

***Um direito da família europeu?
(Play it again, and again... Europe!)***

I. O direito da família é profundamente influenciado pelas tradições nacionais e por este motivo resiste sempre aos esforços de unificação.

Esta frase – património comum da doutrina jurídica – é tão conhecida como enigmática. Ela tem a força capaz de matar qualquer reunião como esta; é uma pedra sobre a sepultura da unificação do direito da família.

O que significa aquela afirmação?

Aquilo a que se chama “tradições nacionais” são, por um lado, as tradições ligadas ao casamento e à família, que se enraizaram durante séculos na vida colectiva: são os rituais da cerimónia do casamento, o relevo dos padrinhos, a ideia bíblica de “dois numa só carne”, a sexualidade pré-ordenada à procriação, a indissolubilidade do casamento para os católicos. São ainda as tradições anteriores à própria influência religiosa, como os rituais dos esponsais, os dotes e outros acordos pré-matrimoniais, e a supremacia do marido.

É fácil admitir que cada uma das várias comunidades modelou estas condicionantes básicas como entendeu, de tal modo que os direitos da família exibiram, nos países europeus, uma grande diversidade. Esta diversidade dos direitos nacionais contrastou sempre com a relativa semelhança dos direitos que disciplinaram as trocas e os movimentos do dinheiro. Assim se formou a ideia de que a unificação talvez fosse possível no domínio do direito dos contratos mas não tinha viabilidade no direito da família.

Creio que esta ideia não tem a força que parece... Em primeiro lugar, as chamadas tradições nacionais não impediram, ao longo do tempo, que se criassem *algumas convergências básicas* entre os países europeus. Assim:

a) O *casamento católico*, tal como o conhecemos hoje, foi laboriosamente conseguido durante quinze séculos, no seio da pluralidade dos ritos romanos e germânicos que se praticavam na Europa medieval. A lenta imposição do casamento católico, formalizada no Concílio de Trento, constituiu, no seu tempo, um gesto de unificação do direito matrimonial.

b) O *casamento laico*, por sua vez, instalado pela Reforma protestante, generalizou-se a todos os países europeus durante os últimos séculos, como se resultasse de uma velha tradição comum...

c) O *divórcio*, proscrito em todos os direitos nacionais durante a época da dominação exclusiva do direito canónico, foi reintroduzido também pela Reforma e pela sua ideia contratualista do matrimónio, e hoje é património comum dos sistemas europeus – protestantes e católicos;

d) As *relações patrimoniais* entre os cônjuges também mostram movimentos de convergência. GLENDON¹ já sublinhou as transformações dos sistemas ditos “separatistas” no sentido da solidariedade; e dos sistemas ditos “comunitaristas” no sentido da independência dos cônjuges. A convergência mais nítida é talvez a que se centrou na tutela da casa de morada da família, que exhibe um regime provavelmente idêntico numa grande quantidade de sistemas nacionais. Parece igualmente clara a aproximação de todos os países europeus no sentido do reconhecimento da independência dos cônjuges e da sua capacidade para negociar com terceiros, e entre si, em condições de plena igualdade. Se estas faculdades jurídicas já eram tradicionais nos países do norte da Europa, hoje também se encontram nos países do sul, apesar de o direito português ainda não ter acompanhado os restantes.

e) Também é nítido, por toda a parte, que se desvaneceu a prática dos *esponsais* e do *dote*; e que a contracepção se generalizou, com alterações profundas na *sexualidade*.

Ou seja: sempre se notaram grandes convergências mais antigas ou mais recentes, fruto espontâneo dos movimentos sociais que a Europa empreendeu. As chamadas “tradições nacionais” mudaram, em vez de impedirem a mudança.

Nestas condições, também acredito no “paralelismo espontâneo” de que falou DIETER MARTINY²; também creio que os movimentos no sentido da “privatização” do amor, do casamento e da família, e a tendência constante para

¹ *The transformation of family law*. Chicago/London, The University of Chicago Press, 1989.

² *Is unification of family law feasible or even desirable?* «Towards a european civil code», 2ª ed., The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998, p.163.

a globalização, podem levar a Europa a ter um direito da família unificado, mesmo que as várias instâncias de poder não façam nada para obter esse resultado.

Na antiga colônia portuguesa que hoje é a República de Cabo Verde há um ditado entre as mulheres que afirma “quem tem paciência até pare um filho branco”. Creio que a Europa, se esperar o bastante, também pode dar à luz um direito da família único.

