

DIREITO COMUNITÁRIO E JURISDIÇÃO SUPRANACIONAL

O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI

COORDENADOR

COLABORADORES

ALICE MONTEIRO DE BARROS
ALOYSIO PEREIRA NOGUEIRA
ANTONIO JOSÉ SILVEIRA PAULILO
BONIFACIO RIOS AVALOS
ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI
FÁTIMA NANCY ANDRIGHI
HORTENSIA GUTIERREZ POSSE
HUGO ANDRES BUSTOS PEREZ
J. E. CARREIRA ALVIM
JOSÉ RENATO NALINI
JUAN GUZMAN TAPIA
LAURA BALART
LUIS MARÍA SIMÓN
LUIZ ROBERTO SABBATO
MANOEL CARPENA AMORIM
MARCOS RIERA HUNTER
MARIA SUSANA NAJURIETA
MARIELLA LELES DA SILVA
MASSAMI UYEDA
NILDO NERY DOS SANTOS
NILZA SALVO
OSCAR DIONISIO ALFONSO
PAULO FURTADO
PEDRO VALLS FEU ROSA
RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR
SIDNEI AGOSTINHO BENETI
TERESITA RODRIGUEZ MASCARDI

2000

editora
Juarez de Oliveira

A UNIFICAÇÃO SUPRANACIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR

1. INTRODUÇÃO

O Prof. Alain Bénabent, na introdução do seu *Droit Civile – La Famille* (Litec, Paris, 1993, p. 12), observa que o fundamento do direito de família resulta essencialmente do estado sociológico da população, estando diretamente influenciado por concepções morais e religiosas vigentes em um dado momento. É por isso que o direito de família, mais que os outros, retraza o perfil moral de uma nação. Nos últimos tempos está sofrendo profundas modificações, mas em velocidade diferente em cada país. Basta lembrar que o divórcio foi introduzido no Uruguai em 1907, no Brasil em 1977, na Argentina, em 1987 e no Paraguai apenas em 1991, depois de sobre ele ter silenciado o Código Civil de 1985.

Essa constatação significa um primeiro obstáculo para a abordagem do tema “Unificação Supranacional do Direito de Família”, que me foi proposto, para compor o painel da I Jornada Internacional de Direito de Família, promovida pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul/BR e realizada em Porto Alegre, nos dias 29 e 30 de agosto de 1997.

O assunto estaria vinculado mais diretamente à realidade do Mercosul, que procura integrar os quatro países signatários do Tratado de Assunção, quais sejam, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, além do Chile.

Tratarei do tema em três níveis. Em primeiro lugar, a alternativa proposta, que é a de elaboração de normas comuns com aplicação direta, unificando os ordenamentos jurídicos; depois, a aplicação das normas de direito internacional, resultantes dos tratados; por fim, a aplicação interna dos princípios através do ‘ativismo judicial’, pelo qual os tribunais locais tratariam de interpretar o direito interno de modo a ajustá-lo aos paradigmas regionalmente aceitos. A unificação propriamente dita somente poderia acontecer em algumas situações bem definidas, como adiante ficará exposto, com base na experiência européia. Já os vários tratados assinados pelo Brasil e demais países do Cone Sul contêm inúmeras disposições sobre a relação familiar, que ensejam uniforme visualização das principais questões de Direito de Família e estão a exigir mais intensa aplicação pelos tribunais locais e organismos internacionais. Por fim, cabe àqueles, ainda que na interpretação restrita do ordenamento interno, inspirar-se no modelo internacionalmente proposto.

2. A DIVERSIDADE LEGISLATIVA SÓ PERMITE A ELABORAÇÃO DE NORMA COMUM EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS

A unificação das normas jurídicas pressupõe unidade de pensamento social e político. Basta rápida vista sobre os principais institutos do Direito de Família no Brasil nos demais países para perceber as diferenças:

Na Argentina, o casamento anulado, contraído de má-fé por ambos os contraentes, não produzirá efeito algum, e a união será reputada como concubinato, prevalecendo, em relação aos filhos, a presunção de paternidade resultante do concubinato (art. 223 do CCA), enquanto no Brasil, ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns (art. 14, parágrafo único, da Lei n. 6.515, de 26-12-1977, Br).

A administração ordinária dos bens do casal e da mulher estão a cargo do marido, conforme dispõe o art. 135 do CC, Chile (texto refundido e atualizado do CCivil e dos diplomas sobre Direito de Família – Diário Oficial de 26-12-1996). O seu art. 1.749 assegura que o marido é o chefe da sociedade conjugal e, como tal, administra os bens sociais e os da mulher. Em relação a terceiros, o marido é o dono dos bens sociais (art. 1.750). No Brasil, o art. 226, § 5º, da Constituição de 1988 estatui que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

A separação judicial, fundada na ruptura da vida em comum, poderá ser pedida por qualquer dos cônjuges se interrompida a coabitação por mais de dois anos (art. 204 do CC, Argentina); no Brasil, o prazo é de um ano (art. 5º, § 1º, da Lei n. 6.515/77-Br).

O art. 203 do CC Argentina permite o pedido de separação judicial fundado em alterações mentais graves de caráter permanente, alcoolismo ou dependência de droga, enquanto o art. 5º, § 2º, da Lei n. 6.515/77-Brasil, prevê apenas a hipótese de doença mental grave após duração de cinco anos.

