



# **FAMÍLIA E MENORES**

**Guilherme de Oliveira**

**Lisboa, 18, 19 e 20 de Dezembro de 2003**

**Reitoria e Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa**

## CONGRESSO DA JUSTIÇA

### Família e menores

#### 2.<sup>a</sup> parte:

(Relator: Guilherme de Oliveira)

**1.** Depois de apresentada a síntese das comunicações desta tarde, e abusando da liberdade que é dada aos relatores, acrescentarei agora algumas notas pessoais acerca do estado actual do direito da família, referindo-me, em particular, a alguns domínios nucleares.

Depois da agitação intelectual dos meados do século vinte em torno dos grandes temas que ocupavam os juristas da época — a igualdade dos cônjuges e a não discriminação dos filhos “legítimos” e “ilegítimos” — os anos sessenta e setenta trouxeram uma grande paz ao Direito da Família. Em Portugal, a Constituição da República de 1976 e a Reforma do Código Civil estabeleceram os grandes princípios da igualdade e, com isto, o interesse pela área diminuiu muito. Os juristas e os estudantes voltaram-se para os novos temas — a integração europeia, as novas formas de domínio, os contratos com nomes ingleses, as artes de fugir ao Fisco, em suma, o “direito do dinheiro” — e as zonas não patrimoniais pareciam ter chegado ao fim da sua evolução.

Porém, talvez por aquilo a que muitos chamarão “más razões”, o interesse pelo “direito das pessoas e da família” (à maneira dos franceses), ressurgiu com grande intensidade.

**2. A legitimação externa** — função desempenhada pelo Estado ou pela Igreja quando intervêm no acto do casamento, formalizando e

conferindo valor público ao compromisso dos nubentes — parece ter perdido valor. De facto, 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. 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.

Mas é esta, realmente, a evolução que foi pretendida pelos movimentos que recusavam os constrangimentos legais, a “oficialização” das uniões? Era isto que estava na mente dos casais dos anos cinquenta que se reclamavam da “união livre”? É esta a dúvida que os legisladores têm de resolver, porventura ao ponto de acabarem por reconhecer todas as formas de convivência — o casamento-de-direito, o casamento-de-facto e ainda a verdadeira união-de-facto, à margem de todo o direito, ao menos quando não estiverem em causa a protecção dos mais fracos, como os filhos.

Por outro lado, a **heterossexualidade** foi um requisito indiscutível do casamento. Porém, durante as últimas dezenas de anos, o desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida e a contracepção separaram 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. E, hoje em dia, começa a discutir-se a diversidade de sexos como requisito do próprio casamento. A

Holanda, em 2001, eliminou a heterossexualidade como pressuposto do matrimónio.

Abandonada a finalidade da procriação como objectivo essencial do casamento, até quando os legisladores poderão continuar a resistir ao exemplo holandês?

**3.** A evolução das condições económicas e sociais, designadamente durante as “grandes guerras”, no seguimento de uma luta antiga dos movimentos de emancipação, levaram a uma progressiva **independências das mulheres** e à consagração do princípio constitucional da igualdade. 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*.

Esta nova realidade, associada à incapacidade que todos os países sentem para conseguir um sistema eficaz de cobrança forçada de alimentos, gera uma grande perplexidade que os sistemas jurídicos não conseguirão provavelmente superar. Mas é tarefa dos legisladores, e tem de ser tarefa do direito da família, contribuir para evitar a degradação das condições de vida das mulheres com filhos pequenos.

**4.** Por estranho que pareça, até o **conteúdo do casamento** — o conjunto dos chamados “deveres conjugais” — levanta hoje interrogações

que seriam verdadeiramente insuspeitadas há duzentos anos, quando o primeiro código civil — o código prussiano de 1794 — regulou as relações matrimoniais. Este diploma, à boa maneira iluminista, tinha a intenção de governar integralmente as relações humanas segundo um modelo racional e universal. É assim que encontramos os deveres do homem e os deveres da mulher estabelecidos pormenorizadamente.

A lenta erosão deste *panjurismo*<sup>1</sup> 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 — hão-se 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, abstendo-se de esclarecer o que significa esta imposição. 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.

**5.** Em matéria de **efeitos patrimoniais**, as dificuldades para os legisladores não são menores. Já vão longe os tempos em que, depois de resolvido qual seria o regime de bens supletivo, a regulação da matéria ficava simplificada por um sistema de decisor único, que assentava no poder

---

<sup>1</sup> Na conhecida expressão de Jean Carbonnier.

marital. A ideia central — “dois numa só carne”— que inspirava o desenho das relações matrimoniais, e a dependência jurídica da mulher relativamente ao marido, excluía quaisquer transacções entre cônjuges, que não poderiam passar de “negócios consigo mesmo”. Por outro lado, o princípio da imutabilidade dos regimes de bens, entendido de um modo lato, 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 e o contrato de compra e venda. 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. Merece uma referência especial, por causa das suas consequências, a admissão de depósitos bancários, 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. 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.

Pode pensar-se que o regime de bens supletivo — a comunhão de adquiridos — foi uma boa opção, em 1966, para o abandono da comunhão geral. Porém, hoje, a existência de um património comum gera muitas dificuldades — como a administração conjunta, a transacção de bens comuns entre os cônjuges, as compensações entre patrimónios, e a necessidade de partilha — e seria oportuno prestar atenção a outros regimes de bens utilizados largamente em sociedades mais desenvolvidas do que a nossa, com vista a uma eventual mudança.