II. Mas não é disso que se trata hoje – de esperar as convergências espontâneas. Do que se trata hoje é de saber se estamos em condições de promover a unificação do direito da família através de iniciativas e de deliberações ordenadas para esse fim.

Creio, em primeiro lugar, que temos os *meios* para o fazer. Alguns bons artigos sobre o assunto têm inventariado os instrumentos técnicos capazes – as normas de conflitos, as convenções, as directivas, a troca de peritos e de estudantes, a criação de um instituto para o efeito, etc.. Nunca houve um conjunto tão variado de meios que possam concorrer no mesmo sentido.

Em segundo lugar, também temos a *oportunidade* para tentar. De facto, vivemos anos de grandes aquisições transnacionais no espaço europeu – a criação da moeda única, o banco central, a abolição de fronteiras, a presidência rotativa. Todas estas aquisições manifestam abertura para a ideia de uma cidadania europeia e são as pedras da construção de uma identidade comum. A criação de áreas de direito uniforme ou de todo um código civil europeu estaria de acordo com o espírito deste tempo, como já sugeri, por outras palavras, Katharina BOELE-WOELKI³.

Em terceiro lugar, creio que temos os *motivos* para tentar. Vão longe os tempos em que os cidadãos nasciam e morriam no mesmo lugar, casavam na sua aldeia e trabalhavam as terras onde habitavam os pardais da sua infância. A mobilidade social e a abolição de fronteiras têm feito aumentar os casamentos bi-nacionais, as pessoas residem em países diferentes ao longo da sua vida, casam-se num lugar e “descasam-se” noutra. Para cada vez mais voltarem a

³ *The road towards a european family law*, vol. 1.1, «Electronic journal of comparative law», November 1997, <http://law.kub.nl/ejcl/11/art11-1.html>, p.8.

unir-se de novo, e de novo, tal como sugere o aumento claro das “famílias recombinadas”. Neste quadro, a velha e cara ideia da certeza do direito — a ambição de conhecer todos os efeitos jurídicos dos nossos actos — está a perder-se, com prejuízos individuais óbvios, sob o olhar conformado dos juristas nacionais. Estas pessoas que se surpreendem e se prejudicam com a diversidade do direito, estes cidadãos anónimos que não aparecem nos jornais, são o grande motivo que pode levar os estados a procurar a unificação do direito da família.

Parece, assim, que temos os meios, a oportunidade, e os motivos para... *cometer* a unificação do direito da família.

É mais duvidoso saber se temos *a vontade* de o fazer.

Esta espécie de “casamento” entre os vários países europeus tem sido contrariado pelo discurso tradicional da família europeia e dos patriarcas nacionais; os motivos que hoje se apresentam a justificar o “casamento” não têm conseguido ser mais convincentes do que a tradição contrária.

Os progressos no âmbito das trocas comerciais, do direito bancário, dos transportes e dos seguros, podem contar com o estímulo de agentes organizados, movidos pela racionalidade técnica do mundo dos negócios, habituados às tarefas de *lobbying* junto dos poderes políticos, e que se movem no quadro de uma União política criada propositadamente para favorecer a produção, as trocas e o consumo de bens e de serviços. Pelo contrário, no domínio do direito da família os agentes são meros cidadãos individuais sem expressão organizada, nem capacidade de intervenção. Dificilmente mostram a conveniência de ter um direito da família unificado, e jamais manifestam aquele sentimento de pressa que caracteriza sempre as aspirações das instituições económicas e dos negócios. Não são capazes de sensibilizar os órgãos de decisão.

Para mais, a Família tem sido “privatizada” pela sociedade, os poderes públicos não sabem como regulá-la... e têm mostrado uma espécie de retraimento que também não auxilia os esforços de concertação europeia.

Nestas condições, a vontade dos países ainda hesita de cada vez que se fala do assunto. Como no velho filme, Rick e Ilsa poderiam ficar juntos, mas as contingências da história obrigam-nos a adiar, por mais uma vez, a decisão que lhes convinha. Ilsa parte com Victor, e Rick continua só, em Casablanca...

III. Talvez chegue o dia em que os sistemas nacionais se resolvam decididamente a tentar a unificação dos seus direitos da família. Nesse momento, como se comportará o parceiro português?

