na busca de um resultado geral no âmbito brasileiro, desconsiderando a subdivisão existente entre os Tribunais Regionais Federais (cinco regiões), poderia ser observado o seguinte resultado:

⁵¹⁹ A morosidade é contrária à essência da Convenção da Haia de 1980 que exige uma resposta célere: “Neste tema, é vital o investimento e a preocupação com a rapidez, a celeridade na solução do caso e, simultaneamente, o cumprimento do princípio constitucional e convencional do melhor interesse da criança”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Convenção da Haia de 1980 e as noções conceituais de guarda e visita*. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 252.

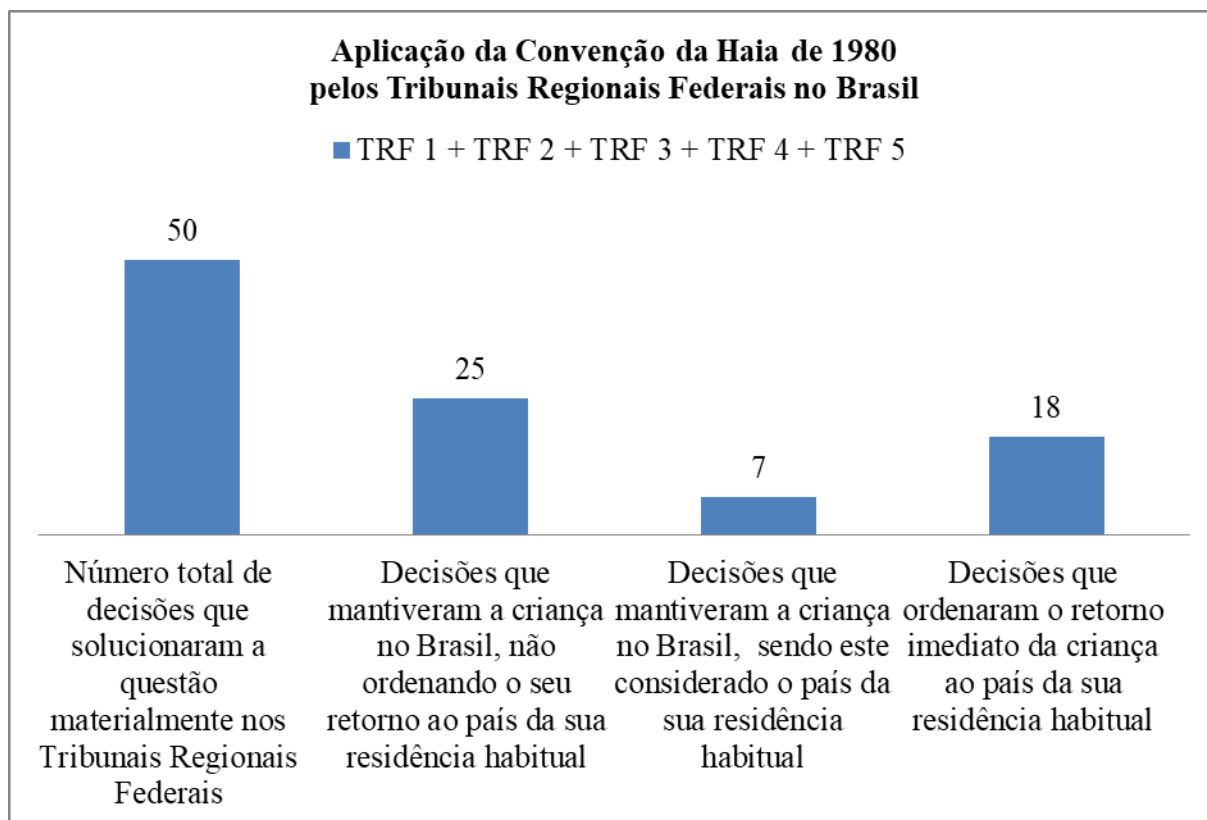


Gráfico 2: Análise do número total de decisões dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) que solucionaram materialmente casos envolvendo a Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças de 1980

O que se observa é que foram encontrados cinquenta acórdãos nos Tribunais Regionais Federais que se propuseram a apresentar a solução material dos casos de sequestro e retenção ilícita de crianças, a partir da fundamentação existente na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980. Estas decisões possuem elementos importantes uma vez que para a sua solução, com base nesta convenção, o tribunal precisa determinar o local da residência habitual da criança. Será o juízo e a lei do Estado da residência habitual da criança que irá decidir as questões relativas à guarda e visita, por exemplo, cabendo ao direito brasileiro respeitar a decisão estrangeira.

Entre os casos analisados, destaca-se a fundamentação utilizada na Apelação Cível nº 2008.81.00.011960-5⁵²⁰, de janeiro de 2010, que teve como relator o Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Trata-se de ação de busca e apreensão de menores proposta pelo pai, cidadão francês, visando a restituição de três filhos, nascidos na França, que estariam vivendo no Brasil com a mãe, cidadã brasileira.

⁵²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 2008.81.00.011960-5. Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. Julgado em 21 de janeiro de 2010.

Já no início do seu voto, o relator destaca a redação dos artigos 1º, 3º e 4º, da Convenção da Haia de 1980, afirmando que, a partir da leitura destes dispositivos, resta evidente que a necessidade de determinar qual o Estado de residência habitual das crianças para que se possa aferir a aplicabilidade da norma em questão, uma vez que “a ilicitude da transferência ou retenção está calcada na violação ao direito de guarda fixado pela lei do Estado onde a criança residia de forma habitual antes da ocorrência do deslocamento internacional”.

Diante desta razão, busca uma conceituação de residência habitual, ressaltando que a convenção em si não fixou o conceito, mas que se pode ter uma noção a partir da Conferência da Haia, de que a residência habitual é compreendida por seu aspecto factual, diferindo do sentido de domicílio. Segundo o relator, “trata-se, portanto, de noção concreta, onde devem ser analisadas as circunstâncias de cada caso”. Ainda buscando uma base conceitual para a expressão “residência habitual”, o relator apresenta uma conceituação doutrinária do termo “residência”, concluindo que corresponderia ao “local no qual a pessoa estabeleceu uma morada normal, com relativa estabilidade e com intenção de ali permanecer (habitualidade)”⁵²¹.

Passa, assim, à análise dos elementos fáticos do caso a fim de determinar qual seria o Estado da residência habitual dos menores e, conseqüentemente, qual seria a lei aplicável à guarda em questão. No caso, o pai ingressou com a ação afirmando que a família residia na França e teria vindo ao Brasil para passar férias, momento em que a mãe teria decidido não retornar com os filhos. No entanto, ficou constatado durante a instrução processual, que a situação era outra: a mudança da família para o território brasileiro havia sido resultado de um acordo feito entre o casal, como uma tentativa de reconstruir o casamento que já estava bastante abalado. Segundo o relator, foram apresentadas mensagens enviadas pelo pai, em que este propõe a mudança de residência para o Brasil, local em que poderiam recomeçar. Outro fator que ratificou esta situação foi a matrícula escolar dos filhos realizada no momento em que a família chegou no Brasil, com a declaração dos professores que afirmaram a participação de ambos os pais. Outro fator que comprovaria a intenção da família de permanecer no Brasil foi o testemunho do corretor de imóveis encarregado de encontrar um imóvel residencial para aquisição da família.

Dessa forma, o relator determinou no voto que “não restam dúvidas de que houve, efetivamente, o deslocamento da residência habitual dos menores para o Brasil”, ainda que no

⁵²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 2008.81.00.011960-5. Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. Julgado em 21 de janeiro de 2010.

curso período de um mês o pai tenha desistido da sua pretensão e tenha retornado à França, desistência que “não tem o condão de transmudar a residência habitual dos menores”⁵²². O deslocamento da residência habitual dos menores ocorreu no momento em que estes chegaram ao território brasileiro, uma vez que o termo “habitual”, ainda que sugira uma duração, “não exclui a possibilidade de ser configurado em curto lapso de tempo se fortalecido com o aspecto subjetivo da intenção de permanência no local”⁵²³. A decisão ratificou o Brasil como o Estado da residência habitual dos menores, não tendo sido comprovada a retenção ilícita dos menores prevista na Convenção da Haia de 1980.

Esta decisão faz importante precedente, uma vez que ressalta o foco de casos que envolvem convenções como esta: a determinação do Estado da residência habitual. A busca por esta determinação permeia o aspecto conceitual do termo e reforça a importância de análise das circunstâncias do caso concreto, diante da necessidade de analisar não apenas a movimentação das pessoas entre os países, como também a intenção ou não de permanência nestes países.

Percebe-se que dos cinquenta casos analisados, julgados pelos Tribunais Regionais Federais, vinte e cinco acórdãos determinaram a manutenção da criança no Brasil, apesar de reconhecerem a ilicitude do ato praticado pelo sequestrador e, ainda, reconhecerem um país terceiro como o local da residência habitual da criança, através da incidência das exceções à pronta devolução contida na Convenção da Haia. São casos em que a criança já se encontra adaptada à nova realidade, de tal forma que a determinação do retorno ao local da sua última residência habitual antes do ato ilícito pode ser mais gravosa ao seu interesse e à sua proteção. Apesar do posicionamento de que estas exceções devam ser interpretadas restritivamente, observa-se que correspondem, entre os dados acima apresentados, a 50% das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais no Brasil, enquanto o retorno imediato da criança ao país da sua residência habitual ocorre apenas em 36% dos acórdãos (apenas dezoito acórdãos, dentre os cinquenta analisados).

Destas decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais seria possível, ainda, um recurso processual dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Entre as primeiras decisões proferidas pelo STJ que utilizaram o critério da residência habitual encontra-se o

⁵²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 2008.81.00.011960-5. Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. Julgado em 21 de janeiro de 2010.

⁵²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 2008.81.00.011960-5. Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. Julgado em 21 de janeiro de 2010.

Recurso Especial nº 1.315.342⁵²⁴, em que foi definida a residência habitual dos menores como sendo a Noruega. O pai de nacionalidade norueguesa e a mãe de nacionalidade brasileira tiveram dois filhos nascidos na Noruega, um no ano de 2000 e outro no ano de 2002, local em que a família residia. Com a separação do casal, foi proferida decisão da justiça norueguesa determinando que a guarda dos menores fosse da mãe, estabelecendo as visitas e ainda concedendo a esta o direito de levar as crianças para o Brasil e lá permanecer durante um mês por ano. Em julho de 2004, os pais concordaram em residir no Brasil por um período, fazendo uma experiência e acordando que caso não houvesse a adaptação do genitor no país, este poderia retornar à Noruega com as crianças.

O pai, assim, retornou com os filhos em dezembro de 2004 para a Noruega, sem o consentimento da mãe, que retornou em maio de 2005 buscando ratificar a guarda exclusiva perante a justiça norueguesa. Em junho de 2006, conforme decisão do *Tribunal Distrital de Slien e Porsgrumm*, ratificada pela *Corte de Apelação de Agder*, na Noruega, ficou determinada a guarda exclusiva do pai, com a regulamentação de condições para visitação. Em outubro do mesmo ano, a mãe aproveitou uma das visitas para trazer os menores ao Brasil sem a anuência do pai e aqui os reteve, o que originou o pedido da Autoridade Central norueguesa ao Ministério Público Federal (MPF) e à Advocacia-Geral da União (AGU), fundamentado na Convenção da Haia de 1980 e a respectiva ação de busca e apreensão para retorno imediato das crianças. Salienta-se que em dezembro de 2004, após o pai retornar com os filhos para a Noruega, a mãe ingressou com pedido de guarda na justiça brasileira.

Conforme o STJ, o juízo competente para analisar as questões referentes à guarda e ao direito de visita será determinado pelo local da residência habitual das crianças, de modo que as decisões proferidas pela justiça norueguesa e pela justiça brasileira não possuem, *a priori*, qualquer eficácia. Assim, “a questão nuclear passa pela definição a respeito da residência habitual dos menores para o fim de aplicação do art. 3º da Convenção de Haia”⁵²⁵.

De acordo com o voto do relator, observa-se que o breve período passado no Brasil não modificou a residência habitual dos menores, bem como de seus pais, considerando ainda

⁵²⁴ Importante observar trecho da ementa desta decisão do STJ: “Direito internacional. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Art. 3º do decreto 3.413/2000. Residência habitual que, neste caso, deve ser entendida como a Noruega. Recorrente que se submeteu à jurisdição estrangeira para definição da guarda das crianças e, após decisão desfavorável, retornou com os filhos ao Brasil, sem o consentimento de quem detinha a guarda legal dos menores. Indispensabilidade do cumprimento da Convenção, com o retorno dos menores ao país estrangeiro. Ausência de qualquer situação descrita no art. 13 do Decreto 3.413/2000. Recurso especial desprovido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.315.342 RJ (2012/0057779-5). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília. Julgado em: 23 de novembro de 2012.

⁵²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.315.342 RJ (2012/0057779-5). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília. Julgado em: 23 de novembro de 2012.

que a permanência destes estava condicionada à adaptação no país. Outro fator considerado é de que a mãe, no período que a família estava residindo no Brasil, retornou à Noruega para trabalhar por seis semanas, recebendo benefícios sociais deste país durante o período em que esteve no Brasil. Conforme o voto, “só esse fato já indica que tanto a mãe como o pai estavam ainda ligados àquele País, por vínculos familiares ou de trabalho, e não haviam estabelecido residência definitiva no Brasil”.

Conforme o STJ, a residência habitual “é aquela em que a criança tinha a sua raiz, estava vivendo em caráter de permanência”, sendo “a Lei desse Estado soberano que deve decidir sobre as questões relativas à guarda dos menores”⁵²⁶, de modo que ao determinar a residência habitual dos menores como sendo a Noruega, observa-se válida a decisão da justiça norueguesa de junho de 2006 que concedeu a guarda exclusiva ao pai, ratificando a ilicitude do deslocamento realizado pela mãe em outubro.

O STJ afastou, ainda, a incidência do artigo 13º, determinando que não estava presente neste caso qualquer indicativo de que os menores estariam sujeitos a perigos em caso de retorno à Noruega. O resultado dos estudos psicológico e social feito perante à justiça brasileira demonstraram a adaptabilidade das crianças à vida no Brasil, fato que, no entanto, não pode implicar em prejuízo da parte contrária. Isto porque o período de tramitação do processo de busca e apreensão baseado na Convenção da Haia de 1980 “configuraria sempre um fator a favor da parte que a infringiu, tornando-a vazia de sentido”.

Esta decisão do STJ, dessa forma, determinou a Noruega como sendo o local da residência habitual dos menores, ordenando o retorno destes ao país estrangeiro. A Noruega possuiria, assim, a competência jurisdicional para decidir sobre a guarda dos menores, bem como seria a lei deste país que deveria ser aplicada. A interpretação utilizada em casos como este é que a aplicação da previsão contida na Convenção da Haia, ou seja, aceitar que o juízo competente e a lei aplicável à guarda do menor serão determinados pelo Estado da sua última residência habitual, afasta a incidência da previsão contida no artigo 7º da LINDB, uma vez que seguindo esta previsão o critério a ser utilizado seria o domicílio dos pais ou responsáveis.

⁵²⁶ Este pode ser o trecho mais importante da decisão, também encontrado na sua ementa: “9. A residência habitual, para fins da Convenção de Haia é aquela em que a criança tinha as suas raízes, estava vivendo em caráter de permanência. E, segundo a referida Convenção, é a Lei desse Estado soberano que deve decidir as questões relativas à guarda dos menores. Pelo que dispõe o art. 3º. do Decreto 3.413/2000, neste caso, mostra-se ilícita a transferência dos menores para o Brasil em 2006, ante a existência de um direito de guarda efetivamente exercido pelo genitor, que tinha a seu favor uma decisão judicial à qual a recorrente, por livre vontade, resolveu se submeter”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.315.342 RJ (2012/0057779-5). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília. Julgado em: 23 de novembro de 2012.

Outra decisão importante a ser analisada refere-se ao Recurso Especial nº 1.351.325⁵²⁷, julgado dia 10 de dezembro de 2013, pelo relator Ministro Humberto Martins. Neste caso, a criança era nascida no Brasil em abril de 2008, possuía dupla cidadania e tinha residência habitual na Itália sob a guarda compartilhada da mãe, brasileira, e do pai, italiano. Em dezembro de 2009, os três vieram ao Brasil em viagem de férias quando, em janeiro de 2010, a mãe informou ao companheiro que ela e o menor não retornariam à Itália⁵²⁸. Entre abril e maio, iniciou o procedimento administrativo em favor do pai da criança, resultando na ação de busca, apreensão e restituição do menor em novembro de 2010, proposta pela União.

