

## PRECISAMOS ASSIM TANTO DO DIREITO DA FAMÍLIA? (DO “PANJURISME” ILUMINISTA AO “FRAGMENTARISCHE CHARAKTER”)<sup>(1)</sup>

Guilherme de Oliveira

Faculdade de Direito de Coimbra / Centro de Direito da Família

**Palavras chave:** Direito da Família; evolução

**Keywords:** Family Law; evolution

**Resumo:** O primeiro código civil europeu traduziu a intenção de governar integralmente as relações humanas segundo um modelo racional e universal. O direito da família tinha o propósito de estabelecer pormenorizadamente os deveres do homem e os deveres da mulher, e definir as boas condutas. Carbonnier chamou a este modelo o “*Panjurisme*” iluminista.

Tem-se assistido a um movimento das ideias que destruiu os padrões antigos do comportamento individual e familiar, segmentou a sociedade numa pluralidade de modelos e, no limite, aceita que cada indivíduo e cada família viva a vida a seu modo.

Talvez possa dizer-se que o direito da família tende a tornar-se “*fragmentário*” — para regular apenas os aspectos selecionados como mais importantes, ou de interesse público, que sobram de uma privatização crescente da vida familiar.

**Abstract:** The first European civil code reflects the intention to fully govern human relationships according to a rational and universal model. Family law had the purpose of setting forth in detail man and woman’s duties and defining the good conduct.

This was the model that expressed what CARBONNIER called the illuminist “*panjurisme*”.

Social movements can be observed that destroyed the old patterns of individual and family behaviour, segmented society into a plurality of models and, ultimately, each individual and each family lives life its own way.

One may come to say that family law is becoming “*fragmentary*” — to narrow its scope to the aspects of major importance, or of public interest, left over from an increasing privatization of family life.

### I. Ascensão e queda do “*panjurisme*” iluminista

O século dezanove impôs a generalização, em toda a Europa, do modelo da “família nuclear” — o agregado constituído por pai, mãe e filhos — formado a partir de uma nova cultura do casamento e da família. O casamento passou a ser um assunto dos parceiros matrimoniais e não um assunto das respectivas famílias. Estava adquirido, nessa época, o ideal romântico do matrimónio, do casamento “por amor”.

Este conceito de casamento, que estruturava a família nuclear, assentava num código de valores comuns à burguesia industrial da época e determinava um estatuto desigual para os homens e para as mulheres. O homem tinha o direito, e também o dever, de procurar realizar o seu percurso individual fora de casa, enquanto o papel reservado à mulher

<sup>(1)</sup> Texto escrito para publicação no livro de homenagem ao meu amigo Walter Pintens, professor da Universidade de Lovaina, por ocasião dos seus sessenta anos.

era o de lhe proporcionar o conforto doméstico e afectivo de que ele precisava — na frase sugestiva de BECK, o homem encarregava-se de ganhar o pão-de-cada-dia e a mulher punha-lhe a manteiga no pão <sup>(2)</sup>. Por outro lado, o conteúdo da relação matrimonial apresentava-se "dado" pelas normas de conduta generalizadas e uniformes, e as primeiras codificações continham regras pormenorizadas acerca dos deveres pessoais dos cônjuges. Dito de outra maneira, a família nuclear era uma instituição organizada segundo códigos sociais pormenorizados, que comportava o desenvolvimento de um só projeto de individualização — uma biografia do marido. Em suma: "dois numa só carne" <sup>(3)</sup>, mas a carne era a do homem <sup>(4)</sup>.

O primeiro código civil europeu, o Código Prussiano de 1794, traduz bem a intenção iluminista de governar integralmente as relações humanas segundo um modelo racional e universal. O direito em geral, e o direito da família em particular, tinham o propósito de definir as boas condutas e de garantir que todos os cidadãos as iam adoptar. É assim que encontramos os deveres do homem e os deveres da mulher estabelecidos pormenorizadamente: o legislador chega ao ponto de impor o dever de amamentar o filho pequeno, e de regular quem fixa o período de tempo em que esse dever deve ser cumprido <sup>(5)</sup>; e também se esclarece quais são as

razões legítimas que a mulher pode invocar para não ter relações sexuais com o marido <sup>(6)</sup>.

Era este modelo que exprimia aquilo a que CARBONNIER chamou o "panjurisme" <sup>(7)</sup> iluminista.

Os sociólogos e historiadores da família costumam apontar os anos setenta do século vinte como a época do início da modificação deste quadro de valores, no casamento <sup>(8)</sup>, que tornaram progressivamente inviável a ideia otimista de que o Direito podia e devia regular tudo.

Não estou em condições de afirmar o que foi responsável pelo movimento das ideias que tornaram inviável o "panjurisme": não sei se foi a Razão que empreendeu análises progressivamente mais finas das aspirações humanas e dos caminhos para a Felicidade; ou se foram as Emoções que se libertaram e cresceram de importância até um ponto que ainda não atingimos. Algum destes fatores, ou os dois, destruíram os padrões antigos do comportamento individual e familiar, segmentaram a sociedade numa pluralidade de modelos e, no limite, cada indivíduo e cada família vive a vida a seu modo.

Esta diferença radical assumiu várias faces, todas coerentes e radicadas no mesmo movimento em direção à autonomia individual.

O crescimento dos direitos fundamentais — tão vasto e intenso que até tem feito lembrar que são demasiado esquecidos os deveres fundamentais —

<sup>(2)</sup> *El normal caos del amor*, Barcelona, El Rouse, 1998, p. 253.

<sup>(3)</sup> MATEUS, 19, 5.

<sup>(4)</sup> Lord DENNING, apud CRETNEY, MASSON — *Principles of Family Law*, 6.ª ed., London, Sweet and Maxwell, p. 123.

<sup>(5)</sup> Parte II, Título II, § 67 — Uma mãe saudável é obrigada a amamentar o seu filho; § 68 — O pai determinará o tempo que a amamentação deve durar.

<sup>(6)</sup> Parte II, Título I, § 179 — O cumprimento dos deveres conjugais não deve ser exigido quando puser em perigo a saúde de qualquer dos cônjuges; § 180 — A mulher que amamenta tem o direito de recusar a coabitação sexual.

<sup>(7)</sup> *Flexible Droit*, 5ème ed., Paris, LGD, 1983, p. 22.

<sup>(8)</sup> A. BURGUIÈRE, dir. — *História da Família*, vol. 4.º, Lisboa, Terramar, 1999, p. 141; M. SEGALIN — *Sociologia da Família*, Lisboa, Terramar, 1999, p. 327; U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 138.

sublinha nitidamente que cada indivíduo pretende escrever a sua biografia. Isto é claramente incompatível com a aceitação dos modelos hetero-impostos pelo Direito Iluminista. Desde então, não são apenas os homens a querer escrever a sua história — as mulheres saíram progressivamente debaixo da pele dos maridos <sup>(9)</sup> e perseguem o seu próprio destino.

