

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DA FAMÍLIA

GUILHERME DE OLIVEIRA

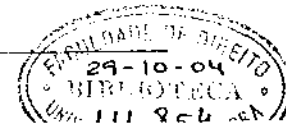
O século dezanove impôs a generalização, em toda a Europa, do modelo da “família nuclear” — o agregado constituído por pai, mãe e filhos — formado a partir de uma nova cultura do casamento e da família. O casamento passou a ser um assunto dos parceiros matrimoniais e não um assunto das respectivas famílias.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

O casamento romântico, porém, não estava menos submetido do que o anterior “casamento aliança” a um conjunto de normas rígidas “universais” acerca das funções da família e dos papéis desempenhados por cada cônjuge. 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 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 ⁽¹⁾. 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 projecto de individualização — uma biografia do marido. Em suma: “dois numa só carne” ⁽²⁾, mas a carne era a do homem ⁽³⁾.

⁽¹⁾ *El normal caos del amor*, Barcelona, El Roure, 1998, p. 253.

⁽²⁾ MATEUS, 19, 5.

⁽³⁾ Lord Denning, *apud* CRETNEY; MASSON — *Principles of Family Law*, 6.^a ed., London, Sweet and Maxwell, p. 123.



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 ⁽⁴⁾.

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 proporcionavam a saída do lar para o mercado e a obtenção de um salário regular; 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 a sua própria biografia, em condições de igualdade com o homem.

Temos, finalmente, dois parceiros conjugais sujeitos ao mesmo processo de renascimento da subjectividade ⁽⁵⁾ característico das sociedades modernas. Cada membro do casal procurará na comunhão de vida a maior realização pessoal e a maior satisfação que puder.

Esta procura é tanto mais intensa quanto se tem produzido, na esfera individual, um movimento narcisista ⁽⁶⁾ de obsessão pela *fitness* do corpo e do espírito, proporcional ao sentimento de insegurança perante a sociedade moderna, de impotência perante os seus riscos, de extrema dificuldade no seio de um quotidiano de confrontação com as consequências da própria modernidade. Cada indivíduo organiza as suas “estratégias de sobrevivência” que se orientam cada vez mais intensamente para o amor, para a intimidade, para a vida a dois, que se tornou a nova esperança, a nova religião ⁽⁷⁾.

Isto quer dizer que cada um exigirá da união — do outro — muito mais do que alguma vez se pretendeu ⁽⁸⁾; e isto passa-se num quadro em que cada um está mais sofregamente do que nunca formulando as suas próprias pretensões ⁽⁹⁾.

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

⁽⁵⁾ U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 74.

⁽⁶⁾ C. Lasch, *apud* A. GIDDENS — *Modernidad e identidad del yo*, Barcelona, Península, 1997, p. 218.

⁽⁷⁾ U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 312-3.

⁽⁸⁾ DONATI — *Manuale di sociologia della famiglia*, 2.ª ed., Roma-Bari, Edit. Laterza, 1999, p. 267.

⁽⁹⁾ A. GIDDENS — *Modernidad...*, p. 219.

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 instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos “deveres conjugais” predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes ⁽¹⁰⁾. A “família auto-poiética” pode receber estímulos do exterior mas todas as informações recebidas serão reelaboradas de acordo com as modalidades internas de comunicação ⁽¹¹⁾. Neste sentido pode dizer-se que o casal e a família acompanham o movimento para a criação de “sistemas internamente referenciais”, característico da sociedade moderna ⁽¹²⁾ e, assim, dentro do casal “a lei é a ausência de lei”, “o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes” ⁽¹³⁾ 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” ⁽¹⁴⁾, 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*” ⁽¹⁵⁾ — trata-se de construir “a menos estável de todas as relações possíveis” ⁽¹⁶⁾, que diariamente tem de julgar e escolher todos os seus passos.

Vou agora apreciar oito temas específicos que podem mostrar as dificuldades que um legislador provavelmente sente quando se propõe escolher um novo direito da família.

⁽¹⁰⁾ THIÉRY, 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.