Em sua decisão, o Ministro determinou que o caso configurava ilícita retenção transfronteiriça da criança e não encontrava amparo nas exceções previstas no artigo 12º, uma vez que o pai pleiteou a sua repatriação dentro do período temporal de um ano a contar do ato – lapso que é recomendado pela convenção. O Ministro utilizou texto produzido pelo Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia de 1980, instituído em 2006, para justificar o seu posicionamento, ratificando que este prazo de um ano somente deveria ser contado a partir da localização da criança⁵²⁹. A principal medida ao aplicar esta convenção é a ordem de retorno imediato da criança, de modo que “antes de qualquer manifestação exacerbada de nacionalismo, o que se analisa é o interesse maior da criança, que é o fim perseguido pela convenção”. Dessa forma, “não transcorrido mais de um ano entre o sequestro e o pedido administrativo, não caberia falar em integração do infante ao novo meio”. Observa-se a consideração de um critério objetivo que deve ser preenchido para que, eventualmente, não fosse ordenado o retorno do menor para o país de sua última residência habitual com base no artigo 12º, não sendo demonstrado também que, com o retorno ao país de residência habitual, a criança correria riscos de ordem psíquica ou física. Neste caso, o STJ determinou o retorno da criança para a Itália, país da residência habitual do menor, sendo

⁵²⁷ Importante observar um trecho da ementa, que ratifica o retorno da criança ao país de sua residência habitual: “Direito internacional privado. Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Cooperação jurídica entre Estados. Busca, apreensão e restituição de infante. Guarda compartilhada. Ocorrência de retenção ilícita por um dos genitores. Exceções não configuradas. Ônus da prova que incumbe à recorrente. Retenção nova. Necessidade de retorno da criança ao país de residência habitual, juízo natural competente para decidir sobre a sua guarda”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.351.325 RJ (2012/0227705-3). Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Julgado em: 10 de dezembro de 2013.

⁵²⁸ A mãe ingressou com pedido de guarda da criança na Vara de Família da Comarca de Nova Friburgo, no Estado do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2010, juízo que foi considerado incompetente para processar e julgar o feito. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.351.325 RJ (2012/0227705-3). Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Julgado em: 10 de dezembro de 2013.

⁵²⁹ A localização da criança pode representar tarefa demorada, uma vez que na maior parte dos casos, o menor, após a subtração, leva uma vida clandestina. Esta realidade estaria agravada no cenário brasileiro, diante da extensão territorial existente no Brasil. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.351.325 RJ (2012/0227705-3). Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Julgado em: 10 de dezembro de 2013.

considerado, assim, o juízo natural para decidir a sua guarda, ainda que o infante possuísse nacionalidade brasileira.

Outra importante decisão do STJ observa-se no Recurso Especial nº 1.196.954⁵³⁰, também julgado pelo relator Ministro Humberto Martins, em fevereiro de 2014, em situação fática semelhante ao caso anterior e que teve, no entanto, diferente resultado. Neste caso, os menores eram portadores de dupla cidadania e tinham residência habitual na Irlanda, sob a guarda compartilhada da mãe (brasileira) e do pai (irlandês). Assim como no caso anterior, em viagem ao Brasil, a mãe reteve as crianças no país, informando ao seu então esposo que ela e os filhos não retornariam à Irlanda. Na época da retenção, fevereiro de 2004, a filha possuía oito e o filho seis anos de idade.

Ainda em fevereiro de 2004, o procedimento administrativo de repatriamento em favor do pai das crianças foi deflagrado, tendo sido proposta a ação de busca, apreensão e restituição dos menores em junho do mesmo ano, pela União. Assim como no caso anterior, observa-se que o genitor buscou o repatriamento dos filhos dentro do prazo de um ano (o pedido foi feito no mesmo mês que teve conhecimento da retenção dos menores), o que afastaria a incidência da exceção prevista no artigo 12º da convenção. No entanto, o caso apresentou, conforme afirmou o Ministro relator, uma peculiaridade que interfere na decisão: a filha, na data da decisão do STJ, possuía dezessete anos e o filho quinze anos e seis meses de idade.

A peculiaridade é significativa e altera o resultado esperado da decisão, uma vez que o artigo 4º da convenção prevê que a sua aplicação cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos, de modo que, a convenção não mais opera os seus efeitos em relação à filha. Conforme o Ministro relator, no entanto, repatriar apenas o irmão, enquanto a irmã permanecesse no Brasil seria prejudicial ao melhor interesse do jovem, “o qual, não bastasse

⁵³⁰ Destaca-se trecho da ementa, que, diante da semelhança com o caso anterior, compartilha, inicialmente, o mesmo texto. Da metade da ementa para o final, no entanto, observa-se a peculiaridade que este caso apresenta em relação ao outro, o que justifica a diferença entre as decisões: “Direito internacional. Convenção da Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Cooperação jurídica entre Estados. Busca, apreensão e restituição de menores. Guarda compartilhada. Ocorrência de retenção ilícita dos filhos por um dos genitores. País de residência habitual. Juízo natural competente para decidir sobre a guarda. Presença de hipótese excepcional. Cessação dos efeitos da Convenção para os maiores de 16 anos. Irmã com 17 anos e irmão com 15 anos e meio. Cessados os efeitos da Convenção em relação à irmã. Repatriamento isolado apenas do irmão mais jovem. Providência merecedora de bom senso e prudência. Oitiva do adolescente quanto ao desejo de retorno ao país de residência habitual. Necessidade”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.196.954 ES (2010/0100918-0). Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Julgado em: 25 de fevereiro de 2014.

ter sofrido a alienação reprovável promovida pela sequestradora, seria submetido, agora, ao distanciamento geográfico da irmã”⁵³¹.

Diante destas peculiaridades, a decisão do STJ foi no sentido de que o filho de quinze anos já possui discernimento suficiente para justificar a sua oitiva sobre o retorno ou não ao país de residência habitual, ao considerar que o interesse maior da criança é o objetivo principal da referida Convenção. A decisão, assim, declarou cessados os efeitos da Convenção com relação à filha e determinou a oitiva do filho quanto ao seu desejo de retornar ou não ao país de residência habitual, submetendo-o à avaliação da perícia psicológica.

A Ministra Assusete Magalhães acompanhou o Relator, mas fez uma ressalva em seu voto. Afirmou que esta decisão a preocupa diante da possibilidade de se tornar um precedente, uma vez que o pedido do pai se formulou dentro do prazo previsto na convenção, e o lapso existente entre o pedido de retorno dos menores (2004) e a decisão final do STJ (2014) foi a causa para a convenção ter seus efeitos cessados em relação à filha. Entendeu a Ministra, no entanto, que a decisão do relator foi a mais adequada diante das peculiaridades existentes no caso.

Em uma situação como a anterior, o principal objetivo da convenção e o que enseja a sua incidência é o imediato retorno do menor ao país da sua residência habitual quando evidenciado o sequestro internacional. Percebe-se neste caso a ineficácia da convenção quando aplicada pelo juízo brasileiro, resultado do expressivo número de recursos que podem ser impetrados às decisões judiciais, e que estendem a duração do processo por um período tão grande, capaz de afastar os efeitos da convenção com base na idade do menor, que atingirá eventualmente os dezesseis anos. O ideal seria que sendo constatada a ilicitude do deslocamento do menor, este fosse restituído imediatamente ao país da sua residência habitual, de modo que eventual recurso à decisão *a quo* não possuísse efeito suspensivo. Observa-se que a existência de múltiplos recursos no processo civil brasileiro se constitui em uma proteção à disposição do sequestrador, que, ao utilizá-los, consegue adiar uma decisão definitiva a ponto de que a situação fática justifique a permanência do menor no “novo” meio – que, em função da morosidade, deixa de ser novo.

Outra decisão que utilizou as previsões contidas na Convenção de Haia de 1980 encontra-se no Recurso Especial nº 1.214.408⁵³², que teve o Ministro Sérgio Kukina como

⁵³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.196.954 ES (2010/0100918-0). Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Julgado em: 25 de fevereiro de 2014.

⁵³² Destaca-se trecho da ementa do referido recurso: “Direito internacional e processual civil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Dois irmãos menores alegadamente retidos de modo indevido pela mãe no Brasil. Primogênito que já completou 16 anos. Não incidência da Convenção.

relator, julgado em junho de 2015. A situação fática existente neste caso é muito semelhante à do caso anterior, com a diferença de que neste foi utilizada a manifestação da vontade do filho que ainda não possuía dezesseis anos.

No caso, a mãe e o pai contraíram matrimônio no Brasil em 1995 e estabeleceram residência habitual na Argentina, local em que tiveram os seus dois filhos, um nascido em maio de 1999 e o outro em junho de 2002. Em dezembro de 2002, a família veio ao Brasil, tendo o pai retornado para a Argentina em janeiro de 2003 em razão de compromissos profissionais. A mãe, no entanto, informou ao esposo que não mais retornaria com as crianças para a Argentina, o que desencadeou o pedido do pai de restituição dos filhos menores.

Em meados de 2003, a União ingressou com a ação de busca, apreensão e repatriação dos menores que possuíam na época quatro anos de idade e um ano de idade, respectivamente. A decisão do juiz de primeiro grau extinguiu o processo sem resolução de mérito, por entender que a União não possuía legitimidade ativa para propor a presente demanda. A decisão de segundo grau (2008) reconheceu a legitimidade da União, afirmando, no entanto, que os menores já estavam integrados ao novo meio, de modo que estaria satisfeita a exigência de atendimento à proteção de ambos e ordenando a permanência destes em território brasileiro, junto da mãe. Ressalta-se que, neste momento, os menores já estavam no Brasil havia cinco anos.

A decisão proferida pelo Ministro neste Recurso Especial reconheceu que o pedido do pai ocorreu dentro do prazo estipulado pelo artigo 12º da convenção, circunstância que deveria acarretar na ordem, por parte da autoridade central brasileira, de retorno imediato dos menores ao país da sua residência habitual – neste caso, a Argentina. Como afirmou o Ministro, “o retorno imediato restou inexitoso e a controvérsia acabou judicializada”, passando-se mais de uma década sem solução definitiva. A ação iniciou em meados de 2003, e a decisão proferida pelo STJ data de junho de 2015. Conforme audiência presidida pelo Ministro relator em 2013, foi constatado que os filhos do casal, agora com quatorze e onze anos de idade, sentiam-se “absolutamente entrosados em sua vida familiar com a mãe”, manifestando vontade de uma maior aproximação com o pai, mas recusando expressamente a possibilidade de mudar-se para a Argentina com este⁵³³.

Manifestação do irmão menor que contesta seu retorno para o domicílio estrangeiro paterno. Opinião devidamente considerada nos termos dos arts. 13 da Convenção de Haia e 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Manutenção dos menores no Brasil. Recurso especial da União conhecido e desprovido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.214.408 RJ (2010/0168011-0). Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília. Julgado em: 23 de junho de 2015.

⁵³³ O Ministro ratifica que a situação é compreensível, uma vez que os menores deixaram a Argentina quando ainda eram muito novos: “Lembre-se, a esse propósito, que Paul e Dan, à época em que deixaram de regressar

No momento da decisão do STJ, o irmão mais velho já possuía dezesseis anos, não lhe alcançando mais a presente convenção e não sendo razoável o retorno do irmão mais novo, de treze anos, ainda que a Argentina tenha sido, de fato, o local da sua última residência habitual antes da retenção ilícita, quando este possuía menos de um ano de idade. Diante deste cenário fático, a decisão do Ministro relator, que foi acompanhada de modo unânime, determinou a permanência dos menores no território brasileiro.

Neste caso, uma vez mais a morosidade processual causou uma convivência com a conduta ilícita praticada pela mãe, que sequestrou os filhos menores, restringindo o acesso do pai às crianças. Esta restrição de convívio com a figura paterna perdurou por todo o crescimento dos menores, interferindo prejudicialmente no desenvolvimento dos filhos, uma vez que no momento da retenção estes possuíam um ano e quatro anos de idade. Este caso demonstra a ineficácia da Convenção da Haia de 1980, uma vez que o principal objetivo desta é o retorno imediato do menor ao país da sua última residência habitual quando constatado o seu deslocamento ilícito. No caso em questão, o retorno à Argentina doze anos após a retenção ilícita não corresponde, de modo algum, à garantia do melhor interesse dos menores, uma vez que residiram no Brasil durante toda a sua infância. As regras existentes na Convenção da Haia são afastadas, ainda que o pai tenha pleiteado o retorno dos menores no exato momento em que estes foram ilicitamente retidos em 2003.

Nesse diapasão, destaca-se, também, o Recurso Especial nº 1.458.218⁵³⁴, que teve decisão em novembro de 2014, e ratifica a existência de divergências entre os próprios ministros do STJ em casos que envolvem o sequestro internacional de crianças. No caso, a mãe era detentora da guarda provisória da menor, com direito de visitação do pai regulado pela justiça norte-americana, local da residência habitual da infante. A vinda da criança ao Brasil foi requerida pela mãe e autorizada pela 6ª Vara Judiciária do Condado de Champaign, em Illinois, nos Estados Unidos da América, desde que o período da viagem não ultrapassasse quinze dias. Uma vez no Brasil, a mãe não retornou com a menor para os Estados Unidos da América, o que resultou na presente ação de busca, apreensão e repatriação.

O voto proferido pelo relator, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, foi no sentido de que, passados cinco anos desde a vinda da menor ao Brasil, o seu retorno não seria a

para a Argentina, contavam, respectivamente, com idades inferiores a 1 e 4 anos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.214.408 RJ (2010/0168011-0). Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília. Julgado em: 23 de junho de 2015.

⁵³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.458.218 RJ (2014/0127557-7). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relatora para acórdão: Ministra Marga Tessler. Brasília. Julgado em: 25 de novembro de 2014.

solução mais adequada⁵³⁵. O mesmo entendimento não pode ser observado no voto-vista do Ministro Benedito Gonçalves, que defendeu a manutenção da decisão *a quo*, ratificando o entendimento de que a criança deveria retornar imediatamente ao país da sua última residência habitual, neste caso os Estados Unidos da América. O voto-vencedor seguiu esta posição e foi proferido pela Ministra Marga Tessler, que ratificou a decisão questionada no presente recurso. A não restituição da criança, baseado no fato de que esta se encontra há cinco anos afastada do país da sua última residência habitual “seria a consagração da ilegalidade, a premiação do sequestrador, o repúdio ao compromisso internacional”, não podendo alegar que a restituição do menor representaria um perigo de ordem psíquica, uma vez que o retorno pode ser efetuado sob a supervisão materna.

Esta decisão ratifica a divergência existente entre os votos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, divergência que é agravada por se tratar de matéria que exige uma análise subjetiva e que varia conforme as peculiaridades fáticas de cada caso.

A decisão mais recente do Superior Tribunal de Justiça se encontra no Recurso Especial nº 1.387.905⁵³⁶, julgado em 18 de maio de 2017, pelo Ministro relator Og Fernandes. Nesta, decide-se novamente pela permanência das menores no território brasileiro, uma vez constatada a retenção ilícita por parte da mãe, brasileira, e ainda que a residência habitual das menores fosse a Espanha, país da nacionalidade do pai. O entendimento do STJ, bem como da decisão questionada no recurso, é que após estudo social e avaliação psicológica, o retorno das menores ao país de origem resultaria em possíveis danos psíquicos e emocionais.

⁵³⁵ Conforme o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sendo contatada uma oposição entre o que é legal e o que é justo, este deve prevalecer, de modo que o STJ denomina-se Superior Tribunal de Justiça, e não Superior Tribunal de Legalidade. Deste modo, o Ministro fundamentou a sua posição, afastando a previsão legal da Convenção de Haia de 1980 e não ordenando o retorno da criança ao país da sua última residência habitual antes da retenção. Nas palavras do Ministro: “Todavia, penso também que, quando se verifica (como verifico) com a devida vênua, nesse caso concreto, que há um dissídio inconciliável, que há uma oposição irrevogável entre o que é legal e o que é justo, creio que a orientação do Superior Tribunal de Justiça (e não Superior Tribunal de Legalidade) deva propender para essa outra alternativa de solução que agora adoto e proponho como sendo a adequada para resolver essa pendência recursal extraordinária especial e espero que os pais dessa criança possam, no melhor espírito cristão e de harmonia, encontrar um *modus convivendi* de ambos com a filha menor, que é o motivo da disputa, a meu ver, com todo o respeito, egoística entre eles”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.458.218 RJ (2014/0127557-7). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relatora para acórdão: Ministra Marga Tessler. Brasília. Julgado em: 25 de novembro de 2014.

⁵³⁶ Destaca-se trecho da ementa desta decisão que se assemelha às ementas já apresentadas neste trabalho, através da determinação da permanência dos menores no território brasileiro, ainda que configurada a conduta ilícita que trouxe estes ao país, através da invocação de artigos da Convenção de Haia que deveriam incidir apenas em casos excepcionais: “Direito internacional e processual civil. Recurso especial. Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000. Duas irmãs menores alegadamente retidas de modo indevido pela mãe no Brasil. Legitimidade ativa da União. Peculiaridades excepcionais do caso devidamente consideradas pelo aresto recorrido. Art. 13 da Convenção de Haia. Manutenção das menores no Brasil. Recurso especial não provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.387.905 RS (2013/0160212-0). Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília. Julgado em: 18 de maio de 2017.

No seu voto, o Ministro relator ratifica que o pedido de restituição das menores ocorreu dentro do prazo previsto no artigo 12º da convenção, ou seja, antes da retenção ilícita completar um ano, afirmando, no entanto, “que a obrigação de retorno da criança não é absoluta”, uma vez que a própria convenção prevê exceções. É possível observar o deslocamento da família e a alternância de residência ocorrida entre o Brasil e a Espanha, conforme “agenda” apresentada no voto do Ministro:

- 12/2003 a 04/2004: casal na Espanha;
- 05/2004 a 06/2004: esposa no Brasil e esposo na Espanha;
- 07/2004 a 09/2004: casal no Brasil;
- 10/2004: esposa no Brasil, esposo na Espanha;
- 11/2004 a 08/2005: casal na Espanha (1ª filha nasce em 05/2005);
- 09/2005 a 11/2005: mãe e filha no Brasil, pai na Espanha;
- 12/2005 a 03/2006: família na Espanha;
- 04/2006 a 04/2007: família no Brasil (2ª filha nasce em 10/2006);
- 05/2007 a 09/2007: mãe e filhas no Brasil, pai na Espanha;
- 10/2007 a 01/2008: família na Espanha;
- 02/2008 a 04/2008: mãe e filhas no Brasil, pai na Espanha;
- 05/2008 a 09/2008: família na Espanha;
- 10/2008: mãe e filhas no Brasil, pai na Espanha;
- 11/2008 a 06/2009: família na Espanha;
- 07/2009 em diante: mãe e filhas no Brasil, pai na Espanha⁵³⁷.