Na verdade, os ideais de democratização da família, vitoriosos nos meados daquele século, lograram libertar a mulher do estatuto desigual em que o modelo anterior a confinava, para lhe dar um estatuto de igualdade perante a sociedade e a lei. Os hábitos da produção de guerra e as condições económicas de industrialização crescente proporcionavam a saída do lar para o mercado de trabalho e a obtenção de um salário regular <sup>(10)</sup>; a instrução generalizada e mais sofisticada permitiu gradualmente que as mulheres ocupassem postos cada vez mais altos no sistema produtivo. Estas novas realidades estabeleceram a possibilidade de a mulher pretender desenhar e cumprir o seu próprio percurso, em condições de igualdade com o homem.

Temos, finalmente, dois parceiros conjugais sujeitos ao mesmo processo de renascimento da subjetividade <sup>(11)</sup> característico das sociedades modernas. Cada membro do casal procurará na comunhão de vida a maior realização pessoal e a maior satisfação que puder.

Isto quer dizer que cada um exigirá da união — do outro — muito mais do que alguma vez se

pretendeu <sup>(12)</sup>; e isto passa-se num quadro em que cada um está mais sofregamente do que nunca formulando as suas próprias pretensões <sup>(13)</sup>.

A estas condições particulares acresce todo o enfraquecimento da união matrimonial e da família enquanto instituição, enquanto conjunto de referências externas, “dadas” à relação particular pela tradição, pela Moral, pela Igreja ou pelo Direito. Tem-se tornado nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instâncias legitimadoras da comunhão de vida.

Todos os sistemas jurídicos se ocuparam do ato do casamento, fosse para reconhecer as cerimónias realizadas de acordo com as confissões religiosas, fosse para garantir ao Estado o exclusivo da celebração civil do matrimónio. Em qualquer caso, ficou quase sempre excluída a relevância do mero acordo particular de casamento não formalizado; qualquer que seja o sistema jurídico, a validade e a eficácia do matrimónio passaram a depender, normalmente, da intervenção legitimadora das instituições que tomam a seu cargo a formalização dos casamentos.

Mas este ponto deixou de ser pacífico.

Os movimentos sociais no sentido do individualismo, da privatização do amor e da vida familiar, têm levado as comunidades a discutir a necessidade daquela intervenção legitimadora do Estado ou da Igreja; pode perguntar-se que sentido tem essa intervenção legitimadora inicial numa comunidade de afectos que pretende manter-se privada, emitir as

<sup>(9)</sup> Recordando Cole Porter's *I've got you under my skin*.

<sup>(10)</sup> Apesar de ter acabado por gerar um esforço desigual de acumulação das tarefas domésticas e das tarefas profissionais.

<sup>(11)</sup> U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 74.

<sup>(12)</sup> DONATI — *Manuale di sociologia della famiglia*, 2.ª ed., Roma-Bari, Edit. Laterza, 1999, p. 267.

<sup>(13)</sup> A. GIDDENS — *Modernidad y identidad del yo*, Barcelona, Península, 1997, p. 219.

suas próprias normas de conduta segundo valores produzidos ou escolhidos sem referências externas ou coerções de qualquer espécie.

Este movimento de desvalorização da intervenção legitimadora externa pode ter nascido — insólita e sub-repticiamente — a partir da luta em favor da igualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos que os sistemas ocidentais empreenderam nos anos 60 do século passado. Na verdade, a chamada *igualdade dos filhos*, a imposição de que a origem diversa dos filhos — consoante os progenitores fossem casados ou não — fosse indiferente ao estatuto jurídico que a lei lhes reconhecia, contribuiu para apagar o relevo social da dicotomia casado-não casado. Esta indiferença tendencial da dicotomia casado-não casado tem vindo a acentuar-se através da concessão progressiva de efeitos jurídicos à *união de facto* ao ponto de em alguns países a equiparação entre a união de facto e o casamento ser completa <sup>(14)</sup>. Estaremos então perante algo de semelhante ao casamento informal do direito romano que se constituía através da comunhão conjugal, aliada à *afectio maritalis*; coisa semelhante também ao chamado casamento da *common law*. No momento em que se atinge esta equiparação dos efeitos, parece justificar-se falar em casamento-de-facto e casamento-de-direito, base-

ando-se a distinção apenas na existência ou não de uma formalização inicial perante uma entidade externa — o Estado ou a Igreja. Diferença pequena, na medida em que o sistema jurídico confira às duas uniões os mesmos efeitos. Num quadro jurídico assim, pode dizer-se que a necessidade de legitimação externa das uniões não é verdadeiramente sentida como uma necessidade imperiosa.

A perda de valor da legitimidade externa do Estado ou da Igreja é apenas um sintoma da retração da esfera pública por oposição à esfera privada da vida em sociedade. Poderemos supor que, no futuro, se restabelecerá na Europa uma situação parecida com a que se viveu durante a Idade Média, até ao Concílio de Trento <sup>(15)</sup>; nessa época conviviam vários modos de casar igualmente válidos — tanto as sobrevivências do direito romano como as formas trazidas pelos invasores e provavelmente a mistura de ambos os tipos, incluindo o modo informal... Diremos então que o ponto alto da legitimação externa pelo Estado ou pela Igreja se situou algures entre o séc. XVI e o séc. XX, e coincidiu com o exclusivismo partilhado do casamento católico e do casamento civil; o século passado terá feito ressurgir a validade dos casamentos celebrados por outras confissões religiosas, e ainda os casamentos-de-facto que dispensam qualquer legitimação externa.

A "família auto-poética" pode receber estímulos do exterior mas todas as informações recebidas serão reelaboradas de acordo com as modalidades internas de comunicação <sup>(16)</sup>. Neste sentido pode dizer-se que

<sup>(14)</sup> Não é, de modo algum, o caso da nova lei portuguesa n.º 23/2010, de 30 de Agosto, que modificou a lei anterior, de 2001, sobre os efeitos da união de facto. A lei nova acrescentou apenas alguns efeitos de natureza assistencial: aumentou a proteção relativamente à casa de morada, facilitou o exercício do direito a prestações da segurança social, e previu que o membro sobrevivente da união tenha um direito a ser indemnizado pelos danos morais que sofrer no caso de lesão que causou a morte do companheiro. Algumas normas simples do anteprojeto que simplificavam a divisão dos bens, que protegiam os credores, ou que garantiam a equidade patrimonial em casos graves no momento da separação, não foram aprovadas. Em Portugal, a diferença entre o regime do casamento e da união de facto permanece enorme.

<sup>(15)</sup> GLENDON — *The transformation of Family Law*, Chicago /London, The University of Chicago Press, 1989, paperback edition, 1996, pp. 23-8.

<sup>(16)</sup> DONATI — *Manuale di sociologia ...*, pp. 787-8.

o casal e a família acompanham o movimento para a criação de “sistemas internamente referenciais”, característico da sociedade moderna <sup>(17)</sup> e, assim, dentro do casal “a lei é a ausência de lei”, “o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes” <sup>(18)</sup> e o casal tornou-se o seu próprio legislador.