⁽¹¹⁾ DONATI — *Manuale di sociologia...*, p. 287-8.

⁽¹²⁾ A. GIDDENS — *La transformación de la intimidad*, Madrid, Catadra, 1998, p. 158.

⁽¹³⁾ U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 339 e 346.

⁽¹⁴⁾ A. GIDDENS — *Modernidad...*, p. 237-8.

⁽¹⁵⁾ RUBIN, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 113.

⁽¹⁶⁾ SIMMEL, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 149.

A) LEGITIMAÇÃO EXTERNA

Entendo por legitimação externa a função desempenhada pelo Estado ou pela Igreja quando intervêm no acto do casamento, formalizando e conferindo valor público ao compromisso dos nubentes. Todos os sistemas jurídicos se ocupam do acto do casamento seja para reconhecer as cerimónias realizadas de acordo com as confissões religiosas, seja para garantir ao Estado o exclusivo da celebração civil do matrimónio. Em qualquer caso tem ficado 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 dependem, normalmente, da intervenção legitimadora das instituições que tomam a seu cargo a formalização dos casamentos.

É este o ponto que pode deixar de ser pacífico.

Os movimentos sociais no sentido do individualismo, da privatização do amor e da vida familiar, podem levar 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 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 subrepticamente — a partir da luta em favor da igualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos que os sistemas ocidentais empreenderam nos anos 60 ou 70 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. 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 casamento da *common law* que parece vigorar ainda em certos estados dos EUA.

No momento em que se atinge esta equiparação dos efeitos, parece justificar-se falar em casamento-de-facto e casamento-de-direito, baseando-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 confere 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 retracção 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⁽¹⁷⁾; 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.

No direito brasileiro, não se encontra uma evolução semelhante à dos países europeus. O movimento em direcção à “igualdade dos filhos” não precedeu a evolução no sentido do reconhecimento crescente da união de facto; na verdade, o regime jurídico da “igualdade dos filhos” e o reconhecimento de efeitos plenos à união de facto como entidade familiar foram introduzidos, simultaneamente, pela Constituição da República do Brasil, em 1988 (art. 226, § 3). Parece razoável pensar que a importância social do fenómeno da união de facto antecipou, no Brasil, o reconhecimento jurídico que lhe tem sido conferido pelos países europeus.

B) IGUALDADE DOS CÔNJUGES

O estatuto igualitário dos cônjuges foi introduzido nos sistemas jurídicos europeus durante a segunda metade do séc. XX. Em Portugal, essa responsabilidade coube à Constituição da República de 1976, seguida pela reforma do Código Civil, em 1977.

(17) GLENDON — *The transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1989, paperback edition, 1996, p. 23-8.

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 direcção 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.

Ao mesmo tempo que conquistaram essa 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 do poder paternal. Reunidos estes dois factores, a consequência tem sido o aumento explosivo 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 designa como a *feminização da pobreza* (18). Esta nova realidade, associada à incapacidade que todos os países sentem para conseguir um sistema eficaz de cobrança forçada de alimentos (19), gera uma grande perplexidade que os sistemas jurídicos não conseguirão provavelmente superar.

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 introduziu o princípio da igualdade que hoje é traduzido no código civil pelo art. 1567.º Ao lado destas normas, também se encontra um regime mais aberto à possibilidade de divórcio. É de supor que o Brasil sofra uma evolução semelhante ao *standard* internacional; mas temos de esperar algum tempo até podermos verificar se haverá aumento da pobreza feminina, e também se as suas causas são efectivamente o aumento das famílias monoparentais com base na mãe.

(18) 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.

(19) GLENDON, Mary Ann — *The Transformation...*, p. 197.

C) CONTEÚDO DO CASAMENTO; DEVERES CONJUGAIS

Este é outro dos tópicos onde se tem assistido a uma transformação profunda nos sistemas jurídicos. Se localizarmos o ponto da partida no primeiro código civil europeu, o Código Prussiano de 1794, verificamos que ele 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 (20); e também se esclarecem quais são as razões legítimas que a mulher pode invocar para não ter relações sexuais com o marido (21).