O voto, assim, considerou que o período de permanência da família na Espanha foi marcado por constantes interrupções, passando, as crianças, por longos períodos no Brasil, tendo, inclusive, nascido no país a filha mais nova. Decidiu, assim, que diante das peculiaridades excepcionais existentes, as menores não deveriam retornar ao país onde possuíam a última residência habitual antes da retenção, definindo, ainda, que eventuais discussões sobre os termos de visita do genitor às filhas devem ser decididas em demanda própria.

O que se destaca, de uma forma geral, é que a eficácia da Convenção da Haia de 1980 está condicionada⁵³⁸ ao lapso existente entre o pedido de restituição do menor que tenha sido ilicitamente transferido ou retido e a decisão definitiva de retorno ou não deste. Ao incidir a aplicação desta convenção na realidade brasileira, percebe-se que a morosidade processual, somada aos inúmeros recursos que permitem o adiamento dos efeitos das decisões

⁵³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.387.905 RS (2013/0160212-0). Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília. Julgado em: 18 de maio de 2017.

⁵³⁸ A Convenção da Haia, apesar do avanço que proporcionou, encontra alguns problemas práticos na sua aplicação. Conforme Érika Maeoka, “confere-se que a Convenção de Haia de 1980 supõe grande avanço para solucionar este problema, contudo na prática tem demonstrado alguns pontos fracos na interpretação ou prática do mesmo”. MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 332.

proferidas pelas instâncias iniciais, resultam em uma ineficácia tão significativa da presente convenção, que evidencia uma convivência com a prática ilícita de sequestro ou retenção⁵³⁹. Nos casos, há o reconhecimento da prática ilícita sem a determinação de retorno imediato do menor, prevalecendo a permanência deste no território brasileiro diante da extensão do lapso mencionado. Na prática, a morosidade processual é utilizada como uma medida protetiva pelo sequestrador, uma garantia de que, ainda que desloque os menores ilicitamente, a demora na produção de uma solução definitiva atuará como um benefício para o objetivo pretendido.

Percebe-se que a expressão “residência habitual” foi a opção que prevaleceu nas Convenções da Haia, principalmente aquelas destinadas à proteção do menor, uma vez que seria o critério com maior aptidão para decidir eventual controvérsia a partir de previsões que fossem mais próximas da realidade que este menor estava submetido. Na prática, no entanto, a eficácia da utilização deste critério possui uma linha tênue.

A Convenção da Haia de 1980, invocada nas decisões do STJ analisadas, determina que o juízo competente para definir a guarda do menor, bem como a lei a ser aplicada ao caso, é a do país da última residência habitual deste, por entender que é a realidade mais próxima ao cotidiano da criança. Uma decisão proferida anos após o deslocamento do menor, ainda que este deslocamento tenha sido ilícito, deve considerar o local que constitui a realidade mais próxima ao cotidiano da criança, que, neste caso, não será mais o da sua última residência habitual antes da subtração, e sim, o local da sua residência habitual atual. Afastar o retorno do menor, nestes casos, fundamenta-se através do propósito basilar da Convenção da Haia que visa à utilização do critério da residência habitual como garantia do melhor interesse da criança. O ideal seria que o retorno do menor ao país da sua residência habitual fosse imediato. Afastado este imediatismo, e estando diante de um caso fático em que o menor se encontra no novo país por anos, como nos casos vistos, a razoabilidade impede a decretação do retorno ao país da última residência habitual, uma vez que o menor não possui mais qualquer vínculo com aquela realidade.

⁵³⁹ Cynthia Soares Carneiro e Eliana Miki Tashiro Nakamura explicam que “somente a existência e vigência da Convenção podem não ser suficientes para a efetividade de seus desígnios. É igualmente essencial o destaque doutrinário em relação à matéria e, em especial, o estudo jurisprudencial das demandas submetidas aos juízes nacionais para que se estabeleçam precedentes que esclareçam o alcance da norma, sua interpretação pelos Tribunais nacionais, delimitando, inclusive, a qualificação adequada de alguns termos e institutos do direito em questão”. CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. O Sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 269.

Outra crítica a ser feita quanto às decisões já proferidas pelos tribunais brasileiros está na dificuldade de conceituação da expressão “residência habitual”, por vezes entendida como “domicílio”⁵⁴⁰.

Ao se estar diante de uma realidade cada vez mais internacionalizada, com fronteiras estatais diluídas, ampla circulação de pessoas entre Estados, é possível compreender os objetivos que a utilização de um critério como o da residência habitual representa. O caráter de fluidez da vida de uma pessoa em um ambiente globalizado faz com que esta possua vínculos simultâneos com mais de um Estado⁵⁴¹. Assim, os critérios objetivos com conceitos rígidos, como a nacionalidade e o domicílio, atuam como um empecilho à aplicação da lei do local principal da sede da relação jurídica, conforme defendia Savigny. Isto porque, a partir da análise de um caso concreto é perceptível que a utilização do critério do domicílio – escolha defendida por Savigny – poderá não corresponder à lei do local que possui uma relação mais próxima à vida da pessoa.

A utilização do critério da residência habitual não é contrária às ideias defendidas por Savigny, atuando, inclusive, como uma opção mais adequada a esta teoria que revolucionou o direito internacional privado na sua época. No momento de elaboração da teoria, o domicílio era o critério que fazia oposição à nacionalidade e era suficiente para determinar a aplicação da lei mais próxima à realidade da pessoa, de modo que esta não viria a sofrer discriminações no Estado em que morasse em razão da aplicação da lei do Estado da sua nacionalidade. Atualmente, no entanto, com a intensificação das relações multiconectadas, consequência da globalização, a residência habitual atuaria como um critério mais adequado que o domicílio na determinação da lei aplicável ao estatuto pessoal, pelos próprios fundamentos defendidos por Savigny.

A utilização deste critério também manteria o objetivo principal proposto por Savigny, que seria de uma uniformização do direito internacional privado, uma vez que “a noção de residência habitual é destinada a assumir uma dimensão universal, tornando-se um

⁵⁴⁰ Esta confusão conceitual pode ser observada, por exemplo, no Recurso Especial nº 1.293.800, que utilizou a expressão “domicílio” e a expressão “residência habitual” como sinônimos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.293.800 MG (2011/0267867-2). Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Julgado em: 28 de maio de 2013.

⁵⁴¹ Percebe-se que “as fronteiras já não representam mais um limite para uma interação entre os mundos, onde a tecnologia se torna um facilitador para a livre circulação de bens, de serviços, de capitais e daquilo que melhor representa o avanço no estado de globalização em que vivemos - a informação. A relação econômica, social e informativa no mundo moderno se modificou e a garantia da Justiça não pode ficar silente diante desse novo dinamismo econômico/social/comercial, sendo indiscutivelmente necessário que o Judiciário esteja apto a oferecer respostas nesse cenário plenamente globalizado”. VASSOLE, Gilberto Figueiredo; VASSOLE, Mariana Knudsen. A importância da cooperação jurídica internacional para a efetividade do acesso à justiça. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 170.

critério internacional de conexão territorial independentemente das definições ou das interpretações nacionais”. Este motivo deve ser a causa pela qual a residência habitual não recebeu uma definição uniforme no plano internacional, sendo capaz de aproximar conceitualmente países de *common law* de países de *civil law*, e atuando como um critério aceito por um número significativo de países reconhecidos por influenciar os demais ordenamentos jurídicos de direito internacional privado.

Assim, diante destes objetivos que permeiam a previsão do critério da residência habitual, que se coadunam com os objetivos defendidos na teoria de Savigny, é que se passa à análise do futuro do direito internacional privado brasileiro e à possibilidade evidente de que este critério passe a integrar a disciplina no país.

2.2.2. O futuro da residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado brasileiro

Este é um elemento de conexão em ascensão no cenário internacional, e já está presente, ainda que de forma incipiente, no cenário interno brasileiro, o que torna a análise de como este critério pode ser interpretado à luz do direito internacional privado nacional relevante e fundamental. Esta parte do trabalho busca soluções para uma eventual atualização do direito internacional privado brasileiro, analisando o proeminente futuro do critério de conexão residência habitual.

Destacam-se propostas legislativas de atualização do direito internacional privado brasileiro, que apesar de não terem obtido o sucesso esperado, representaram as tendências para o futuro da disciplina no país. Será analisada também, a proposta de redação de nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro elaborada pelo Grupo de Estudos sobre a Lei de Introdução ao Código Civil coordenado por Cláudia Lima Marques. Ainda que se trate de uma proposta doutrinária para atualização do direito internacional privado brasileiro, é de suma importância para o desenvolvimento da disciplina no país.

Neste ponto do trabalho, o objetivo é traçar um caminho futuro para o desenvolvimento e a ascensão da residência habitual no direito internacional privado brasileiro, seja por meio de uma atualização normativa da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou até mesmo pelo desenvolvimento de uma interpretação diferente desta lei pela jurisprudência brasileira.

Entre as tentativas de atualização das normas de direito internacional privado brasileiro, destaca-se o anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas,

elaborado por Haroldo Valladão⁵⁴², que visava reformar a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942. Este anteprojeto foi elaborado no ano de 1964, não tendo obtido sucesso. Houve em 1984 uma última tentativa de aprovação, através da materialização da proposta por meio do Projeto de Lei nº 264, que foi posteriormente arquivado.

Este anteprojeto de lei geral, elaborado por Valladão, se dividia em seis capítulos, sendo o primeiro destinado às disposições gerais sobre a lei, o segundo referente às disposições sobre tratados e convenções internacionais, o terceiro capítulo destinado ao direito internacional privado, o quarto sobre direito intertemporal, o quinto capítulo referente aos prazos e o sexto e último contendo as disposições finais.

No que se referia ao direito internacional privado, este anteprojeto “deixou de lado os critérios simplistas e superados, de lei nacional ou de lei de domicílio”, optando por critérios que apesar de menos lógicos, seriam “mais justos, equitativos, práticos e efetivos”, como, por exemplo, a “lei da residência habitual”⁵⁴³. Apesar de não ter obtido sucesso, esta proposta, datada de 1964, já previa a inclusão do critério da residência habitual no direito internacional privado brasileiro. Conforme o autor, já nesta época se observava a prevalência deste critério diante da nacionalidade e do domicílio, critérios que este considerava simplistas e superados. Este anteprojeto foi aprovado pela comissão revisora em 1970, mas não prosperou. Em 1984, em uma nova tentativa de aprovação desta atualização da LICC, o Senador Nelson Carneiro apresentou o Projeto de Lei nº 264, que foi, no entanto, arquivado.

Reconhecendo-se a urgência de substituição da Lei de Introdução ao Código Civil, considerada já inadequada, o Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins nomeou uma comissão para elaborar novo anteprojeto que a substituiria, através da Portaria nº 510, de julho de 1994⁵⁴⁴.

Assim, a comissão – formada por Jacob Dolinger, João Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho –, formulou uma tentativa de atualização das

⁵⁴² O Governo Federal encarregou, através dos Decretos nº 51.005 de 1961 e nº 1.490 de 1962, o Professor Haroldo Valladão da preparação de um Anteprojeto para atualização da Lei de Introdução ao Código Civil, que foi entregue em janeiro de 1964. O Decreto nº 1.490 de 1962 previa no artigo 1º a autorização para o Ministro da Justiça e Negócios Interiores contratar profissionais para a elaboração de determinados Códigos de Leis, dentre os quais se destaca aquele referente à Lei de Introdução ao Código Civil e aos das Obrigações. BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

⁵⁴³ VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965. p. 124.

⁵⁴⁴ Este projeto procurou atualizar a LICC, não se preocupando com a abrangência e magnitude da norma, características presentes no anteprojeto de lei de Haroldo Valladão, e que podem ter influenciado no insucesso da proposta, uma vez que envolvia outras disciplinas jurídicas. BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

normas de direito internacional privado brasileiro, materializada no Projeto de Lei nº 4.905 de 1995⁵⁴⁵.

O terceiro capítulo deste Projeto de Lei era destinado ao direito internacional privado e buscava uma atualização das previsões brasileiras. A primeira seção deste capítulo visava determinar as regras de conexões a serem utilizadas no estatuto pessoal, definindo no artigo 8º que “a personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família são regidos pela lei do domicílio”. Ainda no *caput* deste artigo, poderia ser observado o critério a ser utilizado na ausência de domicílio, referindo que, “ante a inexistência de domicílio ou na impossibilidade de sua localização, aplicar-se-ão sucessivamente a lei da residência habitual e a lei da residência atual”. Conforme a Comissão de juristas que elaborou o Projeto, manteve-se o domicílio como regra de conexão principal, e também a residência como regra de conexão subsidiária, sendo esta, no entanto, diferente da previsão contida na LICC, uma vez que “é dividida em residência habitual e residência atual”⁵⁴⁶.

Ainda que previsto como um elemento de conexão subsidiário, – aplica-se apenas quando inexistir o domicílio – já foi possível observar a presença da residência habitual em uma proposta de atualização da norma de direito internacional privado brasileiro do ano de 1995, em conformidade com “a moderna orientação consubstanciada em diversas Convenções da Haia e da CIDIP”⁵⁴⁷.

Outra previsão importante existente neste Projeto de Lei encontra-se no § 5º do artigo 8º, que determina que se os cônjuges possuírem domicílios ou residências diferentes deverá ser aplicada a lei “que com os mesmos tiver vínculos mais estreitos”, aos efeitos pessoais do casamento. Esta regra é consequência da abolição da figura masculina como chefe de família no direito civil brasileiro, não se estendendo mais o seu domicílio ao outro cônjuge⁵⁴⁸. Esta previsão busca a aplicação do “sistema jurídico que tenha vínculos mais estreitos com a específica questão de direitos pessoais dos cônjuges a ser resolvida”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ Este Projeto de Lei nº 4.905 foi resultado de um trabalho da Comissão, composta por Jacob Dolinger, João Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho, instituída pela Portaria Ministerial nº 510, de 22 de julho de 1995. BRASIL. Projeto de Lei nº 4.905. Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=225255>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵⁴⁶ BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ Seguindo raciocínio semelhante, o § 6º do artigo 8º determinava que o menor fosse dependente do domicílio dos seus pais, e não apenas do seu pai. Em casos de pais com diferentes domicílios, a lei aplicável seria aquela que fosse mais benéfica ao menor. BRASIL. Projeto de Lei nº 4.905. Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas. Disponível em:

Esta previsão representa a incidência do princípio da proximidade através da aplicação de uma lei que possuir uma relação mais próxima à situação fática existente. Segundo trecho presente na exposição de motivos deste Projeto de Lei, o objetivo consistia na busca por uma fórmula que orientasse o juiz na escolha da lei aplicável em questões internacionais, a busca por uma lei que possuísse um vínculo com a sede da relação jurídica, o seu centro de gravidade, a partir da teoria defendida por Friedrich Carl von Savigny⁵⁵⁰. Nesta exposição de motivos, percebe-se a aproximação feita pelos juristas da teoria de Savigny com o princípio da proximidade, uma vez que este defendia a aplicação da lei que fosse mais próxima da relação jurídica em si, acreditando ser o domicílio o critério mais adequado. O princípio da proximidade no direito internacional privado utiliza os fundamentos defendidos por Savigny, de aplicação da lei que possuir uma relação mais estreita com o caso, não defendendo, no entanto, a utilização de um critério específico – como o domicílio – de modo que poderia ser aplicada a lei da nacionalidade da pessoa se esta fosse a lei com um vínculo mais estreito a sua realidade. Este Projeto de Lei visava ampliar o alcance do princípio da proximidade, abrangendo a sua aplicação nas obrigações extracontratuais e no direito de família⁵⁵¹.

O Projeto de Lei elaborado por Jacob Dolinger apresentava, assim, duas modificações importantes para este estudo. A primeira consistia na inserção da expressão “residência habitual” no ordenamento jurídico brasileiro, como um critério a determinar a lei aplicável em situações que o domicílio inexistisse, ou seja, como um critério subsidiário. A segunda modificação seria a presença do princípio da proximidade no direito internacional privado brasileiro, através da possibilidade de ser aplicada a lei que possuir uma relação mais estreita quando as partes tiverem diversos domicílios ou residências. Ressalta-se que o princípio da proximidade possui uma relação intrínseca com a ascensão do critério da residência habitual, que utiliza na sua defesa as fundamentações daquele, de busca de uma lei que possua uma conexão mais próxima à realidade e que corresponda ao centro da vida da pessoa.

