

## A REFORMA DO DIREITO DA FAMÍLIA DE MACAU

Guilherme de Oliveira

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*

### I

Fazer leis já não é o que era dantes. As sociedades tornaram-se complicadas porque, em pouco tempo, perderam a homogeneidade cultural que tiveram e dentro da qual foram feitos todos os códigos que conhecemos. Produto do Iluminismo e do Individualismo burguês, toda a codificação moderna nasceu para sociedades organizadas em torno de instituições sólidas, com um dado quadro de valores, e com hierarquias claras e visíveis.

Os problemas sociais e jurídicos sempre reclamaram soluções mas era possível encontrar uma solução dominante sabendo-se que tanto os desvios esperados como as pressões em sentido diverso seriam pequenas ou teriam uma expressão pública insignificante. Em suma, as leis costumavam ser feitas para sociedades relativamente estabilizadas.

Hoje, por razões que nem sempre são óbvias, os problemas sociais que geram conflitos e necessidade de regulação aumentaram em quantidade e em intensidade. Os legisladores contemporâneos têm de tomar decisões difíceis sobre o ordenamento urbano e o ambiente, sobre os lixos, a caça, o trânsito, as embalagens, a publicidade, a conservação de produtos alimentares, etc., problemas que seguramente não ocuparam os cérebros dos legisladores das grandes codificações, até agora.

Além disto, como se sabe, estamos condenados a viver dentro de sociedades plurais, onde as instituições não conseguem desempenhar a função pacifica-

dora que tiveram, onde o crédito dos valores é sempre sujeito a escrutínio e portanto não se pode revelar uma hierarquia de normas clara que se pretenda impor a todos. Cada opção legislativa — e isto vale para grandes e também para pequenos problemas — tem que ser precedida por inúmeras consultas aos chamados parceiros sociais, que por sua vez hesitam no entendimento do que sejam os melhores interesses dos seus associados, para se conseguir chegar a soluções que nunca terão a antiga pretensão de agradar a todos ou, pelo menos, de responder a um sentimento jurídico-social dominante. O legislador contemporâneo, para além de estar obrigado a obter permanentemente o compromisso entre pretensões diferentes, quase só pode confiar na tolerância dos concidadãos para garantir a aplicação das normas laboriosamente conseguidas. Na tolerância ... e na promessa implícita de novos e sucessivos compromissos, que acrescentam a velocidade das mudanças normativas, a instabilidade social e a difícil tarefa de fazer leis.

## II

Os legisladores do Direito da Família, concretamente, já tiveram uma vida fácil. Mas hoje, tenho para mim que esta área do direito é das mais delicadas, e seguramente é a mais difícil de todo o direito civil.

Já foram dolorosos os passos dos anos sessenta e setenta — do poder marital para a igualdade, da administração pelo marido para a administração conjunta dos bens comuns, do marido *breadwinner* até ao livre exercício da profissão, do *favor matrimonii* até à igualdade dos filhos. Mas, quando se pensava que o direito da família se estabilizaria neste modelo democrático e solidário de conjugalidade, eis que, por todo o mundo, se discutem as normas que há vinte ou trinta anos pareciam adequadas.

No âmbito do direito matrimonial — e no que respeita ao conceito e ao sentido do casamento — tem-se acentuado claramente a privatização da vida em comum, a rejeição de toda a legitimação externa do casamento<sup>1</sup> — seja pela Igreja, seja pelo Estado — rejeição que tem feito aumentar o número de pessoas que vivem em união de facto, legitimadas apenas pela gratificação que extraem da convivência e pelo prolongamento do seu acordo. A união de facto aí está, pois, a concorrer socialmente com a instituição do casamento e a propor aos legisladores o desafio de lhes pedir a concessão da eficácia jurídica sem prejudi-

car a condição de união de facto... Um ou outro legislador já tentou este equilíbrio arriscado e atribuiu alguns efeitos do casamento às uniões que se declaram à autoridade administrativa, por carta registada com aviso de recepção<sup>2</sup>; ou seja, um pouco de eficácia, a troco de uma formalização ligeira, que não deslustre... E como se esta concorrência da união de facto não bastasse, os sistemas jurídicos enfrentam a pretensão dos casais homossexuais de celebrar casamentos ou, ao menos, de registar as uniões para obter a aplicação dos efeitos próprios do casamento — como já hoje nos países escandinavos.