A lenta erosão deste *panjurismo* (22) iluminista tem dado lugar ao pluralismo contemporâneo, que deixa 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 pormenorizar os deveres conjugais, refugiando-se na adopção de cláusulas gerais que os cônjuges — que querem ser os seus próprios legisladores — não de concretizar segundo o seu projecto individualizado. É curioso notar, como exemplo flagrante, que o actual código civil alemão, no mesmo espaço cultural e geográfico do código civil prussiano, limita-se a impor aos cônjuges a obrigação de viver em comum (23), 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. Foi assim que os tribunais alemães já discutiram se era compatível com a comunhão de vida ter uma segunda mulher em casa (24); e se duas pessoas podem estar casadas

(20) 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.

(21) 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.

(22) Na conhecida expressão de Jean Carbonnier.

(23) § 1353 do B.G.B.

(24) GLENDON, Mary Ann — *The Transformation...*, p. 93-4.

embora vivam em casas distintas. A reforma da lei holandesa, em 2001, participa 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 actos 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 novo código civil brasileiro — como aliás o código português, 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.

D) RELAÇÕES PATRIMONIAIS

As relações patrimoniais entre cônjuges são, pode dizer-se, uma novidade; com efeito, os sistemas jurídicos, sobretudo os de influência latina, estavam baseados em certos princípios que não davam o ensejo para movimentos patrimoniais significativos dentro do casamento.

Todas as limitações dos sistemas jurídicos radicavam numa ideia central — “dois numa só carne” — o que poderia autorizar a afirmação de que quaisquer transacções entre cônjuges seriam “negócios consigo mesmo”...

Para além disso, a dependência jurídica da mulher relativamente ao marido não propiciava a existência de dois sujeitos autónomos capazes de desenvolver transacções jurídicas. Por outro lado, o princípio da imutabilidade dos regimes de bens, sobretudo quando era entendido de um modo lato⁽²⁵⁾, 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⁽²⁶⁾ e o contrato de compra e

⁽²⁵⁾ COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *Curso de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, p. 489-90.

⁽²⁶⁾ Art. 1714.º, n.º 2, CCiv, até à vigência do Código das Sociedades Comerciais de 1986 (art. 8.º).

venda⁽²⁷⁾. Acrescente-se, por fim, que mesmo na falta de normas expressas a doutrina teve 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⁽²⁸⁾. A excepção mais patente e típica a este quadro tão restritivo encontrava-se na mera possibilidade de fazer doações entre cônjuges.

Tudo isto tem mudado nas últimas décadas.

A chave para todas as transformações foi o princípio da igualdade dos cônjuges e o reconhecimento progressivo da autonomia negocial da mulher casada. Por sua vez, o princípio da imutabilidade foi sendo abandonado, tanto no sentido estrito que impedia a alteração do regime de bens, como no sentido amplo que rejeitava todas as alterações do estatuto patrimonial dos cônjuges. Posto isto, tornou-se inevitável abrir a possibilidade de contratação entre cônjuges, e a constituição de sociedades. Do mesmo modo, a autonomia individual foi rechaçando a chamada imunidade conjugal e admite-se hoje que um cônjuge seja obrigado a indemnizar o outro. Merece uma referência especial, por causa das suas consequências, a admissão de depósitos bancários⁽²⁹⁾, sobretudo daqueles que qualquer dos cônjuges pode movimentar.

Todos estes instrumentos jurídicos — hoje ao alcance de ambos os cônjuges — provocam alterações consecutivas nas massas patrimoniais que são estaticamente definidas pelos regimes de bens. Qualquer casal negocialmente activo provoca contínuas modificações patrimoniais que, teoricamente, podem ser descritas e contabilizadas, 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 depósitos mistos, de aplicações e reaplicações, de transferências de propriedade entre os cônjuges.

⁽²⁷⁾ Art. 1714.º, n.º 2, CCiv.

⁽²⁸⁾ CERDEIRA, Ângela — *Da responsabilidade dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 17-49.

⁽²⁹⁾ Art. 1680.º CCiv.