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=225255>> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵⁴⁹ BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

⁵⁵⁰ BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

⁵⁵¹ BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

Com relação às obrigações contratuais, este Projeto de Lei previu, no direito internacional privado brasileiro, a possibilidade de escolha da lei aplicável através da autonomia da vontade das partes, previsão contida no artigo 11º. O § 1º deste artigo determinava que na falta de escolha pelas partes, deveria ser aplicada a lei do país com o qual mantivesse os vínculos mais estreitos. Segundo a justificativa apresentada pela comissão de juristas, o projeto integrou-se, assim, “no moderno direito internacional privado uniformizado, que, após muitos anos de incertezas, optou pela fórmula que manda aplicar a lei do país com o qual o contrato mantém os vínculos mais estreitos”⁵⁵².

Estas tendências legislativas ascendem lado a lado no direito internacional privado – a residência habitual e o princípio da proximidade – e já estavam presentes em uma tentativa de atualização das normas brasileiras do ano de 1995, em que se acreditava⁵⁵³ que este Projeto de Lei sanaria as falhas existentes na LICC ao mesmo tempo que atualizaria as normas que a integravam. Este projeto foi, no entanto, arquivado.

Outra proposta mais recente pode ser observada no Projeto de Lei nº 269 de 2004, de autoria do Senador Pedro Simon, que utilizou grande parte do texto elaborado por Jacob Dolinger, e que iria dispor sobre a aplicação das normas jurídicas.

O capítulo III deste projeto era, então, igualmente destinado ao direito internacional privado, iniciando na seção I com as regras de conexão. O artigo 8º, assim, previa que a personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família seriam regidos pela lei do domicílio, determinando que na sua ausência ou na impossibilidade de sua localização, deveria ser aplicada a lei da residência habitual e a lei da residência atual, sucessivamente. O parágrafo único deste artigo previa que as crianças, os adolescentes e os incapazes seriam regidos pela lei do domicílio dos seus pais ou responsáveis – no caso destes possuírem domicílios diversos, aplicar-se-ia a lei que resultasse no melhor interesse da criança, adolescente ou incapaz.

As principais propostas contidas no projeto anterior foram mantidas, com a inserção da expressão “residência habitual” no direito internacional privado brasileiro e a incidência do princípio da proximidade, com a aderência da aplicação da lei do país que possuir vínculos

⁵⁵² BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

⁵⁵³ Observa-se, neste sentido, o trecho final da exposição de motivos nº 547, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça: “Estou convicto de que o projeto ora apresentado sanará as falhas existentes na atual Lei de Introdução ao Código Civil, ao mesmo tempo que atualizará as normas que a integram e que devem ser mantidas no direito positivo brasileiro”. BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

mais estreitos com a relação jurídica internacional. O Senador Pedro Simon justificou que a proposta elaborada em 1994 por Jacob Dolinger recebeu parecer favorável do relator designado no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, entendendo-se, no entanto, que a matéria deveria aguardar a tramitação do projeto de Código Civil que estava em curso na época, antes de deliberar-se definitivamente sobre a atualização da Lei de Introdução. Assim, em 2002 a Lei nº 10.406 instituiu o novo Código Civil, que manteve, no entanto, uma Lei de Introdução datada de 1942. Conforme o Senador Pedro Simon, a atualização do estatuto denominado de “lei da aplicação das normas jurídicas” corresponde a uma tarefa indispensável e inadiável, o que justificou a reapresentação da matéria através do Projeto de Lei nº 269, em 2004. Este projeto foi, no entanto, arquivado no ano de 201, assim como o seu antecessor.

Estas propostas legislativas que visavam atualizar a LINDB não obtiveram sucesso, o que reflete as principais características do direito internacional privado brasileiro atualmente, que, além de normas escassas, possui normas ultrapassadas que destoam das previsões prevalecentes no moderno direito internacional privado uniformizado. Ao lembrar os dois principais critérios em ascensão no mundo globalizado atualmente, a residência habitual e a autonomia da vontade, percebe-se que a total ausência destes no direito internacional privado brasileiro é um reflexo explícito da precariedade que a disciplina possui no país.

Com a internalização de convenções internacionais pelo Brasil que já preveem a residência habitual, é observada a incidência deste critério no direito internacional privado brasileiro, ainda que este não esteja preparado para a sua aplicação. Não há significativos estudos no país sobre o critério da residência habitual, e não há um posicionamento legislativo e nem um posicionamento jurisprudencial com relação ao conceito de residência habitual no país, ou com relação aos principais aspectos que moldam a determinação do local da residência habitual de uma pessoa. A internalização destas convenções, diante das previsões já desatualizadas existentes no direito internacional privado brasileiro, resulta, por vezes, em um conflito entre o critério que a norma internacional ordena aplicar e o critério que a norma interna ordena aplicar.

No que se refere à atualização da LINDB, é preciso destacar que está em tramitação no país atualmente, o Projeto de Lei nº 281⁵⁵⁴, apresentado pelo Senador José Sarney, que, *a*

⁵⁵⁴ Este Projeto de Lei: “Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais”.

priori, visava apenas atualizar o Código de Defesa do Consumidor (CDC). No momento, porém, este projeto conta com uma atualização do artigo 9º da LINDB, destinado a “aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais”, observando-se a inserção da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro⁵⁵⁵.

Haveria a inclusão, assim, do artigo 9º-A, prevendo que “o contrato internacional entre profissionais, empresários e comerciantes rege-se pela lei escolhida pelas partes, sendo que o acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso”⁵⁵⁶. Conforme Nádia de Araújo, a redação do novo artigo 9º estaria relacionada aos princípios da Haia que possuem como “missão primordial promover a autonomia das partes, assegurando que a lei escolhida por elas seja utilizada quando surge um litígio em relação ao contrato internacional em questão”⁵⁵⁷. O § 1º do artigo 9º-A prevê que não é necessário haver uma conexão entre a lei escolhida e as partes ou a transação. O § 3º define que na ausência ou invalidade da escolha, o contrato será regido pela lei do lugar de sua celebração, que, em contratos celebrados a distancia, corresponderá ao local da residência do proponente.

Este Projeto de Lei inclui ainda, na LINDB, o artigo 9º-B que prevê que o contrato internacional de consumo⁵⁵⁸ rege-se-á pela lei do lugar de celebração ou, se executado no

⁵⁵⁵ A autonomia da vontade não possui previsão, atualmente, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – principal legislação de direito internacional privado no país. Esta realidade era diferente até o advento da Lei de Introdução ao Código Civil, podendo-se afirmar que até 1942 o direito internacional privado brasileiro admitia o elemento de conexão autonomia da vontade. A autonomia da vontade era admitida na introdução ao código civil de 1916 – situação que foi alterada com o advento da Lei de Introdução ao Código Civil LICC em 1942 (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB). O artigo 13º da introdução ao Código Civil de 1916 definia que a lei do lugar onde fosse contraída a obrigação regularia a sua substância e os seus efeitos, “salvo estipulação em contrário”. A previsão desta última expressão resultava na possibilidade de que as partes escolhessem a lei aplicável às obrigações, que não a lei do local onde estas fossem contraídas, de modo que seria, assim, admitida a autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro. Com o advento da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no entanto, esta expressão foi retirada da previsão normativa, atualmente contida no artigo 9º da lei, que apenas prevê que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵⁵⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 281. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais.

⁵⁵⁷ ARAÚJO, Nádia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 251.

⁵⁵⁸ O artigo 9º-B determina ainda que o contrato internacional de consumo será aquele “entendido como aquele realizado entre um consumidor pessoa natural e um fornecedor de produtos e serviços cujo estabelecimento esteja situado em país distinto daquele de domicílio do consumidor”. BRASIL. Projeto de Lei nº 281. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de

Brasil, pela lei brasileira, desde que mais favorável ao consumidor. O artigo 9º-C determina que nas obrigações extracontratuais será aplicável a lei do lugar onde os efeitos se fizerem sentir, caso nenhuma das partes envolvidas possua domicílio ou sede no país em que ocorrer o acidente.

As atualizações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, propostas pelo Projeto de Lei nº 281, representam expressivo avanço do direito internacional privado brasileiro com a reinserção da autonomia da vontade em questões contratuais e extracontratuais. Não menciona, no entanto, o critério da residência habitual, que tem sido indispensável nas legislações mais recentes de direito internacional privado em diferentes países. Diante de uma atualização da LINDB, ainda que restrita a uma matéria específica, a ausência de qualquer menção do critério da residência habitual faz com que a atualidade da alteração seja questionada – ainda que a reinserção da autonomia da vontade constitua uma necessidade inquestionável⁵⁵⁹. Este Projeto de Lei ainda não foi arquivado, como aqueles antecessores que visavam atualizar a LINDB, e encontra-se, atualmente, em tramitação na Câmara dos Deputados.

Diante da improvável atualização da LINDB a curto prazo, considerando que as propostas legislativas existentes até o momento fracassaram, destaca-se uma proposta doutrinária de redação de nova Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, elaborada pelo Grupo de Estudos sobre a Lei de Introdução ao Código Civil, coordenado por Cláudia Lima Marques. Esta proposta de atualização atua como importante referência para o futuro do direito internacional privado brasileiro, de modo que pode vir a influenciar eventual tentativa de atualização futura.

A proposta doutrinária foi dividida em quatro itens, sendo o primeiro destinado ao estatuto pessoal, ao direito de família e sucessões, o segundo item destinado aos bens, o terceiro referente às obrigações e aos contratos e o quarto, e último, às limitações da aplicação da lei estrangeira⁵⁶⁰.

setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais.

⁵⁵⁹ Nádia de Araújo ao tratar sobre uma possível reforma da LINDB afirma que se adiciona neste momento os motivos “de cunho econômico, porque a adoção da autonomia da vontade significaria um ganho de eficiência nada desprezível para as partes contratantes aqui estabelecidas e atuantes no comércio internacional”. ARAÚJO, Nádia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 299.

⁵⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima; ZANCHET, Marília (Coords.). Proposta de redação de nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Grupo de Estudos sobre a Lei de Introdução ao Código Civil PPGD/UFRGS. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Porto Alegre. 2004. p. 115.

O primeiro item, deste modo, iniciou determinando no artigo 1º que a lei do país em que for domiciliada a pessoa irá disciplinar as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os demais direitos de personalidade. Na ausência de domicílio, o § 1º ordenava a aplicação da lei da residência habitual, e na ausência desta, a lei do local onde a pessoa se encontrar. Percebe-se que assim como nos Projetos de Leis apresentados, esta proposta inseriu o critério da residência habitual no direito internacional privado brasileiro, o mantendo como um critério subsidiário do domicílio.

A inserção do critério da residência habitual nesta proposta doutrinária foi além das previsões contidas nos Projetos de Leis mencionados. Determinou, por exemplo, no artigo 2º que o casamento e as relações pessoais entre os cônjuges seriam regidos pela lei do Estado em que estes fossem domiciliados. Diante da inexistência de domicílio comum ou na impossibilidade da sua localização, deveria ser aplicada a lei da última residência habitual comum durante o casamento, ou, na sua falta, a lei com a qual a causa apresentasse os vínculos mais estreitos.

A previsão contida neste artigo 2º ratifica a tendência legislativa moderna do direito internacional privado, em que prevalecem o critério da residência habitual e o critério da proximidade da lei a ser aplicada a um caso que possua conexão internacional – tendência esta que, ainda que de modo tímido, já esteve presente nos Projetos de Leis que visavam atualizar a LINDB. Assim como esta previsão do artigo 2º, o artigo 4º desta proposta doutrinária seguiu o mesmo caminho, prevendo igualmente os critérios da residência habitual e da lei que possuir os vínculos mais estreitos com a causa como critérios subsidiários ao domicílio, em matéria de separação judicial e divórcio.

A justificativa utilizada para explicar a escolha destes critérios pode ser encontrada na exposição de motivos elaborada junto a esta proposta doutrinária, que declarou que “inobstante a intenção inicial de não redigir normas abertas, um estudo mais aprofundado acerca da matéria, revelou-se que o que há de mais moderno nos ordenamentos atuais é justamente o contrário, já que seria impossível fazer uma demarcação rígida sobre o assunto”⁵⁶¹. Assim, há a prevalência, atualmente, de regras subsidiárias de conexão através das chamadas normas sucessivas que culminam, como última opção, no critério de aplicação da lei que possuir um vínculo mais estreito com a relação jurídica em causa.

⁵⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima; ZANCHET, Marília (Coords.). Proposta de redação de nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Grupo de Estudos sobre a Lei de Introdução ao Código Civil PPGD/UFRGS. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Porto Alegre. 2004.

A utilização de um critério menos rígido, como ocorre com a residência habitual, permite que as peculiaridades da relação jurídica em causa sejam consideradas caso a caso no momento de delimitação da lei aplicável. Os critérios, dessa forma, estariam previstos em uma escala de importância, o que ratifica a harmonia existente entre estes: o critério principal seria o do domicílio, seguido do critério subsidiário da residência habitual, que é seguido pelo critério subsidiário da lei mais próxima à relação jurídica. A previsão conjunta destes três critérios, eventualmente, em uma futura atualização da norma de direito internacional privado brasileiro consagra a não contrariedade existente entre um critério e outro. A residência habitual não seria um critério contrário ao domicílio, assim como a aplicação da lei mais próxima à relação jurídica não seria um critério contrário à residência habitual.

De uma forma geral, percebe-se que desde 1964 uma eventual atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro já apresentaria a inserção do critério da residência habitual. Na época, a existência da residência habitual já era evidenciada no direito internacional privado, ainda que sem a dimensão detida atualmente.

Diante destas tentativas frustradas de atualização do direito internacional privado brasileiro, o presente estudo busca apresentar soluções que consigam aproximar a disciplina interna das previsões prevalentes internacionalmente, sendo que algumas já foram internalizadas ao direito brasileiro através da ratificação e incorporação de convenções internacionais.

A primeira solução proposta viria através de uma modificação interpretativa das previsões existentes na LINDB, especificamente com relação ao artigo 7º que se destina à determinação da lei aplicável ao estatuto pessoal. Observa-se que os projetos que tentaram atualizar a Lei de Introdução mantiveram o texto do *caput* do atual artigo 7º, que prevê que “a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

A inovação existente nestas propostas encontrava-se nas situações em que a pessoa não possuísse domicílio ou este não fosse possível de ser localizado. Nas propostas de atualização, na ausência de domicílio, a lei aplicável seria a do Estado onde a pessoa reside habitualmente, ou, na falta desta, do local onde a pessoa se encontra – inserindo a expressão “residência habitual” no direito internacional privado interno brasileiro. O § 8º da atual Lei de Introdução, de modo muito semelhante, prevê que “quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre”.

A diferença significativa existente entre a atual previsão e as previsões contidas nas tentativas de atualização da norma é a inserção do termo “habitual” junto à palavra

“residência”. A residência prevista atualmente na LINDB como um critério subsidiário ao domicílio não é aquela que detém o requisito da habitualidade, de modo que não é possível afirmar que a residência habitual esteja prevista no ordenamento jurídico brasileiro de direito internacional privado desde o ano de 1942.

No entanto, diante da semelhança existente entre o texto atual e os textos que visavam atualizar a Lei de Introdução – que apenas inseriram o termo “habitual” à palavra “residência” – é que se observa que uma modificação interpretativa da previsão contida no §8º do artigo 7º, lendo o termo “residência” ali presente como “residência habitual”, já atingiria os objetivos propostos nestas tentativas. Esta solução não seria suficiente para uma atualização da LINDB *lato sensu*, mas poderia resultar em uma modificação mínima que conciliaria os critérios previstos no direito internacional privado interno brasileiro com as demais disposições modernas que visam à uniformização da disciplina, ainda que se defenda que a previsão da residência habitual como critério subsidiário é contrária aos fundamentos que justificam a sua utilização, como será visto.

Um dos problemas a serem solucionados, no entanto, é a plena compreensão do conceito de residência habitual e as diferenças que este critério apresenta em relação ao domicílio – o que parece ser um desafio aos aplicadores do direito no Brasil. Nesse sentido, observa-se o Recurso Especial nº 1.293.800⁵⁶², que teve como relator o Ministro Humberto Martins, julgado no ano de 2013. Nesse caso, a União ingressou com ação de busca e apreensão de menor nascida na Argentina, que foi retida ilícitamente no Brasil pela mãe brasileira. A decisão recorrida determinava que a menor já estava adaptada ao *domicílio* no Brasil, de modo que não seria aconselhável a sua repatriação à Argentina, decidindo por manter a menor no país. No Recurso Especial interposto pela União, esta veiculou pedido para que a menor fosse entregue à Autoridade Central brasileira, e, em seguida, fosse reencaminhada ao território argentino, com base no artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e nos artigos 1º, 12º e 17º da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Ou seja, observa-se uma interpretação harmoniosa entre o artigo 7º da LINDB e os artigos da Convenção da Haia, podendo-se observar certa compatibilidade entre os critérios previstos nestes dispositivos. Este argumento demonstra uma carência na conceituação de residência habitual e o entendimento de que este critério é diferente do critério do domicílio.

⁵⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.293.800 MG (2011/0267867-2). Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Julgado em: 28 de maio de 2013.

O STJ manteve a decisão recorrida determinando que a menor deveria ser mantida no Brasil, por já estar adaptada a esta realidade⁵⁶³. A interposição de Recurso Especial por parte da União consistiu em uma tentativa de garantir a aplicação da convenção, que objetiva coibir a retenção indevida de menores por meio do seu retorno imediato ao país de sua residência habitual – expressão que foi interpretada pela União como correspondente ao domicílio. O que se observa neste caso não é uma modificação interpretativa do artigo 7º da LINDB como a que se propõe neste trabalho, e sim uma interpretação que, perigosamente, entende o local da residência habitual como o mesmo local do domicílio. Esta confusão conceitual e extensão do conceito de domicílio ao conceito de residência habitual pode ser observada também em outras decisões dos tribunais brasileiros.

