

O direito da família: relações de associação*

Diogo Leite de Campos

1. O direito da família centrado no marido/pai: tradição medieval

Os clérigos cristãos que consolidaram o matrimónio e a família nos séculos XII e XIII estavam imbuídos do processo escolástico do pensamento e tinham como modelo prático de vida o mosteiro.

O matrimónio foi inserido estrutural e dinamicamente na ordem do cosmos iluminada por Deus, como causa suprema. Embora estruturado por uma desigualdade entre os cônjuges e uma supremacia do marido/pai que nada no Novo Testamento impunha. Pelo contrário¹.

A autoridade do marido é, porém, temperada por uma lei. Deus pelo amor; o marido pela lei de Deus e pelo Direito canónico. Haverá, pois, sempre duas fontes de autoridade: um texto escrito e uma pessoa viva. Também a esposa escolhe o esposo que a há-de levar pelo caminho da salvação.

O pai transforma-se, assim, numa verdadeira fonte de criação de Direito, de normas da organização interna da família que se impõem aos seus dependentes, mulher, filhos e outros. A vontade do pai é “lei” a cada momento, da qual na prática abusava, esquecendo a lei de Deus.

Esta ordem familiar, que se dizia assente na própria essência do cristianismo, parecia imutável e era indiscutida. O grupo familiar era representado como um grupo de afecto e de necessidade que sancionava toda a autoridade (e toda a opressão...).

Os textos destes séculos descrevem-nos, seja qual for o país, famílias rigidamente organizadas, com todos os seus membros dependentes da autoridade soberana e ilimitada do pai; a família-instituição posta ao serviço dos fins sociais definidos pelo pai/marido.

Assim, nunca se ultrapassou a visão da família-instituição ao serviço da sociedade: o seu fim era a procriação (função eminentemente social) e da aju-

* Em Homenagem ao Professor Doutor Orlando Gomes.

1 Vd. a veemente negação do estatuto de inferioridade da mulher, em Santo Ambrósio, em Diogo Leite de Campos, *O novo princípio da dignidade da mulher segundo Sto. Ambrósio*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Coimbra, Almedina, 2002, II vol.

da mútua; mesmo quando se acentuava (sem outras consequências) o carácter contratual do casamento. Foi só através da afirmação do interesse dos cônjuges como causa do matrimónio e fundamento do respectivo estado, assente em direitos da personalidade que, no século XX, a família foi repensada.

A visão que o Direito e a sociedade tinham da família partia da “realidade” desta, como centro autónomo de interesses que se impunham a cada um dos seus membros, em termos de realismo radical. Visão que veio até ao século XX.

2. O direito da família

Não se diga que o Direito que regulava esta família era Direito civil, um Direito visando regular as relações livres entre iguais, ou um Direito desprovido de sanções.

O Direito da Família nesta época era inspirado pela ordenação social, animada pelo despotismo, estruturado por normas imperativas, fundadas na vontade do príncipe, sancionadas pela sua vontade.

Também na família, ao lado de regras éticas fundamentais, inspiradas do Direito canónico ou consagradas directamente neste, a ordem era sustentada e mantida pela vontade do pai – fonte de Direito – e garantida pelas sanções aplicadas, quantas vezes com severidade excessiva, pelo chefe ou pela sociedade.

Mulher e filhos estavam na dependência do pai que lhes podia aplicar um larguíssimo número de sanções, que iam desde a privação de recursos materiais até às mais severas punições físicas e morais.

Foi este o “mundo que perdemos”...

3. A destruição da tradição e da dominação. A recuperação da família pelo Direito Civil.

Foi contra a família-instituição religiosa, e não desde logo contra a família-instituição social, que surgiram ataques por parte dos protestantes e regalistas, primeiro, e depois por parte dos movimentos laicos do século XVIII e XIX. Atacaram precisamente o sinal da sua religiosidade, o controlo jurisdicional da Igreja, e o sinal da sua sacramentalidade, a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Os protestantes, considerando que o casamento não era um sacramento, abriram o caminho para o divórcio. Contudo, as funções da família e as representações sociais eram contrárias ao divórcio durante os séculos XVI, XVII e XVIII. Só com o século XIX e, mais claramente, com o século XX, o divórcio passou a ser socialmente aceite, mesmo nos países protestantes.

