

Multiculturalismo e Direito de Família nas normas de Direito Internacional Privado

Os segmentos acadêmicos e científicos vêm incorporando os conceitos similares de globalização, mundialização, internacionalização, em face da nova sistemática de escoamento da produção pelas empresas internacionais, favorecendo o fluxo de capitais e de circulação de pessoas, os quais, estimulados por novas possibilidades de sobrevivência, dentre as quais se situem a fuga a conflitos militares até investimentos financeiros no exterior, intensificam a níveis migratórios pelos continentes.

Nessa ambientação, pessoas se deslocam, unem-se umas a outras, têm filhos, divorciam-se, adotam, requerem alimentos, desaparecem, morrem, ensejando por parte dos países o redimensionamento das normas de Direito Internacional Privado visando à tutela dos direitos de família relativo à condição dos estrangeiros que migram por variadas causas.

Um importante componente que deflui dessa realidade se traduz pelo fenômeno do multiculturalismo representado pelos fatores de transferência cultural, os quais, a despeito do processo de “homogeneização da sociedade industrial” tipificado como “aldeia global” por Raymond Aron e outros sociólogos norte americanos, conserva as especificidades culturais das nacionalidades de origem de cidadãos que migram em busca de novas perspectivas¹. Nesse sentido, o sistema normativo deve ser reestruturado para assimilar novas formas de institutos jurídicos,

¹ CARDOSO, FERNANDO H. Pronunciamento do Presidente da República na abertura do seminário “Multiculturalismo e Racismo: Jessé Sousa (org.) multiculturalismo e racismo. Paralelo 15, Brasília, 1997, p. 15

porquanto a cultura não é produto de aculturação, ou de “nacionalização” de regras jurídicas.

O tema evoca a necessidade de se remodelar as normas de Direito Internacional Privado, na medida em que os valores destinados à interpretação das relações familiares apresentam sinais de rupturas com modelos tradicionais de organização familiar, bem como, transformações dos institutos do direito de família, aspecto que remete para o confronto entre a perspectiva clássica de teoria dos conflitos de leis e de jurisdições estrangeiras. Ademais, conforme observa Horatia Muir-Watt² “a família não escapa aos efeitos dessa vasta circulação de pessoas. Mesmo o interesse recente de União Européia para questões matrimoniais e responsabilidade parental demonstra a ausência de estancamento dos campos disciplinares: é o funcionamento eficiente do mercado interior que exige a tutela de vida familiar do “*homo economicus*”. Aliás, os novos fenômenos sociais transfronteiriços, os fluxos excepcionais de migração vinculados à estratégia de firmas, já exerce uma certa influência sobre o conteúdo dos direitos nacionais de família, cuja evolução passa agora por uma sistemática de circulação de modelos jurídicos.

Ademais, convém se salientar que a diversidade cultural que caracteriza as relações jurídica-familiares suscita questões polêmicas a respeito das competências jurisdicionais, aplicação do direito estrangeiro, sistemas de direito religioso, que correspondem, em certa medida, a uma aplicação tradicional dos institutos de direito internacional privado. Entretanto, o mundo contemporâneo requer a adequação do fenômeno de internacionalização dos

² WATT, HORATIA MUIR - Les modelès familiaux à l'épreuve de la mondialisation. Mundialización y familia. Caravaca, A.C y Iriarte, J.L. Angel. Colex, Madrid. 2001, p.12

Direitos Humanos às normas de direito internacional privado, no âmbito do direito de família. Assim, questões sobre inseminação artificial e circulação internacional de gametas, o turismo de procriação, dentre outros mecanismos que alteram as concepções a respeito de uma coexistência pacífica dos modelos familiares, instrumentos sobre um fluxo natural-biológico.

Sucedem que a vida familiar, expressão de formas opressivas de estruturas sociais, afirma-se na temática contemporânea como sede de liberdade individual, de identidade cultural, e que encontra nos grupos sociais específicos e no pluralismo cultural, as bases de internacionalização dos Direitos Humanos para constituir aspirações alusivas à constituição de novos direitos, em detrimento de atingir deveres. Dessa forma, estabelece-se o direito a ter uma família, o direito à identidade familiar, os direitos da criança e do adolescente, o direito à paternidade responsável, e não mais a conotação do poder-dever decorrente das relações paternidade-filiação, prestigiando-se a significação afetiva que deve nutrir as relações familiares, que superam a referência contextual dos vínculos da consangüinidade, em face das adoções no plano internacional.

