

A FAMÍLIA COMO GRUPO:  
AS DUAS AGONIAS DO DIREITO DA FAMÍLIA

*Por* Diogo Leite de Campos

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

**Introdução**

Na tradição jurídica europeia que vem, pelo menos, do século XII, a família era fundada necessariamente no casamento para ter relevo jurídico — para ser uma família.

O casamento religioso integrava o casal e a sua descendência na ordem universal determinada por Deus. Ordem que se transmitia ao casamento e à família, seus componentes.

Com o individualismo, deixando de se reconhecer uma ordem pré-suposta que se impusesse ao indivíduo, abriu-se um caminho para uma família não-grupo, integrada por indivíduos livres, vinculados unicamente por um contrato contingente.

A progressiva perda de valores, tanto colectivos como individuais, tem vindo a transformar os vínculos ético-contratuais em meros «papéis», dependentes do desejo de momento. O que acaba por matar o grupo e o próprio indivíduo — que parece começar a dar-se conta que só pode «ressuscitar» através do grupo familiar.

## ***I — A família como grupo ordenado: a integração no cosmos; a ordem interna***

### ***A) A integração no cosmos***

A família (tal como o indivíduo) foi, da Idade Antiga até à Idade Contemporânea, nas representações sociais dominantes, um elemento da ordem da sociedade e do «cosmos», que espelhava e promovia.

Os filósofos gregos tinham uma visão naturalista do ser humano, na qual este e a sua vida não seriam mais do que natureza. Para os gregos, como depois para os romanos, o mundo *é*, constitui uma realidade não problemática. O mundo será fonte de realidade, como estrutura inteligível que lhe confere o carácter de ordem («cosmos»).

Existiria, pois, um contínuo divino que uniria o homem, o Estado e a Natureza nos quadros do «Cosmos», representando o «Estado» uma encarnação da totalidade cósmica.

A família seria uma encarnação da ordem, embora incompleta perante o Estado, enquanto primeiro quadro da humanização do humano.

A «polis» e a família constituiriam, pois, respostas à exigência humana da ordem. Seriam elementos da ordem da natureza, destinadas a assegurar a espécie humana contra o «acidental» e a retirar o homem da barbárie.

A questão da pessoa humana surgiu só com o cristianismo. A partir deste, «abandonou-se» a noção de pessoa-membro-da-sociedade, revestida de um estado social, integrada na ordem da natureza; para a noção de pessoa-humana, sede de valores, não social, através das ideias do amor fraterno e da igualdade perante Deus. Enquanto que, nas «Leis» de Platão, o universo em que o homem fora colocado, na sua perfeita ordem, é eterno modelo para o comportamento humano; para o cristão, o modelo é Cristo-Vivo. Para o homem cristão, os problemas do cosmos tornam-se indiferentes. Manifesta-se na autoconsciência uma poderosa realidade que consome o interesse pelo estudo do «Cosmos». Nesta auto-gnose, revela-se ao homem a essência de si mesmo. «Destruído» o

«Cosmos», o mundo é deixado largamente à apreciação de cada um, valor absoluto, superior ao mundo.

Enquanto em-união-com-Deus, o cristão é um indivíduo-fora-do-mundo.

É certo que o «cosmos» é recuperado pelo cristianismo, mas passa a ser «humanizado» através de Cristo-Vivo. Tem como ideia mestra a ideia de Deus como lei da natureza universal, espiritual e física, situando os homens na sociedade — já não num universo sem sentido que escraviza o homem, mas num universo com sentido, pois ocupa-se do homem no seu caminho da cidade-dos-homens para a Cidade-de-Deus.

Daqui poderia ter saído o homem-não-social, um ser *só* em-relação-com-Deus. Ou um homem profundamente enraizado na *nova* ordem social.

Nos séculos seguintes foi este último modelo o que prevaleceu.

Depois da libertação do homem da velha ordem da natureza, o homem-em-relação-com Deus «reencarnou» no mundo para fazer descer a este os valores cristãos. A própria Igreja deixa de se apresentar como estranha ao reino de César, para conduzir os homens entre as estruturas deste reino — estruturas que tenta amoldar ao mais fácil progresso para o reino de Deus.

Ao tentar adoptar as estruturas do reino de César ao homem-em-relação-com-Deus, a Igreja passou a inserir-se no processo do controlo do poder. Visando construir um reino dos homens à semelhança do reino de Deus. Recuperando a construção cosmogónica da sociedade, embora numa perspectiva divina.

O mundo teria uma ordem iluminada por Deus como causa suprema. As instituições humanas inserir-se-iam nesta ordem, organizadas segundo o modelo cósmico.

É nesta ordem que é reconstruída a família — sobretudo a partir do século XI — como reflexo de ordem divina.