Ao inserir este problema em um caso concreto é possível observar a sua gravidade. Suponha-se que João, criança de cinco anos, nascido na França, que more em uma casa na cidade de Foz do Iguaçu, no Brasil, e frequente uma escola nesta cidade, necessite de alimentos do seu pai, Louis, francês, domiciliado e residente habitualmente na França. João reside nesta casa situada no Brasil com sua mãe, de nacionalidade paraguaia, funcionária pública da *Universidad Nacional del Este*, localizada na Cidade do Leste, no Paraguai – cidade situada na fronteira com o Brasil (Foz do Iguaçu). A Convenção da Haia de 2007 define que a lei a ser aplicável em uma cobrança internacional de alimentos é a lei da residência habitual da criança, sem definir critérios específicos para a determinação deste local. Assim, o juiz brasileiro ao julgar este caso, iria recorrer aos critérios estabelecidos na lei interna brasileira, a fim de determinar o local da residência habitual do menor. Diante da confusão conceitual existente (que considera a residência habitual tal qual o domicílio), o juiz observaria, assim, a previsão do parágrafo único do artigo 76º que determina que o incapaz terá, como domicílio necessário, o domicílio do seu representante.

⁵⁶³ Observa-se que a ação foi proposta no ano de 2007 e teve como sentença de 1º grau a determinação do retorno imediato da criança para a Argentina. A mãe, sequestradora, recorreu da decisão que foi modificada em instância superior em função do lapso temporal existente entre a retenção da menor e a decisão ora proferida. Eventual interposição de Recurso Especial por parte da União consistiu em uma tentativa de garantir a aplicação da convenção, que objetiva coibir a retenção indevida de menores por meio do seu retorno imediato ao país de sua residência habitual. Se não parecia plausível que em 2ª instância o retorno à Argentina fosse ordenado por já estar a criança àquela época adaptada à realidade brasileira, parece ainda menos plausível que o STJ, em 2013, seis anos após a interposição da ação, determinasse o retorno da criança à Argentina. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.293.800 MG (2011/0267867-2). Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Julgado em: 28 de maio de 2013.

No exemplo hipotético criado, a representante do menor por ser funcionária pública teria *domicílio legal*⁵⁶⁴ no Paraguai, na Cidade do Leste, conforme determina o artigo 53º, “a”, da Lei nº 1183 de 1985 que estabelece o Código Civil do Paraguai. De modo que, a residência habitual do menor, erroneamente igualada ao local do domicílio pelos operadores do direito no Brasil, seria, neste caso, considerada como sendo no Paraguai – local que corresponde ao domicílio legal da sua representante. O que se observa neste cenário é que, a partir das interpretações já existentes na jurisprudência brasileira, esta conclusão seria possível, de modo que poderia ser aplicada à cobrança de alimentos internacionais, a legislação de um Estado que não possuísse fortes vínculos com a realidade em que o menor está submetido.

Por este motivo, eventual afirmação que defenda a desnecessidade de atualização da lei de direito internacional privado com base na incorporação de convenções que já teriam inserido o critério da residência habitual no Brasil, atualizando a disciplina das matérias ali previstas, é refutada. Destaca-se que a incorporação destas convenções não deve ser justificativa utilizada para defender a desnecessidade de atualização imediata da LINDB, destinada à determinação de normas de direito internacional privado no país.

Assim, para que esta primeira solução apresentada possa ser minimamente eficaz, seria necessário eliminar as diferenças existentes nas decisões dos tribunais brasileiros, de modo que estes soubessem diferenciar a residência habitual do domicílio, e ainda compreender a essência deste critério à luz do direito internacional privado moderno. Com isto feito, o direito internacional privado brasileiro, que já incorporou normas internacionais que utilizam o critério da residência habitual, poderia harmonizar, minimamente, as suas previsões internas a partir de uma modificação interpretativa do artigo 7º da LINDB com a concessão de habitualidade ao critério subsidiário já existente da residência.

O problema maior desta primeira proposta é que, assim como os Projetos de Lei que tentaram atualizar a LINDB e inseriram a residência habitual, o fizeram considerando este um elemento de conexão subsidiário ao domicílio. A subsidiariedade do elemento de conexão residência habitual afasta os objetivos que justificam a sua ascensão e utilização no direito internacional privado – a busca pela aplicação da lei mais próxima à pessoa e que garanta o melhor interesse da criança e a busca por uma harmonização do direito internacional privado.

⁵⁶⁴ O conceito de domicílio legal na legislação Paraguaia aproxima-se do conceito de domicílio necessário existente no Código Civil brasileiro, que igualmente determina o local que o funcionário público exerce as suas atividades como o local do seu domicílio.

Karine Boselli afirma que conforme “os princípios que garantem a flexibilização das regras de conexão em prol do melhor interesse da criança”, as normas do direito brasileiro deveriam ser “consideradas como normas abstratamente aplicáveis, não se impossibilitando a utilização, em cada caso concreto, de outras leis mais favoráveis à criança”⁵⁶⁵. De modo que se poderia afastar a incidência da previsão contida no artigo 7º da LINDB em razão do princípio do melhor interesse da criança⁵⁶⁶.

A segunda solução proposta, no entanto, seria mais adequada como opção de atualização, ainda que não possa ser alcançada a curto prazo. Esta corresponderia à elaboração de uma nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵⁶⁷, ou especificamente de um Código Brasileiro de Direito Internacional Privado, considerado mais adequado ao propósito almejado⁵⁶⁸. Ao propor esta segunda solução, as previsões sugeridas não seguiriam os textos existentes nas propostas de atualização acima mencionadas, uma vez que, apesar de mantida a subsidiariedade entre os critérios de conexão, a regra geral corresponderia à aplicação do critério da residência habitual, mantendo o elemento de conexão domicílio como um critério subsidiário.

⁵⁶⁵ BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 209.

⁵⁶⁶ Conforme a autora, “a partir do estabelecimento do Princípio do Melhor Interesse da Criança, que norteia as normas de Direito Internacional e de Direito Interno, introduziu-se a possibilidade de se afastar a regra de conexão do-miciliar presente no artigo 72 da LINDB, abrindo espaço para que normas mais favoráveis ao estabelecimento da Filiação sejam aplicadas”. BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 210.

⁵⁶⁷ André de Carvalho Ramos afirma: “Do ponto de vista prático, a globalização envolveu o Brasil e os operadores do Direito beneficiam-se do DIPr para resolver, à luz dos direitos humanos, os conflitos plurilocalizados, bem como as dúvidas envolvendo jurisdição e cooperação jurídica internacional, além dos dilemas gerados pela temática da nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro. Do ponto de vista acadêmico, o estudo do DIPr e suas questões controvertidas pode levar ao avanço dos debates na área, o que implica, por exemplo, no estímulo à edição de uma nova ‘Lei Geral de Direito Internacional Privado’, que venha a substituir os artigos de DIPr constantes na resiliente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Essa nova ‘Lei Geral de DIPr’ deve sistematizar o Direito Internacional Privado como um todo, abrangendo, ainda, os conflitos de jurisdição e a cooperação jurídica internacional, bem como possuir normas de coordenação e diálogo com os inúmeros tratados de DIPr celebrados pelo Brasil nessas décadas”. RAMOS, André de Carvalho. Nota introdutória: o direito internacional privado e seus desafios. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 05.

⁵⁶⁸ Importante destacar, neste ponto, a alteração nominal da lei que introduziu o Código Civil. A Lei nº 12.376 de 2010 alterou a ementa do Decreto-Lei nº 4.657 de 1942 (até então LICC) determinando no artigo 1º que estaria “ampliando o seu campo de aplicação” e no artigo 2º que a ementa do Decreto-Lei passaria a vigorar com a redação “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. Observa-se em 2010 não apenas uma alteração nominal da lei, como também uma explícita ampliação do seu campo de aplicação, ratificando e reconhecendo a sua incidência também em normas previstas fora do Código Civil. Na LINDB, assim, se encontram as normas de direito internacional privado brasileiro, que determinam qual a lei deve ser aplicável a casos que possuam conexão internacional e que sejam submetidos à competência judicial brasileira. Por este motivo, e com fundamentação semelhante a esta que modificou a nomenclatura da norma, é que a criação de um “Código Brasileiro de Direito Internacional Privado” seria o mais adequado, uma vez que sujeitaria a sua incidência à totalidade das legislações existentes no país e não apenas à legislação que instituiu o Código Civil.

Esta escolha pela prevalência da residência habitual estaria justificada por uma busca de aproximação normativa com os demais ordenamentos jurídicos de direito internacional privado, através do reconhecimento da necessidade de uniformização das regras de conexão como um reflexo do mundo globalizado. A residência habitual é o critério de conexão em ascensão atualmente no mundo, sendo capaz de acompanhar a rapidez da vida moderna, consequência da globalização econômica que tornou as relações jurídicas ainda mais internacionais. Dessa forma, a incidência da residência habitual como fator de conexão principal no direito internacional privado – afastando a aplicação da nacionalidade e do domicílio, que passam a ser utilizados como critérios subsidiários – “é uma tendência unificadora em matéria de lei pessoal”⁵⁶⁹.

Assim, sugere-se que eventual atualização do direito internacional privado brasileiro deveria considerar a prevalência da residência habitual, de modo que o estatuto pessoal, regulado atualmente no artigo 7º da LINDB, poderia ser assim determinado:

Estatuto Pessoal

Caput. A personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família serão regidos pela lei do Estado em que domiciliada a pessoa. Quando restar demonstrado, a partir das circunstâncias do caso, que a pessoa possui residência habitual em outro Estado, será a lei deste que deverá ser aplicada.

Parágrafo único. As crianças, os adolescentes e os incapazes serão regidos pela lei do Estado da sua residência habitual, e, eventualmente, pela lei do Estado da residência habitual dos seus pais ou responsáveis quando esta se demonstrar mais benéfica ao melhor interesse da criança, do adolescente e do incapaz.

A previsão contida no *caput* afastaria a primazia que o critério do domicílio possui no direito internacional privado brasileiro, tornando este subsidiário ao critério da residência habitual, por ser este o critério considerado mais adequado a determinar a sede da relação jurídica em matéria de estatuto pessoal. A proposta aqui apresentada afastaria a incidência do critério do domicílio em situações que fosse demonstrado, a partir da análise das circunstâncias do caso, que o Estado da residência habitual da pessoa não corresponde ao mesmo Estado do seu domicílio. Assim, o domicílio seria um critério previsto no direito internacional privado brasileiro, sendo afastado apenas quando comprovado que a pessoa possui residência habitual em Estado diverso, uma vez que quando comparados, o critério da residência habitual aparenta ser mais adequado do que o critério do domicílio.

⁵⁶⁹ YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macaulaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016. p. 18.

Tatyana Scheila Friedrich ratifica a necessidade de atualização da norma a partir da inserção de um critério mais flexível, afirmando que “assuntos envolvendo a personalidade e seus direitos no plano privado internacional não se limitam mais à aplicação de um elemento de conexão fixo e pré-determinado, como determina a LINDB em relação à lei do domicílio”⁵⁷⁰.

A previsão contida no parágrafo único estaria de acordo com as determinações existentes nas convenções internacionais já internalizadas pelo Brasil, uma vez que estas defendem que a residência habitual seja o critério único que deva ser utilizado para determinar a lei aplicável às situações que envolvem menores, que carecem de uma proteção diferenciada. Gustavo Monaco afirma que “a construção de normas com elementos de conexão múltiplos e/ou subsidiários pode permitir maior justiça na decisão a ser tomada, uma vez que se estabeleça, dentre as diversas leis conectadas, aquela que mais facilmente pode garantir que o melhor interesse da criança seja observado”⁵⁷¹.

Assim, o critério do domicílio seria totalmente afastado quando a determinação da lei aplicável se referisse ao estatuto pessoal da criança, do adolescente e do incapaz. Outra determinação que se harmonizaria às previsões contidas nas convenções vistas, é que o local da residência habitual do menor não seria, obrigatoriamente, o local da residência habitual dos seus pais ou responsáveis, como prevê atualmente o direito brasileiro. Dessa forma, resolveria o conflito existente no caso hipotético acima apresentado, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro permitiria que a residência habitual de João não fosse dependente da determinação do local da sua representante, e seria, sim, determinada a partir da análise das circunstâncias próprias da vida da criança em si.

Fabiana das Graças Alves Garcia afirma que o número cada vez maior de famílias pluridomiciliadas “nas quais os genitores mantêm domicílios ou residências em países distintos, revela a necessidade de escolha de um elemento de conexão subsidiário e complementar ao previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro” para que possa regular de modo “mais abrangente as relações existentes entre os diferentes membros da entidade familiar”⁵⁷².

⁵⁷⁰ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao direito internacional privado. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 43.

⁵⁷¹ MONACO, Gustavo. *Guarda Internacional de Crianças*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 169.

⁵⁷² GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intellecto Editora, 2016. p. 279.

Esta atualização legislativa estaria em concordância com o objetivo principal do direito internacional privado, qual seja aplicar a uma relação jurídica plurilocalizada a lei que possua uma relação mais intrínseca a esta. As previsões contidas atualmente na LINDB, inseridas em 1942, foram desenvolvidas para uma família patriarcal que “não se harmoniza com uma sociedade cada vez mais igualitária, nem atende às necessidades das estruturas familiares eudemonistas, revelando-se nitidamente incompatível com a complexidade cada vez maior das relações familiares plurilocalizadas”⁵⁷³. Conforme Leila Cavallieri, “as novas famílias distanciaram-se da percepção de única formação nuclear e se transformaram em monoparentais, recompostas, unipessoais, extensas, mosaicos”⁵⁷⁴.

Previsão semelhante sugere-se nas normas que se destinam ao direito de família relativamente ao instituto civil do casamento, situação que deveria prevalecer, *a priori*, à aplicação da lei do Estado da residência habitual comum dos cônjuges sempre que este local não coincidissem com o Estado do domicílio comum. Em casos que inexistissem domicílio ou residência habitual comum, a lei aplicada seria a lei da residência habitual de qualquer dos cônjuges, desde que presente a anuência expressa do outro, ou, na falta desta anuência, a lei do Estado com o qual o casamento apresente os vínculos mais estreitos.

Casamento

Caput. O casamento e as relações pessoais entre os cônjuges serão regidos pela lei do Estado do seu domicílio comum. Quando os cônjuges forem residentes habitualmente em outro Estado, a lei deste deverá ser aplicada.

Parágrafo único. Inexistindo domicílio ou residência habitual comum, ou na impossibilidade de sua localização, aplicar-se-á, sucessivamente, a lei do Estado da residência habitual de qualquer dos cônjuges quando houver anuência expressa do outro, ou, na falta de anuência, a lei do Estado com o qual a causa apresente os vínculos mais estreitos.

⁵⁷³ Assim, estaria ratificada a necessidade de atualização da LINDB, a partir da incorporação de regras de conflitos que se coadunassem com a família existente atualmente, afastando a visão patriarcal, e aproximando da família eudemonista. Exige-se regras flexíveis, que permitam a conciliação do direito internacional privado com a busca pelo melhor interesse da criança, e ainda a aplicação da lei que possuir uma relação mais intrínseca com o caso internacional. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. *In*: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 279.

⁵⁷⁴ Ainda conforme a autora: “A gama é extensa e até há formação de redes ‘pseudo familiares’, que incluem vizinhos, compadres e amigos que se organizam para ajudar na educação e cuidados com as crianças. Em todas as novas configurações o que se busca é a melhoria das relações, que tentam primar pela união de seus membros, ligados por laços afetivos e de generosidade. Esta é a concepção que se espera da família adotiva: que seja a melhor família que aquela criança ou adolescente possa ter”. CAVALLIERI, Leila Arruda. *O direito internacional e a criança: adoção transnacional e nacionalidade do adotando*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 57.

Ao sugerir a atualização da norma referente à separação judicial e ao divórcio, buscase inserir no direito de família uma certa liberdade de escolha da lei aplicável às partes, influenciada pelas normas mais recentes do direito internacional privado da União Europeia:

Separação Judicial e Divórcio

Escolha da lei aplicável. A separação judicial e o divórcio serão regidos pela lei escolhida pelas partes, desde que esta escolha recaia:

- I- na lei do Estado do último domicílio comum dos cônjuges; ou,
- II- na lei do Estado da última residência habitual comum dos cônjuges; ou,
- III- na lei do Estado do domicílio ou da residência habitual de qualquer dos cônjuges no momento da separação judicial ou do divórcio; ou,
- IV- na lei do Estado da nacionalidade comum dos cônjuges.

Lei aplicável na falta de escolha. Na ausência de escolha da lei aplicável, a separação judicial e o divórcio serão regidos pela lei do Estado do último domicílio comum dos cônjuges, desde que não fique demonstrado que estes possuíam residência habitual em outro Estado, situação que ensejará a aplicação da lei deste último. Caso seja comprovado que a relação jurídica em causa possui um vínculo mais estreito com um outro Estado, a lei deste é que deverá ser aplicada.