A ideia que se tem sobre a duração do casamento também mostra divergências insólitas: certos efeitos que se conferem a matrimónios de longa duração são conferidos ao fim de trinta anos nos E.U.A. e ao fim de cinco anos na Suécia...<sup>3</sup>

No que trata dos *efeitos pessoais* do casamento — sector onde mais nitidamente se espelham os modelos preconcebidos da união matrimonial, seja o modelo antigo baseado no poder marital, seja o modelo paritário contemporâneo — quem havia de dizer, há trinta anos, que a fidelidade conjugal ou, pelo menos, a coabitação conjugal podia estar sujeita a convenção em vez de se cumprir como um imperativo legal óbvio? E como lidar com uma afirmação solene dos deveres conjugais, quando logo se percebe que se trata de leis com fraca sanção, sobretudo nos países que vêm abandonando o sistema de divórcio com culpa?

Os *efeitos patrimoniais* do casamento constituíam um sector onde classicamente se mostrava o lugar da autonomia privada no seio de uma regulamentação quase sempre imperativa. Os exemplos eram nítidos, mas poucos: a bandeira desta autonomia era a livre escolha do regime de bens em convenção antematrimonial — logo tolhida, no direito português, pela imutabilidade subsequente; e os galhardetes eram a concessão de mandatos de administração entre os cônjuges, algumas facilidades crescentes na participação em sociedades, e pouco mais.

Mas este quadro, mais ou menos comum aos sistemas jurídicos conhecidos, parece não satisfazer os imperativos da vida negocial moderna. Está em discussão o âmbito em que realmente são necessárias as normas imperativas e o que deve ser remetido para a esfera da autonomia privada. Os sistemas jurídicos encaminham-se nitidamente para o alargamento da liberdade de contratação en-

<sup>1</sup> Théry, Irène — Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui. (Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice), Paris, Éd. Odile Jacob/La Documentation Française, 1998, p. 32.

<sup>2</sup> Renchon, Jean-Louis — Mariage, Cohabitation Légale et Union Libre. In «Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein, Droit Comparé des Personnes et de la Famille», Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 549-573.

<sup>3</sup> Agell, Anders — The division of property upon divorce from a european perspective. In «Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein...», p.15.

tre os cônjuges, para a independência de cada cônjuge e do seu património, para a alteração cada vez mais livre dos regimes de bens. E tendem a confinar as normas imperativas à protecção de terceiros, à protecção dos cônjuges e dos filhos nos momentos de crise do matrimónio, e à tutela da casa de morada de família. O que significa, da parte do legislador, em resumo, um discreto sair da cena negocial dos cônjuges, para entrar só nos momentos críticos em que estão em causa direitos fundamentais ou em que se deve impor a solidariedade conjugal inerente à vida da família.

Suponho que esta retracção do controlo sobre os efeitos patrimoniais do matrimónio é mesmo inevitável. Com efeito, nas sociedades evoluídas em que a grande maioria das mulheres auferem um salário, os casais são hoje compostos por dois agentes negociais potencialmente activos, ao contrário do modelo de família antecedente, que tinha um *breadwinner*, um decisor, um administrador de bens. Assim, uma actividade normal de dois cônjuges produz necessariamente uma confusão patrimonial inextricável — salários de ambos misturados com dinheiro próprio na mesma conta, aquisições de bens pessoais valiosos com dinheiro do património comum, investimentos em bens próprios com dinheiro de ambos, aquisições de bens duradouros com as contribuições de todos os patrimónios, subrogações indirectas sem esclarecimento acerca da origem dos bens e da natureza própria ou comum do bem final, responsabilidade quase indiscriminada dos vários patrimónios pelas dívidas dos cônjuges acompanhadas de um regime de compensações ineficaz ou inaplicado, etc..

Sabendo que não se guardam documentos ou, pelo menos, que não é verosímil que se faça uma contabilidade suficiente durante dezenas de anos, não é de esperar que as leis possam ter uma aplicação clara e eficaz durante a vida patrimonial do casamento. É esta a razão forte que leva a doutrina internacional a propor que se minimize a intervenção durante o casamento e que se concentrem os esforços numa partilha solidária e justa, no termo das relações conjugais; sendo certo, porém, que os sistemas jurídicos não estão satisfeitos com os resultados da sua aplicação — na verdade, as mulheres ficam sempre mais pobres, e as mulheres com filhos pequenos ficam ainda mais pobres do que as outras<sup>4</sup>.

No capítulo do *divórcio*, os legisladores têm experimentado de tudo e há sistemas que consagram todos os modelos conhecidos, simultaneamente, como o sistema português.

<sup>4</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: émantipation, institution, protection*. In «*Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein...*», p. 83-101, p. 98; Glendon, Mary Ann — *The Transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996, paperback, p. 206.