Creio que o direito português teria possibilidades de acompanhar o movimento da unificação. Há várias razões gerais e particulares para pensar assim.

Creio que há razões gerais que se prendem com a capacidade de adaptação dos portugueses. A história dos últimos quinhentos anos mostra-nos uma viagem permanente em busca dos territórios africanos, da Índia, do Brasil ou, mais recentemente, a emigração dos anos sessenta para os países mais ricos. Encontram-se comunidades portuguesas por todo o mundo, e nós temos a impressão de que elas estão adaptadas às diversas culturas de acolhimento. Há uma espécie de frugalidade que permite aos portugueses viver em contextos variados.

Para além disto, pode supor-se também que partilhamos com os italianos o mesmo “espírito de compromisso” de que fala o sociólogo DONATI⁴, que leva os latinos a conviver facilmente com leis aparentemente desadequadas à realidade das suas vidas.

Por outro lado, o nosso país tem vivido um processo de modernização que começou há cerca de vinte e cinco anos. A reintrodução da democracia política assente sobre a Constituição de 1976, e o processo de integração europeia subsequente, têm habituado os cidadãos a conviver com transformações legislativas importantes. Um movimento no sentido da unificação do direito da família europeu poderia constituir parte destas modificações, sem significar uma perturbação considerável.

No que diz respeito às razões particulares, elas prendem-se com o estado do direito da família em Portugal. Pode dizer-se que ele tende a acompanhar a evolução do amor e da família no resto da Europa, apesar das diferenças que se vislumbram em toda a parte.

1. No que toca ao acto do *matrimónio*, Portugal tem praticado um sistema peculiar, baseado na Concordata entre o Estado português e a Santa Sé, de 1940. É um sistema que reconhece apenas o casamento não religioso (celebrado

pelo funcionário do registo civil) e o casamento católico. Assim, nem se trata de um sistema do tipo francês, nem de um sistema confessional como existiu na Grécia, e até em Espanha. Este primeiro aspecto do regime português, no entanto, está em vias de alteração. Na verdade, já foi oficialmente declarado que o governo pretende rever a citada Concordata e publicar legislação nova que acrescente relevância jurídica a matrimónios celebrados por confissões religiosas diferentes da católica.

É certo que fica por resolver a divergência básica entre os regimes francês ou alemão, por um lado, e os regimes de tipo inglês, por outro lado. Mas, pelo menos, e pela nossa parte, estamos prestes a eliminar uma peculiaridade nacional, e vamos enfileirar num dos dois grandes modelos europeus.

2. Quanto ao regime dos *direitos e deveres resultantes do casamento*, pode dizer-se que ele é estritamente igualitário, desde 1976. Quer os chamados direitos e deveres pessoais, resultantes da comunhão de vida, quer os poderes de carácter patrimonial, são iguais para ambos os cônjuges. Ambos têm os mesmos poderes de administração e de disposição do património, sofrem as mesmas restrições para tutela da casa de morada de família, liquidam o património em condições de igualdade, no termo do casamento. Julgo que qualquer projecto de um direito da família europeu havia de conter regras semelhantes às que se praticam no direito português; o nosso país não ofereceria qualquer dificuldade nesta matéria essencial.

3. No que se refere à *propriedade sobre os bens* durante o casamento, o direito português consagra um regime semelhante ao regime espanhol, francês ou italiano. É claro que o nosso direito é diferente dos sistemas de “comunhão diferida” da Escandinávia, ou da “participação nos ganhos” germânica. Mas não me parece que o direito português oferecesse resistência, também neste ponto, a um esforço de unificação. Na verdade, já nos anos cinquenta, quando se pretendia eliminar o velho e tradicional regime da “comunhão geral”, houve quem tivesse mostrado simpatia pelos regimes de base separatista que, no termo do casamento, fizessem partilhar alguns valores adquiridos na constância do casamento. Os trabalhos preparatórios do código civil de 1966 mostram que o regime introduzido na Suécia, em 1920, era apreciado pelos juristas portugueses

⁴ *Manuale di sociologia della famiglia*, 2ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 1999, p.281.

da época, e constituía uma opção possível; nessa altura, porém, foi abandonada por “constituir um salto demasiado brusco” na tradição portuguesa e também por não se acreditar que as mulheres casadas fizessem efectivo uso dos poderes de administração que o sistema lhes conferia (BRAGA DA CRUZ⁵).