Como efeito da separação judicial, de regra, os filhos menores de cinco anos ficarão a cargo da mãe (art. 206, CC, Argentina), enquanto que, no Brasil, os filhos menores ficarão ou com o cônjuge que não houver dado causa à separação (art. 10, *caput*, da Lei n. 6.515/77 Br), ou com a mãe, se ambos responsáveis pela separação (art. 10, § 1º) ou, ainda, com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura (art. 11).

Qualquer dos esposos, haja ou não declaração de culpabilidade na sentença de separação judicial, tem direito a que o outro, se tiver meios, forneça o necessário para a sua subsistência (art. 209, CC, Argentina), enquanto a Lei n. 6.515/77-Brasil atribui o dever alimentar ao cônjuge responsável pela separação judicial.

O art. 211 do CC, Argentina atribui ao cônjuge que continuou ocupando o imóvel residencial do casal o direito de solicitar que tal imóvel não seja liquidado, nem partilhado, ainda que próprio do outro cônjuge, fixando o juiz, nesse caso, uma renda pelo uso e período de locação. O art. 1.611 do CC, Brasil apenas garante ao cônjuge viúvo o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família.

O Direito argentino permite o divórcio vincular por causa de falta grave (adulterio, tentativa contra a vida, instigação a cometer delito, injúria grave, abandono, art. 202 do CCA), por separação de fato por tempo superior a três anos (art. 214), por impossibilidade da vida em comum através de petição conjunta (art. 215) ou por conversão da separação judicial, após um ano da sentença, a requerimento de ambos os cônjuges, ou após três

anos, por qualquer um deles (arts. 216 e 238). Mas, no Brasil, “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos” (art. 226, § 6º, da Constituição de 1988), isto é, ao divórcio deve sempre preceder a separação. No Chile, o divórcio não dissolve o vínculo, apenas suspende a vida em comum (art. 19 da Lei do Matrimônio Civil, novo texto, p. 99 do DO de 26-12-1996), pois a dissolução decorre tão só da morte ou de nulidade (art. 37).

O pátrio poder é exercido em conjunto pelo pai e pela mãe, presumindo-se que os atos realizados por um conte com o consentimento do outro (art. 264, § 1º, do CC, Argentina). No Brasil, “o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil” (art. 21 da Lei n. 8.069, de 13-7-1990, Estatuto da Criança e do Adolescente). Nesse ponto, a lei brasileira estabelecia que, na divergência, prevaleceria a decisão do pai (art. 380 e parágrafo único do CCB), com direito de recurso à autoridade judiciária. Só com a edição da Constituição de 1988 é que ficou afirmada a igualdade no exercício desse direito-dever (art. 226, § 5º). No Chile, o pai exerce a patria potesta sobre os bens dos filhos; na falta, a mãe (art. 240 do CCC).

A Lei n. 24.779, da Argentina, promulgada em 26 de março de 1997, dispondo sobre a adoção, permite-a apenas para quem tiver residência permanente no país por um período mínimo de cinco anos anteriores à petição de guarda (nova redação ao art. 315 do CCA). No Brasil, está autorizada a adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do país, para o qual se exige tão-somente um período mínimo de 15 ou 30 dias de convivência com a criança (art. 46 da Lei n. 8.069/90 Br).

No direito argentino, o concubinato é um fato não contemplado em geral pela lei, inexistindo obrigação civil de pagar alimentos entre os concubinos (Belluscio, Augusto Cesar, *Manual de Derecho de Familia*, Depalma, 6ª ed., 1996, II/430 e ss). No Brasil, nos termos do art. 2º, da Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, havendo união de fato há mais de cinco anos, ou da qual resulte filhos, o companheiro tem o direito, em caso de sucessão, ao usufruto de partê dos bens e a concorrer à sucessão hereditária, recebendo a totalidade da herança, na falta de ascendentes ou descendentes. A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, a chamada Lei de Convivência, – de cuja substituição já se trata, – dispõe sobre a meação dos bens adquiridos na constância da união estável e sobre o direito a alimentos dos companheiros, uma vez dissolvida a relação;

O Código Civil da República do Paraguai, de 1985, dispõe sobre a união de fato entre “pessoas com capacidade para contrair casamento” e regula seus efeitos (arts. 217 a 224 do CCP). Mas, quanto aos alimentos, limita-se a considerar válida a obrigação assumida pelo concubino, de pagar alimentos para a concubina (art. 218).

A mesma lei fixa em 16 anos para o homem e 14, para a mulher, a idade nupcial (art. 139 do CC, Paraguai), que, no Brasil, está nos 18 e 16 anos, respectivamente (art. 183, XII, do CCB), sendo de 12 e 14 no Uruguai.

Para exercer profissão, indústria ou comércio por conta própria, ou efetuar trabalhos fora de casa, a mulher casada paraguaia depende da concordância do marido (art. 158 do CC, Paraguai); no Chile, a mulher pode livremente exercer emprego, ofício ou profissão (art. 150 do CC, Chile), e os bens assim adquiridos serão separados; no Brasil, a mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá o direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa (art. 246 do CCB).