Os movimentos regalistas e os movimentos laicos do século XIX tentaram, através de diversos golpes de força, mais ou menos bem sucedidos, fazer com que o Estado se apropriasse do monopólio da jurisdição sobre o casamento e a família, que tinha passado para a jurisdição da Igreja no século XII. Esta apropriação levava ao desaparecimento do carácter religioso da família e da indissolubilidade do vínculo, com a introdução do divórcio.

Sendo a família uma unidade estrutural e dinâmica indecomponível, a destruição da sua justificação sacramental, do seu carácter religioso, ía pôr em causa todo o seu equilíbrio e as suas funções. A família laicizada tinha de ser necessariamente diferente da família religiosa.

O período que vai até meados do século XIX, embora muito variável de país para país, é o da “questão do casamento civil”. Considerava-se que o casamento era matéria laica, dizendo só respeito à sociedade e ao Estado devendo, portanto, ser regulado pelas normas do Direito estadual. O casamento tinha de ser o casamento civil. Como consequência, passava a admitir-se o divórcio.

Contudo, nesta primeira fase não se pôs em causa, pelo menos a nível do Direito, a estrutura hierárquica da família dominada pelo pai. Temos de esperar pelo século XX para assistir à libertação da mulher e dos filhos do poder “paternal”. Um factor importante terá sido o acesso da mulher ao mercado de trabalho, tornando-a independente dos ganhos auferidos pelo marido, até aí o principal sustentáculo da economia familiar. Assim como, a partir dos anos sessenta, surgiu uma nova representação social do papel dos filhos no seio da família e no meio social, que os considera largamente independentes desde cedo da autoridade do pai.

O passo decisivo foi a introdução dos direitos da pessoa no seio da família.

A família transforma-se num espaço privado, de exercício da liberdade própria de cada um dos seus membros, na prossecução da sua felicidade pessoal, livremente entendida e obtida. A ordem pública passa a ser vista como o resultado da interacção dos cidadãos, e não das famílias. E, de qualquer maneira, a família deixa de ser ou, mais precisamente, deixa de poder ser utilizada, como um instrumento dessa ordem. O espaço familiar é um espaço privado.

O Direito da Família deixa de ser um Direito público, para ser Direito civil, Direito privado, de cidadãos iguais, livres de constrangimentos, exercendo a sua autonomia pessoal e patrimonial. Isto, tanto nas relações entre os cônjuges, como nas relações entre estes e os filhos. Ao abrir-se na família o espaço para o livre desenvolvimento da personalidade de cada um, abre-se

uma nova possibilidade (e a “necessidade”) de que esse novo relacionamento seja afectivo e solidário.

As relações obrigacionais dentro da família, os direitos de uns sobre os outros, transformam-se em relações de associação, assentes num projecto de vida comum.

Embora com o risco – e veremos adiante a verificação do “dano” – de a família, sem “lei” nem “autoridade” passar a ser o produto dos interesses, sempre variáveis, de dois sujeitos de igual poder; ou dependendo dos sucessivos equilíbrios e desequilíbrios que entre esse poder se vão estabelecendo. Todos os aspectos estruturais e funcionais da família foram afectados por esta evolução.

Disse Ghandi que na sua família nunca lhe ensinaram direitos, mas só deveres – manifestações de amor.

Passamos à família “real”, actuante, desempenhando as suas funções sociais assente no “nós” como relação de amor.

4. A família: nós

O dever na família assume radicalmente a característica do dar (-se). Cada um, sem renunciar a si mesmo, mais, sendo completamente e cada vez mais “amorosamente” ele mesmo, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente. Dá-se e recebe; ama e é amado; perdoa e é perdoado; disponibiliza-se e vive em comunhão; tenta, de tal maneira, ser um com os outros, que os outros se tornam elementos constitutivos do seu ser.

