

FIGURAS PATERNAS, CONSTITUIÇÃO ALEMÃ E CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

FIGURES PATERNAL, GERMAN CONSTITUTION AND CONVENTION EUROPEAN HUMAN RIGHTS

MARTIN LÖHNIG¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a relação da Convenção Europeia de Direitos Humanos no Direito de Família Alemão. O presente estudo examina a influência da Convenção Europeia sobre o tema da figura paterna e do direito de visitas do pai e diferente perspectiva acerca do conceito de bem estar da criança no direito europeu e no alemão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família; Convenção Europeia de Direitos Humanos; Direito Alemão.

ABSTRACT: This article aims to analyze the relationship of the European Convention on Human Rights in the German Family Law. The present study examines the influence of the European Convention regarding the father figure and father visitation rights and the different perspective of the concept of best interests of the child in European and German law.

KEYWORDS: Family Law; European Convention on Human Rights; German Law.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Valoração da Convenção Europeia de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Alemã; 2. Lei Fundamental e Convenção Europeia de Direitos Humanos: Semelhanças e Diferenças; 2.1 Posição Jurídica do Pai decorrente de uma Relação Extramarital (*nichtehelichen Vater*); 2.2 Posição Jurídica do Pai Biológico; 3. Melhor Interesse da Criança vs. Melhor Interesse da Criança; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Evaluation of the European Convention on Human Rights in the German Legal System; 2. German Constitution and the European Convention on Human Rights: Similarities and Differences; 2.1 The Father's Legal Status in a Non-marital Relationship (*nichtehelichen Vater*); 2.2 Legal Position of the Biological Father; 3. Best Interests of the Child vs. Best Interests of the Child; References.

Artigo recebido em 27.03.2015. Artigo aceito para publicação em 30.03.2015 mediante convite.

¹ Professor Catedrático de Direito Privado e História de Direito Alemão e Europeu na Universidade de Regensburg – Alemanha. martin.loehnig@ur.de

INTRODUÇÃO

O Direito de filiação nos países europeus, como se verifica pelo exemplo do direito alemão versado aqui, deve se moldar aos termos do artigo 8º, nº 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que tem o seguinte teor: “Toda pessoa tem o direito à preservação de sua vida privada e familiar, seu domicílio e sua correspondência”². Acrescente-se a este respeito o art. 14, que prescreve ser vedada toda discriminação por força do sexo, do nascimento ou devido a algum status especial³.

Na hipótese de violações de disposições de convenções por um Estado-membro, qualquer pessoa pode acionar a Corte Europeia dos Direitos Humanos em Estrasburgo, que eventualmente condenará o Estado correspondente.

A Constituição alemã contém regras semelhantes às acima citadas, no artigo 6º, nº 1, que inclui o casamento e a família sob a proteção especial da ordem estatal e, no nº 2, reconhece o cuidado e a educação dos filhos como direito natural dos pais e os enquadra como seu dever prioritário e cogente. Acrescente-se a estes preceitos o disposto no artigo 6º nº 5 da Constituição que estabelece sejam dadas as mesmas condições às crianças oriundas ou não do casamento, a fim de que sejam assegurados o seu desenvolvimento espiritual e material e garantida a sua posição na sociedade. Da mesma forma, merecem menção as regras de igualdade previstas no artigo 3º da Constituição alemã.

Não obstante esta regulação constitucional relativa à posição jurídica dos filhos estabelecida na Constituição alemã, a República Federal Alemã foi, repetidamente, em tempos recentes, condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, de Estrasburgo, em face de dispositivos do seu Direito de Família.

Estas decisões referem-se primordialmente a pontos dos temas de guarda e direito de visita – em algumas situações também foram afetados dispositivos do Direito sucessório, mas que em essência vinculam-se à disciplina do direito de filiação.

1. A VALORAÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA ALEMÃ

No Direito alemão, predomina a teoria dualista⁴, relativamente ao vínculo entre o Direito internacional público e o direito nacional, posição a que o Tribunal

² Nota do Tradutor: No número 2 do artigo 8º da Convenção consta ainda o seguinte: “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

³ Nota do Tradutor: O inteiro teor do artigo 14, relativo à vedação de discriminação é o seguinte: “Proibição da discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

⁴ Cf. apenas Stein/Frank, Staatsrecht, 21. ed., 2010, § 5, p. 26 e segs.