O resultado que se vem apurando de tudo isto — da relação entre dois indivíduos que lutam, amando-se, pela realização pessoal, desligados de qualquer quadro de valores e de respostas externas — é o de uma “relação pura” <sup>(19)</sup>, apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução. Trata-se, afinal, de uma relação entre dois estranhos — dois “estranhos íntimos” <sup>(20)</sup>; trata-se de construir “a menos estável de todas as relações possíveis” <sup>(21)</sup>, que diariamente tem de julgar e escolher todos os seus passos.

Neste momento, pode perguntar-se que sentido tem a existência de uma regulamentação específica chamada “direito da família”.

O Direito tem sentido as maiores dificuldades para desempenhar o seu papel. Em primeiro lugar, porque a velha noção da norma geral e abstrata — para todas as pessoas e para todos os casos — deixou de satisfazer as necessidades sentidas por uma sociedade cada vez mais pluralista; em segundo lugar, porque entre todos os modelos possíveis que se apresentam para regular um tema, as opções legisla-

tivas tornaram-se muito mais debatidas e mais difíceis de legitimar perante a sociedade como um todo.

A partir destas debilidades que o Direito passou a sentir para regular a vida individual e familiar, quando antigamente isto não constituía um problema particularmente difícil, seria esperável que se fizesse a pergunta: para quê tentar? Isto é: que sentido tem pretender impor soluções para os temas da vida individual e familiar quando, basicamente, as soluções têm de ser variadas e, sobretudo, se elas são prévia e livremente escolhidas pelos interessados e se os indivíduos podem modificar essas escolhas à medida que as suas aspirações evoluem?

## II. Significa isto que não precisamos de nenhum Direito da Família?

### A. Celebração do casamento

Quando as fortunas comerciais das repúblicas italianas começaram a crescer e a correr os riscos impostos por decisões levianas dos nubentes, o decreto Tametsi estabeleceu a necessidade de uma ampla aprovação dos casamentos pelos familiares <sup>(22)</sup>. Na verdade, qualquer decisão romântica podia deitar a perder um esforço planeado de acumulação de capital por uma ou duas famílias, se as autoridades dos respetivos grupos não fossem chamadas a ponderar o valor económico-financeiro da transação matrimonial que estivesse à vista. Hoje, porém, depois de generalizadas as transformações sofridas

<sup>(17)</sup> A. GIDDENS — *La transformación de la intimidad*, Madrid, Catedra, 1998, p. 158.

<sup>(18)</sup> U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, pp. 339 e 346.

<sup>(19)</sup> A. GIDDENS — *Modernidad...*, p. 237-8.

<sup>(20)</sup> RUBIN, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 113.

<sup>(21)</sup> SIMMEL, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 149.

<sup>(22)</sup> GLENDON — *The Transformation...* pp. 28-30.

pela riqueza no mundo desenvolvido <sup>(23)</sup>, não parece necessário um direito da família que organize o controlo familiar da transmissão do património, no momento do casamento. Foi assim que a necessidade de autorizações e de comunicações familiares foi sendo reduzida, nos sistemas jurídicos europeus <sup>(24)</sup>.

A sobrevivência desse sistema antigo de controle é a mera autorização dos pais para o casamento do filhos menores, que já não se funda num propósito de gestão de fortunas mas antes na necessidade de formar um juízo sobre a maturidade do menor e da conveniência pessoal da constituição do vínculo, no interesse dele.

Até que ponto é preciso manter esta autorização?

Depois de se ter desenvolvido a ideia de que os "menores" são sujeitos de direitos e de que devem exercê-los pessoalmente à medida que ganham maturidade; depois de se ter baixado a idade a partir da qual os jovens podem trabalhar, votar, participar em associações, ser ouvidos ou mesmo participar nas decisões que lhes dizem respeito; e depois de se ter encarado a união de facto de outro modo, quer quanto à sua legitimidade quer quanto aos seus efeitos, a eficácia daquele controlo pelos pais tornou-se duvidosa.

Como disse GLENDON <sup>(25)</sup>, o momento da celebração do casamento pode ser melhor aproveitado para produzir outros efeitos úteis, do ponto de vista individual e social, através de informação de saúde reprodutiva, realização de rastreios e promoção de

estilos de vida <sup>(26)</sup>, agora que os conhecimentos de genética e de saúde pública cresceram e precisam de meios eficazes para chegar aos destinatários.

Ou seja, em vez de se interessar pela autorização dos pais, o Estado poderá empenhar-se em contribuir para um consentimento matrimonial mais informado.

## B. Igualdade dos cônjuges

Precisamos de um direito da família que promova a igualdade dos cônjuges?

O estatuto igualitário dos cônjuges foi introduzido nos sistemas jurídicos europeus durante a segunda metade do séc. XX <sup>(27)</sup>.

Como acontece tantas vezes nos fenómenos sociais, a igualdade jurídica dos cônjuges foi uma consequência das pressões sociais assentes em movimentos de democratização e de afirmação dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que pode ter potenciado transformações em direção à maior independência das mulheres e à sua plena inserção no mercado de trabalho. Quaisquer que sejam as discussões sobre os níveis salariais comparados entre os homens e as mulheres, é visível, nos países europeus, que as mulheres conquistaram uma independência económica nova.

A igualdade jurídica entre o homem e a mulher entrou nos diplomas constitucionais, estabilizou-se, e é um dos princípios mais sólidos dos chamados

<sup>(23)</sup> GLENDON — *The new Family and the new Property*, Toronto, Butterworths, p. 7.

<sup>(24)</sup> GLENDON — *The Transformation*..., pp. 35-6.

<sup>(25)</sup> GLENDON — *The Transformation*..., pp. 59-60.

<sup>(26)</sup> Com as garantias adequadas de proteção da intimidade da vida privada, como se fez em França com a exigência do "certificado pré-nupcial", até 2007.

<sup>(27)</sup> Em Portugal, essa responsabilidade coube à Constituição da República de 1976, seguida pela reforma do Código Civil, em 1977.

“princípios constitucionais do direito da família”. Embora não possa esquecer-se a regra de experiência que manda perseverar na cautela — porque o diabo esconde-se nos pormenores e a desigualdade pode irromper pela janela dos sistemas jurídicos sem que se note imediatamente — é razoável admitir-se que a luta pela igualdade de estatuto jurídico, empreendida pelo direito da família, está ganha nos aspetos mais óbvios.

Porém, ao mesmo tempo que as mulheres conquistaram a independência económica, aumentou o número de divórcios em todos os países e aumentou a percentagem de mulheres que tomam a iniciativa de pedir o divórcio. Por outro lado, não mudou muito a velha tendência de os filhos pequenos serem confiados às mães, na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Reunidos estes dois factores, a consequência tem sido o aumento de mulheres divorciadas vivendo em famílias monoparentais com os filhos pequenos.

Os estudos sobre as condições de vida destas famílias monoparentais com base na mãe têm mostrado uma tendência clara no sentido de as mulheres ficarem mais pobres — o que já se designou como a “feminização da pobreza”<sup>(28)</sup>. Esta nova realidade, associada à incapacidade que todos os países sentem para conseguir um sistema eficaz de cobrança for-

çada de alimentos<sup>(29)</sup>, gera uma grande perplexidade que os sistemas jurídicos não têm conseguido superar.