É na família que cada um primeiro se apercebe da sua incompletude radical e se humaniza no intercâmbio constante com os outros. Completando-se. Ninguém existe sem os outros. Na família cada um descobre que o eu é os outros, os outros fazem parte do eu.

Na família (re)descobre-se o amor (como doação original, como vida encarnada na Vida).

Os humanos recebem antes de dar, no ventre da mãe, nos primeiros anos da vida familiar, na aprendizagem. Os seus primeiros actos de amor são pedir e receber. No início está a relação. O Tu é inato. A relação interpessoal exprime a estrutura originária do ser. Em que o ser só se realiza no acolhimento do outro.

O ser não é pois alteridade inalcançável, mas êxodo imanente. O Eu-Tu (-Eles) são “palavras-base” expressivas de realidade Não são palavras isola-

das, mas um casal de termos, recolhendo a realidade como encontro (Martin Buber).

Quando um ser humano diz ao outro: amo-te para sempre, significa que precisa do outro radicalmente. Prometendo dar-se completamente para receber o outro até serem um só. Cada um constituindo o ser do outro, ultrapassando as limitações do outro, preenchendo as suas lacunas, tornando-o mais humano, através da doação total de si próprio.

Nunca conseguindo ser totalmente um, nunca sendo uma só carne (uma só carne significa, uma só realidade, corpo e espírito), tentam unificar e objectivar os seus seres e o seu amor nos filhos. Amando-se um ao outro nos filhos, dando-se um ao outro na recriação de si mesmos-outros, ao darem-se totalmente aos filhos.

Daqui que a procriação esteja naturalmente presente no casamento como um dos seus elementos constitutivos. Amar só um ao outro, tem sempre um sabor de incompletude se não existirem filhos.

Poderia dizer, neste momento, que o amor significa fidelidade, que o amor significa constância, disponibilidade e doação totais. Os esquimós têm quarenta e nove nomes para designar o gelo, em todos os seus estados, aspectos e utilidades. Os nomes para designar o amor dentro da família são tantos quanto os actos da vida quotidiana ou os estados de espírito.

A pessoa, para ser, edifica uma comunidade de próximos e, negando-se, reencontra-se nos outros, na universalidade da pessoa. Só se encontra renunciando. Existe, comunicando.

E é neste momento que a pessoa é cada vez mais completamente, cada vez mais enriquecedoramente, ao dar-se totalmente e ao receber.

O circuito do dom que é particularmente intenso no âmbito da família, leva à natural fusão de dois ou mais seres num único conjunto. Ao dar-se para receber, ao ser co-autor de todos os outros e obra de todos os outros, cada membro da família vai-se transformando e amoldando ao conjunto em sucessivos actos de amor.

Para se chegar à totalidade do amor, há que reconhecer, antes, o outro. É preciso que o eu esteja em relação com o outro que me cria e me põe em causa. O outro não pode ser reduzido ao mesmo. Só o acolhimento do outro, na sua diversidade irreduzível, constrói o ser e abre caminho ao amor que é alteridade, não domínio.

E o acolhimento de todos os outros transforma os múltiplos **eu-tu** em **nós**.

Mas, passemos da possibilidade à realidade contemporânea.

5. "A" via contemporânea: o nominalismo radical.

A) A total possibilidade

O homem moderno é constantemente atraído, sobretudo desde o século XIX, numa progressão constante a acompanhar o progresso das ciências e das técnicas, pelo conceito de possibilidade². A ideia de natureza, como enquadramento e limite do ser humano, é destruída pela liberdade e possibilidade. O ser humano esquece, ou rejeita, o que é por nascimento, por "condição" humana, para só pensar no que pode ser, ao serviço do que quer ser. Ele mesmo e a natureza são postos ao serviço da sua vontade, nos quadros de uma "infinita" possibilidade. Cortando, afeiçoando, reconstruindo-se a si mesmo, à sociedade e ao seu "habitat", sustentado na crença do progresso constante da ciência e da técnica.