A possibilidade de escolha da lei aplicável, simbolizada pelo critério da autonomia da vontade das partes no direito internacional privado, corresponde a uma tendência moderna da disciplina, inclusive em matéria de direito de família – área que tradicionalmente a sua incidência era reprovada. Esta liberdade seria, no entanto, limitada às opções elencadas na norma, de modo que os cônjuges poderiam escolher entre a lei do Estado do seu último domicílio comum ou da sua última residência habitual comum, entre a lei do Estado do domicílio ou da residência habitual de qualquer dos cônjuges no momento da separação judicial ou do divórcio, ou ainda entre a lei da nacionalidade comum dos cônjuges. Esta última previsão respeitaria, por exemplo, a possibilidade de as partes escolherem a lei de eventual nacionalidade comum existente.

A norma, assim como as previsões que a influenciaram, determina a lei aplicável na falta de escolha das partes, definindo que a separação judicial e o divórcio serão regidos pela lei do Estado do último domicílio comum dos cônjuges, desde que não fique demonstrado que estes possuíam residência habitual em outro Estado, situação que ensejaria a aplicação da lei deste último. Prevê ainda a possibilidade de que nenhuma destas duas leis antes mencionadas sejam aplicadas, quando restar comprovado que a relação jurídica em causa possui um vínculo mais estreito com um outro Estado, devendo ser aplicada a lei deste.

Esta possibilidade – de inserir a liberdade de escolha das partes em matéria de direito de família – representaria uma aproximação do direito internacional privado brasileiro às tendências legislativas modernas da disciplina. Seria, no entanto, uma atualização de grande

proporção, ao considerar que atualmente a liberdade de escolha da lei aplicável no país não é permitida nem mesmo em matéria de obrigações contratuais. Conforme Nádia de Araujo, “em um mundo cada vez mais globalizado e no qual as fronteiras estão cada dia mais tênues, permitir que os indivíduos planejem a suas relações pessoais e patrimoniais segundo sua vontade é uma forma de respeitar seu direito à vida e à liberdade, especialmente na esfera patrimonial, em questões ligada ao direito de família”⁵⁷⁵.

Por este motivo, destaca-se a importância de atualização das previsões envolvendo as obrigações contratuais e ainda a importante incidência do critério da residência habitual nesta matéria como uma garantia de proteção às partes vulneráveis atuantes nas relações jurídicas plurilocalizadas.

Obrigações Contratuais

Regra Geral. Os contratos internacionais serão regidos, no todo ou em parte, pela lei escolhida expressamente pelos contratantes. Na ausência de escolha, os contratos serão regidos pela lei do Estado com o qual mantenham os vínculos mais estreitos.

Contratos de Consumo. Os contratos de consumo serão regidos pela lei do Estado da residência habitual do consumidor, ou por uma das opções elencadas abaixo, quando for comprovado que corresponde a uma lei mais benéfica ao consumidor:

- I- lei do local da celebração do contrato; ou,
- II- lei do local da execução do contrato ou da prestação característica; ou,
- III- lei da sede ou residência habitual do fornecedor de produtos e serviços.

Defende-se, assim, a primazia da liberdade de escolha da lei pelas partes, consagrada através da autonomia da vontade⁵⁷⁶ no direito internacional privado, e que já esteve prevista nos Projetos de Leis acima mencionados, diferenciando-se, no entanto, o critério a ser aplicado na ausência de escolha pelas partes. Opta-se, neste raciocínio, pelo critério da lei do Estado com o qual a relação jurídica mantém os vínculos mais estreitos, como uma consagração do princípio da proximidade. Conforme Andrea Bonomi, “os mecanismos flexíveis como a busca da ‘*proper law of the contract*’ ou dos vínculos mais estreitos

⁵⁷⁵ Afirma ainda que “nesse campo, o florescimento do princípio da autonomia da vontade está aumentando nas diversas legislações nacionais e iniciativas regionais e multilaterais e não deve mais causar surpresas aos julgadores”. ARAUJO, Nádia de. A autonomia da vontade no direito brasileiro e sua expansão para o direito de família internacional: as novidades na área de cobrança de alimentos internacionais. In: GRUNDMANN, Stefan Grundmann; MENDES, Gilmar Ferreira, MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Orgs.). *Direito privado, constituição e fronteiras*. 2ª ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 440.

⁵⁷⁶ Andrea Bonomia defende que “a admissão da autonomia da vontade é uma das características da globalização. [...] Do ponto de vista do Direito Internacional Privado, esta solução equivale à ampliação do âmbito da auto-nomia em áreas até então submetidas a critérios objetivos de conexão. As vantagens desta solução são o aumento da previsibilidade e a aplicação das regras jurídicas que os privados julguem ser mais apropriadas para reger as suas relações”. BONOMI, Andrea. Globalização e Direito Internacional Privado. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas. Estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 174-175.

permitem considerar as características próprias de cada relação contratual, evitando resultados arbitrários”⁵⁷⁷.

Ao inserir estas previsões em contratos de consumo, especificamente, destaca-se a necessidade de uma norma diferenciada, uma vez que se está diante de um contrato que não possui equilíbrio entre as partes contratantes. Assim, defende-se a utilização do critério da residência habitual do consumidor para determinar a lei aplicável aos contratos internacionais de consumo, a fim de que seja garantida a máxima proteção à parte vulnerável, a partir da aplicação de uma lei que rege o centro da vida do consumidor. Reconhece-se, no entanto, que se for comprovado que a lei do local da celebração do contrato, ou do local da sua execução, ou, ainda, a lei da sede ou residência habitual do fornecedor, for mais benéfica ao consumidor, esta é a que deverá ser aplicada.

Esta previsão final permitiria que um consumidor residente habitualmente no Paraguai ao adquirir um produto de um fornecedor brasileiro, pudesse aplicar na solução do conflito a lei do Brasil, que se considera possuir um grau maior de proteção. O contrato de consumo não seria, assim, condicionado à aplicação da lei do domicílio do consumidor, o que representaria uma vantagem aos fornecedores brasileiros que atuam no comércio paraguaio.

Esta previsão se assemelha à sugestão normativa apresentada na proposta doutrinária de atualização da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, elaborada sob a coordenação de Cláudia Lima Marques, vista acima. Não se assemelha, no entanto, com a redação contida no Projeto de Lei nº 281, que pretende atualizar o artigo 9º da LINDB, inserindo um artigo 9º-B que prevê que o contrato internacional de consumo será regido pela lei do lugar da sua celebração ou pela lei brasileira quando este for aqui executado e desde que esta seja mais favorável ao consumidor. Tratando-se de uma norma que pode atualizar a redação do atual artigo 9º com uma redação que, no momento da sua entrada em vigor, já pode ser considerada ultrapassada.

A prevalência do critério da residência habitual no direito internacional privado, até mesmo diante do critério do domicílio, aproximaria as previsões brasileiras das demais previsões existentes atualmente que estão, consensualmente, aceitando este critério de modo mais equilibrado. A residência habitual tem sido utilizada como um critério apaziguador da

⁵⁷⁷ Um aspecto negativo, segundo a autora, seria uma eventual insegurança jurídica que ocasionaria complicações e gastos supérfluos: “A sua aplicação prática, entretanto, porque dependente de um método casuístico, é uma fonte de insegurança e de controvérsias entre as partes, e portanto aumenta o contencioso e ocasiona complicações e gastos supérfluos”. BONOMI, Andrea. *Globalização e Direito Internacional Privado*. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas. Estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 179.

dicotomia clássica existente no direito internacional privado, que, por um longo período, dividiu defensores da nacionalidade, dos defensores do domicílio.

Conforme Karine Boselli, a busca pela inserção da residência habitual no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em questões envolvendo menores, corresponde a uma “tendência da relativização do elemento de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro” e demonstra o anseio “em se promover as melhores condições para o estabelecimento dos vínculos de parentesco entre a criança e seus ascendentes, sempre levando em consideração os interesses dos infantes”⁵⁷⁸.

A nacionalidade era o critério que predominava nas primeiras legislações de direito internacional privado, perdendo significativo espaço a partir da constante intensificação da globalização, com o aumento das relações comerciais, aumento da circulação de pessoas entre os países e o conseqüentemente aumento das relações jurídicas plurilocalizadas. A ascensão do domicílio a partir da teoria defendida por Savigny gerou a dicotomia existente entre estes dois critérios, tidos como contrários e, por tal, tornando impossível a sua coexistência em um mesmo ordenamento jurídico. As legislações de direito internacional privado dos países dividiam-se, assim, entre países que privilegiavam as ideias de Mancini e o critério da nacionalidade e países que optavam pelas ideias de Savigny, adotando o critério do domicílio.

Ainda que exista uma proximidade aparente entre a residência habitual e o domicílio, afirmar simplesmente que estes critérios são semelhantes não é correto. Isto porque a residência habitual é semelhante ao domicílio dos países de *civil law*, mas não é tão semelhante assim ao domicílio dos países de *common law*, como visto. Outro aspecto positivo da residência habitual, no entanto, é que este critério não possui diferenças conceituais significativas entre estes dois sistemas jurídicos como ocorre com o critério do domicílio.

Conforme Gustavo Monaco, o domicílio “tem atendido os interesses do sistema brasileiro em matéria de direito pessoais transfronteiriços desde então, muito embora haja uma tendência importante no direito convencional para que se dê a substituição do domicílio pela residência habitual como critério de conexão”⁵⁷⁹. Assim, uma eventual atualização das normas de direito internacional privado brasileiro seria mais eficiente no tocante à harmonização da matéria no âmbito internacional se prevalecesse o critério da residência habitual, juntamente com o critério da lei do Estado que possua um vínculo mais estreito com

⁵⁷⁸ BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 209.

⁵⁷⁹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 26.

a relação jurídica e com o critério da liberdade de escolha da lei aplicável pelas partes – tendências que predominam atualmente. A solução de atualização do direito internacional privado por meio de uma alteração legislativa da LINDB constitui, no entanto, uma realidade ainda distante que não seria passível de execução em curto prazo.

Considerações parciais do capítulo nº 2

O desenvolvimento deste segundo capítulo permitiu uma análise da incidência do elemento de conexão residência habitual no direito internacional privado brasileiro, especificamente. Para que ao final fosse possível propor a inserção da residência habitual em uma eventual atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, foi necessário inicialmente explanar sobre a evolução da disciplina no Brasil, que abandonou, em 1942, o elemento de conexão nacionalidade, adotando o elemento de conexão domicílio – em vigência até o presente momento. Assim, a dicotomia clássica existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio é observada dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

A incidência do elemento de conexão residência habitual foi observada em decisões já proferidas pelos tribunais brasileiros, ainda que inexista previsão na LINDB, diante da sua previsão em convenções internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico interno. A análise destas decisões evidenciou fundamentações que divergiram entre si sobre características importantes da residência habitual, por vezes a confundindo com o domicílio⁵⁸⁰.

Para que a aplicação da residência habitual seja coerente com os objetivos que justificaram a sua ascensão no direito internacional privado moderno, é necessário que as decisões reconheçam e respeitem estes objetivos. O primeiro seria determinar o Estado da residência habitual da pessoa a partir das circunstâncias de cada caso, garantindo a aplicação da lei mais próxima à realidade em que esta pessoa se insere – raciocínio similar ao princípio da proximidade no direito internacional privado. O segundo objetivo seria a busca de uma harmonização do direito internacional privado, através de uma aplicação uniforme.

Por este motivo, a inserção do elemento de conexão residência habitual de modo subsidiário prejudicaria a efetividade dos objetivos almejados com a sua utilização, uma vez

⁵⁸⁰ A aplicação da referida Convenção exigiria uma certa interpretação uniforme desta, de modo que "para amenizar essa utilização indiscriminada, o Secretariado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado tem promovido conferências para magistrados, incentivando-os a um real conhecimento da convenção, com vistas a sua boa e oportuna aplicação". RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 314.

que a primazia de outro elemento de conexão (domicílio ou nacionalidade) resultaria em uma não aplicação da lei mais próxima ao caso, não garantindo a prevalência do melhor interesse da criança e, ainda, não harmonizaria o direito internacional privado, não afastando a dicotomia clássica que dividia os Estados.

Retoma-se, assim, o problema de pesquisa apresentado nas considerações iniciais deste estudo: o elemento de conexão residência habitual corresponde, de fato, a uma tendência moderna do direito internacional privado, capaz de superar a dicotomia existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio, já sendo incidente no ordenamento jurídico brasileiro e consagrando a sua presença no futuro do direito internacional privado do país?

Com o desenvolvimento deste segundo capítulo, conclui-se que o elemento de conexão residência habitual corresponde, sim, a uma tendência moderna do direito internacional privado que já é incidente na realidade brasileira. A inserção deste elemento de conexão em uma eventual atualização futura do direito internacional privado brasileiro se demonstra essencial, a fim de que a lei interna seja harmonizada com as previsões das convenções internacionais já incorporadas pelo Brasil, para que a aplicação do elemento de conexão residência habitual encontre uma conformidade jurisprudencial nas decisões dos tribunais brasileiros.

Diante da análise das propostas de atualização da LINDB já elaboradas, constatou-se que estas, apesar de já inserirem o elemento de conexão residência habitual, o inseriram como um critério subsidiário, o que retiraria a efetividade da aplicação deste elemento de conexão. Ademais, a inserção do elemento de conexão residência habitual subsidiariamente poderia ser realizada a partir de uma alteração interpretativa do artigo 7º, § 8º, da LINDB, compreendendo o termo “residência” ali presente como uma “residência habitual” – ainda que não fosse o ideal.

Propõe-se, desta forma, que o texto presente em uma eventual atualização do direito internacional privado brasileiro deva conceder primazia ao elemento de conexão residência habitual, sem restar prejudicada a incidência do elemento de conexão domicílio, este sim, subsidiário.

A primazia do elemento de conexão residência habitual é tão, senão mais importante do que a sua simples inserção no direito internacional privado brasileiro, uma vez que garante os objetivos almejados com a aplicação deste elemento de conexão – aplicação da lei mais próxima conforme as circunstâncias de cada caso e harmonia do direito internacional privado atuando como uma alternativa à dicotomia clássica existente entre nacionalidade e domicílio. Não basta inserir a previsão do elemento de conexão residência habitual no direito

internacional privado brasileiro, é preciso que a sua aplicação possua prevalência diante do elemento de conexão domicílio que não precisa ser substituído, mas precisa ser subsidiário àquele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do direito internacional privado busca-se a resposta para três questões que são fundamentais em relações jurídicas multiconectadas: a determinação do juiz competente para decidir o caso; a determinação da lei a ser aplicável; e o reconhecimento e a execução de decisões em outros Estados ou proferidas por outros Estados. A globalização⁵⁸¹ diluiu as fronteiras estatais, ampliando as relações jurídicas submetidas à apreciação do direito internacional privado, tornando comum uma relação que antes era considerada rara. A circulação de pessoas foi ampliada, assim como a circulação de produtos, exigindo dos Estados uma proteção que vai além das suas fronteiras.

O direito internacional privado⁵⁸² que, tradicionalmente, enfrentava a dicotomia existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio, observou, no surgimento do elemento de conexão residência habitual, uma alternativa vantajosa.

O julgamento do caso *Boll*⁵⁸³ representou um marco histórico para o surgimento do elemento de conexão residência habitual ao demonstrar a ineficácia do elemento de conexão nacionalidade na garantia do melhor interesse da criança. A opção adotada, ao afastar a nacionalidade, foi a inserção do critério da residência habitual do menor, que permitia a aplicação da lei do Estado que mantivesse vínculos mais estreitos com a realidade em que a criança estava acostumada. As primeiras utilizações do elemento de conexão residência

⁵⁸¹ Como afirma Carlos Roberto Husek: “A verdade está no fato que a globalização transforma a concepção do mundo, de um planeta com diversos países, culturas, línguas e economias diversas, em uma realidade única ou quase única: as culturas se inter-relacionam, se misturam e acabam tendo elementos comuns; [...] as economias - dos diversos países - são vasos comunicantes, independentemente do regime político, e é certo que nenhum país pode administrar sua economia - criar moedas, estabelecer preços e tributos, pagar salários, etc. - sem influência dos fatores econômicos das sociedades em territórios vizinhos, dos grandes bancos e empresas mundiais, das necessidades internas e internacionais e das produções industriais, para descrever o menos em matéria tão complexa, que envolve a macro e a microeconomia”. HUSEK, Carlos Roberto. Os deserdados da globalização e o direito internacional. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 57.

⁵⁸² Evidencia-se um cenário de globalização que intensificou as relações jurídicas submetidas à apreciação do direito internacional privado: “No mundo contemporâneo vislumbra-se uma ampla internacionalização das relações privadas. Ao mesmo tempo em que empresas possuem filiais em todo o mundo, bem como acionistas de várias nacionalidades, o ser humano desloca-se com maior facilidade e já não mais reside para sempre no território em que nasceu, possuindo, até mesmo, residência e bens em diversos países. O fato é que os conflitos na vida privada passaram a se multiplicar na seara externa ao longo dos tempos conforme as relações privadas internacionais foram se intensificando, o que exige uma solução por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais sobre qual lei será aplicável à determinada relação, se a estrangeira ou a nacional, se a sentença proferida em outro Estado pode ser internalizada no foro nacional ou se os atos praticados no exterior são válidos e poderão produzir efeitos após a sua internalização”. COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Direito Internacional Privado e Ordem Pública*. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 58.