O direito brasileiro que, ao contrário do direito português, acaba de admitir a modificação dos regimes de bens durante o casamento, e que se dirige a uma sociedade economicamente mais activa e em expansão, vai ser confrontado com as perplexidades e incapacidades que resultam da pretensão antiga de regular pormenorizadamente as transacções económicas do casal, para controlar a integridade das massas patrimoniais.

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 consentimento para o divórcio.

Vários sistemas jurídicos consagram simultaneamente os três caminhos — como os sistemas português e francês.

Porém, nota-se uma tendência internacional clara no sentido de evitar o caminho tradicional, que supunha a alegação e prova de uma violação culposa dos deveres conjugais. Tem crescido um movimento de opinião que pretende remeter para as regras da responsabilidade civil todas as discussões sobre actos 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⁽³⁰⁾.

O direito português consagra, 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 usam o sistema, através das estatísticas oficiais de 2000: cerca de 10% dos divórcios decretados

⁽³⁰⁾ § 1565 do B.G.B.

seguiram o caminho tradicional, 7% adoptaram a prova da ruptura e 83% basearam-se no mútuo consentimento 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 processo; e há mesmo alguns (poucos) casos de sistemas jurídicos que remeteram para instâncias administrativas o acto que foi sempre um exclusivo dos tribunais⁽³¹⁾.

Esta desformalização do divórcio — que parece desvalorizar o próprio acto do casamento — não se tem operado sem algum desconforto. A expressão mais nítida de uma reacção contrária provém dos estados da Louisiana e do Arcansas, nos EUA, que instituíram o chamado *conventant 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 reacção ainda está longe de obter importância mesmo dentro dos EUA. Os seus detractores 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 restritivo — o que concretiza de uma forma clara a ideia contemporânea do pluralismo, de privatização, de escolha, que chegou, pela primeira vez, ao direito da família.

O novo direito brasileiro consagra ainda os três caminhos para a dissolução do matrimónio; e mostra o propósito de não querer contribuir para facilitar a dissolução no ponto em que exclui o divórcio directo por um mútuo consentimento. Pode dizer-se que, relativamente às legislações europeias, se mostra mais conservador.

⁽³¹⁾ É o caso de Portugal, que remeteu o divórcio por mútuo consentimento para as Conservatórias do Registo Civil. Também acontece isto na Dinamarca.

F) HETEROSSEXUALIDADE

Foi um requisito indiscutível do casamento; foi responsável, inclusive, pelo nascimento da doutrina da inexistência jurídica⁽³²⁾ e aparece consagrado muito claramente no direito português.

Não deve ter sido estranha a esta unanimidade a influência do direito canónico, com o seu conceito de casamento associado às finalidades essenciais, como o *bonum prolis*. A heterossexualidade foi o requisito óbvio da procriação.

Durante as últimas dezenas de anos, desenvolveram-se as técnicas de procriação medicamente assistida que conduzem à gestação sem que tenha havido relação sexual; por outro lado, desenvolveu-se também a contraceção, que generalizou a sexualidade sem a consequência típica da procriação. Estas duas novas realidades contribuíram para separar radicalmente o sexo da procriação; e esta desfuncionalização do sexo permitiu que ele fosse encarado como um fim hedonístico em si. Esta evolução, por seu turno, forçou a aceitação social de qualquer tipo de sexo mesmo que se encontre nos antípodas do sexo procriativo — o sexo homossexual. Conseguida a tolerância destas relações — sobretudo pelo direito penal — estava aberto o caminho para o reconhecimento crescente de efeitos jurídicos às uniões de facto homossexuais. Na verdade, vários sistemas jurídicos europeus atribuem amplos efeitos às uniões de facto, qualquer que seja o seu tipo — heterossexual ou homossexual. E, hoje em dia, começa a discutir-se a diversidade de sexos como pressuposto do casamento. A Holanda, em 2001, eliminou a heterossexualidade como requisito do matrimónio.

Abandonada a finalidade da procriação como objectivo essencial do casamento, apenas os hábitos sociais e de linguagem podem continuar a resistir ao exemplo holandês.