Constitucional alemão também se vinculou na Decisão Görgülü I⁵. Neste caso⁶, afirmou que “a Constituição Federal tem como fundamento a concepção clássica de que a relação do Direito internacional público com o direito nacional consiste em um vínculo de dois círculos jurídicos distintos e que a sua, na visão do direito nacional apenas pelo direito interno pode ser determinada. Esta conclusão está baseada nos artigos 25 e 59 II da Constituição Federal”⁷.

Tendo em vista esta premissa, não obstante seu caráter originário de norma de Direito internacional público, a Convenção Europeia de Direitos Humanos possui na Alemanha, devido à Lei de conversão (Transformationsgesetz), o status de lei federal, e, por força dessa condição, torna-se vinculativa para o Juiz⁸. Como tratado de Direito Público, a Convenção vincula a Alemanha em relação aos demais signatários – mas não aos cidadãos alemães, pois estes não são signatários da convenção –, e a obriga a efetivar normas conforme a referida convenção.

É reconhecido que podem surgir conflitos entre disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Constituição Alemã em face de disparidades de garantias fundamentais nelas estabelecidas. Como sinteticamente definiu o Juiz da Corte Constitucional Ferdinand Kirchhof, tendo em vista sua qualidade de Tratado, a validade direta da Convenção na Alemanha não se qualifica como um simples elemento político, pois ela possui valor normativo; desse ponto de vista, porém, não pode ser invocada imediatamente pelo intérprete. A aplicação dos direitos fundamentais da Constituição Federal possui prioridade⁹. Um eventual conflito deve ser resolvido mediante um “diálogo das cortes”.

⁵ BVerfG, decisão de 14.10.2004, Az. 2 BvR 1481/04, citado em BVerfGE 111,307 e FamRZ 2004, 1857.

⁶ Nota do Tradutor: O caso Görgülü teve por objeto a pretensão de um pai, de nacionalidade turca, morador da Alemanha, que buscava obter a autoridade parental sobre seu filho e, provisoriamente, um direito de visita e de moradia. O menino havia sido abandonado pela mãe e vivia com parentes. O pai, que apenas soube do nascimento posteriormente, pretendeu exercer seus direitos. Após ver sua pretensão negada, o senhor Görgülü recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos, que julgou que seus direitos à vida familiar estavam sendo feridos, ante o que dispõe o artigo 8º da Convenção. Em face desta decisão, foi concedido ao pai a possibilidade de visitar o filho. Contudo, esta decisão foi posteriormente cassada pelo Tribunal Regional, sob o fundamento de que a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos afetava a Alemanha, não sendo ele o destinatário. Em face desta decisão, o senhor Görgülü recorreu ao Bundesverfassungsgericht, que em 14.10.2004 decidiu que o seu direito à vida familiar, em face do disposto no referido art. 8º, havia sido violado. Contudo, a posição da Corte Constitucional alemã causou reações, tendo em vista que o Tribunal, no acórdão de julgamento, utilizou expressões relativamente à decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, como “levar em conta” e “proceder à uma reflexão”, ao invés de usar expressões como “se conformar à” ou “levar a cabo”, o que caracterizaria uma posição de independência dos tribunais nacionais relativamente à Corte Europeia.

⁷ BVerfG, decisão de 14.10.2004, Az. 2 BvR 1481/04, Rz 34, citado como jûris = FamRZ2004, 1857, 1859.

⁸ Schlaich/Korloth, Das Bunderverfassungsrecht, 8. ed., 2010, 4. vol. Rz. 368.

⁹ F. Kirchhof, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, 3681, 3683. Em muitos outros países da Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos possui um

2. LEI FUNDAMENTAL E CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: SIMILITUDES E DIFERENÇAS

Em face da premissa acima exposta, surge a pergunta de como se apresenta concretamente este “Diálogo de Cortes” no tema aqui exposto. Ambos os tribunais partem de idênticos fundamentos: nos temas de Guarda e Direito de visitas os interesses de todas as partes interessadas devem ser objeto de ponderação. O critério decisivo nesta matéria é a noção de ‘melhor interesse da criança’ (*Kindeswohl*)¹⁰.