O que eu quero dizer é que o esforço do direito da família, no âmbito da igualdade entre o homem e a mulher, deve concentrar-se nos meios de cobrança forçada de alimentos e no domínio do direito não-civil da família.

Uma frase inglesa interessante<sup>(30)</sup> — “*no improvement (...) will put more money into pockets of husbands and debtors or enable them to meet commitments beyond their capacity to pay*” — resume a relativa ineficácia dos sistemas jurídicos quando é preciso cobrar alimentos devidos e não pagos tanto às mulheres como aos filhos comuns. As leis — como a lei portuguesa — preveem alguns meios e algumas garantias patrimoniais do pagamento; mas os casos da vida real mostram que os instrumentos não se mostram satisfatórios. O direito da família carece de um esforço de inovação neste aspeto particular, de tal modo que possa contribuir para o combate contra a “feminização da pobreza”.

Por outro lado, o direito não-civil da família tem um papel na elaboração de medidas de discriminação positiva no sentido de contrariar o desfavor em que as mulheres se encontram; não será, pois, o código civil, a assumir esta responsabilidade social premente.

### C. Deveres conjugais

A lenta erosão do “*panjurisme*” iluminista tem dado lugar ao pluralismo contemporâneo, que deixa

<sup>(28)</sup> HABERMAS, Jürgen — *Droit et Démocratie*, Paris, Gallimard, p. 450 e nota 57; COMMAILLE, Jacques — *Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension. Émancipation, Institution, Protection*, In «*Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein...*», p. 83-101, p. 98; GLENDON, Mary Ann — *The Transformation ...*, p. 206; U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 116; DONATI — *Manuale di sociologia ...*, p. 272; RUIZ BECERRIL — *Después del divorcio*, Madrid, CIS, 1999, p. 253.

<sup>(29)</sup> GLENDON, Mary Ann — *The Transformation ...*, p. 197.

<sup>(30)</sup> Apud CRETNEY — *Principles of Family Law*, 6th ed., London, Sweet and Maxwell, 1997, p. 556, nota 14.

os legisladores sem capacidade para escolher e impor um modelo de boas condutas universal. A consequência só pode ser a de as leis se retraírem, evitando definir os requisitos subjetivos<sup>(31)</sup> e o conteúdo do casamento e, sobretudo, evitando pormenorizar os deveres conjugais, refugiando-se na adopção de cláusulas gerais que os cônjuges — que querem ser os seus próprios legisladores — não se concretizam segundo o seu projeto individualizado. É curioso notar, como exemplo flagrante, que o atual código civil alemão, no mesmo espaço cultural do código civil prussiano, limita-se a impor aos cônjuges a obrigação de viver em comum<sup>(32)</sup>, abstendo-se de esclarecer o que significa esta imposição. A vida real, e os tribunais, vão conquistando este significado caso a caso, e assim se densifica aquela cláusula geral<sup>(33)</sup>. A reforma da lei holandesa, em 2001, participou do mesmo movimento ao eliminar o dever de coabitação da lista dos deveres conjugais.

Aparentemente, a tendência será a de restringir a imposição de deveres conjugais ao mero dever de decidir em conjunto os atos da vida conjugal comum; será, afinal, uma imposição procedimental, que deixa em aberto todas as escolhas substanciais, levando o pluralismo e a privatização da família conjugal até um extremo que nunca se atingiu.

O código português — como o espanhol, o italiano e o francês — parece ser conservador nesta

matéria. Ainda se dedica a definir o modelo ideal de relações matrimoniais, através da imposição de vários deveres conjugais recíprocos. Pode concluir-se que a tendência para a privatização do conteúdo do casamento e para a hipervalorização da autonomia dos cônjuges ainda não chegou a esta área do direito da família, pelo menos no contexto dos países europeus de influência católica.

Mas não deixa de ser estranho, pelo menos, que se definam complexos deveres conjugais recíprocos e, simultaneamente, se tenha eliminado, convicta e generalizadamente, o divórcio mais clássico, baseado na violação culposa daqueles deveres... Ou seja, as normas que impõem os deveres conjugais, apesar o seu aparato, não passam de *leges imperfectae*...

#### D. Relações patrimoniais

Começo por sublinhar que as regras do direito da família sobre o património, entendido num sentido amplo, foram desenhadas para casais estáveis — casais que permaneciam dentro do matrimónio até que a morte os separasse. Eram os casais dos tempos em que não se admitia o divórcio ou em que as taxas de divórcio eram muito baixas.

Em segundo lugar, para além de se dirigirem a casais estáveis, as normas tradicionais regulavam vidas negociais simples, integradas em sociedades baseadas numa economia agrícola conhecida e lenta. E, para além de a economia das nações ser clara, as relações patrimoniais que se estabeleciam entre cônjuges estavam baseadas em certos princípios que não davam o ensejo para movimentos patrimoniais significativos dentro do casamento. De facto, todas as limitações dos sistemas jurídicos radicavam numa

<sup>(31)</sup> A aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo obrigou o legislador português a alargar a sua definição de casamento, que incluía o requisito da diversidade de sexos.

<sup>(32)</sup> § 1353 do B.G.B..

<sup>(33)</sup> Foi assim que os tribunais alemães já discutiram se era compatível com a comunhão de vida ter uma segunda mulher em casa; e se duas pessoas podem estar casadas, embora vivam em casas distintas (GLENDON, Mary Ann — *The Transformation* ..., pp. 93-4).



ideia central — “dois numa só carne” — o que poderia autorizar a afirmação de que quaisquer transações entre cônjuges seriam “negócios consigo mesmo”... A dependência jurídica da mulher relativamente ao marido não propiciava a existência de dois sujeitos autónomos capazes de desenvolver transações jurídicas.

Por outro lado, o princípio da imutabilidade dos regimes de bens, sobretudo quando era entendido de um modo lato <sup>(34)</sup>, impunha uma fixidez quase total das relações patrimoniais dos cônjuges durante o casamento; designadamente, este princípio chegou a determinar a proibição dos contratos mais significativos entre os cônjuges, como o contrato de sociedade <sup>(35)</sup> e o contrato de compra e venda <sup>(36)-(37)</sup>.

Sinal da mesma simplicidade era o facto de, mesmo na falta de normas expressas, a doutrina ter tido sempre a maior relutância em aceitar a aplicação das normas sobre responsabilidade civil no âmbito da relação matrimonial; dito de outro modo, vigorou uma espécie de “imunidade matrimonial” que colocava cada um dos cônjuges ao abrigo da obrigação de indemnizar o outro <sup>(38)</sup>.

Em terceiro lugar, as regras tradicionais visavam garantir a solidariedade matrimonial, através da participação da mulher no património comum, construído pelo marido na sua função de *breadwinner*.

No momento da morte de um dos cônjuges, o cônjuge sobrevivente não era herdeiro, mas aspirava a uma sobrevivência financeira para o resto da sua vida através da meação nos bens do casal que as partilhas com os descendentes herdeiros lhe reconheciam. Os regimes de comunhão têm sido usados por defeito, e os nubentes que quiserem afastar-se deles têm de usar expressamente sistemas de *opting out*.