Diante das generalidades de enfoques expostas nesse preâmbulo, é de se ver que essa mesma situação se altera profundamente ao se examinar as possibilidades e flagrantes limitações do Direito Internacional Privado, inclusive dos próprios textos constitucionais no tratamento de questões relativas à aplicação do Direito Estrangeiro e, fundamentalmente, no que diz respeito à proteção do cidadão estrangeiro e sua condição jurídica.

Segundo Bernard Audit³, o Direito Internacional Privado é definido por um paradoxo: há regras universais, elas existem em

³ AUDIT, BERNARD - Droit Int. Privé, 3^a ed., Paris, Economica, 2000 p. 97

todos os ordenamentos estatais, porém as soluções que elas apresentam não são as mesmas de um país a outro. Há ainda quem evoque os princípios do Direito Internacional Privado comparado que se aplique uma outra situação paradoxal, vez que o Direito Internacional Privado deve ser único. Outras vertentes se decifram pelo DIP Uniforme e Não-Uniforme: são universalistas e os particularistas, os quais consideram o universalismo das normas de DIP uma utopia, vez que os Estados continuarão a legislar as situações de direito privado com conexão internacional conforme seus próprios interesses. A conferência de Haia, de 1993, contempla o movimento universalista, embora comporte concepções divergentes dos Estados signatários. Uma nova tendência se desenvolve na Alemanha, segundo a qual, é preciso aproximar o DIP do enquadramento conceitual do Direito Comparado, visando aos meios de reduzir os conflitos de lei. Ainda quanto à unificação do direito material de norma DIP, que é o objetivo maior das correntes universalistas, suas convenções são tão numerosas que já resultam no fenômeno do conflito de convenções internacionais.

Todavia, o que se verifica ainda é o fato de que os Estados têm a última palavra em matéria de normas de DIP, segundo fatos doutrinários. Tal constatação é questionada, em contrapartida, em face da existência de sociedades internacionais não-estatais, comunidades não-religiosas, sociedades internacionais comerciais, etc. Deve ser considerado igualmente o fator da laicização do Direito Religioso em alguns segmentos comunitários.

Na verdade o Direito Internacional Privado se consolida na oposição entre os princípios do pluralismo e do territorialismo das leis, cujos eflúvios emergem e recuam ao longo da evolução

normativa dos institutos do DIP. A função da lei e do juiz na determinação da lei aplicável ao fato com conexão internacional tem papel preponderante na formação histórica do Direito Internacional Privado como ciência: a ciência do conflito de leis se desenvolve nos países de formação romanística, portanto de pensamento civilista, daí sua designação como conflito de leis; já o papel do juiz sobreleva-se expressivamente em razão da universalização dos conflitos, lembrando-se que o universalismo se consolida no ambiente acadêmico do século XIX.

As considerações teóricas sobre as normas de DIP se justificam nesse trabalho, porquanto o direito de família é um dos tópicos vetores de aplicação do Direito Estrangeiro e muitos de seus institutos se fundam em princípios clássicos do DIP, tais como: doutrinas unilateralista e bilateralista das regras de conflito, as quais não erradicam as contradições quanto à vinculação com o direito estrangeiro originário da relação jurídica de direito privado. Quanto a esse último aspecto, tanto o personalismo das leis, em voga no século XIX tem caráter publicista, pois não se desprende do conceito de soberania estatal, como o territorialismo aplica direito estrangeiro, mediante a adoção do critério da “localização” da lei. A elasticidade do método de conflitos permitiu a classificação das relações de família, ora como estatuto pessoal, ora como estatuto real, ou seja, a título de exemplo, se o regime matrimonial fosse considerado como estatuto real, deveria ser aplicado, caso os cônjuges não tivessem manifestado sua opção de regime para indicá-lo, como na hipótese do regime legal de bens. Ou, mais modernamente, aplica-se a lei do domicílio, onde os cônjuges encontram-se estabelecidos, admitindo-se a escolha tácita dos cônjuges.