⁵⁸³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 19j8: I.C.J. Reports 1958, p. 55-73.

habitual ocorreram através das Convenções da Haia, que objetivavam harmonizar o direito internacional privado referente a determinadas matérias.

A ineficácia do elemento de conexão nacionalidade para a garantia do melhor interesse da criança e a resistência de alguns Estados na adoção do elemento de conexão domicílio, diante das divergências conceituais que este apresentou – evidenciadas entre o sistema jurídico da *common law* e o sistema jurídico da *civil law* – incentivou o surgimento de um elemento de conexão que possuísse maior aptidão em um mundo globalizado. A residência habitual, assim, representou a busca pelo melhor interesse da criança, através de um critério flexível, que fornecesse liberdade ao tomador de decisão para aplicação da lei do Estado mais próximo à realidade do menor, e não necessariamente à realidade do pai ou da mãe.

Conforme Karine Boselli, “na atualidade, em consonância com o Princípio do Melhor Interesse da Criança, surge um novo ambiente doutrinário que amplia as regras de conexão aplicáveis”, de modo que se tem discutido “acerca da relativização do elemento de conexão domiciliar, aplicando-se a lei que for mais favorável à criança”⁵⁸⁴.

Representou também a busca das Convenções da Haia na harmonização das normas de direito internacional privado, uma vez que a utilização do elemento de conexão nacionalidade afastaria Estados que adotavam o elemento de conexão domicílio, e a utilização do elemento de conexão domicílio afastaria Estados que adotavam o elemento de conexão nacionalidade.

A residência habitual utiliza, assim, a fundamentação do princípio da proximidade no direito internacional privado, juntamente com a fundamentação da teoria de Friedrich Carl von Savigny. O princípio da proximidade por se entender que deve ser aplicada a lei que possuir uma relação mais próxima à vida da pessoa e a fundamentação da teoria de Savigny ao entender que existe um critério apto a garantir esta proximidade – neste caso, a residência habitual da pessoa. A flexibilidade existente na expressão “residência habitual” ao condicionar a determinação do local à análise das circunstâncias de cada caso é uma consequência da busca por uma harmonização do direito internacional privado, atuando a residência habitual como uma alternativa à dicotomia existente entre a nacionalidade e o domicílio.

⁵⁸⁴ BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 208.

Este estudo pretendeu solucionar o seguinte problema de pesquisa: o elemento de conexão residência habitual corresponde, de fato, a uma tendência moderna do direito internacional privado, capaz de superar a dicotomia existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio, já sendo incidente no ordenamento jurídico brasileiro e consagrando a sua presença no futuro do direito internacional privado do país?

Para tanto, teve como objetivo analisar o elemento de conexão residência habitual e a sua incidência no direito internacional privado brasileiro, através da sua previsão em convenções já incorporadas pelo ordenamento jurídico do país, abordando, ainda, a possibilidade de que futuramente seja inserido nas normas internas de direito internacional privado.

O primeiro capítulo do estudo buscou analisar o elemento de conexão residência habitual em si, a partir da sua conceituação e da relação que mantém com o elemento de conexão domicílio, principalmente a partir da divergência conceitual que o termo “domicílio” enfrenta entre o sistema jurídico da *common law* e o sistema jurídico da *civil law*. Ainda no primeiro capítulo, analisou-se o surgimento do elemento de conexão residência habitual, a partir da sua primeira previsão ocorrida na Convenção da Haia de 1956, e os motivos que fundamentaram a inserção de um critério “novo” e não a utilização de critérios já consagrados no direito internacional privado, como a nacionalidade e o domicílio.

Desde então, diversas foram as convenções internacionais que utilizaram com primazia o elemento de conexão residência habitual, sendo possível encontrar a sua previsão em legislações nacionais atualizadas de direito internacional privado, e ainda, nas normas de direito internacional privado da União Europeia.

Com o desenvolvimento do primeiro capítulo, foi possível concluir que o elemento de conexão residência habitual constitui, de fato, uma tendência moderna do direito internacional privado e que surgiu com o intuito de aplicar a lei mais próxima à realidade da pessoa ou da relação jurídica, tal como fundamentava a teoria de Savigny e tal como fundamenta o princípio da proximidade. A utilização do elemento de conexão residência habitual possuía, também, o objetivo de harmonizar o direito internacional privado, por meio das Convenções da Haia, a partir de um critério que fosse, aparentemente, neutro diante da dicotomia nacionalidade e domicílio.

Na prática, observou-se uma aproximação entre Estados que, por intermédio da incorporação das Convenções da Haia aos seus ordenamentos jurídicos internos, passaram a adotar o mesmo elemento de conexão para determinadas matérias – o elemento de conexão residência habitual. Diante deste cenário, foi possível concluir, ainda no primeiro capítulo,

que a incidência do elemento de conexão residência habitual atua como uma alternativa à dicotomia clássica do direito internacional privado, que dividia adeptos do elemento de conexão nacionalidade e adeptos do elemento de conexão domicílio.

O segundo capítulo do estudo destinou-se, desta forma, à análise da incidência do elemento de conexão residência habitual especificamente no direito internacional privado brasileiro. Para tanto, inicialmente destacou-se a evolução histórica do direito internacional privado no país, a fim de compreender a prevalência inicial do elemento de conexão nacionalidade até a sua substituição, em 1942, pelo elemento de conexão domicílio, que vige até os dias atuais. Esta evolução histórica permite compreender que a inserção do elemento de conexão residência habitual tal como foi proposta na parte final deste estudo era possível e não era contrária às teorias que fundamentaram o direito internacional privado brasileiro.

Passou-se, então, à análise das convenções incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro que preveem o elemento de conexão residência habitual, de modo que a sua incidência na realidade brasileira já pode ser observada, ainda que inexista previsão concreta na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A incidência do elemento de conexão residência habitual no direito internacional privado brasileiro é evidenciada pela quantidade significativa de decisões já proferidas pelos tribunais brasileiros que se destinaram à determinação do local da residência habitual da pessoa a partir da aplicação de Convenção da Haia. Ainda que outras convenções, que preveem o elemento de conexão residência habitual, já tenham sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, todas as decisões encontradas buscavam a determinação do local da residência habitual da criança, com base na Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças, de 1980. O objetivo desta convenção é a determinação do retorno imediato da criança para o país da sua última residência habitual antes do ato ilícito⁵⁸⁵ – país que possuirá a jurisdição e a lei aplicável ao caso, a sua guarda e a regulamentação de visitas. A partir da análise das fundamentações destas decisões restou evidente a divergência existente entre os próprios operadores do direito quanto à compreensão da expressão “residência habitual”.

A parte final do segundo capítulo procurou, desta forma, analisar o futuro do direito internacional privado no Brasil, observando as propostas de atualização da Lei de Introdução

⁵⁸⁵ Cynthia Soares Carneiro e Eliana Miki Tashiro Nakamura afirmam: “O objetivo fundamental da Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Interparental é a garantia do bem-estar da criança, que pode ser abalado quando existe a separação do casal e o deslocamento de sua residência habitual. Aliás, sem que exista a prévia decisão legal sobre a guarda, em consequência, também não estará regulamentado o direito de visita do outro genitor”. CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. O Sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 259.

às Normas do Direito Brasileiro, que já inseriram em seus textos a previsão do elemento de conexão residência habitual. Nestas propostas, no entanto, a residência habitual foi inserida como um critério subsidiário ao elemento de conexão domicílio, o que resultaria em uma limitação da sua eficácia.

Este estudo propôs, assim, uma redação normativa que atualizaria as previsões do direito internacional privado no Brasil, harmonizando a norma interna brasileira com as previsões adotadas nas convenções internacionais – algumas que até já foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro – e ainda com a tendência moderna do direito internacional privado, em que se observa a ascensão da residência habitual e da autonomia da vontade das partes. A proposta sugerida, assim, inseriria a primazia do elemento de conexão residência habitual, mantendo a previsão do domicílio de modo subsidiário, uma vez que o contrário não faria sentido.

A utilização do elemento de conexão residência habitual de forma subsidiária é contrária aos fundamentos que justificam a incidência deste elemento de conexão no direito internacional privado moderno. O primeiro fundamento – a aplicação da lei mais próxima à pessoa, capaz de garantir a consideração do melhor interesse da criança – seria afastado com a subsidiariedade da residência habitual, uma vez que a sua aplicação ficaria condicionada à não existência de domicílio (ou nacionalidade) e não à busca da lei mais próxima. O segundo fundamento – harmonização no direito internacional privado atuando como alternativa à dicotomia existente entre nacionalidade e domicílio – também seria afastado, uma vez que a subsidiariedade da residência habitual pressuporia a primazia do domicílio (ou da nacionalidade), subsistindo a dicotomia e dificultando a harmonização.

Dessa forma, a incidência do elemento de conexão residência habitual para que cumpra efetivamente com os objetivos que justificaram o seu surgimento, deve ocorrer com primazia, e não como um critério subsidiário. Assim, a primazia do elemento de conexão residência habitual nas normas de direito internacional privado aproximaria os países que antes se dividiam entre adeptos do elemento de conexão nacionalidade e adeptos do elemento de conexão domicílio – não impedindo que estes tradicionais elementos de conexão do direito internacional privado sejam mantidos, porém como critérios subsidiários à residência habitual. Na prática, seria possível visualizar uma aproximação entre estes países, ainda que adotassem elementos de conexão subsidiários distintos (Estado A adota subsidiariamente a nacionalidade e Estado B adota subsidiariamente o domicílio), através da primazia comum do elemento de conexão residência habitual.

Por fim, retoma-se o problema de pesquisa apresentado nas considerações iniciais deste estudo: o elemento de conexão residência habitual corresponde, de fato, a uma tendência moderna do direito internacional privado, capaz de superar a dicotomia existente entre os elementos de conexão nacionalidade e domicílio, já sendo incidente no ordenamento jurídico brasileiro e consagrando a sua presença no futuro do direito internacional privado do país?

A ascensão do elemento de conexão residência habitual é uma tendência observada no direito internacional privado moderno, a partir da sua previsão em um número expressivo de convenções internacionais, sendo possível encontrar a sua previsão também em legislações nacionais atualizadas de direito internacional privado e ainda a sua primazia no direito internacional privado da União Europeia, que tornou o elemento de conexão nacionalidade subsidiário. A fundamentação que resultou no surgimento do elemento de conexão residência habitual torna possível a compreensão de que este possui a função de harmonizar o direito internacional privado, atuando como uma alternativa à dicotomia clássica que dividiu Estados entre aqueles adeptos do elemento de conexão nacionalidade e adeptos do elemento de conexão domicílio.

Diante da inaptidão dos elementos de conexão nacionalidade e domicílio, seja por não garantir o melhor interesse da criança ou por não apresentar um conceito uniforme, é que se observou necessária a emersão de um critério que promovesse a aplicação da lei mais próxima à relação jurídica internacional, em conformidade com o princípio da proximidade, e também que refletisse uma busca pela harmonização do direito internacional privado tal como propôs Savigny. Surge, assim, o elemento de conexão residência habitual.

A sua incidência no direito internacional privado brasileiro já é evidenciada através da aplicação de convenções internacionais que utilizaram este elemento de conexão e que já foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro e aplicadas por julgadores. A determinação do local da residência habitual de uma pessoa pelos tribunais brasileiros ocorre, no entanto, com pequenas divergências que modificam e, por vezes, fogem à essência deste elemento de conexão.

Deste modo, a proposta de atualização do direito internacional privado brasileiro feita na parte final deste estudo ratifica que a previsão do elemento de conexão residência habitual deva ocorrer com primazia, a fim de que sejam assegurados os objetivos que fundamentaram o surgimento e a aplicação deste elemento de conexão. A primazia da residência habitual, que não proíbe a previsão subsidiária do domicílio ou da nacionalidade, permitiria a aplicação da lei mais próxima à vida da pessoa ou à relação jurídica multiconectada, e ainda harmonizaria o direito internacional privado.

A residência habitual é o elemento de conexão do direito internacional privado moderno, sendo considerado como o elemento de conexão que atende aos requisitos de uma sociedade globalizada, reconhecendo a aplicação do direito estrangeiro e ainda ampliando a possibilidade de reconhecimento das decisões proferidas por outros Estados diante da utilização de um elemento de conexão comum. Não há como garantir efetiva proteção aos direitos básicos existentes em uma sociedade globalizada, sem a busca por uma harmonização do direito internacional privado e por uma cooperação internacional.

É preciso modificar “o sistema simples, rígido e quase rudimentar do direito internacional privado brasileiro”⁵⁸⁶ a fim de que possa ser harmonizado com a nova realidade. O futuro do direito internacional privado brasileiro não poderá ignorar o elemento de conexão residência habitual, assim como, o direito internacional privado *lato sensu* não o tem ignorado.

⁵⁸⁶ Como afirma Fabiana das Graças Alves Garcia, “com base na premissa de que o processo de escolha da lei aplicável às questões de direito de família que envolvem também os interesses de crianças deve ser orientado por valores eudemonistas, que reconheçam funcionalidade à família, assim como a seus membros, buscando-se, acima de tudo, a aplicação da lei material mais adequada para assegurar os interesses da criança e não os interesses de seus genitores, impõe-se a conclusão de que o sistema simples, rígido e quase rudimentar do direito internacional privado brasileiro necessita ser modificado a fim de se harmonizar com a nova realidade”. GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 280.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichem Gesetzbuche* (EGBGB – Lei de Introdução ao Código Civil), de 21 de setembro de 1994. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html>> Acesso em: 15 mar. 2017.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Incorporação do tratado pelo ordenamento jurídico interno. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 255-265.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A convenção interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado. In: ARAUJO, Nádia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 212-220.

AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A autonomia da vontade no direito brasileiro e sua expansão para o direito de família internacional: as novidades na área de cobrança de alimentos internacionais. In: GRUNDMANN, Stefans; MENDES, Gilmar; MARQUEUS, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. (Orgs.). *Direito privado, Constituição e fronteiras*. 2ª ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014. p. 423-440.

_____. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controversas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 289-309.

ARAUJO, Nádia de; GAMA JUNIOR, Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros princípios da Haia e as perspectivas para o Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 34. 2012. p. 11 – 41.

ARAUJO, Nádia de; VARGAS, Daniela. Comentário ao REsp 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 14. São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões. 2012. p. 117-137.

ARGENTINA. Ley nº 26.994 de 18 de dezembro de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>> Acesso em: 26 nov. 2017.

AUDIT, Bernard. *Droit International Privé*. Paris: Economica, 2008.

ÁUSTRIA. Internationale Privatrecht Gesetz – IPR-Gesetz – Código de Direito Internacional Privado, de 15 de junho de 1978. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

BASEDOW, Jürgen. Berichte: Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. Mohr Siebeck: 2011. p. 671-676.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BELANDRO, Ruben S. Santos. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 514-536.

BÉLGICA, Código IPR de Direito Internacional Privado, de 27 de julho de 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

BENTWICH, Norman. Recent developments of the principle of domicile in English law. v. 87. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789028612426.117_190> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 121-189.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

_____. *Direito Internacional Privado*. Campinas: RED Livros, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4.ed. Brasília: Unb, 1994.

BONI, Andrea de; FERRERO, Marco. Dalla cittadinanza etno-nazionale alla cittadinanza di residenza. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*. Anno V. n. 4. Milano: Franco Angeli, 2004.

BONOMI, Andrea. Globalização e Direito Internacional Privado. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas. Estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 159-186.

BONOMI, Andrea. *Relatório explicativo do Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado*. Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência. Scheveningseweg 6. Haia: 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=4898>> Acesso em: 10 out. 2017.

BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. A filiação matrimonial e suas presunções. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 186-212.

BOUCAULT, Carlos E. A convenção interamericana sobre conflito de leis em matéria de adoção – CIDIP III – e seu reflexo no direito brasileiro. In: ARAUJO, Nadia de Araujo;

CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 499-513.

BOZIN-ODHIAMBO, Danielle. Re-examining habitual residence as the sole connecting factor in Hague Convention child abduction cases. *Family Law Review*. v. 3. n. 1. Austrália: 2012. p. 4-17.

BRASIL, Constituição Política Do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Decreto nº 18.871 de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado, concluída em Havana, em 20 de fevereiro de 1928. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 547, de 6 de dezembro de 1994, elaborada pelo Ministro de Estado da Justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Ano L. n 26. Brasília, 1995.

BRASIL. Decreto nº 1.212 de 03 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevidéo, em 15 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Decreto nº 1.979 de 09 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevidéo, Uruguai, em 08 de maio de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1979.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Decreto nº 2.429 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2429.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Decreto nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 26 nov. 2017.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión mortis causa internacional. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 79-116.

CAMARGO, Solano de. O direito da criança de ser ouvida – aspectos internacionais. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 243-263.

CARELLA, Gabriella. La Convenzione dell' Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione Internazionale di minori. *Rivista di diritto Internazionale privato e processuale*. Anno XXX, n. 4, ottobre-dicembre. Cedan: Padova, 1994.

CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. O sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 254-269.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. *Contratos internacionais: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. El concepto de residencia habitual del causante en el reglamento sucesorio europeo. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*. n. 19. España: 2015. p. 15-35.

CARREIRA, Carlos Eduardo de Castro e Silva. O princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro: do *locus* obrigacional a novo axioma das relações

privadas familiares transnacionais na pós-modernidade. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. 12. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 651-662.