O modelo do divórcio litigioso, baseado na violação culposa dos deveres conjugais — o figurino clássico, digamos — está em crise e foi abandonada em vários países, como na Alemanha, na Suécia, em vários Estados dos E.U.A. e na Grã-Bretanha. Já se fala de uma “era do divórcio sem culpa”<sup>5</sup> apenas baseado na constatação da ruptura do matrimónio indiciada por causas objectivas, ou então baseada no acordo dos cônjuges. No primeiro caso — o do divórcio ruptura — as expectativas que nelc se podem ter depositado não se concretizaram; de facto, é o caminho menos utilizado de todos, como mostram, por exemplo, as estatísticas portuguesas — 4% nos últimos anos. Pelo contrário, o divórcio por mútuo consentimento é de longe o caminho preferido, com 64% dos divórcios decretados em Portugal.

Também se vem generalizando o chamado “mútuo consentimento passivo” em que não há um requerimento conjunto do divórcio mas o réu aceita o pedido do autor.

Qual dos regimes escolher, é o dilema de todos os legisladores. De qualquer modo, a tendência é para formas céleres que permitam sair do casamento quase tão facilmente como se entra; desformaliza-se o processo e remete-se a competência para as conservatórias do registo civil. E nota-se que, mais do que uma preocupação com os modos de desfazer o casamento, cresce nos meios jurídicos a angústia de não resolver bem as consequências do divórcio<sup>6</sup>, tanto as consequências pessoais sobre os ex-cônjuges e os filhos, como as consequências patrimoniais. Sublinha-se, neste particular, a subvalorização dos alimentos devidos a menores e a ineficácia dos sistemas quanto à sua cobrança forçada.

Neste âmbito do divórcio, por último, avulta também a ideia de que uma ruptura não arbitrada por um terceiro imparcial corre sérios riscos de se tornar uma pura violência de um cônjuge sobre o outro<sup>7</sup>.

No que diz respeito ao *estabelecimento da filiação*, está cada vez mais presente a discussão acerca da preferência absoluta pela verdade biológica, ou sobre a determinação dos casos em que a verdade sociológica ou afectiva deve ser o critério da paternidade; e não se prevê que esta incerteza chegue a um termo, numa época em que se pretende tudo à medida do indivíduo, em que se escolhe sempre e nada é predeterminado. O aumento do número dos divórcios e dos segundos casamentos multiplicou as situações de concorrência entre a paternidade biológica e a paternidade afectiva; o crescimento da filiação adoptiva tem produzido o mesmo efeito; e a procriação assistida com dador e as maternidades

<sup>5</sup> Glendon, Mary Ann — *The Transformation ...*, p. 87.

<sup>6</sup> Glendon, Mary Ann — *The Transformation ...*, p. 181.

<sup>7</sup> Labrusse-Riou, Catherine — *PACS, les pièges d'un nouveau jeu de loi*. «*Le Monde de L'Éducation*», n.º 264, nov. 1998, p. 43.

de substituição também já têm a sua quota nesta matéria. Estas situações de concorrência, note-se, têm dado a primazia às paternidades afectivas em detrimento das paternidades biológicas<sup>8</sup> — assim, pelo menos, no que toca à ruptura dos laços de parentesco com a família de origem no caso de adopção, e também no caso da inseminação com dador anónimo.

Neste quadro, como não hesitar no momento de definir as regras sobre o estabelecimento da filiação? Deve procurar-se a todo o custo o progenitor biológico ou deve preservar-se um laço afectivo duradouro?

Como se estas dificuldades não bastassem, começa a notar-se ainda outra: a chamada verdade biológica, o paradigma da “verdade verdadeira” está a deixar de ser certa e unívoca como dantes. De facto, quando se pensava em determinar a verdade biológica da maternidade, verificava-se que o parto era a prova mais óbvia e fácil que podia haver na difícil tarefa jurídica de procurar a verdade. Porém, a possibilidade moderna de transferência de óvulos e de embriões mostra que as coisas se complicaram: a mulher que tem o parto será a mãe gestadora, mas se outra mulher contribuiu com o óvulo esta será a mãe genética. E qual delas é mais mãe biológica do que a outra? É certo que esta dissociação apresenta-se numa percentagem mínima de casos; mas a sua realidade basta para estimular as dúvidas do legislador do Direito da Família.

E nem sequer é fácil defender que tudo se resolveria proibindo as primeiras manifestações de novidade — as inseminações com dador ou os contratos de gestação — pois fica sempre a impressão de que o Direito não pode tudo quanto quer e, ao descansar sobre uma lei proibitiva, acaba por remeter os factos para uma autoregulação clandestina, que costuma ter danos inimagináveis para as pessoas implicadas.