A exclusão do Direito de visitas entre a criança e um de seus pais somente pode ser admitida diante de pressupostos rígidos, tendo em vista que, em princípio, atende aos melhores interesses da criança a preservação de seus vínculos familiares¹¹. Contudo, pode haver limites ao direito de visitas nos casos em que seu exercício colocar em risco o bem estar da criança¹². Ocorre, porém, que ambas as cortes podem igualmente chegar a resultados diferentes a este respeito, especialmente quando nesta matéria estiver envolvida a posição jurídica de um pai biológico ou de um pai solteiro, não vinculado por matrimônio com a mãe (*nichtehelicher Vater*).

2.1 Posição Jurídica do Pai decorrente de uma Relação Extramarital (*nichtehelichen Vater*)

Um primeiro caso divergente sobre esta matéria ocorreu por força de uma decisão do Bundesverfassungsgericht, do ano de 1981¹³, envolvendo o § 1711 BGB, na qual a Corte Constitucional alemã decidiu que o direito de visita de um pai não vinculado com a mãe mediante casamento, somente seria admitido se esta pretensão atendesse aos ‘melhores interesses da criança’. A Corte Europeia de Direitos Humanos criticou expressamente este artigo – neste meio tempo revogado –, em uma decisão de 2001¹⁴, considerando-a como uma discriminação inadmissível ao pai nesta situação jurídica. Não seria correto, afirmou a Corte Europeia, considerar as visitas entre a criança e este pai como não sendo, *prima facie*, apropriadas ao bem estar da criança, para somente autorizá-las de modo excepcional contra a vontade da mãe.

status distinto: apenas em alguns poucos países podem um único cidadão – como na Alemanha – submeter a conformidade constitucional de decisões judiciais perante um tribunal constitucional nacional. Em alguns estados europeus, não há um tribunal constitucional institucional autônomo e na maioria dos países o direito do cidadão individual limita-se a poder declarar a inconstitucionalidade das normas jurídicas aplicáveis. Em muitos países europeus, portanto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assume parcialmente a função, que na Alemanha, tradicionalmente, é exercido pela Corte Constitucional, o Bundesverfassungsgericht.

¹⁰ CEDH, j. 10.02.2011 (*Tsikakis v. Alemanha*), in *FamRZ* 2011, 1125, 1126 (nº 77); *BVerfGE* 31, 194, 208 e segs.; *BVerfGE* 56, 363, 383 e 391; *BVerfGE* 84, 168, 183.

¹¹ CEDH, j. 26.02.2004 (*Görgülü v. Alemanha*), *FamRZ* 2004, 1456, 1459 (nº 48 e segs.); *BVerfGE* 31, 194, 209; *BVerfGE* 64, 180 e 191.

¹² CEDH, j. 26.2.2004, *Görgülü v. Alemanha*, *FamRZ* 2004, 1456, 1459 (nº 48 e segs.); *BVerfGE* 31, 194, 209; *BVerfGE* 64, 180, 188, 191.

¹³ *BVerfGE* 56, 363, 391 e 393.

¹⁴ EGMR de 11.10.2001 – 34045/96 (*Hoffmann./Deutschland*), *júris* (Ziff. 53).

A Corte Europeia concebeu uma equiparação entre os pais vinculados a esta relação extramatrimonial e os pais separados e exigiu a presença de motivações muito relevantes (“sehr gewichtige Gründe”) para que se justificasse um tratamento desigual àquele grupo¹⁵.

Apesar disso, no ano de 2003 o Tribunal Constitucional alemão validou o conteúdo do § 1626a Abs. 1 Nr. 1, do BGB¹⁶, que não permitia ao pai vinculado a uma relação extramarital (nichteheliche Vater) o acesso à guarda comum contra a vontade da mãe¹⁷. A Corte Europeia de Direitos Humanos impugnou esta regra em 2009¹⁸: a Corte baseou sua decisão não somente no indicado artigo 8º da Convenção, como também em uma comparação da posição jurídica deste pai com a posição do pai divorciado, ou mesmo separado¹⁹, ou seja entre os já citados artigos 8º e 14 da Convenção.

Alguns meses depois, o Tribunal Constitucional Alemão concedeu ao pai vinculado a uma relação extramatrimonial o direito de questionar judicialmente a justificação de sua exclusão do direito de guarda pelo argumento do bem estar da criança²⁰. Houve unanimidade, porém, apenas quanto ao resultado: a Corte constitucional alemã baseou sua decisão, preponderantemente, no direito do pai não vinculado pelo casamento previsto no Art. 6, Abs. 2 da Lei Fundamental.