Muitas coisas têm mudado nas últimas décadas.

A primeira grande mudança encontra-se na precariedade do vínculo matrimonial, traduzida em taxas de divórcio que aumentaram sem precedentes e que transformaram o matrimónio num vínculo mais transitório <sup>(39)</sup> do que era antigamente. Por outro lado, aumentaram também os segundos casamentos e a coabitação depois de um divórcio.

Por outro lado, as conhecidas alterações do estatuto da mulher alteraram os dados em que o sistema se baseava. Sobretudo o princípio da igualdade dos cônjuges e o reconhecimento progressivo da autonomia negocial da mulher casada, determinaram que tenha passado a haver dois sujeitos ativos, em vez de entregar toda a competência e iniciativa negocial ao marido. A atuação dupla dos cônjuges, e a aspiração que ambos podem sentir de usar os instrumentos contratuais vulgares, tornou a vida patrimonial dos casais significativamente mais complexa.

Por fim, se ainda se justificar a procura da solidariedade entre cônjuges que estão unidos por um vínculo mais frágil e que querem desenhar a sua vida económica com independência, pode perguntar-se se

<sup>(34)</sup> COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *Curso de Direito da Família*, 4.ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, pp. 489-92.

<sup>(35)</sup> Art. 1714.º, n.º 2, CCiv, até à vigência do Código das Sociedades Comerciais de 1986 (art. 8.º).

<sup>(36)</sup> O art. 1714.º, n.º 2, CCiv, mantém esta proibição.

<sup>(37)</sup> A exceção mais patente e típica a este quadro não restritivo encontrava-se na mera possibilidade de fazer doações entre cônjuges.

<sup>(38)</sup> CERDEIRA, Ângela — *Da responsabilidade dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, 2000, pp. 17-49.

<sup>(39)</sup> Em 2007, a duração média do casamento à data do divórcio foi de 14,3 anos (*Estatísticas demográficas* do Instituto Nacional de Estatística)

esse objetivo ainda deve ser conseguido através de regimes de bens de comunhão. Na verdade, nas novas condições sociais, os regimes de comunhão fazem pagar um preço alto. Podem ser invocados múltiplos exemplos <sup>(40)</sup> de dificuldades suscitadas pelos regimes de comunhão tradicionais e pela utilização intensiva que ambos os cônjuges fazem deles:

1. O produto do trabalho dos cônjuges é um bem comum do casal; e a divisão do património comum é feita por metade, sem que seja possível alterar por convenção esta regra<sup>(41)</sup>. Porém, seria curioso averiguar se os casais aderem naturalmente a esta partilha igualitária dos proventos, qualquer que seja a contribuição de cada um. Terá correspondência na realidade a minha impressão de que os casais jovens guardam em contas bancárias separadas os proventos do seu trabalho, com a expectativa de que os depósitos pertençam a quem ganhou o dinheiro?
2. Os rendimentos dos bens próprios são comuns. Mas seria interessante averiguar se esta regra tradicional se tornou progressivamente contraintuitiva e, portanto, causadora de surpresas e de conflitos.
3. A existência de três patrimónios — o património comum e o património de cada um dos cônjuges — conduz a um regime especial de administração que acaba sempre na consagração de uma certa impunidade, sendo certo que é compreensível que cada

cônjuge invada a esfera do outro, ou abuse dos seus poderes de administração do património comum, tendo em conta a grande intimidade em que vivem. Também é certo que a separação total de dois patrimónios e a ausência do património comum não evitariam todos os abusos e a necessidade de alguma tolerância na regulação dos conflitos; mas a eliminação do património comum poderia diminuir os problemas.

4. As mesmas regras complexas de administração — que preveem a igualdade entre os cônjuges — podem entrar em conflito com as regras da gestão societária, no caso de os dois cônjuges entrarem para um sociedade, sozinhos ou acompanhados por outros sócios; na verdade, dentro da sociedade, um dos cônjuges pode assumir sozinho os poderes de administração de bens que provêm do património comum do casal e que, portanto, seriam administrados pelos dois, no âmbito do matrimónio.
5. A existência de dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges, a garantia prestada pelo património comum em primeira linha, e os favores tradicionais aos credores de ambos os cônjuges, geram uma regulamentação muito complicada. Começando pela caracterização inicial da dívida como dívida comum, passando pela qualificação da natureza própria ou comum de cada bem do casal para se definir a garantia patrimonial da dívida, acabando com os conflitos de responsabilidade patrimonial que se apresentam numa execução forçada, sobretudo com base em títulos executivos extrajudiciais,

<sup>(40)</sup> Tomando por base o direito português.

<sup>(41)</sup> Artigos 1724.º, a) e 1730.º, n.º 1, do código civil.

- todo o regime é demasiado complicado e susceptível de criar injustiças.
6. Os tradicionais regimes de comunhão parcial podem criar dificuldades técnicas à forma de contratação mas elementar: a compra e venda. Na verdade, o simples propósito de um cônjuge vender um bem próprio ao outro depara-se com a dificuldade de o bem ser considerado adquirido a título oneroso pelo comprador e, portanto, ser qualificado como bem comum do casal, contra o projeto dos cônjuges...
  7. A movimentação patrimonial dos cônjuges, tanto através da assunção e responsabilidade por dívidas, quanto por aquisições de bens que mobilizam fundos que podem pertencer aos três patrimónios, obrigam a uma operação complicada de compensações entre patrimónios no momento da partilha, ou até antes, se a divisão for legalmente autorizada.
  8. A comunhão parcial gera complicações frequentes por ocasião da aquisição de bens, por um cônjuge, com utilização de fundos próprios. São conhecidos os casos em que a justiça manda que o novo bem adquirido substitua o dinheiro que saiu do património próprio do comprador, enquanto a aparência criada pelo contrato de compra sugere a integração do novo bem no património comum.
  9. Finalmente, a simples necessidade de partilhar o património comum, no termo do matrimónio, acrescenta conflitualidade.
  10. Qualquer casal negocialmente ativo provoca contínuas modificações patrimoniais que, teoricamente, podem ser descritas e contabi-

lizadas, mas que, em termos práticos, considerado o longo prazo em que o casamento se desenrola, se tornam obscuras e dificilmente contabilizáveis. Ou seja: a clareza de um regime de bens, que constitui massas patrimoniais próprias de cada cônjuge e uma massa comum, e a clareza das regras legais sobre os poderes de administração e de disposição dos respectivos bens, estão condenadas a fracassar perante a confusão permanente de patrimónios, resultante de contas bancárias solidárias alimentadas por valores próprios e comuns, resultante de aplicações e reaplicações, e de transferências informais de bens entre os cônjuges.

Estas modificações e estas dificuldades sugerem que se questione a própria existência de um regime de bens, designadamente um regime de comunhão.

Creio que chegará o dia em que serão apreciados os inconvenientes dos regimes de comunhão parcial atuais, para se ponderar se haverá outros caminhos que facilitem a vida corrente dos casais, sem deixar de garantir a solidariedade familiar.