A regra de que a metade do valor de um bem “ganancial” (em geral, os adquiridos a título oneroso por qualquer dos esposos durante o casamento, ou por doação em favor de ambos – art. 191 do CC, Paraguai), alienado por execução de dívidas próprias de um dos esposos, passa a constituir bem próprio do outro (art. 193 do CCP), encontra-se apenas no Cód. Civil do Paraguai. Solução legislativa interessante para uma questão de difícil resolver na prática.

Depois de celebrado o matrimônio, os cônjuges podem optar pelo regime de separação de bens ou adotar o de comunhão (art. 204 do CC, Paraguai), o que, no Brasil, deve ser estipulado antes de celebrado o casamento (art. 256 do CCB). Nas *capitulaciones matrimoniales*, o casal chileno pode estipular a separação total ou parcial dos bens (art. 172 do CC, Chile), e alterar o regime (arts. 1.722 e 1.723).

Se no Brasil, a comunhão de bens dissolve-se pela morte, anulação do casamento, separação ou divórcio (art. 267 do CCB), no Paraguai ela também é possível em decorrência do pedido de um dos esposos ou de ambos (art. 208, *d*, do CCP).

Mantendo a distinção entre filhos matrimoniais e extra-matrimoniais (art. 230 e ss), o CC Paraguai atribui a estes, na sucessão, a metade dos bens “gananciales” deferidos aos filhos matrimoniais (art. 2591 do CCP), fazendo distinção que no Brasil é proibida. Há diversas disposições no CC Chile discriminando filhos legítimos e ilegítimos: os arts. 29 e 36 do CC tratam do parentesco ilegítimo e da filiação ilegítima; segundo o art. 988, CC, os filhos legítimos excluem os demais herdeiros; distinguindo (art. 323) entre alimentos cômmodos (permitem subsistência modesta, segundo sua posição social) e alimentos necessários (bastantes para sustentar a vida), o art. 324 defere aos filhos ilegítimos apenas os alimentos necessários. No Brasil, a lei não faz distinção entre alimentos cômmodos e necessários, e a Constituição não permite qualquer espécie de discriminação entre os filhos, seja quanto a alimentos, seja quanto à herança.

Como se vê, as diferenças entre os sistemas jurídicos da família vão desde prazos e limites de idade até a concepção dos institutos mais importantes do Direito de Família, tais como: a filiação, a obrigação alimentar, o regime de bens, o divórcio e o concubinato.

E como essas dessemelhanças decorrem de idéias e sentimentos que impregnam a consciência social, resulta bastante difícil a ‘unificação’ desse ramo do Direito para países com instituições sociais diferenciadas.

A dificuldade é tanta que a própria União Européia não tem avançado significativamente nesse ponto, tendo regulado, através de normas comunitárias, o reagrupamento familiar e tentado estabelecer, por meio de convenção, regras comuns sobre o foro competente para as causas de família.

3. A EXPERIÊNCIA EUROPÉIA VIABILIZOU A ELABORAÇÃO DO PROJETO BRUXELAS II, SOBRE REGRAS DE COMPETÊNCIA, E DE NORMAS COMUNS SOBRE REAGRUPAMENTO FAMILIAR

O estabelecimento de regras comuns entre países integrantes de uma comunidade de nações, com aplicação nos dois níveis, vertical (o interessado pode exigir do Estado o cumprimento das disposições comuns e obrigatórias para eles) e horizontal (o interessado pode invocar a norma comum nas suas relações com particulares), é possível quando se trata de regular uma situação em que o Direito de Família sofre influência direta e imedia-

ta de solução dada em outro ramo do Direito (este suscetível de unificação). Refiro-me a duas situações que encontramos na experiência da União Européia, a respeito da fixação de normas sobre competência e sobre reagrupamento familiar, das quais dou breve notícia a seguir.

O Tratado de Roma (1957), que criou a Comunidade Econômica Européia (CEE), teve por objetivo a integração de Estados com o levantamento das barreiras à livre circulação de bens, serviços e trabalhadores. “Os autores do tratado não tiveram em vista nenhuma medida direta em favor das famílias, e os direitos concedidos às mulheres estavam destinados a reconhecê-las enquanto trabalhadoras e não como mães de família” (Hantrais, Linda. *La régulation socio-politique de la relation travail-famille*, em *La question familiale en Europe*, Commaille et Singly, L’Harmatan, Paris, 1997). Na verdade, nos textos supranacionais não há nenhuma competência comunitária no domínio da política familiar, embora existam grupos organizados de interesses, como a Confederação de Organizações Familiares da Comunidade Européia (COFACE) e o Observador Europeu de Políticas Familiares Nacionais, composto de representantes dos Estados. No campo administrativo, deve ser registrado, como especialmente significativo, o fato de a Comissão Européia ter submetido, em 8 de agosto de 1989, aos ministros encarregados da família, uma comunicação sobre as políticas familiares, a qual pode ser considerada uma *approche communautaire* das questões concernentes à família (Thierlinck, M, 1994, *L’Union européenne et la famille*).

Na fase de elaboração de normas comuns, através de tratados aplicáveis aos diversos países, o estágio mais avançado que se conseguiu foi através do Grupo Europeu de Direito Internacional Privado, que, na reunião de Heidelberg, de 30 de setembro a 2 de outubro de 1993, aprovou o projeto de convenção concernente à competência judiciária e à execução de decisões em matéria de família e de sucessões, com o objetivo de resolver os conflitos de jurisdição nessas matérias, complementar à Convenção de Bruxelas (27-9-1968), a qual dispõe sobre a integração jurídica das relações de direito privado na Europa.