A supressão da heterossexualidade como requisito do casamento, ou mesmo a concessão de efeitos jurídicos plenos à união de facto homossexual, parecem estar longe no novo direito brasileiro. Se é verdade que o sistema jurídico se antecipou no reconhecimento do valor jurídico-familiar da união de facto, pela Constituição de 1988, também é verdade que a noção repetida de “união estável” supõe nitidamente um homem e uma

⁽³²⁾ COELHO, F. M. Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *Curso de Direito da Família*, p. 309-310.

mulher. No entanto, a julgar por outras experiências estrangeiras e tendo em conta a generalização rápida de certos movimentos sociais (globais), não é de admirar que pelo menos a união de facto homossexual ganhe uma eficácia jurídica ampla, dentro de pouco tempo.

G) 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 nas 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 do filho, nesta matéria.

E porventura as consequências vão mais longe. De facto, no momento em que se abandona 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 mais facilmente que se decretem adopções singulares mesmo quando as adopções plurais forem viáveis; admitirão que as mulheres sós recorram à inseminação com esperma de dador; aceitarão, porventura, que o adoptante singular seja homossexual e, para ir mais longe, admitirão a adopção por casais homossexuais. Vê-se, deste modo, como num curto período de tempo algumas certezas assentes na biparentalidade se desmoronaram, deixando os legisladores a braços com as maiores perplexidades.

O legislador brasileiro mostra algum desvio relativamente ao *standard* da biparentalidade no ponto em que pareceu aceitar, já desde 1916, a adoção singular; porém, quanto à adoção plural, exige claramente a diversidade de sexos como resulta do pressuposto do casamento ou da união estável — cujo figurino é heterossexual. A monoparentalidade, pois, parece mais reconhecida no direito brasileiro. E algumas circunstâncias tenderão a banalizar mais a relação monoparental: refiro-me, sobretudo, ao provável aumento do número de divórcios; e também ao possível uso da inseminação *post mortem*, que é admitida na maioria dos projectos de lei sobre procriação medicamente assistida que têm sido apresentados nas instâncias próprias⁽³³⁾.

Resta esperar para ver se o direito brasileiro vai sofrer as pressões típicas, sentidas noutros países, no sentido de excluir a heterossexualidade nas adoções plurais.

H) RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

Também neste tema houve mudanças lentas, mas evidentes. A expressão antiga “poder paternal” — que se mantém no direito português como mera sobrevivência linguística — dizia tudo sobre o estilo antigo das relações entre pais e filhos. A posição do pais assentava num poder ilimitado, num estatuto de autoridade pura e simples; e este papel cabia só ao pai, é claro, com exclusão da mãe — ela própria submetida ao poder marital.

O sinal de que, nos últimos quarenta ou cinquenta anos, as coisas mudaram, está na necessidade que alguns sistemas sentiam de modificar as palavras: pelo menos quando se consagrou a igualdade dos cônjuges e dos progenitores passou a falar-se de poder *parental*; e quando a palavra “poder” se tornou demasiado agressiva para uma sociedade democrática baseada no respeito por direitos de personalidade universais, usou-se de preferência a expressão *autoridade* parental.

Esta evolução 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 impôr a disciplina tradicional e os filhos rebetaram-se con-

⁽³³⁾ OLIVEIRA, Deborah; BORGES Jr., Edson — *Reprodução assistida: até onde podemos chegar?*, São Paulo, Gaia, 2000, p. 63-5 e 97.

tra 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 protecção dos menores assente num exercício da sua própria justificação permanente e num princípio de negociação permanente. Trocou-se o “conflito de gerações” pela ideia de “companheirismo” entre gerações.

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, traduzindo esta incapacidade por uma atitude de pura indiferença⁽³⁴⁾. Um claro sinal contra essa indiferença acaba de chegar do Reino Unido, onde a lei responsabiliza criminalmente os pais⁽³⁵⁾ 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.