Talvez venha a encarar-se a hipótese de se partir da mera ausência de regime de bens, ou do regime da separação total de bens, permitindo-se aos cônjuges o uso dos instrumentos vulgares do direito das obrigações e dos contratos, incluindo a possibilidade geralmente aceite de fazer doações e deixas testamentárias, como qualquer cidadão solteiro <sup>(42)</sup>.

<sup>(42)</sup> Admito, no entanto, que a especial intensidade emocional com que os nubentes projetam a sua vida futura, e a especial intimidade com que os cônjuges vivem o seu dia-a-dia altere as percepções individuais, a capacidade de previsão e

Seria útil, no entanto, tornar mais fácil e clara a identificação das contribuições de cada cônjuge para os aumentos patrimoniais do outro, que são utilizados no âmbito da doutrina do enriquecimento sem causa. Além disto, há casos em que não se registam movimentos patrimoniais claros entre os patrimónios dos cônjuges que se devam corrigir, mas algum deles fez sacrifícios excessivos, com prejuízos patrimoniais ou morais importantes, como a ausência de formação e promoção profissional, ou a perda de oportunidades de desenvolvimento humano, que merecem ser compensados <sup>(43)</sup>.

É pergunto a mim próprio se a introdução de alguma discricionariedade judicial de tipo anglo-saxónico no processo de partilhas conjugais não permitiria fazer a justiça e promover a solidariedade que a simples aritmética dos regimes de bens não consegue proporcionar.

Na pesquisa de "outros caminhos", talvez caibam também os conhecidos regimes da "participação nos adquiridos" ou os da "comunhão diferida", que visam justamente proporcionar simplicidade prática durante a vida do casamento e garantir a solidariedade no momento da dissolução <sup>(44)</sup>.

Esta retirada considerável do direito da família não deveria significar que se impedisse os nubentes

e os cônjuges de adoptar o conjunto de regras próprias dos regimes de comunhão se assim o quisessem, por qualquer razão legítima. Isto é, os regimes de comunhão poderiam ser usados por via de um sistema de *opting in*, convencionado antes ou mesmo durante o casamento.

## E. Divórcio

Num quadro tradicional, em que o casamento se concebia como um acordo perpétuo, as possibilidades de divórcio eram limitadas; e, para além de escassas, eram previstas apenas para libertar o cônjuge inocente das situações conjugais insustentáveis, marcadas pelo incumprimento grosseiro dos deveres conjugais pelo cônjuge culpado; o caminho para o divórcio era estreito e supunha a prova de violações culposas dos deveres conjugais. Mas já não é recente a consagração de outras duas vias alternativas para a dissolução do casamento: a prova da ruptura da vida em comum, nomeadamente através da separação de facto, e a via do mútuo consenso para o divórcio.

Porém, em toda a Europa cresceu um movimento de opinião que pretende remeter para as regras da responsabilidade civil todas as discussões sobre atos culposos, danos, reparações e sanções, deixando o momento do divórcio menos sobrecarregado de acusações e amarguras. Refira-se, por exemplo, o sistema alemão que, em 1976, abandonou a relevância das causas de divórcio culposas, para só reconhecer o motivo objectivo da ruptura do casamento <sup>(45)</sup>.

a fricção necessária para os acordos conjugais. Sendo assim, talvez seja indispensável que exista sempre uma regulamentação específica quer para a casa de morada da família, quer para a responsabilidade pelas dívidas contraídas para ocorrer aos encargos da vida familiar.

<sup>(43)</sup> Recordo o artigo 1676.º, n.º 2, do código civil português, na versão de 2008, e o art. 165.º do código civil suíço. Cfr. também o documento da Law Commission *Cohabitation: the financial consequences of relationship breakdown, 2007*.

<sup>(44)</sup> Embora seja verdade que, segundo uma história que ouvi a CARBONNIER, em 1980, os nubentes românticos escolhiam os regimes comunhão, os nubentes práticos escolhiam a separação total de bens, e a participação nos adquiridos ficava reservada para os que gostavam de matemática...

<sup>(45)</sup> § 1565, do B.G.B..

O direito português consagrava, há quase cem anos, os três caminhos para a dissolução do matrimónio: a prova de uma violação culposa, a demonstração objectiva da ruptura e o mútuo consentimento. Vale a pena, no entanto, observar o modo como os cidadãos usavam o sistema, através das estatísticas oficiais de 2000: cerca de 10% dos divórcios decretados seguiram o caminho tradicional, 7% adoptaram a prova da ruptura e 83% basearam-se no mútuo consenso das partes. Nota-se, pois, uma preferência acentuada dos cidadãos pelo modo mais simples, rápido e barato de dissolver o matrimónio.

A evolução dos sistemas jurídicos vai no sentido de facilitar o divórcio, simplificando os pressupostos e os processos; e há mesmo alguns (poucos) casos de sistemas jurídicos que remeteram para instâncias administrativas o ato que foi sempre um exclusivo dos tribunais <sup>(46)</sup>.

Tudo significa uma retirada do Estado, que desiste de impor as regras antigas e de forçar a continuação do casamento <sup>(47)</sup>.

<sup>(46)</sup> É o caso de Portugal, que remeteu o divórcio por mútuo consentimento para as Conservatórias do Registo Civil, pelo decreto-lei n.º 131/95, de 6 de junho.

<sup>(47)</sup> Esta desformalização do divórcio — que parece desvalorizar o próprio ato do casamento — não se tem operado sem algum desconforto. A expressão nítida de uma reação contrária proveio de alguns estados norte-americanos (Louisiana e Arcansas, e outros) que instituíram o chamado *covenant marriage*. Pretende-se que os nubentes façam mais do que um contrato de casamento tradicional — pretende-se um compromisso que os levará a renunciar ao divórcio demasiado fácil, nos termos de uma lei especial que impede, por exemplo, o divórcio por mútuo consentimento. Esta reação ainda está longe de obter importância mesmo dentro dos EUA. Os seus detratores afirmam-se cépticos quanto à eficácia do compromisso quando as relações conjugais se deteriorarem de facto; por outro lado, afirmam que a exaltação deste novo tipo de acordo matrimonial tende a desvalorizar ainda mais do que já está o contrato tradicional.

Independentemente do relevo social que este movimento vier a ter no sentido de fortalecer o vínculo conjugal e diminuir a taxa de divórcio, ele já é interessante na medida em que significa uma escolha entre dois regimes jurídicos possíveis para o contrato de casamento — o regime mais liberal e o regime mais

A lei portuguesa n.º 61/2008, de 31 de outubro, abandonou a via do divórcio que assentava na prova da violação culposa dos deveres conjugais. Os caminhos possíveis são hoje os do mútuo consentimento e o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges com base na prova da ruptura do vínculo <sup>(48)</sup>.

O sistema atual mostra a retração do legislador, que não tem a pretensão dificultar a saída do matrimónio, impondo os obstáculos tradicionais. É certo que ainda não admitiu um divórcio unilateral<sup>(49)</sup>; na verdade, o divórcio sem consentimento é pedido por um cônjuge contra o outro, e o autor tem de mostrar os factos que atestam uma ruptura definitiva do casamento. Ainda assim, o legislador português acentuou claramente a tendência para deixar a saída do matrimónio nas mãos dos cônjuges.