Certamente, questões como casamento e outros institutos de direito de família têm a natureza de estatuto pessoal que têm aplicação extraterritorialista, em matéria de Direito Internacional Privado. Outros exemplos corroboram esse “pendant” entre personalismo e territorialismo das normas de DIP: a nacionalidade do pai, da criança, o estatuto da mulher casada, a diferença da nacionalidade entre cônjuges, as normas para reger os bens, o patrimônio da família, a lei nacional aplicada para as convenções matrimoniais, além das formas de dissolução da sociedade conjugal.

A partir dessas evidências, cumpre se relevar que é evidente que os problemas migratórios não são uma novidade em direito internacional privado, mas as novas características (ou talvez antigas) manifestada por outros fluxos migratórios estão a desafiar as políticas legislativas dos países, em seu conjunto, destinadas a regulamentação de situações familiares mistas, assim como novas estruturas familiares que alteraram profundamente o conceito de família nuclear. Paloma Abarca Junco⁴ comenta a perplexidade que assoma a Europa, em nível de múltiplos debates e várias discussões pronunciadas pela Comissão para a Proteção dos Direitos Humanos de Estrasburgo, no plano da identidade cultural do cidadão imigrante, em nome do princípio da proteção cultural da pessoa, isto é, as diferenças culturais e a aspiração à aquisição de nacionalidade no país receptor conduzem a um conflito quanto à manutenção da identidade cultural de origem, problema vinculado pelos descendentes de imigrantes, tais como: colônia turca na Alemanha, colônia portuguesa na Alemanha, iranianos em França,

⁴ ABARCA, PALOMA J. La Regulación de la Sociedad Multicultural Estatuto Personal y multiculturalidad de la familia. Cabo, AA.C y Iriarte, J.L. Angel. Colex, Madrid, 2000, p.165.

mexicanos nos Estados Unidos da América. A autora perpassa as dificuldades de se conseguirem os objetivos de uma integração flexível, criticando as insuficiências dos elementos de conexão clássicos do Direito Internacional Privado, os quais provêm da disciplina constitucional desses princípios tais como nacionalidade, (domicílio, residência). Na verdade, a aquisição de nacionalidade, como em caso de atividade laboral, não significa uma identidade cultural com outras comunidades, mesmo porque, as migrações tanto são temporárias, como permanentes. Pondera a autora⁵: "Temos de ter a consciência de que ou se defende uma conexão étnica ou religiosa ou estaremos diante de uma patente desigualdade diante dos imigrantes. Mas essas propostas iriam converter a sociedade europeia em um acúmulo de grupos dotados de estatutos os distintos, de difícil enquadramento numa Constituição marcada por princípios como a laicidade ou a igualdade perante a lei."

Como exemplo, inclusive momentoso, com relação ao conflito a que o mundo assiste, após o atentado nos EUA, a questão do direito religioso ou, principalmente, a questão do casamento poligâmico e as instituições familiares que apresentam um contraste entre as culturas ocidentais e orientais e sua validade e eficácia, em nível de reconhecimento extra territorial dessas relações jurídicas, além de outras modalidades institucionais, tais como a adoção, a filiação natural, a mãe solteira, considerando-se, também, as normas do DIP aplicáveis a estrangeiros e a não-muçulmanos em países de formação de direito confessional.

A dicotomia casamento monogâmico-poligâmico parece enfrentar novos enquadramentos teóricos e assumir outras formas

⁵ Ib. id. p.165.

de organização familiar que se distanciam dos conceitos tradicionais doutrinários e da visão jurisprudencial plasmada no princípio de ordem pública como mecanismo de limitações à eficácia do direito estrangeiro. Os critérios tradicionais que se fundamentam na ordem pública parecem concentrar-se nos mecanismos da fraude à lei, para limitar a aplicação de normas de direito estrangeiro, vez que situações de direito de família inadmissíveis, anteriormente, já comportam o reconhecimento por parte de ordenamento jurídico e estatais, ou seja, verifica-se um tonus de amenização dos rigores da ordem pública, atenuando-se-lhe os efeitos, porquanto muitos direitos das relações familiares consubstanciam-se no teor dos Direitos Humanos, na categoria dos Direitos Fundamentais e sua violação deve ser limitada pelas normas de ordem pública. Assim, os casamentos poligâmicos foram admitidos na Inglaterra, assim como na França, como um direito à identidade cultural dos povos, não se assimilando, contudo, o repúdio, porque viola o direito de igualdade entre os cônjuges.