O século XX demonstrou as consequências a que conduziu tal possibilidade: guerras, genocídios, regimes despóticos, ruínas económicas. (Re-) Encontrou o ser humano do século XX a barreira das múltiplas impossibilidades inerentes à condição humana.

Não desistindo, tem concentrado, nos quadros de sociedades individualistas, a reagirem aos colectivismos do século XX, a atenção em si mesmo. Recorrendo a condições impostas pela natureza, para tentar transformar-se a si mesmo de acordo com a sua vontade.

Ao princípio cristão de que "tudo é possível para quem acredita" (MC, 9, 22) substitui-se o de que tudo é possível para quem tem domínio sobre a matéria. Transferindo a sua confiança de Deus para si mesmo. Descobrimo as suas limitações, tende a voltar a novos colectivismos através da afirmação de direitos (da personalidade) que vinculariam os outros em benefício da vontade do eu.

6. B) A onnipotência

Os cristãos entendem que é a fé que abre aos homens todas as possibilidades, porque "tudo é possível para quem acredita" (MC, 9, 22). Acreditar significa "permitir que seja verdade aquilo que nos é dito"³.

Sendo a fé e o que dela resulta uma possibilidade aberta a todos, indistintamente, a fé iguala todos os seres humanos em idênticas possibilidades⁴. Fé capaz de vencer o mundo⁵.

2 Sobre estas matérias vd. Raniero Cantalamessa, *Preparai os caminhos do Senhor*, trad. brasil., Edições Loyola, S.Paulo, s.d., pág. 102, que serve de base às presentes considerações.

3 Raniero Cantalamessa, ob. cit., pág. 102.

4 Aut. ob. loc. citis.

5 Aut. ob. citis., pág. 108, cit. Sto. Agostinho, *De civitate Dei*, XVIII, 51, 2.

Fé que é o contrário da impaciência do “tudo e já”: “A tribulação produz a perseverança, a fidelidade privada e a esperança” (Rm. 5,4)⁶.

Há que reconhecer limites, constrangimentos, sofrimentos – por muito que a ciência e a técnica tenham debelado alguns deles.

Faliu a tentativa marxista⁷ de inventar um “princípio esperança”, uma saída para o ser humano através da descoberta do homem oculto, da verdadeira humanidade que há-de vir, no fim do processo histórico.

Mas ficou o ser humano que só encontra esperança no seu controlo sobre o mundo material, no qual se incluem ele próprio e os outros. Criança dos sucessíveis ídolos nas obras das suas mãos. Na esteira do optimismo iluminista.

Por esta via, há uma efectiva transformação da pessoa (“I-You”)⁸ à qual é devida uma relação de amor, num objecto (“it”) dos interesses dos outros. Transformando-se o I-You em I-It – ao contrário do preceito de Kant de que se deve tratar a humanidade, na nossa pessoa como nas outras, como um fim e não como um meio; e também do preceito fundamental do ser humano, de amar os outros como a si mesmo, transformando o próprio “I-You” em “nós”. Ao contrário do natural adensamento do mundo do “nós” (feito de muitos I-You), está a expressar-se o mundo do “it” – do “Eu-vós”, com um Eu dominante predando os “vós”. Em que o Eu não vê o outro⁹. Cada vez mais afastado do “encontro total” que deve caracterizar pais e filhos, em que o “You” é visto com o “ser completo de cada um”¹⁰

7 C) - Crise dos valores e do direito – a subjectividade

Esta realidade é contemporânea de uma crise dos valores do Direito civil a todos os níveis, nomeadamente a nível da certeza jurídica, da completude do ordenamento e mesmo do valor da igualdade referido à dignidade da pessoa humana/pessoa jurídica¹¹.