Esse projeto de convenção, denominado de “Bruxelles II”, foi explicado por M. Bruno Sturlèse, magistrado e chefe do Serviço de Direito Internacional do Ministério da Justiça e delegado francês no Grupo de Heidelberg, como sendo um instrumento que serviria para melhorar a coordenação das justiças nacionais em matéria do interesse diário das pessoas, atendendo ao fato da forte internacionalização dos conflitos familiares, em que as partes, seguidamente, sofrem prejuízos em razão da existência de regras nacionais de competência concorrente, às vezes exorbitantes e protetivas (*Revue critique de droit international privé*, 1997, Information, p. 196 e ss).

De acordo com o projeto aprovado em Heidelberg, a convenção se aplicaria a todas as matérias sobre família e sucessões (casamento, regime matrimonial, divórcio e separação de corpos, filiação e sucessões), com exclusão das questões concernentes ao nome, à adoção e às medidas de proteção aos incapazes.

As regras propostas são as seguintes:

Art. 2º São competentes para decidir demanda sobre a existência, anulação e efeitos do casamento, o regime matrimonial, a separação de corpos ou a dissolução do casamento, os tribunais do Estado contratante onde se encontra: a residência habitual do demandado, ou, em caso de demanda conjunta, a residência habitual de um ou de outro esposo; ou a última residência habitual comum dos esposos, na medida em que um deles ainda aí resida

quando da propositura da ação; a residência habitual do esposo com quem reside habitualmente o menor comum sobre o qual ele exerce um direito de guarda.

Art. 4º São competentes para decidir ação de investigação ou de contestação da paternidade, ou da maternidade, os tribunais do Estado contratante sobre o território onde se encontra a residência habitual do demandado, ou a residência habitual da criança, ou a residência habitual da pessoa cuja paternidade ou maternidade é investigada ou contestada.

O art. 7º permite ao juiz declarar de ofício a sua incompetência; o art. 9º determina ao segundo juiz, em caso de litispendência, suspender de ofício o processamento do feito até que seja definida a competência do primeiro tribunal; em caso de demandas conexas (art. 10), o segundo juiz pode suspender o processo; em caso de urgência, diz o art. 11, as medidas provisórias ou conservatórias previstas pela lei de um Estado podem ser ordenadas pelos tribunais desse Estado, mesmo que outro seja o competente para conhecer da matéria de fundo.

4. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE DE JUSTIÇA DE LUXEMBURGO

Matéria de direito de família que também pode ser objeto de regulação internacional e tem sido freqüentemente examinada pelos tribunais europeus, inclusive pela Corte de Justiça da União Européia, sediado em Luxemburgo, é a que versa sobre o reagrupamento da família.

O tema surgiu em virtude da aplicação conjunta de dois princípios básicos da comunidade européia: de um lado, o da livre circulação das pessoas, a permitir ampla liberdade ao trabalhador para ir e vir, de trabalhar e se estabelecer em um determinado país; de outro, os dispositivos comunitários que proíbem toda discriminação, em matéria de trabalho, entre os nascidos nos países da comunidade, quanto ao conjunto de condições de vida, notadamente da vida familiar. Ora, a livre circulação dos cidadãos comunitários, em igualdade de condições com os demais, implica a concessão de direitos iguais aos membros de sua família, a começar pelo direito de viver reunida. Daí a importância do reagrupamento familiar, que pode ser definido como o procedimento que permite ao estrangeiro e à sua família viverem reunidos no país onde ele está instalado (Jault-Seseke, Fabienne, *Le regroupement familial*, LGDJ, Paris, 1996, p. 4, 193/194).

O eminente Dr. José Carlos de Carvalho Moitinho de Almeida, Juiz da Corte de Justiça da Comunidade Européia, no seu excelente trabalho sobre *La libre circulation des travailleurs dans la jurisprudence de la Cour de Justice*, Collection de droit européen, 1992, assim discorreu sobre a base jurídica do princípio de igualdade de tratamento: "O art. 48, § 2º, CEE prevê a abolição de toda discriminação fundada sobre a nacionalidade entre trabalhadores dos Estados-membros no que concerne ao emprego, à remuneração e às outras condições de trabalho. O princípio da igualdade de tratamento foi efetivado pelo Regulamento n. 1.612/68 do Conselho, de 15 de outubro de 1968, relativo à livre circulação de trabalhadores no interior da Comunidade, cujo art. 7º proíbe toda discriminação em matéria de remuneração, de licenciamento, de reintegração profissional ou de reemprego se o trabalhador ficar desempregado (§ 1º), em matéria de vantagens sociais e fiscais (§ 2º) e quanto ao ensino em escolas profissionais e centros de readaptação ou de educação. Estes dispositivos foram objeto de uma jurisprudência abundante da Corte de Justiça, que

contribuiu de maneira significativa para a realização dessa liberdade fundamental. Reconhecendo o efeito direto, vertical e horizontal do princípio da igualdade de tratamento consagrado no art. 48, § 2º, CEE, isto é, a possibilidade de os interessados invocarem esta disposição diante das autoridades e das jurisdições nacionais e também contra os particulares, e por uma interpretação larga do art. 48, § 2º, CEE, e do art. 7º do Regulamento n. 1.612/68, a Corte de Justiça definiu o quadro jurídico necessário à integração de trabalhadores migrantes no Estado-membro de acolhida e deu ao direito comunitário o conteúdo social que lhe faltava.”