O matrimónio, através da união dos esposos, figura a união de Cristo com a Sua Igreja. A família humana deveria reproduzir a Sagrada Família.

Assim se integra a família humana na ordem divina; que vai determinar, também a *ordem interna* da família.

### B) A ordem interna da família

Na época (séculos XI-XIII) em que os clérigos impõem à sociedade a sua instituição matrimonial, o casamento e a família deixam de ser matérias «privadas»: estão representadas como matérias fulcrais da ordem social, devendo, portanto, ser reguladas pelo Direito «social», por normas imperativas de Direito «público».

A representação da família como um elemento fundamental da ordem da sociedade; e a necessidade de, para ser um elemento da ordem, conter uma ordem em si mesma, para poder prosseguir as suas funções, vitais para os seus membros e para a sociedade, levaram a que, desde logo, o Direito da família fosse Direito «público». Impondo uma certa estrutura hierárquica e funcional da família.

O Direito Canónico (ou o Direito de inspiração canónica) que regulou a família quase até aos nossos dias, não era Direito Civil, no sentido em que não assentava na autonomia privada, no tecido jurídico construído por cidadãos livres e iguais.

O Direito da Família era, a exemplo do que sucedia com o Direito Canónico em geral (e com o Direito Público), inspirado pelas necessidades «imperativas» da ordem social, determinado pela vontade de Deus.

O Direito da Família era integrado basicamente por «cânones», por *regras de bem viver* que se impunham aos membros da família; e sancionadas por severas penalidades, tanto na ordem jurídica, como na ordem social.

A família era fundada (imperativamente) no casamento. Este era a «pedra» sobre que assentava todo o edifício familiar e, através dele, o social. Por ser o matrimónio-sacramento a porta aberta para Deus que permitia que este santificasse a família; afastando esta da desordem das paixões.

O casamento e, através dele, a família, representavam a ordenação das paixões, nomeadamente da concupiscência que leva ao raptó, ao incesto, à violência no interior das famílias e, entre estas, lançando a desordem na sociedade.

Mas, não eram, evidentemente, um casamento, e uma família quaisquer que poderiam obter estes resultados.

Criou-se, assim, um novo casamento e alteraram-se as representações em que se fundava a ordem familiar.

Os clérigos que construíram o casamento e a família dele decorrente, estavam imbuídos do processo escolástico de pensamento e tinham como modelo prático de vida o mosteiro.

Assim, tal como o Cosmos é presidido por Deus e a vida do mosteiro beneditino pelo abade, o marido/pai preside à vida da família.

A dependência filial do homem perante Deus é uma das dimensões da sua liberdade como «homem novo»; do mesmo modo, a mulher e os filhos dependerão do marido/pai, ao qual devem estar sujeitos e que os conduzirá no caminho da salvação.

O marido/pai será, assim, a verdadeira fonte de criação das normas internas de cada família.

O quase-monopólio pela família das funções sociais de base e da satisfação das necessidades vitais dos seus membros, exigiam que a sua estrutura interna fosse fortemente hierarquizada, sob o domínio do pai/marido. A família aparecia como um grupo, dotado de interesses próprios que se impunham aos seus membros, definidos e prosseguidos através do marido/pai: este tinha largos poderes de disposição em relação às pessoas e aos bens que se integravam na «sua» família.

Cabia ao pai a representação da família, nomeadamente no plano político: era ele que assumia as funções públicas que pertenciam àquela família; e, mais tarde, o único que votava para eleger os titulares dos cargos políticos. Destinava as funções que cada um devia exercer nos quadros da economia familiar, podendo impedir a esposa e os filhos menores de trabalhar fora de casa. Destinava o casamento das filhas e dos filhos; dotava as filhas e atribuía antecipadamente a sua parte hereditária aos filhos, etc. Tudo, no âmbito de uma estratégia que visava, ao menos no plano dos princípios, garantir à família os meios da sua sobrevivência económica, quando não do seu engrandecimento; assegurar a sua ordem interna e o seu frutuoso relacionamento com outras famílias. Se um membro da família desempenhasse mal a sua função produtiva, a sobrevivência dos outros podia ficar em risco; um «mau» casa-

mento de uma das filhas, e era o prestígio da família que diminuía e a sobrevivência física da filha que poderia perigar.

O próprio chefe-da-família devia orientar a sua estratégia matrimonial de acordo com as necessidades do conjunto; viúvo, era instado a casar para que a nova mulher assumisse o lugar vazio na economia doméstica e no papel social da família.

No Direito da Família encontravam-se, harmoniosamente, representações religiosas e necessidades do dia-a-dia.