**6.** O regime do **divórcio** é muito sofisticado, entre nós. 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. A evolução social e jurídica em Portugal e nos outros países europeus, porém, sugere a reponderação de dois tópicos fundamentais, pelo menos.

Em primeiro lugar, 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. Será oportuno empreender, no nosso país, este caminho? E o baixo número de casais que segue este caminho influenciaria a decisão em que sentido?

Em segundo lugar, parece haver razão para discutir se o regime introduzido pela Reforma de 1977, exigindo os acordos complementares do divórcio por mútuo consentimento, está a cumprir os seus objectivos. A intenção do regime foi a de admitir uma saída pacífica do casamento mas

sem deixar de exigir dos cônjuges a resolução dos problemas principais que a dissolução do casamento suscita — o destino da casa de morada, os alimentos entre ex-cônjuges e o destino dos filhos. A ideia foi adoptada por vários sistemas jurídicos, e alguns acrescentaram a necessidade de fazer uma partilha dos bens comuns, com o que esperariam obter a pacificação total. Mas, se é verdade que mais de 90% dos divórcios, em Portugal, seguem a via do mútuo consentimento, não é de estranhar que os três tópicos que foram necessariamente objecto de acordo surjam tão frequentemente como aspectos litigiosos das relações entre ex-cônjuges? Há que pense que os acordos complementares são frequentemente celebrados com reserva mental, sem um verdadeiro compromisso de respeito futuro; há quem pense que o assentimento de um cônjuge é frequentemente ditado apenas pela intenção de facilitar a obtenção do divórcio, o que dá lugar a elevadas taxas de incumprimento. Nestas condições, que carecem, aliás, de melhor investigação, é de pensar se não seria preferível aceitar o acordo de divórcio puro e simples, deixando a solução dos outros temas aos ex-cônjuges, numa altura em que estarão livres da necessidade de conquistar a dissolução do casamento; por outro lado, em caso de dissentimento real, seria possível recorrer à intervenção de uma autoridade que concertasse ou dirimisse o conflito — coisa que o regime actual não faculta, durante o divórcio por mútuo consentimento.

**7.** A evolução social recente deve levar-nos a apreciar, também, as consequências da **monoparentalidade**. 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 quantidade banalizou o fenómeno, ao ponto de se entender que o interesse do filho não fica

prejudicado com a ausência de um progenitor. Foi assim que se passou a admitir mais facilmente a inseminação *post mortem*. 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 espermatozoides de dador; aceitarão melhor 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 que assentavam na biparentalidade se desmoronaram, deixando os legisladores a braços com as maiores perplexidades.

Se acrescentarmos ao fenómeno da monoparentalidade a outra realidade que é o aumento rápido da **recombinação familiar**, deparamos com a necessidade de definir um estatuto jurídico para os padrastos e as madrastas cuja raridade, antigamente, não alimentava mais do que as histórias da Gata Borralheira.

**8.** As regras do **poder paternal** nunca concitaram a atenção dos juristas portugueses, com honrosas excepções. Falando em termos gerais, as crianças não concitaram as nossas atenções, durante muitos anos. As tais "más razões", que nos chegaram há anos da Bélgica, despertaram finalmente o interesse, como já se percebeu pelas comunicações apresentadas nesta mesa. Quanto ao poder paternal, as coisas também têm mudado, nos últimos quarenta ou cinquenta anos. Alguns sistemas sentiram necessidade 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, e mais tarde adoptou-se 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.

Resta saber se esta densidade diferente que o poder paternal assume não deve traduzir-se, tecnicamente, em instrumentos diversos de protecção, à semelhança do que fez, por exemplo, o novo código brasileiro. Por outro lado, é de esperar que se intensifique o movimento no sentido de estabelecer “maioridades especiais”, como fez o código de 1966 relativamente à maioria religiosa, aos dezasseis anos; será oportuno, talvez, prever claramente uma idade de autonomia para as intervenções médico-cirúrgicas, evitando as dúvidas que as construções doutrinárias não conseguem desvanecer. Por último, o 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<sup>2</sup>. Um claro sinal contra essa indiferença acaba de chegar do Reino Unido, onde a lei<sup>3</sup> responsabiliza criminalmente os pais que omitam os esforços convenientes para determinar aspectos fundamentais da vida dos filhos. Assim, uma senhora foi presa 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.

Até onde pode e deve ir esta responsabilização?

---

<sup>2</sup> BECK, Ulrich – *Democracy without enemies*, Polity Press, 1998, p. 80-1.

<sup>3</sup> Education Act 1996, section 444.

9. Creio, em suma, que nunca foi tão difícil criar uma Justiça para a Família. Os modelos antigos e estabilizados vão sofrendo a contestação generalizada, e o pluralismo cultural obriga os Estados a um certo retraimento na intervenção nos domínios tradicionalmente regulados pelos códigos civis. O maior problema é o de escolher um modelo que sirva a todos; e a pequena solução é a de adiar ou evitar escolhas, ou a de guardar a maior neutralidade possível. A intervenção do direito da família tenderá a centrar-se nos domínios das crises conjugais, com a intenção de garantir a defesa do cônjuge mais fraco e a equidade; e 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 preconceito 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. Tendência que vai andar a par com o aparente paradoxo de uma intervenção progressiva 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*<sup>4</sup> — a promoção do ambiente circundante, entendida como a forma porventura mais eficaz de promover o núcleo familiar.

19 de Dezembro de 2003

---

<sup>4</sup> GLENDON, Mary Ann – *The Transformation of Family Law*, Chicago /London, The University of Chicago Press, 1989, paperback edition, 1996, p. 306-11.