No direito brasileiro, nota-se uma evolução semelhante ao *standard* descrito acima. Na verdade, ao consagrar uma protecção dos jovens através da *representação* legal até aos 16 anos e ao prever 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. Resta esperar para ver como se traduzirá, na vida prática, esta boa intenção do sistema jurídico.

Esta passagem por oito temas característicos das transformações do direito da família pretendeu assinalar, em traços largos, algumas tendências que a doutrina vem notando, em vários países. É claro que não se deve

⁽³⁴⁾ BECK, Ulrich — *Democracy without enemies*, Polity Press, 1998, p. 80-1.

⁽³⁵⁾ Education Act 1996, section 444.

supor que estas linhas de evolução se podem observar, com a mesma intensidade, em todos os sistemas jurídicos; nem sequer é rigoroso fazer um retrato de cada país sem ter em consideração as diferenças profundas entre as comunidades urbanas e as regiões rurais.

Uma grande divisão que merecia uma atenção mais cuidada é a que separa os países de influência protestante dos países de influência católica. A comparação entre estes dois grandes grupos havia de mostrar, porventura, um maior pendor individualista e autonomista das relações conjugais e familiares no âmbito da influência protestante, ao passo que os países do sul da Europa haviam de mostrar maiores preocupações de solidariedade familiar e maior dependência do indivíduo em face do grupo.

Um bom exemplo de que não é possível encontrar qualquer modelo nítido, num certo país, sem desvios relevantes, ou sem a coexistência de fenómenos contrários, estará na Itália. De acordo com DONATI, a “*mentalità compromissoria*” (36) italiana dá origem a que se adoptem todos os comportamentos — antigos e modernos — sem necessidade de mudar radicalmente as formas de organização, numa espécie de plasticidade que faz, por exemplo, os nubentes adoptarem, em grande número, o regime de separação de bens em vez da comunhão parcial tão cara ao sistemas do sul, aproximando-os da realidade económica matrimonial dos países do norte da Europa; enquanto a taxa de divórcio continua muito baixa, fazendo um contraste nítido com a maioria dos países europeus. Tomando ainda o exemplo de Itália, é curioso como parecem coexistir, por um lado, a tendência para a igualdade dos cônjuges e dos progenitores, e a tendência para o respeito pela autonomia dos filhos, com, por outro lado, o fenómeno designado pelo “*mammismo italiano*” que se traduz por um carinhoso e incondicional respeito hierárquico pela mãe da família.

O que estou a querer dizer — já se viu — é que as tendências delineadas não passam disso mesmo, de tendências mais ou menos claras e consistentes, consoante os lugares e as suas tradições.

O que parece poder concluir-se com maior segurança é que 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 domí-

(36) *Manuale di sociologia della famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 281.

nios das crises conjugais, com a intenção de garantir a defesa do cônjuge mais fraco e a equidade; e no domínio das relações com os filhos, que pertence à esfera de responsabilidade indeclinável da sociedade organizada.

Poderá dizer-se que o direito da família tende a tornar-se *fragmentário* — abandona o panjurismo iluminista que lhe impunha a regulação de todos os aspectos da vida familiar, para se resumir aos aspectos seleccionados como mais importantes, ou de interesse público, que sobram de uma privatização crescente da vida familiar. 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 protecção dos idosos, ou mal conseguidas como a socialização dos jovens. Tratar-se-á daquilo a que GLENDON já chamou a *ecologia da família* (37) — a promoção do ambiente circundante entendida como a forma porventura mais eficaz de promover o núcleo familiar.

Mas hoje — nesta reunião sobre o novo código civil brasileiro — o que deve sublinhar-se é que não é nada fácil propor uma nova lei no âmbito do direito da família! Numa época em que os modelos consagrados explodiram e todas as ideias pretendem um respeito equivalente por mais antitéticas que sejam; numa época em que o casal “quer ser o seu próprio legislador”, mas simultaneamente se lê numa parede algures na Europa “queremos amar-nos mas não sabemos como!”, como pode exigir-se que o legislador produza uma lei indiscutível e duradoura?



(37) GLENDON, Mary Ann — *The Transformation...*, p. 306-11.