Era bom exemplo disto o carácter perpétuo do casamento. Não só decorria do ensinamento de sempre da Igreja; como era «imposto» pelas necessidades da família.

As funções de garantia da ordem e da satisfação das necessidades fundamentais dos membros de família e da sociedade que o casamento e a família, nele assente, desempenhavam, conduziam naturalmente à perpetuidade do casamento. Na realidade social, a dissolução do casamento só ocorria por morte de um dos cônjuges. E, mesmo aqui, a dependência do sobrevivente perante a sua família levava-o a conduzir a sua futura estratégia matrimonial de acordo com os ditames daquela.

Isto, mesmo nos Estados protestantes em que não havia obstáculos de princípio ao divórcio.

A procriação e a educação dos filhos, tarefas a longo prazo, também não se compadeciam com uniões a curto prazo.

No campo das sucessões, dominava igualmente o modelo familiar.

A tradição romana de sucessão testamentária foi combatida e o papel do testamento reduzido; a favor da transmissão «mortis causa» dos bens aos parentes próximos.

Família-grupo, fundada no matrimónio-sacramento; família ordenada internamente, de modo a fazer *viver bem* os seus membros; ordem que se impunha a todos os seus membros.

## ***II — A perda de funções da família e o individualismo. A primeira agonia do Direito da Família***

A perda de funções da família acentuou-se desde o fim do século XVIII, sendo contemporânea da vitória do individualismo.

e conduzindo a uma nova família, assente num «contrato familiar» (a exemplo do «contrato social»). Abandona-se a pretensão a que as famílias obedeçam ao molde ideal de família; para se aceitar a realidade de cada família. Tal como na Política, se afastava a aspiração a que o Estado caminhasse para a virtude assente na razão natural unida à natureza.

Para, como Rousseau, a vontade não poder mais do que querer, e só poder querer o que ela quiser; e cada vez mais se quer menos a família e o próprio indivíduo.

#### *A) A perda de funções da família*

A família veio perdendo a maioria das suas funções que têm sido transferidas para outras entidades sociais, sobretudo no quadro da divisão social do trabalho.

O culto religioso transitou do âmbito da família para um grupo social especializado, os sacerdotes cristãos. Se este fenómeno é evidente desde os primeiros tempos da Igreja Cristã, e se acentuou a partir do século IX, hoje, com a dessacralização da família, mesmo aquele que se considera religioso não aparece normalmente dotado dos meios para veicular a sua crença entre os membros da família e para constituir com ela uma pequena Igreja.

A função de defesa dos seus membros está hoje quase completamente apagada.

Também as funções de assistência têm vindo a ser assumidas progressivamente pela sociedade e pelo Estado. Os idosos são encaminhados para «lares» que, apesar do nome, não têm sequer a pretensão de reproduzir o ambiente familiar. Na doença, o hospital torna-se recurso cada vez mais frequente. Enquanto que, no desemprego ou na invalidez, há que contar, sobretudo, com a segurança social. Mesmo entre familiares muito próximos (cônjuges, por exemplo) as dificuldades da existência são dificilmente superadas, as crises levando normalmente à rutura do vínculo.

A função de produção para o mercado e para auto-consumo foi a mais afectada pela divisão social do trabalho. Com a revolução industrial, a família cessou de ser a célula básica da organização produtiva. Hoje, sobretudo na cidade, cada família já não é

autosuficiente, dependendo antes de uma economia de trocas. A divisão social do trabalho levou à constituição de unidades produtivas não familiares, enquanto os membros das famílias deixaram de ser trabalhadores associados, para se tornarem assalariados, independentes do resto do agregado familiar.

Pela «primeira» vez na história, o marido/pai saiu de casa para ir trabalhar, para sustentar a família. A satisfação das necessidades essenciais dos membros de família (confeção das refeições e do vestuário, administração doméstica, cuidados com os filhos, etc.) passou a ser assegurada pela mulher/mãe, que ficou em casa. A mulher-no-lar é um fenómeno característico do século XIX e do início do século XX.

O abandono da maior parte das funções sociais da família, sobretudo da produção para o mercado, que a abria ao exterior, é contemporâneo da «interiorização» da família, presidida pela mulher-no-lar.

Pretende-se, hoje, que os laços de afecto terão aumentado e os filhos terão sido objecto de maiores cuidados e carinho, vindo a aumentar a sua importância na rede sentimental da família; o amor conjugal teria assumido «definitivamente» o seu papel de fundamento e de dinamizador do casamento e da família.

Ter-se-á definido um «núcleo» das funções da família, constituindo a sua razão-de-ser, integrado pela função reprodutiva, procriação e sociabilização dos filhos, e pela assistência espiritual, psicológica e material entre os cônjuges.