2.2 Posição Jurídica do Pai Biológico

Em relação à situação jurídica do pai biológico, cujo filho teve atribuída a paternidade juridicamente a um outro pai, igualmente diferenciam-se as posições da Corte europeia de direitos humanos e do Bundesverfassungsgericht.

Para o Tribunal Constitucional alemão, em decisão de 2003²¹, o pai biológico e seu filho constituem uma família nos termos do Art. 6, inciso 1 da Lei fundamental, quando entre ambos existe uma relação social-familiar. Isto se reflete da percepção de que um pai declarado judicialmente (*rechtlicher Vater*), nos termos do § 1684, inciso 1, do BGB, está autorizado e obrigado a ter acesso a seu filho automaticamente, enquanto o pai biológico, ao contrário,

¹⁵ EGMR de 11.10.2001 – 34045/96 (Hoffmann./.Deutschland), júris (Ziff. 56).

¹⁶ O § 1626a tem o seguinte conteúdo: “(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, 1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen); 2. wenn sie einander heiraten oder; 3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt. (2) Das Familiengericht überträgt gemäss Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass, die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht. (3) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge”.

¹⁷ BVerfGE 107,150 e segs.

¹⁸ EGMR 03.12.2009 (Zaunegger./.Deutschland), FamRZ 2010, 102,105f.

¹⁹ EGMR 03.12.2009 (Zaunegger./.Deutschland), FamRZ 2010, 103, 106 (ziff. 43 f. e 61f).

²⁰ BVerfG FamRZ 2010, 1403, 1406 ff.

²¹ BVerfG FamRZ 2003, 816, 822.

somente terá o mesmo direito, quando entre ele o filho já existir uma relação social-familiar, isto é, quando o pai biológico possuir ou tiver possuído efetiva responsabilidade relativamente ao filho, nos termos do § 1685, inciso 2, do BGB.

A Corte europeia de Direitos Humanos não aceitou esta diferenciação tão abrangente. Ponderou-se que, com efeito, um pai biológico, cuja paternidade não foi reconhecida juridicamente, não poderia automaticamente invocar a proteção do art. 8º da Convenção europeia de direitos humanos, enquanto não houvesse um efetivo contato com o filho. Contudo, observou-se que, de forma excepcional, poder-se-ia admitir que haveria uma noção de vida familiar, no sentido do campo de proteção previsto pelo artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, desde que o pai biológico não fosse responsável pela circunstância de que uma vida familiar efetiva não tivesse se verificado²².

O Direito de visita do pai biológico não deveria, assim, depender genericamente da existência de uma relação social-familiar; ao contrário, o tema precisaria ser decidido a partir de uma análise, no caso concreto, do bem estar da criança. Do contrário, considerou a Corte Europeia, poderiam os pais reconhecidos judicialmente, facilmente, evitar a formação de uma relação social-familiar, mediante a proibição do contato entre o pai biológico e a criança, sem que esta interdição tivesse como motivação o amparo do próprio bem estar da criança²³. Na decisão, mostrou-se, inclusive, ser irrelevante, para a Corte Europeia, o ponto de que o vínculo biológico seria controverso, ainda não devidamente reconhecido judicialmente.

O legislador alemão foi então obrigado a promulgar uma nova norma, o § 1686^a, do BGB, para o fim de garantir o direito de visita ao pai biológico, na hipótese em que ele demonstrar um expressivo interesse na criança e se o direito de visita servir ao interesse desta. Nesse caso, pela primeira vez, um critério desenvolvido pela Corte Europeia de Direitos Humanos a partir da interpretação do artigo 8º da Convenção Europeia – a fórmula ‘demonstrar interesse’ – foi diretamente introduzida no Direito de família alemão.

3. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA VS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A razão para as posições distintas das duas cortes reside nas premissas coincidentes referidas anteriormente. Relativamente ao conceito de ‘melhor interesse da criança’, cumpre referir que ambos os tribunais reputam este critério como definitivo, mas definem-no de forma distinta. Debatem-se aqui duas diferentes percepções: a noção desenvolvida pela Corte Europeia de Direitos Humanos baseia-se no componente genético enquanto a concepção da Corte alemã funda-se em uma perspectiva social.