Esse direito comunitário europeu, concernente ao reagrupamento familiar, aplica-se ao trabalhador comunitário que se tenha deslocado no interior da comunidade, e consiste em fazer vir os membros de sua família, integrada pelo cônjuge, filhos menores de 21 anos e ascendentes e descendentes a seu cargo. O titular do direito pode ser trabalhador assalariado ou independente, na atividade ou aposentado, ou estudante. Já o conceito de família não se restringe à família nuclear, integrada por pais e filhos menores, mas compreende também ascendentes e descendentes que vivam às expensas do trabalhador comunitário emigrante, conforme uma situação de fato, sem perquirir sobre a razão jurídica dessa dependência. Não interessa, para esse efeito, que a família viva sob o mesmo teto, que os esposos estejam separados ou tenham a intenção de se divorciar. Todas essas disposições, porém, aplicam-se apenas ao cônjuge, excluído o concubino.

Cumpra aqui examinar, ainda que brevemente, a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia, muitas vezes chamada a se manifestar sobre questões ligadas à família, seja em demandas de decisões prejudiciais, suscitadas pelos tribunais locais, seja em ações de *manquement*, por omissão do Estado-membro no cumprimento de diretivas, no tema relativo à circulação das pessoas. Vejamos o enunciado de alguns precedentes:

– a família do trabalhador migrante tem direito a todas as vantagens sociais e fiscais concedidas pelo Estado que o acolheu, como a redução do preço da passagem de estrada de ferro para famílias numerosas, mesmo que o benefício tenha sido requerido depois do falecimento do trabalhador (Affaire 32/75);

– igualmente, tem direito a empréstimo sem juros pelo nascimento de filho, concedido com auxílio financeiro do Estado a famílias pobres, para favorecer a natalidade (65/81);

– o trabalhador empregado em seu Estado, que não tenha exercido o direito de livre circulação, não pode pretender o ingresso de parente nascido em terceiro país (35-36/82);

– devidas prestações familiares em dois Estados, não se permite a cumulação (191/83);

– o direito de ingresso e permanência da família do trabalhador não está condicionado à unicidade de alojamento familiar permanente (267/83);

– os membros da família do trabalhador não têm senão direitos derivados dessa condição, quer dizer, aqueles adquiridos na qualidade de membro da família do trabalhador. O ascendente de um trabalhador migrante não pode reclamar a concessão de uma pensão especial de velhice outorgada às pessoas de idade, independentemente de qualquer relação de parentesco com o trabalhador (157/84);

– a concubina de um trabalhador não tem direito de ingresso e permanência porque a sua situação não está equiparada à de cônjuge (59/85);

- o trabalhador migrante tem o direito de receber a suplementação das prestações familiares se as que a família recebe, no Estado onde reside, são inferiores às concedidas pelo Estado onde ele trabalha (153/84);
- o membro da família do trabalhador migrante deve ser tratado igualmente para acesso a uma atividade remunerada (131/85);
- a qualidade de membro de família mantido por trabalhador migrante resulta de uma situação de fato, sem que seja necessário determinar a razão dessa prestação (316/85);
- o filho de um trabalhador que retorna ao Estado de origem e não pode aí continuar seus estudos por falta de coordenação dos diplomas escolares, tem o direito de retornar ao Estado de sua escolaridade (389/87);
- a condição de dispor de alojamento considerado como normal, imposta para o exercício do direito de reagrupamento da família do trabalhador migrante, é examinada quando da acolhida do familiar. Feito isso, a situação do migrante não pode ser diferente da situação do trabalhador nacional quanto às exigências de alojamento. Faz discriminação inaceitável a legislação nacional que prevê a não renovação da autorização de permanência do membro da família do trabalhador migrante por desatenção a uma exigência de alojamento que não é feita aos nacionais (249/86);
- o descendente de trabalhador migrante tem o direito de obter financiamento de estudos, ainda que domiciliado no Estado de origem (C-3/90);
- faz discriminação indireta em razão da nacionalidade o Estado que subordina a alocação de recursos a jovens trabalhadores em busca de seu primeiro emprego, a que o interessado tenha terminado os estudos secundários em estabelecimento subvencionado ou reconhecido pelo Estado-membro, uma vez que tal condição pode ser mais facilmente preenchida pelos seus nacionais (C-278/94);

É possível, portanto, estabelecer alguns enunciados comuns a diversos países, e obrigatórios para eles, sobre o direito de reagrupamento da família do cidadão que se desloca para outro país integrante da comunidade transnacional, e também sobre os direitos sociais dos seus membros na aplicação do princípio da igualdade.

Convém observar que, além dos temas do reagrupamento familiar e dos direitos da família reagrupada dos nacionais da comunidade europeia, também têm sido tratados muito intensamente na Europa os relativos ao trabalhador migrante de terceiro país não integrante da comunidade e por isso fora do âmbito do direito comunitário, matéria regulada pela legislação local e por tratados internacionais, submetida à jurisdição de cada Estado, com controle supranacional através da Corte Europeia de Direitos do Homem, com sede em Estrasburgo (ver o estudo de direito comparado de Fabienne Jault-Seseke, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, já citado).