O século XX gostou de representar destarte a «nova família»; núcleo de pais e filhos, ligados intimamente pelos laços do amor, reservados (quando não fechados) perante o exterior, colaborando em todos os aspectos da vida pessoal e conjunta; família particularmente adequada ao florescimento das principais virtudes do ser humano, sobretudo do amor conjugal, filial e parental, uma vez libertada «ganga» de funções acidentais e desnecessárias.

Para a desagregação deste modelo, que assentava no papel da mulher-no-lar, vector de todos os sentimentos e principal agente das funções remanescentes, contribuiu o acentuar da divisão social do trabalho que levou ao acesso da mulher ao mercado do trabalho.

Até ao século XIX, a transmissão da ciência e da técnica, bem como a adaptação de crianças aos valores sociais, realizava-se, ou



no interior da sua família de origem, ou noutra família para onde eram enviadas. Havia sempre, neste sentido, uma educação familiar. Foi a partir do século XVII que a educação foi progressivamente transferida para as organizações especializadas (por um lado, com o fim de homogeneizar as populações e submetê-las ao Estado; mas também como objectivo de alargar a educação e suprir as dificuldades crescentes das famílias em acompanhar a evolução das ciências e das técnicas).

Hoje, uma parte importante de transmissão da ciência e das técnicas e da adaptação aos valores sociais faz-se em ambiente não-familiar. A ausência dos pais, nos seus postos de trabalho, não só os impede de assegurar tais funções, como leva a um acentuado esbatimento dos vínculos afectivos entre eles e para com os filhos. Daqui que a «novíssima família», abandonando mesmo o último «núcleo» das suas funções, pareça estar desprovida de razão de ser e se desagregue.

Múltiplos «casamentos» sendo meras separações de facto, com todas as suas consequências.

### *B) O individualismo*

Simultaneamente, o individualismo, contratualizando a família, vinha esbater o seu carácter de grupo.

O individualismo contemporâneo encontra as suas raízes no nominalismo do fim da Idade Média, e o seu tronco nas seitas protestantes e no utilitarismo anglo-saxónico.

Para S. Tomás de Aquino, os seres humanos são substâncias primeiras, entidades auto-suficientes.

Porém, os universais, como as categorias e classes de seres (o «Estado», por ex.), são também realmente existentes em si mesmos, e denominados substâncias segundas.

Esta concepção, que espelha a estrutura social tradicional, foi posta em causa, e com ela a estrutura social, pelo nominalismo e pelo individualismo.

Para Occam, deveria estabelecer-se uma distinção nítida entre as coisas («res»), de um lado, e os sinais, palavras e universais, do outro. As coisas só podem ser simples, isoladas; *ser*, supõe ser

único e distinto. A humanidade, a sociedade e o Estado, por ex., não são coisas; não são seres; não há que coisificar as nossas ideias. Occam nega que haja uma «ordem franciscana»; o que há, são monges franciscanos.

Não tem vindo a sociologia contemporânea («nominalista») a descobrir, por detrás da face vazia do Estado, os «burocratas»? Por detrás do Tribunal, os juízes? Por detrás do Juiz, o homem?...

Daqui resultaria que não se podem extrair conclusões normativas dos termos gerais que utilizamos. Não existiria uma lei natural deduzida de uma ordem ideal das coisas; antes uma lei positiva, expressão da vontade do legislador. E o Direito já não seria uma relação justa entre seres sociais, mas o reconhecimento do poder autónomo do indivíduo. Não havendo mais do que o ser (individual) ao qual o Direito está necessariamente vinculado, este ser humano transforma-se no autor do Direito.

O individualismo contemporâneo encontrará o seu tronco nas seitas cristãs reformadas do Renascimento — antepassadas próximas do utilitarismo anglo-saxónico.

Os reformados, nas suas variadas denominações, propugnavam um contacto directo entre o homem e Deus, esbatendo o papel da Igreja como intermediária. O homem parece encontrar-se só perante Deus — logo, perante os outros homens; e salvar-se sózinho.

Posto cada ser humano perante Deus, o que lhe interessa fundamentalmente é a sua própria alma individual, passando para segundo plano a ordem geral — a ordem do cosmos — e os *outros*.

Destroem-se os obstáculos ao caminho solitário de cada homem.

As corporações de artes e ofícios, as organizações tradicionais do trabalho social, esbatem-se ou são abolidas, em benefício do anonimato mecânico do trabalho na fábrica.

O individualismo poderia ter permitido, unicamente, uma redescoberta do ser humano, enquanto ser-em-relação-com-Deus, como pretendiam os protestantes; ou ser-em-relação-com-os-valores, como quiseram filósofos e políticos. E foi o que se teve em vista, numa primeira fase de evolução do Direito da Família. Em que se quis pôr em causa o domínio do marido/pai; a própria ideia de família enquanto grupo dotado de interesses próprios,

superiores aos dos seus membros; etc. Para recriar a família como espaço de humanização e felicidade, assente na vontade dos seus membros, livre mas responsável e eticamente vinculada.