No que tange ao regime matrimonial de bens, é de se ver que a diferença de religiões e de nacionalidades pode até resultar em incapacidade para o direito das sucessões hereditárias, sem contudo, representar um obstáculo à doação entre vivos, se se trata de muçulmanos e não-muçulmanos, na liquidação de comunhão parcial de fato ou de aqüestos, em que afloram as diferenças sócio-jurídicas que caracterizam as famílias orientais, porém, tais diferenças não se revelam tão intensas, à medida que encontram formas similares nos institutos do direito de família dos países ocidentais.

A heterogeneidade do fenômeno migratório promove uma crescente internacionalização das relações familiares, com

manifestos efeitos universais. O grau distinto dessa heterogeneidade situa pessoas de diferentes níveis sociais, que dão origem a movimentos internacionais de povoamento, em contato com sistemas jurídicos estatais informado por valores e princípios de diversos.

O Brasil, apesar dos emigrantes brasileiros que alteram as estatísticas censitárias nas últimas décadas, constitui-se num exemplo eloqüente do que se descreve nesse contexto, obviando-se as crises matrimoniais entre estrangeiros, cabendo-se indagar como o legislador brasileiro pode optar, para a regulação desses fatos, num amplo leque de possibilidades, adaptar nosso ordenamento a esse contexto progressivamente multicultural?

Entre nós, o Prof. Jacob Dolinger⁶ trata de temas contemporâneos sobre as relações de família, examinando a questão do casamento potencialmente poligâmico, pensão das viúvas de bígamos, casamento homossexual, invocando a ordem pública como elemento contratado e repressivo do reconhecimento de situações que conflitam com os valores sócio-políticos dos Estados, em seu âmbito interno.

Efetivamente, a legislação do DIP encontra-se anacrônica em face do fenômeno do multiculturalismo e do respeito aos Direitos Humanos, porquanto a Lei de Introdução em vigor é de 1942, os critérios do domicílio e nacionalidade permanecem numa perspectiva clássica do conceito de soberania territorial, a atitude dos tribunais em matéria do DIP revela-se conservadora, em infensa à aplicação do direito estrangeiro, numa tendência de se evadir valores expressos nas convenções internacionais, e, tampouco, o Projeto de Lei sobre a aplicação das Normas Jurídicas

⁶ DOLINGER, JACOB. Direito Civil Internacional. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p.99 e 55.

nº 4.905, de 1994 procurou inovar nos critérios destinados à ampliação dos elementos de conexão, abrigando os obstáculos à eficácia do direito estrangeiro no invólucro da ordem pública, do mesmo modo que o texto da Constituição brasileira em vigor que protege os estrangeiros intervem de autorização Pública e reconhece o exercício dos atos da vida civil, desde que estejam domiciliados e residindo no Brasil.

Jean-Ives Carlier⁷ estabelece a distinção conceitual entre puriculturalismo e multiculturalismo, consistindo a primeira modalidade no liame consolidado entre várias culturas antigas e distintas, existentes nos países e, a segunda, em novas culturas oriundas de migrações recentes. Daí, o desafio para as normas de Direito Internacional Privado de buscar soluções para a lei aplicável ao estatuto pessoal, diante do fenômeno da multiculturalidade da família.