Nesse nível, algumas questões devem ser colocadas, tais como: *a*) o reconhecimento de que existe o direito ao reagrupamento, decorrente de um princípio geral de direito, aceito na França, – extraído da asserção constante do preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, que assegura aos estrangeiros que regularmente lá residem o direito de manter uma família normal, – mas não acolhido de forma absoluta em outros países, como na Alemanha; *b*) o tema da eficácia dos tratados internacionais (caráter *self-executing* das convenções) e sua superioridade sobre a legislação local não é tratado igualmente. No Brasil, como na Alemanha, nenhuma regra constitucional afirma essa superioridade, enquanto na Argentina, com a reforma constitucional de 1994, “un cambio importante ha

sido el *status* de los tratados, puesto que el nuevo texto de rango constitucional, bajo ciertas condiciones, a algunos instrumentos sobre derechos humanos: art. 75, inc. 22 (eso no significa que formalmente integren la Constitución, aunque sí valen como la Constitución), y autoriza cumpliendo determinados recaudos la transferencia de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales (art. 75, inc. 24). *Como regla genérica, todo tratado es superior a una ley* (art. 75, inc. 22)” (Néstor Pedro Sagüés, Introducción a la Edición Astrea da “Constitución de la Nación Argentina”, 3ª ed, p. 32).

O tratamento dispensado ao migrante estará de acordo com as conveniências políticas de cada país, atendendo ao índice de natalidade, desenvolvimento econômico, taxa de emprego, experiência histórica, etc. Como as soluções regionais são díspares, a norma de caráter transnacional que possa ser estabelecida deve necessariamente decorrer de princípios gerais de direito uniformemente aceitos pelos países e, como tal, aplicáveis por organismos internacionais, como é o caso da Corte Européia dos Direitos do Homem.

Na Europa, a Convenção Européia dos Direitos do Homem assegura a todo homem e mulher em idade núbil o direito de se casar e de fundar uma família segundo as leis nacionais que regem o exercício desse direito (art. 12), enquanto o art. 8º declara que toda pessoa tem o direito ao respeito de sua vida privada e familiar, não podendo haver ingerência da autoridade pública que não seja necessária à segurança nacional, à defesa da ordem pública, à proteção da saúde, da moral e dos direitos e liberdades do outro. A Carta Social Européia, assinada em 1961, estabelece que “a família, célula fundamental da sociedade, tem o direito a uma proteção social, jurídica e econômica apropriada para assegurar seu pleno desenvolvimento”.

Em tal contexto, dois fatores desempenham importante papel: de uma parte, o princípio de proteção à família, que deve ser considerado como determinante de obrigações positivas a cargo do Estado, e o princípio de igualdade, o qual torna defesa toda a discriminação em razão da nacionalidade e do sexo; de outra, estão as ressalvas que podem ser suscitadas pelos Estados, para deixarem de dar cumprimento aos princípios, fundadas na ordem pública, na segurança pública e na saúde pública. A tendência é a de dar interpretação estrita a tais salvaguardas, somente aplicáveis quando houver ameaça real e suficientemente grave, fundada exclusivamente sobre o comportamento pessoal do interessado.

5. OS PRINCÍPIOS ACOLHIDOS NOS TRATADOS ASSINADOS PELO BRASIL

Em tema de reagrupamento familiar, que no Brasil é tratado sob a denominação de ‘reunião familiar’, o nosso país, refletindo sua política migratória amplamente favorável ao ingresso de estrangeiros, recentemente editou, através do Conselho de Política da Imigração, a Resolução Normativa n. 04/97 (DOU, I, 27-7-1997), autorizando o Ministério das Relações Exteriores a conceder visto temporário ou permanente, a título de reunião familiar, aos dependentes de cidadão brasileiro ou de estrangeiro residente temporária ou permanentemente no país e maior de 21 anos. De acordo com a resolução, consideram-se dependentes: a) filhos solteiros, menores de 21 anos, naturais ou adotivos, ou maiores incapazes de prover o próprio sustento; b) ascendentes, desde que demonstrada a necessidade de amparo pelo chamante; c) irmão, neto ou bisneto, se órfão, solteiro e menor de

21 anos, ou de qualquer idade quando incapaz de prover o próprio sustento; e *d*) cônjuge de cidadão brasileiro ou de estrangeiro residente temporária ou permanentemente no País.

6. A ATIVIDADE JURISDICIONAL

A estrutura do Direito de Família em nível transnacional já pode ser definida a partir dos *tratados e convenções* subscritos pelos países integrantes do Mercosul.