### *C) A primeira agonia do Direito da Família*

Começou aqui a «primeira» agonia do Direito da Família. Agonia tem o sentido etimológico de luta — refere Miguel de Unamuno em «A agonia do Cristianismo».

Escrever, desde há anos, sobre o Direito de Família, é descrever a sua agonia.

Luta (agonia) em dois sentidos.

Primeiro, no sentido de que é natural ao Direito, a todo e qualquer Direito, a sua agonia para deixar de ser o Direito que era, para devir, cada vez mais Direito, sempre em evolução. Em termos de o Direito não ser «naturalmente» as suas fontes (leis, doutrina, jurisprudência, etc.) mas o que vai ser dito (pela doutrina e pela jurisprudência). Daqui a extrema agonia do Direito, em que não há «leis», regras adquiridas, imutáveis, decorrentes da natureza, mas, simplesmente, futuro.

O Direito da Família tem lutado, no decurso dos últimos dois séculos, para ser Direito Civil. Para deixar de ser Direito Canónico, Direito Público, integrado por normas imperativas, disciplinadoras da ordem «social» da família.

Numa longa evolução, ainda hoje largamente inacabada em Portugal, o Direito da Família «civilizou-se»: o amor entre os cônjuges, que já se pretendeu não-social ou anti-social, tem vindo a penetrar no casamento; o contrato de casamento, tal como se faz, assim se desfaz, espelhando, na família, a organização contratualista que se quer ver na sociedade; luta-se para introduzir uma nova ideia: a liberdade, ao lado da responsabilidade.

Mas os vínculos do passado continuam a prender o Direito português.

No Direito das Sucessões, os imperativos de sucessão legítima continuaram a ser dominantes.

No direito patrimonial da família, a comunhão de adquiridos, subordinada a uma ineficaz e paralisante direcção conjunta dos cônjuges, é ainda o regime de bens supletivo.

O contrato de casamento, de muito fácil celebração, é de difícil rescisão. A concepção do divórcio continua a ser a do divórcio-sanção. E a separação de facto como causa de divórcio tem de durar mais seis anos — de reflexão...

Continua, pois, a ser dominante o quadro institucional tradicional, mesmo quando os fundamentos do seu molde são postos em causa.

#### *D) O amor familiar como cimento do grupo*

A desinstitucionalização do casamento e da família representa o trânsito — e deve só representá-lo — para um quadro mais livre e, simultaneamente, mais responsável.

Em que o amor entre os cônjuges, e entre estes e os filhos, passa a encontrar um instrumento flexível e adaptado a cada caso. Casamento e família eticamente fundados na fidelidade (responsabilidade) e no amor.

A (necessária, embora «tendencial») indissolubilidade do casamento está estritamente ligada à fidelidade e ao amor; só se compreende no seio de uma dialéctica fidelidade/indissolubilidade, que é uma emanção da dialéctica do amor/instituição. Fidelidade que não se entende (só) no aspecto sexual, negativo, mas no aspecto positivo: ser fiel é estar presente ao seu cônjuge em todas as circunstâncias (G. Gusdorf). Analisando semanticamente a «fidelidade», verifica-se que, nas suas raízes Bíblicas, a palavra designa a qualidade do homem que é fiel perante o seu próximo, verdadeiro na sua palavra, fiável nas suas acções, e tudo isto de maneira durável (J. Barr). Amar um ser é aceitar envelhecer com ele (A. Camus). Um amor não fiel é uma contradição tão absurda como um círculo quadrado: como um amor que quer, ou aceita, partilhar o seu objecto com outrem é necessariamente não sincero; um amor que, no momento de amar, admite a eventualidade futura da sua própria desafeição, não é mais do que uma impostura (Jan-kélevich). A fidelidade fundamentante do casamento só pode ser

positiva e criadora, triunfando do tempo. Amar é olhar conjuntamente na mesma direcção (Saint-Exupéry), para sempre. A fidelidade funda-se sobre a transcendência da pessoa construindo o próprio sujeito (Gusdorf).

O amor e a instituição são duas realidades complementares, uma espécie de verso e reverso de uma mesma realidade: o casamento. Os que se amam têm uma necessidade vital de dizer o seu amor, de olhar para ele, de o deixar estruturar e institucionalizar. A pessoa humana não é simples interioridade, mas interioridade exteriorizada num corpo e num mundo. O casamento é a exteriorização do amor. Há, assim, entre amor e instituição, um movimento dialéctico que constrói o casamento — grupo de seres livres.