Os fluxos migratórios obedecem a causas diferenciadas, razão pelo qual, nem sempre os elementos de conexão tradicionais corresponderão à tutela dos direitos de família no âmbito do DIP, porquanto há migrações temporárias que se fixam no país receptor. Assim, a aquisição de nacionalidade pelo imigrante, quando sua permanência é temporária, por necessidade laborativa, não parece corresponder a seus interesses. Veja-se que, a esse respeito, o direito brasileiro, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 3/94 passou a admitir a aquisição de nacionalidade derivada, sem prejuízo da manutenção do Status de brasileiro nato, aos nacionais que, por exigência de naturalização em país estrangeiro, para fins de emprego, venham requerer outra nacionalidade.

⁷ Jean-Ives Carlier - Estatuto Personal y Sociedad Multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad. Estatuto Personaliza multiculturalidad de la familia. Org. Caravacca, A.L.C. y Iriarte Ángel, J.L. Colex - Madrid, 2000. p.27 e 55.

Constatou-se que o mercado de trabalho já não poderia absorver mão-de-obra dos brasileiros que, estatisticamente, avolumam o número de emigrantes, sem se considerar, ainda, os que vivem na clandestinidade, no exterior. Nessa hipótese, os critérios da residência ou domicílio parecem mais adequados à natureza da migração.

As soluções obviadas pelo Direito Internacional Privado podem decorrer da uniformização do direito material, visando à erradicação de conflitos de Lei, ou unificação de tais normas, prática já evidenciada nos instrumentos internacionais convencionais.

No âmbito do DIP, em face da diversidade normativa para a indicação de Lei aplicável ao estatuto de família, abrangendo casamento e suas formas de dissolução, regime matrimonial de bens, adoção e situações de filiação, pátrio-poder, depreende-se a existência de uma especificidade de direito material, consubstanciada, inclusive, na Convenção de Haia, e, que, resulta na variação de estatutos pessoais convergentes, por sua vez, com as mobilidades migratórias. Se é certo que a variabilidade das migrações influi na lei aplicável ao estatuto pessoal da família estrangeira, impõe-se a indicação de mecanismos jurídicos destinados à fixação da lei aplicável às situações jurídicas do DIP.

A doutrina e a prática convencional estabelecem algumas soluções tais como: a construção jurisprudencial, em face da diversidade de estatutos, julgando caso a caso; a especialização das normas de conflito, objetivando uma regulação minuciosa das relações de família, conforme a escala de Kegel⁸, segundo a qual, ampliam-se os elementos de conexão para abranger as várias

⁸ KEGEL, Artigo 14 da Lei de Introd. do Código Civil Alemão. EGBGB.

hipóteses fáticas do estatuto pessoal familiar. A primeira solução possibilita uma flexibilidade excessiva, enquanto, a segunda, impede uma adequação do direito estrangeiro e do direito nacional a novas realidades da família. Outra hipótese deflui da celebração de acordos e demais convenções, as quais pela sua natureza e desdobramentos, encerram limites de aplicação pelas divergências que suscitam em face do direito interno dos Estados, motivando o recurso à lex fori e à ordem pública, critérios incompatíveis com os ideais de justiça e de direito buscados pelas normas do DIP, enquanto garantia dos direitos do cidadão estrangeiro.

Não se trata de abolir a conexão da lex fori, nem o princípio da ordem pública, mas demonstrar a tendência, tanto, nos textos das Convenções como, nos das decisões jurisprudenciais de se impedir a aplicação de princípios que favoreçam as peculiaridades do DIP, enquanto índices de adequação dos elementos de conexão à realidade multicultural.

São várias as questões que merecem uma análise mais rigorosa, porém a realidade evidente é a de que o mundo divide-se em Estados, cujos ordenamentos são dotados de concepções jurídicas distintas sobre os mesmos fatos que refletem as relações de direito de família. E o Direito Internacional Privado depara com fronteiras jurídicas e permite a recepção de modelos jurídicos estrangeiros, com o fim de garantir direitos dos estrangeiros. Assim, os elementos de conexão poderiam permitir uma flexibilização, simplificando a técnica da opção de direito pelo imigrante, conforme sua condição e a natureza da migração, adotando-se a solução da autonomia da vontade limitada a uma opção de direito entre a lei nacional ou a lei do domicílio, conforme o magistério de Bernard Audit⁹

⁹ Ob. Cit. p. 133