Constam dos instrumentos internacionais:

– o princípio da *igualdade* e de proibição de toda discriminação (art. VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos);

– o direito de *contrair matrimônio e fundar uma família*, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião (art. XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos);

– os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de *instrução* que será ministrada a seus filhos (art. XXVI, 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos);

– devem ser tomadas medidas efetivas para assegurar que as *mulheres* tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento (art. 8º da Declaração da ONU sobre o direito ao desenvolvimento – 1986);

– os direitos humanos das *mulheres* e das *meninas* são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional (art. 18 da Declaração e Programa de Ação de Viena – 1993);

– a igualdade de direitos, de oportunidades e de acesso aos recursos, a distribuição equitativa das responsabilidades familiares entre homens e mulheres e a harmônica associação entre eles são fundamentais para seu próprio bem-estar e de suas famílias, como também para a consolidação da democracia (art. 15 da Declaração de Pequim – 1995);

– toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito a proteção, cuidados e auxílios especiais (art. VII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – 1948);

– toda pessoa tem o dever de auxiliar, alimentar, educar e amparar os seus filhos menores de idade, e os filhos têm o dever de honrar sempre os seus pais e de auxiliar, alimentar e amparar sempre que precisarem (art. XXX da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem);

– a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e terá direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família. Casamento algum será celebrado sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos. Os Estados-partes, no presente Pacto, deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos (art. 23 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ONU, 1966);

– toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. Toda criança será registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. Toda criança terá direito de adquirir uma nacionalidade (art. 24 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ONU, 1966);

– Os Estados-partes, no presente Pacto, reconhecem que: 1) deve-se conceder à família, que é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros esposos. 2) Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados (art. 10 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ONU, 1966);

– Os Estados-partes comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais, de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral de acordo com suas próprias convicções (art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ONU, 1966);

– Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá consideração primordial em todos os casos (art. 5º da Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, ONU, 1979);

– Em conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no art. 2º, os Estados-partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:... direito de casar-se e escolher cônjuge (art. 5º da Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, ONU, 1968);

– Para fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (art. 1º da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, ONU, 1979);

– A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-partes tomarão as medidas adequadas para...proibir a demissão por motivo de gravidez ou de licença-maternidade; implantar a licença-maternidade; estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família

com as responsabilidades do trabalho (do art. 11 da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, ONU, 1970);

– Os Estados-partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: o mesmo direito de contrair casamento, e de escolher livremente o cônjuge, os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução; os mesmos direitos e responsabilidades como pais, o mesmo direito de decidir sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos, os mesmos direitos com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção de filhos; os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação; os mesmos direitos em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração e disposição dos bens (do art. 16 da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, ONU, 1979);

– Proteção da família. 1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes. 4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos. 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento (art. 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica).

– A Convenção Sobre os Direitos da Criança, ONU, 1989, assegura: a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, de conhecer seus pais e ser cuidada por eles; os Estados zelarão para que a criança não seja separada dos pais, salvo nos casos previstos em lei; a criança tem o direito de manter relações pessoais e contato direto com ambos os pais separados; os pedidos de reunificação familiar serão considerados pelos Estados de modo positivo, humanitário e rápido; a criança tem o direito de exprimir livremente suas opiniões sobre todas as matérias a ela atinentes, que serão levadas em conta em função da idade e maturidade; a criança deve ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito; os pais têm responsabilidades comuns na educação e desenvolvimento da criança; toda criança, temporária ou permanentemente privada de seu ambiente familiar, tem direito à proteção e à assistência especiais do Estado; a criança internada pela autoridade competente em estabelecimento para atendimento, proteção ou tratamento deverá ser submetida a exame periódico para avaliação da internação; cabe aos pais a responsabilidade primordial de proporcionar as condições necessárias ao desenvolvimento da criança, e ao Estado o de ajudar nesse propósito; os Estados tomarão todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos responsáveis.

O exame desses documentos internacionais evidencia a preocupação reiterada dos Estados sul-americanos com os temas concernentes à família, fazendo-se referência não apenas aos princípios gerais, como o da igualdade e não discriminação, mas também a situações específicas dos membros da família, a exemplo do disposto sobre a proteção da gravidez e a instrução dos filhos. A partir desses enunciados, poder-se-ia tratar da elaboração de normas comuns ordinárias e obrigatórias, criando regras de conduta e de organização familiar.

Seria possível pensar-se, portanto, na formulação de algumas regras gerais referentes à família. Decorreriam da idéia universal da importância da família como célula social, carente de proteção social e jurídica, e dos princípios de igualdade e de respeito à vida privada, para afastar toda discriminação **entre** famílias, por sua origem, legitimidade, nacionalidade, língua, cor e crença, e **dentro** da família, entre os cônjuges ou companheiros, e entre os filhos, em razão do sexo ou da origem.

Assim, penso cabível e recomendável a elaboração de legislação comum que efetivasse os enunciados gerais acolhidos pelos povos integrantes da comunidade regional de nações, assim como expressos nos tratados que assinaram, dispondo, – sem vedar normas locais decorrentes das peculiaridades de cada Estado, – sobre o seguinte:

- direito de constituir família e de livremente escolher seu cônjuge;
- igualdade entre os cônjuges, dentro do casamento, quanto à fixação da residência, uso do nome, administração dos bens comuns, educação e criação dos filhos, com recurso, em caso de dissenso, à autoridade judicial;
- igualdade na dissolução do casamento, com primordial preocupação na defesa dos interesses dos filhos menores;
- o direito da criança ao registro, ao nome e à nacionalidade; de ser ouvida em todo o processo administrativo ou judicial que lhe diga respeito; de conhecer seus pais e de manter relações com os pais separados; o Estado facilitará a investigação da paternidade e da maternidade e o cumprimento da prestação alimentícia;
- a mãe terá direito a auxílio maternidade, com licença antes e após o parto; a lei permitirá horário especial para a mãe trabalhadora.