Ora, cinquenta anos depois, consolidado o regime da “comunhão de adquiridos” e praticado um sistema de administração igualitário entre os cônjuges, não haveria razão para que o direito português criasse obstáculos a um processo de unificação nesta matéria.

Aliás, como parece justo observar, os sistemas praticados na generalidade dos estados europeus apenas concretizam de formas diferentes uma ideia básica comum: a ideia de que cada cônjuge é dono do que adquiriu, deve ser livre para o administrar, mas a “comunhão de vida” introduz factores que tornam justo partilhar os valores adquiridos durante o casamento. Não me parece que haja diferenças nos pressupostos e nas intenções básicas, na generalidade dos países.

4. No que diz respeito aos *negócios entre cônjuges*, o direito português está bastante envelhecido, e portanto está bastante diferente dos outros direitos europeus. De facto, subsistem algumas regras próprias do tempo em que a riqueza era fundiária, a actividade económica era limitada e as alterações de fortuna eram mais lentas e previsíveis. Na verdade, subsiste no nosso direito o princípio da imutabilidade dos regimes de bens do casamento: os cônjuges não podem alterar o regime de bens em que casaram, não podem adaptar o seu estatuto patrimonial às modificações da realidade em que vivem.

Além disto, perduram normas próprias do casamento entendido como “dois numa só carne” – como a regra que proíbe a realização de contratos onerosos entre cônjuges.

Esta rigidez na disciplina patrimonial do casamento nunca existiu em alguns países europeus, ou foi abandonada nas últimas décadas. Mas também neste aspecto creio que o direito português não havia de oferecer obstáculos à mudança que o aproximasse de um modelo único europeu. Em primeiro lugar, porque já se notou algum progresso nos últimos anos: em 1986, o código das sociedades comerciais veio permitir a constituição de sociedades entre cônjuges,

⁵ *Problemas relativos aos regimes de bens do casamento*. «Boletim do Ministério da Justiça», nº 52, 1956, p.349-350.

em termos bastante liberais. Em segundo lugar, porque as proibições referidas já não se impõem como verdadeiras necessidades do sistema português e não colhem o apoio da doutrina maioritária portuguesa.

Penso que a participação do nosso país numa redacção de um código civil europeu seria um ensejo fácil para retirar da legislação portuguesa preceitos que não quadram bem com o sistema no seu todo.

5. No que respeita ao *divórcio*, podemos dizer que ele é regulado à maneira francesa. São admitidos vários caminhos para atingir a dissolução do casamento: divórcio litigioso com base na culpa, divórcio litigioso com fundamento na ruptura do vínculo, e divórcio por mútuo consentimento.

A relevância da culpa nos direitos de influência francesa torna difícil a convergência com os sistemas da Europa do norte, apenas baseados na ruptura objectiva do vínculo. E, na verdade, não estou certo de que o sistema português estivesse disposto a abdicar deste factor subjectivo no regime do divórcio. O que poderia invocar-se, para manter a relevância da culpa? A tradição seguramente, e uma certa ideia de justiça na cessação do vínculo. Mas não poderia invocar-se a prática social ... porque mais de 80% dos divórcios decretados seguem a via do mútuo consentimento e, portanto, os interessados dispensam voluntariamente a ponderação das culpas na dissolução dos matrimónios.

Deve notar-se, também, que o direito português, apesar de ter as características básicas de um direito latino, já contém algumas soluções próximas de outros países do norte. Assim, o divórcio por mútuo consentimento pode ser pedido num departamento administrativo, como na Dinamarca; e não há qualquer prazo de espera para se requerer esse divórcio por mútuo consentimento, como na Holanda e na Suíça.

6. O regime jurídico dos *alimentos entre ex-cônjuges*, na sequência do divórcio, é outro aspecto em que o nosso direito não tem evoluído. Não está consagrada a chamada “prestação compensatória” ou “prestação de desequilíbrio” que vigora em muitos países. O nosso direito mantém apenas a pensão alimentar, onde também releva a culpa verificada na acção de divórcio. Quanto à medida da pensão alimentar, nunca foi claro se a pensão visa apenas socorrer o ex-cônjuge com os meios de sobrevivência indispensáveis ou se pretende antes mantê-lo no *standard* económico a que ele se habituou durante o

casamento; a maioria dos autores inclina-se para esta última medida e, assim, a nossa pensão alimentar aproxima-se, de certo modo, da chamada “pensão por desequilíbrio” dos outros países europeus.