## F. Estabelecimento da Filiação

Não há muitos anos, o estabelecimento da filiação, a constituição da relação de filiação, era minuciosamente regulado. Dizia-se que era um dos sectores do direito da família com menor liberdade para os agentes — estava quase fora do direito privado e às portas do direito público.

restritivo — o que concretiza de uma forma clara a ideia contemporânea do pluralismo, de privatização, de escolha.

Em Portugal, o regime tradicional, o que vigorou durante mais tempo, permitia optar entre o casamento civil e o casamento católico (e recentemente acrescentou-se o casamento civil sob uma forma religiosa). Porém, entre 1940 e 1975, quando se optava pelo casamento católico, o divórcio ficava excluído. Afinal, também havia dois regimes jurídicos para escolher.

<sup>(48)</sup> Seguiram-se de perto os Princípios recomendados pela CEFL — *Commission on European Family Law*.

<sup>(49)</sup> Admitido em Espanha, pela lei n.º 15/2005, de 8 de julho (artigo 86.º).

Neste âmbito, a chegada do pluralismo cultural fez uma combinação explosiva com as técnicas de reprodução assistida. Não foi apenas o pluralismo cultural que desvalorizou as normas sociais hetero-impostas pelo iluminismo oitocentista; além disto, as capacidades médicas começaram a vencer o feroz determinismo das condições naturais. Em suma, nada do que era "dado" pela cultura dominante ou pela natureza tem verdadeiramente de ser acolhido; ninguém tem de aderir, por exemplo, às leis da desigualdade conjugal, nem tem de se conformar com a infertilidade.

E se é verdade que, nos primeiros tempos, as sociedades aceitavam que as novas técnicas de reprodução tentassem vencer a esterilidade mas procuravam, de certo modo, que elas imitassem a natureza, recentemente este prurido está a desaparecer, porventura por causa da depreciação do sangue como fator de ligação, em favor dos afetos.

Veja-se a evolução que se nota nos três temas seguintes:

### 1. Monoparentalidade

Há 25 ou 30 anos, era discutido se se devia permitir o acesso de mulheres sós às técnicas de procriação medicamente assistida, ou a inseminação das mulheres viúvas com esperma do marido morto. A resposta nessa altura era claramente negativa, com a alegação de que esses procedimentos tinham por consequência o nascimento de uma criança que havia de conhecer só a mãe, ao contrário do que seria o seu melhor interesse — que era o de nascer e viver no quadro da biparentalidade tradicional.

De facto, até à pouco tempo, as famílias monoparentais eram um acidente — resultado de mortes precoces ou das pequenas taxas de divórcio. De então para cá, a explosão das taxas de divórcio gerou um aumento nunca visto do número de crianças que vivem só com um dos progenitores, por todo o mundo. Esta circunstância deve explicar a modificação que se tem registado na respostas àquelas perguntas, sobretudo no caso da inseminação *post mortem*. De facto, a doutrina e alguns sistemas jurídicos aceitam hoje, dentro de certas condições, a inseminação *post mortem* que, afinal, segundo se alega, não sacrificará mais o interesse do filho do que a vulgaríssima dissolução do casamento. Ou seja: o aumento da monoparentalidade, fruto das altas taxas de divórcio, terá provavelmente modificado o modo como entendemos o conceito de "interesse da criança", no âmbito da utilização das técnicas de reprodução assistida.

E porventura as consequências vão mais longe. De facto, no momento em que se abandona a imitação da natureza e a biparentalidade tradicional, e entendemos que a monoparentalidade não prejudica a criança, então as sociedades ficam abertas para admitir variações da monoparentalidade. Por exemplo, aceitarão que se decretem adopções singulares mesmo quando as adopções plurais forem viáveis; admitirão mais facilmente que as mulheres sós recorram à inseminação com esperma de dador; e aceitarão que um homem procure a gestação de uma mãe substituta que, oportunamente, sairá de cena.

## 2. Diversidade de sexos

Até uma época recente, era inaceitável imaginar o nascimento de uma criança sem que fosse possível conhecer a sua origem num casal heterossexual, e mesmo as técnicas de reprodução assistida começaram por imitar a reprodução sexuada. Porém, está a tornar-se mais frequente a admissão de adopções por casais homossexuais<sup>(50)</sup>; e a inseminação de mulheres que vivem com companheiras.

## 3. Um mais um

Foi com base no método da reprodução sexuada que chegámos até aqui, convém lembrá-lo. Nem menos do que dois; nem mais do que dois.

Mas a última década conduziu-nos à criação de embriões por transferência nuclear<sup>(51)</sup>, apenas com um gâmeta feminino e um núcleo de uma célula adulta. E os últimos cinco anos de reprogramação celular deixam esperar tudo a partir de uma simples célula de pele, por exemplo.

Por outro lado, tornou-se bem conhecido o caso ocorrido do Canadá<sup>(52)</sup>, onde se estabeleceu que era do melhor interesse da criança que o Direito lhe reconhecesse duas mães e um pai.

Vê-se, pois, como num curto período de tempo algumas certezas e imposições legais assentes na

imitação da natureza se desmoronaram, deixando os legisladores a braços com as maiores perplexidades... que são meio caminho andado para a retirada e para deixar a livre escolha aos indivíduos.

## G. Proteção dos vulneráveis; Relações entre pais e filhos

1. Já vão longe os tempos da irrelevância da infância, magistralmente retratada por ARTÈS<sup>(53)</sup>. A Psicologia moderna e a Pediatria revelaram-nos a existência de pequenos cidadãos ignorados por séculos de indiferenciação. As crianças e jovens têm direitos fundamentais e de personalidade; e podem até exercê-los, de certo modo. Além disto, têm um “direito à proteção da sociedade e do Estado”<sup>(54)</sup> — uma proteção reforçada, na medida da sua especial vulnerabilidade.

É certo que o Estado tem de resistir à tentação de entrar pelas casas das famílias para vigiar e regular o quotidiano das suas vidas... Mas tem de estar pronto a defender as crianças “contra o exercício abusivo da autoridade”<sup>(55)</sup> nas famílias e contra a negligência e o abandono.

E começa a notar-se uma ansiedade no sentido da intervenção do Estado para a proteção dos idosos, que registam um grande aumento do seu número e da sua solidão. No momento em que tantos países ainda não conseguiram vencer a luta pela proteção

19

<sup>(50)</sup> A adoção por casais homossexuais foi expressamente afastada pelo artigo 3.º da lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que admitiu os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, em Portugal.

<sup>(51)</sup> Por razões éticas, tentou-se chamar outra coisa diferente de “embrião” ao produto biológico obtido. Julgo que a tentativa até podia ter tido êxito se não tivesse nascido a ovelha...

<sup>(52)</sup> Designado por *Three Parents case*.

<sup>(53)</sup> *L'Enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, Librairie Plon, 1960.

<sup>(54)</sup> Constituição da República Portuguesa, artigo 69.º, n.º 1.

<sup>(55)</sup> Constituição da República Portuguesa, *idem*.

das crianças, já está aí a consciência da necessidade de suprir as múltiplas fragilidades dos idosos.