No que se refere às *relações entre pais e filhos*, mais concretamente ao poder paternal, as dificuldades tanto são as de legislar como as de encontrar um equilíbrio eficaz na aplicação das normas vigentes.

O fenómeno da “personalização” do estatuto de filho<sup>9</sup> obriga os pais a desempenhar o seu papel protector de formas muito sofisticadas, que têm de respeitar a autonomia dos filhos menores em todas as suas manifestações. E não é fácil gerir o poder protector entre uma tradição milenar autoritária e o respeito pelos interesses reais e pela personalidade do filho menor. Todo o problema da definição das chamadas “maioridades especiais” está implicado nesta questão. Por outro lado, resta a eterna definição da medida e dos limites da intervenção da autoridade pública no seio das relações entre os pais e os filhos. De um liberalismo total até uma intervenção pública sempre legitimada fica uma gama extensa

<sup>8</sup> Fine, Agnès — Parentés (s)électives. «Le Monde de L'Éducation», n° 264, nov. 1998, p.51.

<sup>9</sup> Théry, Irène — Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui..., p.35.

onde tem de se encontrar o ponto justo que autoriza a protecção do menor pelo Estado, contra a sua própria Família.

### III

Neste quadro, como se apresenta a reforma do Direito da Família, de Macau?

Creio que os responsáveis pela nova lei tiveram plena consciência de que o Código Civil português é um corpo legislativo bem organizado e claro, que pode manter-se de pé por muito tempo. Na verdade, respeitaram o carácter do diploma e pretenderam introduzir-lhe modernizações ditadas quer pela época, quer pelo lugar; e creio que as modernizações foram adequadas e prudentes.

A primeira diferença relativamente ao código vigente está na relevância exclusiva do *casamento civil*. O sistema português, assente sobre a Concordata com a Santa Sé de 1940, justifica-se por esta realidade específica e mesmo assim enfrenta dúvidas suscitadas pelo privilégio que manifesta relativamente à igreja católica, num estado que se afirma laico. Não é de estranhar o receio de que o mesmo sistema se dê mal num território diferente, onde se cruzam culturas e religiões diversas. Compreendo bem a opção por esta neutralidade que o casamento laico representa.

Por outro lado, ensaia-se uma definição da *união de facto* e das suas condições básicas de relevância. Acho aceitável que se estabeleça um critério, no seio de uma evolução delicada e marcada por grande incoerência e incerteza. As normas são prudentes, desde logo por não terem tido a pretensão de tomar partido na questão de saber se a união de facto gera ou não gera relações familiares: o legislador mantém a definição tradicional das relações familiares e regula a união de facto discretamente, ao lado.

No que diz respeito à *entrada e saída do estado de casado* a proposta acompanha as tendências generalizadas de diminuir os impedimentos matrimoniais por um lado, e de facilitar o divórcio, designadamente no que se refere ao peso da tramitação processual no divórcio por mútuo consentimento e à duração da separação de facto no divórcio por constatação da ruptura. Nada que não se descortine nas evoluções recentes dos outros sistemas conhecidos.

No âmbito das *relações patrimoniais* entre os cônjuges adoptou-se a tendência contemporânea da independência dos cônjuges e da desregulação.

A nota essencial, claro, vai para consagração do regime de participação nos adquiridos como regime supletivo. Praticado há dezenas de anos em alguns países europeus e na América latina, este regime chegou a colher a atenção dos juristas portugueses encarregados de preparar o Código de 1966<sup>10</sup>. É um regime

<sup>10</sup> Pereira, Gonçalves — Regimes de bens, in «Boletim do Ministério da Justiça», n° 122, 1966, p.264-270.

que garante a independência dos cônjuges, facilita a iniciativa patrimonial de cada um, simplifica os processos de administração e de alienação, sem perder de vista a solidariedade conjugal — difere para o termo do casamento as decisões que exprimem a participação económica de ambos na comunhão de vida.

Também se seguiu a regra quase unânime da mutabilidade das convenções antenuciais e dos regimes de bens adoptados. De facto, o sistema português já está sozinho na proibição de alterar o regime de bens durante o casamento. Seria difícil deixar de aproveitar esta ocasião para abandonar uma regra cuja justificação está cada vez mais difícil.

Estas mudanças referidas, por sua vez, reclamavam ou faziam esperar outras. E, de facto, o diploma actual omitiu regras especiais e restritivas sobre contratos entre cônjuges, que passam a ser regidos pelas normas gerais; restringiu em princípio a responsabilidade por dívidas comerciais ao cônjuge comerciante; permitiu quase sempre o repúdio livre da herança; permitiu a concessão de procurações genéricas entre cônjuges para a alienação de bens; e autorizou a cobrança imediata de compensações que sejam devidas entre os cônjuges.