Do mesmo modo, o amor leva à procriação. Os cônjuges dão-se um ao outro, querendo ser um, sem poder cessar de ser dois (Lacroix). Esta vontade de união encarna-se na criança.

Nos filhos, escreve Hegel, a unidade do casamento torna-se uma existência em si mesma, e um objecto enquanto unidade. E Kirkegaard sublinha: todo o verdadeiro amor repousa no facto de que cada um se ama no terceiro.

Valeria a pena a agonia do Direito da Família se esta desembocasse numa ressurreição do casamento e da família fundados na fidelidade, no amor, na procriação.

### ***III — A segunda agonia do Direito da Família: a «morte» do indivíduo e do Direito***

Mas, eis que o legislador e a sociedade se preocupam com a crise da família, propiciadora da anomia social e da desumanização do indivíduo.

Crise contemporânea da «morte» do indivíduo e do Direito. O primeiro, que se descobre «sem qualidades» para cônjuge e pai; o direito, que se descobre sem sentido enquanto ordem.

Citemos aqui Montesquieu (embora este trate da «política»): «Os políticos gregos, que viviam num governo popular, não reconheciam outra força que o pudesse sustentar, senão a da virtude. Os de hoje só nos falam de manufacturas, de comércio, de finanças, de riqueza e, mesmo, de luxo (De l'esprit des lois, III, 3).

### A) A «morte» do indivíduo e do Direito

Parece estar a esquecer-se a redescoberta do indivíduo-em-diálogo-com-os-valores.

Para Proust, as pessoas não se compreendem a si próprias, por que as outras personalidades são diversas e se alternam constantemente. «As personagens perdem a sua forma na infirmitade do devir». «O homem sem qualidades» de Musil tenta identificar-se num mundo onde faltam as referências tradicionais. Onde estão ausentes, sobretudo, as normas de conduta assentes em modelos de comportamento.

A evolução da técnica, levando ao crescimento do mercado capitalista, parece «ter acabado» com a metafísica indo-greco-europeia e levado ao «extremo» a divisão social do trabalho. Esta «exige» um ser humano isolado, sem características, adaptado ao trabalho anónimo e mecânico até ao fundo da sua (ex) alma. Universalizando-se, a técnica «desalojou» usos e costumes tradicionais e a própria religião, reduzindo a própria «invenção» da cultura, na uniformização cultural e linguística espartilhada num linguajar «técnico» de menos de duas mil palavras.

O subjectivismo tem vindo a auto-legitimar-se.

O liberalismo fundava-se na convicção de que a justiça nas relações ente os privados decorria do livre jogo das vontades individuais, até atingirem um equilíbrio. Mas pressupunha uma tensão no sentido da justiça, a consciência da possibilidade, se não de se atingir a Justiça, pelo menos de uma progressiva aproximação desta. E, através dela, de uma ordem (justa).

Esta ordem justa só seria possível se os cidadãos também fossem justos, animados pela ética, solidários e respeitosos dos outros. Homens com qualidades, em suma.

Ora, o subjectivismo pós-moderno funda-se, antes de mais, no afastamento da referência à Justiça, conceito vazio, e na libertação anónima do ser humano. Daqui resulta que a única maneira de «resolver os problemas» (já não de atingir uma «ordem») é superar as limitações da consciência ética e racional e dar a liberdade à espontaneidade do desejo. Qual a razão para limitar a liberdade dos cidadãos naturalmente iguais? Só a

que deriva de necessidade de destruir os limites a essa liberdade.

Porém, a tensão entre a afirmação da liberdade-espontaneidade-desejo e a necessidade de a realizar concretamente — quando surge um obstáculo concreto — leva a pôr em causa o Direito enquanto norma, em benefício do Direito enquanto decisão — decisão concreta destinada a superar os obstáculos concretos.

O Direito, de norma geral e abstracta, prévia, transforma-se na regra do caso concreto, contemporânea dos seus efeitos. Não só por acção do legislador que se demite, cada vez mais, de recortar, em todos os seus aspectos, a situação prévia suposta; mas, sobretudo, pelo facto (autónimo) dos tribunais, para quem a lei é, cada vez mais, uma simples justificação «ex-post» da decisão.

Afastou-se, dest' arte, a própria ideia de Direito (como promotor necessário da Justiça); o Direito era representado como uma exigência das naturais desigualdades entre os seres humanos, a serem reequilibradas através de normas; hoje, perante a «natural» igualdade de todos os seres humanos, o «Direito» (já não enquanto norma, mas como decisão) intervém só quando surge um (surpreendente?) obstáculo a essa igualdade. Aceitando-se os resultados (mesmo que, há pouco, fossem considerados injustos) do livre funcionamento das regras do jogo (em que não há regras).