Enquanto não sobrevier legislação nesse sentido, cabe aos tribunais internacionais dar cumprimento aos princípios aceitos. A Corte Européia dos Direitos do Homem tem feito uso exemplar dessa competência. Assim, em julgamento de 18 de dezembro de 1987, considerou indevida, por ofensa à regra da liberdade matrimonial, a interdição do CC Suíço à celebração de novo casamento do marido divorciado pela terceira vez. Em 25 de março de 1992, a Corte condenou a França, cujo tribunal recusara a alteração do estado civil em razão da mudança do sexo, o que constituiria inaceitável ofensa ao respeito devido à vida privada. Posteriormente, condenou a Suíça porque sua legislação permitia aos esposos tomar como nome de família o da mulher, mas não concedia ao marido usar, em conjunção, o seu próprio nome, reconhecendo aí ofensa à vida privada e ao princípio da não-discriminação.

7. RECOMENDAÇÃO DE PESQUISA SOBRE AS POLÍTICAS FAMILIARES

A determinação dessas normas, no âmbito do Direito de Família, dependeria da prévia definição das *políticas sobre a questão familiar* que estão sendo praticadas pelos

Estados interessados. Para isso, indispensável a realização de estudos e pesquisas da realidade social, econômica e jurídica vigentes em certo espaço territorial, para o levantamento dos dados necessários ao fim pretendido. Desconheço a existência de tais trabalhos com essa abrangência e finalidade.

Seria conveniente, em trabalho prévio dessa natureza, a construção de uma tipologia da família sul-americana, considerando a **dinâmica populacional** (os índices de natalidade e mortalidade, a política de maior ou menor incentivo à procriação, o auxílio à maternidade e benefícios sociais aos pais, os efeitos sobre a política de migração), a **nupcialidade** (os requisitos para o casamento, as relações fora do casamento, seus efeitos e a tendência atual de crescimento, o regime patrimonial), a **divorcialidade** (a separação e o divórcio, casos, efeitos e aumento de incidência), a **filiação** (direitos e deveres, a educação dos filhos, o princípio de igualdade entre os filhos, o princípio democrático nas relações familiares, a intervenção do Estado na proteção da criança), a **relação entre os esposos** (o princípio da igualdade, a questão do nome), o **trabalho da mulher** (a crescente participação da mulher na força de trabalho, a harmonização entre os encargos familiares e o trabalho externo, horários especiais de trabalho, licença para cuidar do filho recém-nascido), os **alimentos** (responsabilidades de pais, cônjuges e concubinos, durante e após a dissolução da relação), etc. À luz de certos princípios, como o da igualdade ou da desigualdade na relação entre os cônjuges, do liberalismo ou do autoritarismo na relação entre pais e filhos, do liberalismo ou do intervencionismo nas relações entre a família e o Estado, do individualismo ou do coletivismo nas relações familiares, seria possível identificar os traços diferenciais e os aproximativos entre os diversos sistemas vigentes.

Isso permitiria a análise das questões que hoje preocupam os estudiosos da família e a definição das linhas orientadoras da política familiar, com indicação dos pontos passíveis de regulação comum.

De qualquer forma, independentemente da produção legislativa e da eficácia que se possa atribuir aos tratados, sempre caberia aos tribunais locais o exercício de saudável “ativismo judicial”, a que se referiu a em. Prof. Aída Kemelmajer de Carlucci, elogiando a Corte de Luxemburgo (*Integración y jurisdicción*, Revista da Fac. Dir. das FMU, 16/195). Ao julgar as demandas de família que lhe sejam submetidas, aplicando e interpretando a lei local a que estão adstritos, os tribunais podem adotar como modelos decisórios os princípios indicados nos documentos internacionais, tratando, assim, de preservar os valores neles consagrados. Para isso, porém, seria indispensável a prévia modificação da nossa realidade acadêmica e da vida forense, distanciadas e despreocupadas do estudo e da aplicação dos atos internacionais.

8. CONCLUSÃO

↳ Os sistemas jurídicos dos países do Mercosul evidenciam diferenças no modelo de família, que decorrem das concepções sociais e das políticas adotadas em cada Estado.

↳ Por causa dessa diversidade, a unificação só poderia acontecer em situações específicas, a exemplo do que se fez na Europa sobre o reagrupamento da família e do que se tenta fazer sobre as regras de competência em matéria de direito de família.

↳ Parece possível a fixação de parâmetros legislativos comuns que expressem, sem eliminar as diferenças regionais, os princípios que decorrem diretamente dos tratados e demais instrumentos internacionais aceitos pelos respectivos países sobre os direitos fundamentais do homem, da mulher e da criança.

↳ Independentemente disso, espera-se que os tribunais internacionais e os tribunais dos Estados sejam mais intensamente provocados à aplicação desses princípios, seja no cumprimento direto dos tratados, seja na adoção de seus enunciados como critérios interpretativos da lei local.

↳ Eventual decisão de caráter transnacional depende de prévia pesquisa da realidade da família no continente.

↳ Isso tudo terá realmente algum significado se também for objeto da preocupação e da efetiva decisão política dos Estados o cumprimento da regra primeira, que é a de eliminar a miséria absoluta de pais e filhos, desgraça que se abate sobre tantas famílias, que se contam aos milhões no nosso país, sem o que tudo o mais perde o sentido.