Em suma, o direito da família — num sentido amplo que inclui o direito das crianças e também o dos mais velhos — está aqui cada vez mais presente, ao contrário do movimento de retração que tenho sugerido nas páginas anteriores.

2. Nas relações entre pais e filhos, parece ter-se registado um movimento sofisticado. Depois de milénios de subjugação total à autoridade paterna, a ascensão do valor das crianças e jovens reconheceu-lhe um direito à “autonomia progressiva” e a serem ouvidos “nos assuntos familiares importantes”<sup>(56)</sup>. Esta evolução, por sua vez, andou a par com o despertar da tendência para a liberalização dos costumes, para a contestação social estudantil e urbana, e deu origem ao que se chamou vulgarmente “conflito de gerações”. Os pais tentavam impor a disciplina tradicional e os filhos rebelaram-se contra o modelo familiar burguês, procurando impor novos códigos de comportamento, ou até a ausência de códigos.

Estes movimentos parecem ter levado a um modo novo de entender a “autoridade parental”, designado por uma fórmula ainda mais suave — “responsabilidades parentais” — que supunha, pela primeira vez, o reconhecimento explícito da maturidade dos jovens e de um grau de autonomia para a organização da sua própria vida. Esta partilha de responsabilidades entre os pais e os filhos aspirava, pois, ao exercício de uma responsabilidade assente numa justificação e numa negociação permanentes.

<sup>(56)</sup> Código civil português, artigo 1878.º, n.º 2.

Trocou-se o “conflito de gerações” pela ideia de “companheirismo” entre gerações<sup>(57)</sup>.

Este novo papel dos pais em relação aos filhos tornou-se, obviamente, mais difícil de desempenhar, e há boas razões para supor que muitos progenitores não sabem desempenhá-lo, para além de sentirem que nem sequer podem tentar os velhos métodos da violência física; esta incapacidade conduz a uma pura atitude de pura indiferença<sup>(58)</sup>. Se esta tendência for para continuar, verificaremos uma ausência de regulação e de controlo sobre as crianças e jovens — nem o Estado desempenha o seu papel porque não quer interferir em toda a vida dos cidadãos, nem os pais exercem as suas responsabilidades porque não sabem como fazê-lo. Mais do que eliminar o “panjurismo” que tudo regulava, esta atitude significa o exagero contrário em que as autoridades saem de cena.

Mas a reparação deste erro começa a surgir. Os Estados estão a regressar à disciplina social, nesta matéria, forçando o exercício do cuidado e das responsabilidades parentais<sup>(59)</sup>.

<sup>(57)</sup> O direito brasileiro foi claro quando consagrou uma proteção dos jovens através da *representação* legal até aos 16 anos e a mera *assistência* legal dos 16 anos aos 18 anos; o legislador quis concretizar deste modo a ideia de que os pais são responsáveis pelos filhos menores mas devem-lhes igualmente respeito, na medida da sua maturidade; nos dois últimos anos de menoridade, os jovens têm uma capacidade de exercício de direitos apenas controlada por uma autorização prévia ou por uma aprovação posterior.

<sup>(58)</sup> BECK, Ulrich — *Democracy without enemies*, Polity Press, 1998, p. 80-1.

<sup>(59)</sup> Um claro sinal contra essa indiferença chegou há anos do Reino Unido, onde a lei responsabiliza criminalmente os pais (*Education Act 1996, section 444*) que omitam os esforços convenientes para determinar aspectos fundamentais da vida dos filhos. Assim, uma senhora foi presa por alguns dias porque as suas filhas faltavam teimosamente às aulas; e os pais podem ser condenados a pagar multas, cobradas imediatamente no local, por idênticas razões. O legislador do Reino Unido quer forçar os pais, da forma mais drástica, a renunciar à indiferença e a cumprir o seu papel.



É, de novo, um apelo à intervenção de um direito moderno, que resulta de inovações sociais impostas pelas novas circunstâncias.

### III. Conclusão

O pluralismo cultural obriga os Estados a um certo retraimento na intervenção nos domínios tradicionalmente regulados pelos códigos civis. O grande problema é o de escolher um modelo que sirva a todos; e a pequena solução é a de adiar ou evitar escolhas, ou a de guardar a maior neutralidade possível. A intervenção do direito da família tenderá a centrar-se nos domínios das crises conjugais, com a intenção de garantir a defesa do cônjuge mais fraco e a equidade; e a centrar-se no domínio da proteção das crianças e das relações entre os pais e os filhos, e da proteção dos idosos, que pertencem à esfera da responsabilidade indeclinável de uma sociedade organizada.

No princípio do século XX, o famoso penalista alemão BINDING explicitou o “*Fragmentarische Charakter*” do direito penal<sup>(60)</sup>. Diz-se, até hoje, que este ramo do direito não pretende garantir uma proteção total dos bens jurídicos, não pretende punir todos os atos duvidosos ou claramente danosos; e mesmo quando os atos são nitidamente ilícitos, poderão ser considerados por outros sistemas sancionatórios, como o direito civil ou o direito disciplinar.

Talvez tenha de vir a dizer-se, do mesmo modo, que o direito da família tende a tornar-se fragmentá-

rio — abandona o “*panjurisme*” iluminista que lhe impunha a regulação de todos os aspectos da vida familiar, para se resumir aos aspectos selecionados como mais importantes, ou de interesse público, que sobram de uma privatização crescente da vida familiar. O direito da família será bem-vindo para evitar os perigos para a infância e a juventude, para resolver as situações de iniquidade patrimonial no casamento, de indignidade e de violência entre os cônjuges e, de um modo geral, para socorrer os frágeis e os dependentes.

Tendência que vai andar a par com o aparente paradoxo de uma intervenção crescente na vida da família em sectores periféricos, ou no âmbito do chamado “direito não civil da família”. Com efeito, é de esperar que o Estado estimule as relações familiares através de incentivos ou de proibições, de tal modo que o grupo reassuma algumas funções perdidas como a proteção dos idosos, ou mal conseguidas como a socialização dos jovens. E também seria imperioso que promovesse aquilo a que GLENDON já chamou a “ecologia da família”<sup>(61)</sup> — a promoção das relações de vizinhança, da boa habitabilidade das cidades, da gestão do tráfego e dos transportes, do emprego, em função das necessidades de facilitar e valorizar a vida em Família.

Não precisamos de um direito da família total, esboçado no atelier de um engenheiro social iluminista; mas é indispensável um direito da família fragmentário que esteja pronto para intervir onde se identificarem perigos ou lesões graves de pessoas concretas, ou lesões graves da simples ideia de justiça, como se preferir dizer.

Também nos Estados Unidos se verifica a mesma tendência. Veja-se, por exemplo, o caso da Califórnia e do seu *Education Code, Section 48293 (a)*.

<sup>(60)</sup> Apud Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND — *Tratado de derecho penal*, 5.ª edição, trad. espanhola. Granada, 2002, p. 57.

<sup>(61)</sup> GLENDON, MARY ANN — *The Transformation ...*, p. 306-11.