A transformação contemporânea da família decorreu da introdução no seu seio dos direitos da pessoa, nomeadamente da igualdade e de liberdade. Mas tais direitos estão hoje inquinados de germes que os põem em causa; a eles, em geral, e ao ambiente (familiar) em que foram introduzidos.

A concepção «de hoje» dos direitos da personalidade decorre do seu enraizamento na «natureza»: trata-se de direitos «naturais», fundamentais, superiores a todos os outros direitos — mesmo ao «Direito» estadual que constituirá, perante eles, Direito de segunda ordem, subordinado.

Ao «descobrir» o estado da natureza e ao «descobrir-se» indivíduo, o ser humano descobriu-se ante-mais ao cidadão,

anterior ao cristão, com a fonte suficiente das suas acções e do seu direito, como um ser auto-suficiente.

É certo que o indivíduo não pode viver completamente sem lei. Mas a lei só serve para defender a sua natureza, anterior à lei, não a podendo modificar ou aperfeiçoar. O homem enquanto tal é o criador arbitrário das suas leis e dos seus conceitos morais (Locke).

Assentes no estado de natureza, «moldados» pela espontaneidade e pelo voluntarismo, os direitos da personalidade acabam por rejeitar... os direitos da personalidade. Os novos direitos da personalidade vão, antes de mais, contra a ideia de consenso dos interessados; como estabelecer acordos, cedências, sobre as matérias vitais para cada um?

Ao contrário das concepções tradicionais, em que um reconhecia aos outros, e aos seus direitos, igual dignidade do que a si próprio e aos seus direitos (daí, o consenso como base das relações), cada pessoa e cada armação de direitos parece ao seu titular como naturalmente superior a todos os outros.

Ninguém (nem o Estado, nem os outros) pode limitar os direitos naturais do cidadão. A liberdade absoluta prevalece sobre a igualdade.

O homem (necessariamente indivíduo) é pensado como aquele-que-tem-direitos, sendo estes definidos como direitos-do-homem. O homem volta assim a ver-se («reflectido») como aquele-que-tem-direitos. Assim, toda a humanidade do homem é representada pelos seus direitos e contida neles. Mas estes direitos só existem porque são direitos do homem. Tautologia que deixa sem suporte o homem e os seus direitos. Criados arbitrariamente pelo homem/indivíduo que neles regista todos os seus desejos, por muito contraditórios, inconstantes e patológicos: direito à vida e à morte; à procriação e ao aborto; a viver no seu país, e a viajar; direito ao bom nome e à reputação, mas a viver de modo «indigno»; etc. O homem esgota-se em si mesmo, na actividade mais desordenada, ou na sua passividade, ambas «naturais». Os direitos do homem têm como único princípio a acção de um homem que não tem fins ou limites.

Daí, que o «estado da natureza» tenda a transformar-se em «estado de guerra», no qual os direitos fundados na liberdade



absoluta não vêem a razão para não violar os direitos dos outros. Os conceitos (éticos) nada mais serão do que construções arbitrárias determinadas pela comodidade do sujeito (Locke).

O espaço (que era) do Direito transforma-se, assim, no espaço da absoluta possibilidade ao serviço do subjectivismo absoluto. O que acaba por consumir a própria possibilidade de normas jurídicas positivas como vínculos prévios e imperativos entre os cidadãos. Fazendo-se coincidir Direito e prática, com a quase total consumpção do Direito por esta última.

Fica em cena só o carácter absoluto da vontade de cada sujeito que se pretende, «naturalmente», «senhor» de todos os outros.

Daqui deriva a negação do limite interno da eticidade da liberdade, e, conseqüentemente, dos direitos enquanto instrumentos de colaboração com os outros.

Qual a legitimidade para impôr «valores» éticos superiores ao «valor» de pessoa humana, naturalmente livre?... ao pragmatismo do desejo...

Nega-se, assim, duplamente, o outro como limite. Transformando-o em mero suporte da realização da personalidade individual — o ser-objecto, de Marcuse.

Protegida por esta «liberdade», pretende criar-se uma nova cultura, muito diferente do pretendido estado de natureza, com valores e vínculos opostos aos tradicionais. E opostos, na realidade, à própria pessoa e aos seus direitos e, portanto, à natureza.

Aos direitos de todos e de cada um é substituída, sob a aparência da desregulamentação própria do estado da natureza, uma nova ordem que só reconhece os direitos de alguns.