A coerência da reforma está neste conjunto de disposições que tornam a vida negocial de cada cônjuge mais simples e independente. A lucidez destas opções está, creio eu, na consideração de que este regime patrimonial vai ser aplicado no seio de uma comunidade naturalmente influenciada pelo regime anglo-saxónico, individualista e desburocratizado, como o que se pratica em Hong Kong. Mas tudo isto sem perder a ideia europeia continental portuguesa da solidariedade conjugal que tem justificado a participação nos valores adquiridos durante o casamento. Aí está, para garantir a solidariedade matrimonial, a partilha segundo o regime da participação nos bens adquiridos.

E, falando de solidariedade no termo do casamento, é justo realçar uma novidade introduzida no texto novo: a previsão de um direito de apanágio em favor dos filhos menores que pretende ir além da tradicional obrigação de alimentos, que pretende reforçar a garantia de satisfação das necessidades básicas das crianças.

No *direito da filiação*, o código de Macau voltou a manter o direito português vigente com a sua poderosa organização e clareza. Também aqui introduziu modificações prudentes na direcção das tendências dominantes.

Por um lado, respeitou o princípio biológico na determinação dos vínculos. Pode dizer-se que o acentuou, como se demonstra pela ausência de prazos de caducidade nas acções de impugnação da paternidade do marido e nas acções de investigação da paternidade; como resulta da abertura da legitimidade activa para impugnar a paternidade do marido que tradicionalmente se restringia um pouco em homenagem à paz matrimonial; e como se vê pela eliminação da relevância do assentimento do filho perflhado durante a maioridade.

Porém, se o sistema é, neste sentido, mais biológico, também se introduziu um obstáculo à impugnação dos vínculos estabelecidos sempre que essa

impugnação contrarie uma longa posse de estado de filho, querida pelos dois agentes da relação. Trata-se afinal, por simbólica que seja, de uma manifestação de um critério sociologista que tempera a verdade biológica. Uma manifestação mais da crescente importância dos factos, dos afectos, das escolhas individuais, contra a tirania das normas ou da própria natureza biológica da pessoa.

Neste domínio do estabelecimento da filiação, também merece aplauso, creio, a inclusão de um pequeno conjunto de normas referentes à *procriação assistida*. É necessário que os códigos civis comecem a regular a matéria, ao menos com os preceitos básicos e pacíficos, como foi o caso do código de Macau.

No grupo de preceitos introduzidos pode dizer-se que só a proibição das inseminações depois da morte do progenitor é mais discutível, hoje em dia. A proibição era pacífica, há uns anos; mas, ultimamente, a opinião internacional é mais favorável, sobretudo quando a morte ocorreu num momento em que já se tinha produzido um embrião do casal.

Um última nota fortemente expressiva do espírito com que se encarou o valor pessoal dos laços familiares está na chamada "ineficácia patrimonial" do estabelecimento da filiação, quando for de supor que o móbil do esforço processual despendido foram pretensões patrimoniais relativamente ao filho ou ao progenitor. Um estabelecimento da filiação tardio e interesseiro não dá vantagens patrimoniais ao agente.

Minhas senhoras e meus senhores:

Não peçam aos legisladores do Direito da Família reformas perfeitas e eficazes.

O mundo inteiro debate-se com incertezas, nesta matéria fluida que trata das relações matrimoniais — há mesmo quem sugira aos legisladores que "saiam do negócio"<sup>11</sup> ... E o Direito, em geral, já não tem a pretensão de outros tempos, em que era encarado como um catecismo laico, capaz de modelar as consciências — hoje é apenas um modelo de orientação no quadro de uma sociedade formada por vários sistemas concorrentes, cada um com as suas regras e coacções.

E se esta não for a Reforma que todos pretendiam — na verdade, não há reforma que colha o aplauso unânime — respeitemos as suas intenções e dêmos-lhe tempo para mostrar as suas fraquezas e provar o que vale.

Afinal, quaisquer que sejam os seus méritos e defeitos, tudo não passará de pequenos pormenores comparados com a grandeza desta terra imensa e com os tons profundos do rio, visto do lado da Taipa, à hora em que o sol vai descansar.

<sup>11</sup> Veja-se Wardle, Lynn D. - Same-Sex Marriage and the Limits of Legal Pluralism, In «Eekelaar, John; Nhlapo, Thandabantu eds. - The Changing Family», Oxford, Hart Publishing, p.381-396, p.387.