CARVALHO, David França Ribeiro de. O tratamento da adoção internacional no plano internacional: o direito da Convenção da Haia sobre Proteção das Crianças e Cooperação em matéria de Adoção Internacional, de 1993. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 213-242.

CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 77-105.

CASSIN, René. La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois v. 34. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Consulted online on 27 November 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1163/18758096_pplrdc_ej.9789028607125.655_809> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 659-809.

CAVALLIERI, Leila Arruda. *O direito internacional e a criança: adoção transnacional e nacionalidade do adotando*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

_____. A elitização da adoção internacional por força da obrigatoriedade do estágio de convivência. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes (Orgs.). *Direito internacional em expansão*. v. III. Anais do 12º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 443-451.

_____. Evolução do conceito de adoção internacional na doutrina e no direito brasileiros. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 219-232.

_____. A adoção internacional realizada no Brasil e o subsídio de leis estrangeiras que possam contribuir para a consecução da medida. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. VIII. Anais do 14º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 60-75.

_____. A aquisição de nacionalidade pelo adotando na adoção internacional: o contributo ao direito internacional pela interdisciplinaridade, através de outros ramos do direito. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. 12. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 404-420.

CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 475-493.

COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Direito Internacional Privado e Ordem Pública. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 48-59.

COSTA, José Augusto Fontoura. Convenção interamericana sobre restituição internacional de menores. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 537-563.

DAL RI JUNIOR, Arno. *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí. 2ª ed. 2003.

DAVI, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5. n. 2. Madrid: 2013. p. 5-139.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *O MERCOSUL e a nacionalidade: estudo à luz do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DOLINGER, Jacob. Convenção interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 181-211.

_____. *Direito Internacional Privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. 2004. p 239-246.

DUTTA, Anatol. Der gewöhnliche Aufenthalt – Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. IPRax. Heft 02, 2017. p. 139-145.

FAWCETT, James; CARRUTHERS, Janeen. *Cheshire, North & Fawcett: private international law*. v. 14. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. et al. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Zavalía, 2003.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao direito internacional privado. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 22-47.

FURTADO, Rogério Dourado. A necessidade de uma soberania compartilhada para a constituição de mercados de bloco. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 315-318.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Convenção da Haia de 1980 e as noções conceituais de guarda e visita. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 233-253.

GARCIA, Fabiana das Graças Alves. Guarda internacional de crianças. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 264-282.

GOLDSTEIN, Gérald. The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996. *Department of Justice Canada*. 2006. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-fl/divorce/rthro_qc/index.html> Acesso em: 26 nov. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAVESON, Ronald Harry. *Conflict of laws: private international law*. Indiana: Sweet & Maxwell, 1974.

GRIMMEIß, Maximilian. *The effectiveness of habitual residence as a connecting factor in the conflict of laws*. Munich: GRIN Verlag, 2014.

HUSEK, Carlos Roberto. Os deserdados da globalização e o direito internacional. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 55-59.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden). Judgment of November 28th, 1978: I.C.J. Reports 1978, p. 55-73.

IRLANDA. Succession Act, Part VIII, Conflict of Laws relating to Testamentary Dispositions, 1965. An act to reform the law relating to succession to the property of deceased persons and, in particular, the devolution, administration, testamentary disposition and distribution on intestacy of such property, and to provide for related matters. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1965/act/27/enacted/en/html>> Acesso em: 14 fev. 2017.

IRLANDA. *The law reform commission: domicile and habitual residence*. 1983. Disponível em: <http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm> Acesso em: 15 mar. 2017.

ITÁLIA, Lei nº 218, 31 de maio de 1995. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Disponível em: <http://www.trentininelmondo.it/cittadinanza/documenti/L_31_5_1995_218.pdf> Acesso em: 05 jan. 2017.

JACQUES BRAUNER, Daniela Correa. A contribuição dos processos de integração - União Europeia e Mercosul - para a superação das dificuldades de aplicação da Convenção da Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Porto Alegre. v. 10. n. 1. 2015. p. 265-297.

JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Regulamento de Sucessões e um Renascimento do Reenvio. In: MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen (Orgs.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 55-68.

_____. *Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002.

JANIS, Mark Weston. *International Law*. New York: Aspen Publishers, 2008.

JAYME, Erik. Party Autonomy in International Family and Succession Law: new tendencies. *Yearbook of Private International Law*. Germany: European law publishers & Swiss Institute of Comparative Law, 2009.

_____. Direito internacional privado e integração: as convenções europeias. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 106-116.

LEIDENS, Leticia Virginia. A residência habitual na Convenção de Haia de 1980: um diálogo com o instituto civil domicílio. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. 12. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 505-515.

MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 327-350.

MAGALHÃES, José Carlos. O mundo do século XXI. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 08-21.

MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003.

MANKO, Rafal. Habitual residence as connecting factor in EU civil justice measures. *Library Briefing: Library of the european parliament*, 2013.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002. *Cadernos*

do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, v. 2, n. 4, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; ZANCHET, Marília (Coords.). Proposta de redação de nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Grupo de Estudos sobre a Lei de Introdução ao Código Civil PPGD/UFRGS. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Porto Alegre. 2004. p. 115-168.

MEDAGLIA, Ivo de Paula. A liberdade das partes como critério de determinação do direito aplicável às obrigações contratuais de acordo com o Regulamento Roma I. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 159-179.

MEINERO, Fernando Pedro. *Sucessões internacionais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017.

MENEZES, Wagner. Cooperação jurídica internacional e seus paradoxos. In: MENEZES, Wagner; RAMOS, André de Carvalho (Orgs.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 17-52.

MERCOSUL. Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, de 23 de julho de 1998. Promulgado pelo governo brasileiro em 04 de junho de 2003 através do Decreto nº 4.719.

MICHAELS, Ralf. The new European Choice-of-Law Revolution. *Tulane law review*. 2008, v. 82, n. 05.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Guarda Internacional de Crianças*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Direito internacional privado da família: influências da história e da geografia do Brasil. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 03-28.

MOTA, Helena. A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012. *Revista eletrônica de direito*. n. 1. Porto: 2014. p. 01-22.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interação originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 3-61.

NAZO, Georgette Nacarato. *Adoção internacional: valor e importância das convenções internacionais vigentes no Brasil*. São Paulo: O. Mendes. 1997.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Interpretação e aplicação de convenções internacionais em matéria substantiva, processual e conflitual: autonomia, internacionalidade, uniformidade e a almejada convergência internacional dos julgados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PAÍSES BAIXOS, Wet houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Thypographia Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLÔNIA, Lei de 12 de novembro de 1965. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Nacionalidade de origem e naturalização no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1935.

PORTUGAL, Código Civil. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

RAMONET, Ignacio. *Geopolítica do Caos*. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

RAMOS, André de Carvalho. Estatuto pessoal no direito internacional privado: evolução e perspectivas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*. v. 110. jan./dez. 2015. p. 451-470.

_____. Nota introdutória: o direito internacional privado e seus desafios. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 01-07.

_____. Direito internacional privado e a ambição universalista. In: MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen (Orgs.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 14-33.

_____. Direito internacional privado e seus aspectos processuais: a cooperação jurídica internacional. In: MENEZES, Wagner; RAMOS, André de Carvalho (Orgs.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 02-16.

RAMOS, Mariana dos Anjos. O paradigma da soberania e a cooperação jurídica internacional. In: MENEZES, Wagner; RAMOS, André de Carvalho (Orgs.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 115-133.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REPÚBLICA CHECA, Lei nº 97 de 1963. Lei relativa ao direito internacional privado e ao direito processual. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm> Acesso em: 05 jan. 2017.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

ROGERSON, Pippa. *Collier's conflict of laws*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

_____. Habitual Residence: The New Domicile?. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 49. n. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 86-107.

RUHL, Giesela. Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper nº 4. Toronto: 2007.

SAMTLEBEN, Jurgen. A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 25-45.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

SCALERSKY, Fernanda Sirotsky. A internacionalização do direito contratual europeu e a sua influência para o direito internacional privado. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 116-143.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SIQUEIROS, José Luis. El aporte del sistema interamericano al desarrollo del derecho internacional privado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 148-169.

SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A adoção internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Orgs.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 351-376.

STAHLI, Jorge. Integración y globalización: relaciones peligrosas. In: ALTERINI, Atilio; NICOLAU, Noemi (Directores). *El derecho privado ante la internacionalidade, la integración y la globalización: homenaje al profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 229-242.

STEIGER, M. W. de. *Explanatory Report on the 1961 Hague Protection of Minors Convention*. Hague: HCCH Publications, 1961. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2944>> Acesso em: 26 nov. 2017.

STEINER, Renata T. Autonomia (privada) no direito internacional das famílias. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 29-52.

STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws: foreign and domestic in regards contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*. Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 1986.

SUÍÇA. Federal Act on Private International Law, 1987.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código civil: esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Brasília: Serviço de documentação, 1952.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. v. 2. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

TIBÚRCIO, Carmen. Uma análise comparativa entre as convenções da CIDIP e as convenções da Haia – o direito uniformizado comparado. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 46-76.

TOZO, Ricardo Rodrigo Marino. Os tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 301-314.

UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>> Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia, de 07 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>> Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento n° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593>> Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento n° 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32007R0864>> Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Resolução n° 2140/2009 do Parlamento Europeu, de 7 de setembro de 2010, sobre a aplicação e revisão do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (2009/2140(INI)).

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento n° 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32009R0004>> Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento n° 1186/2009 do Conselho, de 16 de novembro de 2009, relativo ao estabelecimento do regime comunitário das franquias aduaneiras. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713985764&uri=CELEX:32009R1186>> Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento n° 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.343.01.0010.01.POR> Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento n° 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1511713615720&uri=CELEX:32012R0650>> Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento n° 1103/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>> Acesso em: 26 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento n° 1104/2016 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do

reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>> Acesso em: 26 nov. 2017.

VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325.

_____. A lei aplicável às sucessões internacionais: por uma interpretação razoável do art. 5º, XXXI, da Constituição. In: FULCHIRON, Hugues; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Orgs.). *Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 310-327.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

_____. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 60. São Paulo, 1965. p. 121-131.

_____. Conséquences de la difference de nationalité ou du domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage. v. 105. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_ej.9789028614222.069_171> Acesso em: 26 nov. 2017. p. 75-171.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Premissas fundamentais do direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen (Orgs.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 34-54.

_____. O Direito Internacional Privado e a proteção do ser humano: a falácia da novidade. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 270-288.

VASSOLE, Gilberto Figueiredo; VASSOLE, Mariana Knudsen. A importância da cooperação jurídica internacional para a efetividade do acesso à justiça. In: ALARCON, Rosana Bastos; FERREIRA, Carolina Iwancow; OLIVEIRA, Ana Carla Ribeiro de (Coords.). *Atualidades do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 168-177.

VISCHER, Frank. Drafting national legislation on conflict of laws: The Swiss experience. *Law & Contemporary Problems*. v. 41. n. 2. Durham: 1977. p. 131-146.

YIDENG, Liu. *O conceito de residência habitual no direito internacional privado*. Macao Law: 2009. Disponível em: <<http://www.dsaj.gov.mo/macolaaw/pt/data/perspectiva/issued11/p2.pdf>> Acesso em: 02 out. 2016.

ZOHAR, Gadi. Habitual Residence: An alternative to the common law concept of domicile? *Whittier Journal of Child & Family Advocacy*. v. 9. 2009. p. 169-204.

ANEXO 1

1. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

1.1. Decisões que mantiveram a criança no Brasil, não ordenando o seu retorno ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0030786-18.2012.4.01.3500 GO. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Julgado em 05 de setembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Remessa Ex Officio nº 2008.38.00.036114-0 MG. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Julgado em 08 de agosto de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0011498-23.2009.4.01.3813 MG. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Julgado em 17 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0019286-98.2007.4.01.3800 MG. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Julgado em 17 de novembro de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0001259-19.2011.4.01.3803 MG. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Julgado em 21 de novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0019586-89.2009.4.01.3800 MG. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Julgado em 14 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0000335-22.2008.4.01.3800 MG. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Julgado em 07 de abril de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0002940-95.2005.4.01.4300 TO. Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Julgado em 13 de dezembro de 2010.

1.2. Decisões que mantiveram a criança no Brasil, sendo este considerado o país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0008055-21.2013.4.01.3200 AM. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Julgado em 23 de março de 2015.

1.3. Decisão que ordenou o retorno imediato da criança ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 0040190-25.2009.4.01.0000 MG. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Julgado em 20 de setembro de 2010.

2. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

2.1. Decisões que mantiveram a criança no Brasil, não ordenando o seu retorno ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Remessa Ex Officio nº 2011.51.01.000961-5. Relator: Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Julgado em 13 de maio de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 0009861-76.2004.4.02.0000. Relator: Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Julgado em 14 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Mandado de Segurança nº 2004.02.01.011601-2. Relator: Desembargador Federal Liliane Roriz. Julgado em 30 de março de 2005.

2.2. Decisão que manteve a criança no Brasil, sendo este considerado o país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 0018494-36.2003.4.02.5101. Relator: Desembargador Federal Benedito Gonçalves. Julgado em 24 de março de 2008.

2.3. Decisões que ordenaram o retorno imediato da criança ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 0001891-96.2014.4.02.5101. Relator: Desembargador Federal Firly Nascimento Filho. Julgado em 30 de junho de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0008538-84.2014.4.02.0000. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Julgado em 11 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0108515-49.2014.4.02.0000. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Julgado em 11 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Embargos Infringentes nº 2010.51.01.015454-4. Relator: Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araujo Filho. Julgado em 20 de junho de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 0004697-87.2008.4.02.5110. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Julgado em 04 de maio de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 2005.51.01.009792-9. Relator: Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araujo Filho. Julgado em 17 de outubro de 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0008929-73.2013.4.02.0000. Relator: Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Julgado em 03 de setembro de 2013.

3. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

3.1. Decisões que mantiveram a criança no Brasil, não ordenando o seu retorno ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0004360-41.2014.4.03.6119. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgado em 22 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0000193-52.2011.4.03.6000. Relator: Desembargador Federal José Lunardelli. Julgado em 10 de junho de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0018411-81.2014.4.03.0000. Relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho. Julgado em 10 de março de 2015.

3.2. Decisões que mantiveram a criança no Brasil, sendo este considerado o país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Remessa Necessária nº 0016040-22.2010.4.03.6100. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgado em 06 de dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0006030-96.2013.4.03.6104. Relator: Desembargador Federal Hélio Nogueira. Julgado em 16 de fevereiro de 2016.

3.3. Decisões que ordenaram o retorno imediato da criança ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0002402-81.2013.4.03.6110. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgado em 22 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0001923-25.2008.4.03.6123. Relator: Desembargadora Federal Cecília Mello. Julgado em 24 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0002799-40.2013.4.03.0000. Relator: Desembargadora Federal Cecília Mello. Julgado em 24 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0002799-40.2013.4.03.0000. Relator: Desembargadora Federal Cecília Mello. Julgado em 28 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0001923-25.2008.4.03.6123. Relator: Desembargadora Federal Cecília Mello. Julgado em 28 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0000491-35.2011.4.03.6100. Relator: Juiz Convocado Márcio Mesquita. Julgado em 02 de outubro de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0009609-65.2012.4.03.0000. Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães. Julgado em 12 de junho de 2012.

4. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

4.1. Decisões que mantiveram a criança no Brasil, não ordenando o seu retorno ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5004625-52.2014.4.04.0000. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Julgado em 16 de junho de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Reexame Necessário nº 5000429-06.2010.4.04.7202. Relatora: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Julgado em 14 de novembro de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5010516-25.2012.4.04.0000. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em 13 de novembro de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5001005-84.2010.4.04.7206. Relatora: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Julgado em 07 de dezembro de 2011.

4.2. Decisões que mantiveram a criança no Brasil, sendo este considerado o país da sua residência habitual

Não foram encontradas decisões neste sentido no TRF da 4ª região.

4.3. Decisão que ordenou o retorno imediato da criança ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo Regimental em Cautelar Inominada nº 5044970-26.2015.4.04.0000. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva. Julgado em 09 de dezembro de 2015.

5. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

5.1. Decisões que mantiveram a criança no Brasil, não ordenando o seu retorno ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 2008.83.00.010942-2. Relator: Desembargador Federal José Vidal Silva Neto. Julgado em 11 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento nº 0802393-29.2013.4.05.0000. Relator: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria. Julgado em 20 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento nº 0007986-72.2013.4.05.0000. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Julgado em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 0011731-44.2012.4.05.8100. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Julgado em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Remessa Ex Officio nº 2009.81.00.002078-2. Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro. Julgado em 22 de março de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Reexame Necessário nº 2008.82.00.00992190-1. Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. Julgado em 29 de junho de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Reexame Necessário nº 2008.82.00.009921-9. Relatora: Desembargadora Federal Carolina Souza Malta. Julgado em 16 de março de 2010.

5.2. Decisões que mantiveram a criança no Brasil, sendo este considerado o país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Medida Cautelar de Busca e Apreensão nº 2009.81.00.002078-2. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. Julgado em 09 de setembro de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2008.81.00.01196050-1. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. Julgado em 01 de julho de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 2008.81.00.011960-5. Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. Julgado em 21 de janeiro de 2010.

5.3. Decisões que ordenaram o retorno imediato da criança ao país da sua residência habitual

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 2009.82.00.007100-7. Relatora: Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira. Julgado em 11 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 0003483-08.2011.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Julgado em 11 de outubro de 2011.