É o que sucede com o chamado «direito» da mãe ao aborto. A vida do filho (ainda não nascido) passa a depender da vontade de outrem que afirma a sua liberdade (de mais forte) à custa da pessoa do mais fraco. Mas, para além deste aspecto, afirma-se como um direito a uma prestação do Estado: para além de ser um direito absoluto, não limitado (nem pela vida do filho, nem pela vontade do pai) quere-se um direito «assistido»: a mãe pretende que o estado proceda ao aborto gratuitamente.

Sem esta assistência, o simples poder de agir (à sua custa) equivaleria, na prática, à falta de direito.

Protegida por esta «liberdade», pretende criar-se uma nova cultura, muito diferente do pretendido estado de natureza, com valores e vínculos opostos aos tradicionais. E opostos, na realidade, à própria pessoa e aos seus direitos; e, portanto, à natureza.

O ser humano na família surge, pois, em guerra com os outros, rejeitando a autoridade, a solidariedade, a convivência, a cedência. Em benefício da sua total liberdade, quadro ilimitado do desejo fugaz. Qual o sentido da família?... A introdução na família dos direitos da pessoa, entendidos no sentido individualista e antagonista que descrevi, determinou, a prazo a «agonia» da família; em que cada um só «quer» o seu desejo contingente; em que da relação direito/dever que é o núcleo do vínculo familiar, só resta o direito predatório, circunstancial.

### *B) A segunda agonia do Direito da Família*

Perante este «homem sem qualidades», o Direito da Família — tal como o Direito em geral — agoniza pela segunda vez. Mas, desta vez, para morrer. Desaparecendo os últimos vestígios da família como grupo de pessoas.

A primeira vítima é o direito matrimonial. Nele são inscritas, sob o nome de casamento, ligações de homossexuais masculinos e femininos. O amor, o simples e maravilhoso amor humano, que se quer perpétuo, exclusivo e heterossexual — onde está o amor sem a procriação? — desaparece do casamento e do Direito. Substituído pelo desejo, circunstancial, predatório e, portanto, estéril; que não se limita a fazer e a desfazer os vínculos, mas quer «regular» o *estado* (de cônjuge, de filho, de pai, etc.) à medida das suas contingências. Reservando a estabilidade e a fidelidade.

O regime de bens? Esse deixa de interessar ao Direito, para ser remetido para a liberdade negocial que rege as relações entre duas pessoas desvinculadas.

Os filhos?... pertencem aos pais ou, mais precisamente, à mãe. Esta pode decidir, sózinha, da sua vida, enquanto estão no seu

ventre. Tal como decide livremente da paternidade e da maternidade: as mais graves doenças transmissíveis da futura mãe ou do futuro pai, as mais graves anomalias psíquicas, não impedem o «fabrico» de crianças — com menos amor e cuidado do que se escolhe a reprodutora para o cão de raça.

São os pais (sobretudo a mãe) que vão escolher se o nascituro vai conhecer ambos os seus progenitores, ou só um; se vai viver com ambos, ou só com um. Mulheres de cinquenta anos vão procriar artificialmente filhos «desprovidos» de mãe — só com o horizonte da curta vida da «avó».

O circuito de parentes restringe-se, até quase se desvanecer. E consegue-se, destruindo fisicamente o grupo familiar, que o ser humano nasça, viva e morra sozinho.

Em Portugal, esta evolução, felizmente, ainda só está esboçada nos costumes.

## Conclusão

Tenho defendido, no meu ensino, a primeira agonia do Direito da Família: a transformação da família e do seu Direito, de meros quadros da ordem social, em (também) instrumentos do amor humano. Sublinhando que o casamento e a família nele fundada são instrumentos necessários da humanização do ser humano.

Família como grupo; mas grupo auto-construído, flexível, feito à medida dos seus membros; todos-em-diálogo-com-o-amor (os valores); grupo eticamente fundado na comunhão de vida entre os cônjuges (espelhada no Cântico dos Cânticos — 1, 8-17; 1, 2-4; 1, 5-7; 2, 1-7; 2, 8-14; 2, 16-17; 3, 1-11; 4, 1-7; 5, 2-4; 16, 1-3; 8, 6-7).

A alternativa para este ser humano, em diálogo com os outros na família, é a anomia; substituída, a mais ou menos curto prazo, por formas opressivas, a nível familiar e social, muito mais pesadas do que as antigas e sem os méritos destas.

**Bibliografia**

- DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 1990.
- Id., *Lições de Direitos da Personalidade*, Coimbra, 1991.
- MASSIMO PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984.
- CARLO MENGHI, *L'interpretazione dell'anomia, Intenzionalità e Diritto*, Milano, 1982.
- PIERFRANCO VENTURA, *Normalità e normatività*, Milano, 1982.
- GILES DELEUZE e FELIX GUATTARI, *Capitalisme et schizophrénie, L'anti-Oedipe*, Paris, 1972/3.