²² Cf. EGMR 21.12.2010 (Anayo vs. Alemanha), in FamRZ 2011, 269 (RN. 57); EGMR 15.09.2011 (Schneider vs. Alemanha), in FamRZ 2011, 1715 f. (Rn. 81).

²³ Cf. EGMR 21.12.2010 (Anayo vs. Alemanha), in FamRZ 2011, 269, 271 (69); ver também EGMR, 18.03.2008, (Hülsmann vs. Alemanha), NJW-RR 2009, 1585, 1587.

A Corte Europeia possui a orientação de que a convivência com o pai biológico sempre será saudável para a criança. As condições objetivas da criança no caso respectivo não possuem no seu julgamento qualquer relevância reconhecível: não somente não são consideradas como também não são sequer referidas na decisão. O conceito de bem estar da criança torna-se, assim, uma posição de exame objetivo em favor do pai biológico. Ele praticamente se dilui em face da equiparação adotada em relação ao interesse do pai biológico. Em síntese, pode-se resumir esta concepção à seguinte fórmula: o bem estar da criança apenas está garantido quando o pai biológico tem direito de visita em relação à criança; de sorte que o princípio biológico em geral predomina, na medida em que bem estar da criança e o interesse do pai biológico, em regra, tornam-se unificados.

A Corte Constitucional alemã, e com ele o legislador alemão, ao tempo da promulgação dos artigos 1684 e 1685 do BGB, também se vincularam ao conceito de bem estar da criança. O direito de convivência com o pai biológico era considerado – como em geral qualquer relação pessoal íntima da criança – apenas quando ele acarretar efetiva responsabilidade (relação social familiar), nos termos do aludido artigo 1685, inciso 2, do BGB. A posição jurídica do pai biológico era situada, portanto, de forma equivalente a de outras pessoas que se relacionassem com a criança (Andere Bezugspersonen). Para o legislador alemão, a simples relação biológica entre um homem e uma criança não era suficiente para favorecer uma relação de convivência. Preferível seria a existência de uma relação afetiva entre a criança e um homem sem vínculo biológico.

A entrada em vigor do artigo 1686a do BGB mostra que o conceito de bem estar da criança da Corte Europeia de Direitos Humanos começa a prevalecer no direito alemão²⁴. Desse modo, pode-se concluir que a relação entre ambos os ordenamentos está bem distante de assemelhar-se a um diálogo!

²⁴ (Nota do Tradutor). O artigo 1686 do BGB tem o seguinte teor: "Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes. Jeder Elternteil kann vom anderen Elternteil bei berechtigtem Interesse Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes verlangen, soweit dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.

Em tradução livre: "Art. 1686. Informação sobre as circunstâncias pessoais da criança. Cada pai pode exigir do outro, na hipótese de existência de um interesse justificado, informações sobre as circunstâncias pessoais da criança, até o limite em que sua solicitação não contradiga os melhores interesses da criança".

O artigo 1686^a, por sua vez, foi inserido no BGB mediante Lei especial de 12.07.2013, a Lei para fortalecimento do Direito do pai solteiro. Seu teor é o seguinte: "Solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht, hat der leibliche Vater, der ernsthaftes Interesse an dem Kind gezeigt hat, 1. ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn der Umgang dem Kindeswohl dient, und ein Recht auf Auskunft von jedem Elternteil über die persönlichen Verhältnisse des Kindes, soweit er ein berechtigtes Interesse hat und dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht".

Art. 1686a. (1) Existindo a paternidade de outro homem, o pai biológico que demonstrar um interesse sério na criança tem: 1. O direito ao acesso à criança se este acesso for no melhor interesse da criança, e 2. um direito de receber informações de cada pai relativamente às circunstâncias pessoais da criança quando ele tiver um interesse justificado e este não for contrário aos melhores interesses da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

F. KIRCHHOF, *Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte*, NJW 2011, 3681, 3683.

SCHLAICH/KORIOTH, *Das Bundesverfassungsrecht*, 8. ed., 2010, 4. vol. Rz. 368.

STEIN/FRANK, *Staatsrecht*, 21. ed., 2010, § 5, p. 26 e segs.