7. No que toca ao *estatuto dos filhos*, o direito português abandonou, em 1976, todas as antigas discriminações, tanto no momento da constituição do estado de filho como nos seus efeitos. A convergência com os outros direitos europeus é total, neste princípio basilar.

É claro que se verificam algumas diferenças, por exemplo quanto à relevância da chamada “verdade sociológica” ou “verdade afectiva” na constituição do vínculo; de facto, o direito português da filiação assenta na verdade biológica dos vínculos e não admite excepções como as que se encontram, p. ex., na lei francesa, que dá mais relevo à “posse de estado”.

Também se encontra na lei portuguesa um instituto que não é frequente na Europa, sobretudo no sul: trata-se da chamada “averiguação oficiosa” da paternidade e da maternidade, importada há mais de trinta anos dos países escandinavos: segundo este regime, certos funcionários do Estado têm o dever de procurar descobrir quem é o progenitor de uma criança que seja registada sem a paternidade ou a maternidade declaradas.

Diga-se, por último, que o regime das nossas acções de filiação acompanha os regimes dos outros países europeus; e que os nossos tribunais fazem uso abundante e rigoroso das provas científicas da paternidade.

8. Também me parece justo dizer que o regime jurídico do *poder paternal* acompanha os *standards* vigentes no espaço europeu. Os poderes são atribuídos aos dois progenitores, em condições de igualdade; os pais não casados podem declarar que pretendem exercer em conjunto aqueles poderes; e, em caso de divórcio, há condições legais para que o tribunal mantenha os dois progenitores no exercício da autoridade parental.

Por outro lado, valem entre nós as concepções contemporâneas sobre os limites da autoridade parental; e a própria lei acentua o dever de respeitar a autonomia do filho, as suas inclinações e aspirações, de harmonia com o seu desenvolvimento e idade.

9. Por último, faço referência a uma lei recente que pretendeu reconhecer alguns efeitos jurídicos às *uniões de facto*. Embora não tenha sido consagrado

um regime tão amplo como na Escandinávia, nem sequer como na França ou na Bélgica, a verdade é que o nosso legislador mostrou uma abertura considerável para as preocupações actuais sobre este tema; e o Parlamento tem dado mostras de querer ampliar a tutela jurídica das novas formas de família, pois há outros projectos de lei em apreciação. Este assunto, aliás, tem evoluído, em Portugal: de facto, para além das inúmeras equiparações da união de facto ao casamento no âmbito do direito social, o código civil português já tinha introduzido, em 1977, um preceito relativo a alimentos para quem vive em união de facto que, sem ter um relevo prático grande, teve um significado considerável do ponto de vista da política legislativa. Também neste domínio, creio que o direito português não havia de oferecer dificuldades insuperáveis a um processo de unificação.

Conclusões

As conclusões deste meu relatório são as seguintes:

1. A afirmação conhecida de que não é possível unificar o direito da família por causa da diversidade das tradições nacionais que o sustentam não é decisiva, porque as tradições nacionais do espaço europeu também se modificaram com o tempo e convergiram em certos regimes fundamentais como o do casamento, do divórcio, ou do estatuto dos filhos.

2. As circunstâncias actuais em que se deu corpo à ideia da União Europeia impelem os sistemas nacionais para uma convergência também no direito da família. A construção da União Europeia dá aos sistemas nacionais – mais do que nunca – a oportunidade, os meios, e os motivos para tentar a unificação do direito da família.

3. Se a tentativa for posta em marcha, creio que o direito português da família pode acompanhar essa convergência, tanto pelo estado de desenvolvimento em que se encontra como pela capacidade de mudança que tem revelado.

Não tenho a ingenuidade de supor que o processo de unificação pode ser fácil e rápido. Mas também não acredito que se trate de um amor impossível, jamais

concretizável. Em todas as uniões há circunstâncias adversas, contingências, dúvidas entre os parceiros do casamento, que provocam cautelas e demoras.

Talvez não seja à primeira ou à segunda tentativa; talvez os parceiros europeus tenham de despedir-se, uma e outra vez, sob a chuva dos aeroportos tristes, e tenham de afastar-se pela bruma cinzenta da noite, como os amantes de Casablanca.

Mas creio que o dia do encontro há-de chegar.

Entretanto, *play it again, and again... Europe!*

Coimbra, Junho 2000
Guilherme de Oliveira