6 Aut. ob. cit., pág. 125.

7 E. Bloch, *Das Furchung Prinzip*, 3 vols, Berlin, 1954-9, cit. por Raniero Cantalamessa, ob. Cit., pág. 127-8.

8 Utilizando expressões de Martin Buber, I and thou, trad. ingl. de Walter Kaufmann, “*A Touchstone Book*”, Simon and Schuster, New York, London, Toronto, Sidney, s.d.

9 Ao contrário da “saudação eternamente jovem”, física, relational do “Kaffir” “Vejo-te” – Martin Buber, ob.cit., pág. 70.

10 Martin Buber, ob. cit., prólogo de Walter Kaufmann, pág. 17.

11 Vd. Nicolò Lipari, *La formazione negoziale del diritto*, Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, I, Giuffrè, 1988, pág. 397 e segs., que seguimos de perto.

O problema da certeza e segurança, ligado ao da existência de um “sistema jurídico”, está largamente dependente do reconhecimento da norma geral e abstracta como fonte de Direito. Hoje, os modelos concretos de comportamento dos membros da sociedade são cada vez menos produzidos por normas gerais e abstractas, mas determinados pelos próprios factos que desencadeiam esses comportamentos, sem se virem a plasmar em normas.

Existe, conseqüentemente, uma crise da própria ideia de sistema. Cada facto da vida encontra cada vez mais a justificação em si próprio, sem ter de ir procurar modelos do comportamento criados por normas.

Verificando-se um processo contínuo de auto referimento entre norma e decisão, entre lei e caso, entre norma e sujeito, entre valor e interesse. O Direito, também o Direito civil, (possivelmente este em muitos campos com mais razão do que os outros ramos de Direito) tem-se transformado num direito individual, num direito do caso concreto que, quando gera normas, as gera através de modelos contratuais, de negociação entre sujeitos privados.

Muitas vezes com o efeito perverso de a norma daí resultante não ser utilizada para reequilibrar o interesse dos mais fracos, mas para tornar mais fortes os interesses dos fortes, para melhor radicar as posições dotadas de maior poder contratual, de mais força nas relações com os outros.

As técnicas de interpretação/aplicação das normas assentavam nestas e na própria ideia de sistema, enquanto sistema interno, como termo de referência objectivo da actividade do jurista. Ou como sistema externo, entendido como ponto final de chegada da actividade do jurista.

Ora, hoje, a norma, mesmo quando reveste a forma de lei, aparece muitas vezes como resultado de uma contratação, de um contrato social reduzido a cada vez menos actores, fraccionando o ordenamento.

Afastada progressivamente a referência do fenómeno jurídico à certeza do direito formal, radicando-o na problematicidade concreta dos valores sociais e das forças sociais em confronto, está a cair-se numa crise de valores, do valor da certeza e segurança do Direito, da igualdade dos sujeitos de Direito e, portanto, da justiça. O que leva ao desgastar do Direito.

O modelo weberiano fundado sobre uma imagem do poder concebido como sistema fechado, no qual se verificam relações hierárquicas de comando e de execução, de objectivos e de meios, é substituído pela imagem de um sistema aberto no qual o poder se constrói “a posteriori”, numa relação sempre mutável do sistema com o seu ambiente. Perde-se a dimensão ética do

Estado implícita na concepção liberal do Estado de Direito, favorecendo-se o compromisso sempre variável entre interesses em concorrência, em que vence o mais forte.

O sujeito deixa de integrar o tipo legal, para passar a constituir síntese de todos os efeitos, aparecendo a norma legal cada vez menos como norma e sempre mais como decisão. Surgindo o império da subjectividade, entendida esta no sentido etimológico daquilo que está no fundamento do fluxo variável de relações sempre mutáveis. A norma, tornada decisão, acaba por ser inevitavelmente ligada aos que têm maiores possibilidades de fazer valer a sua vontade, contra aqueles em benefício dos quais se pensava afirmar as tutelas subjectivas. Invertendo-se, perversamente, a própria “ratio” do Estado-social, depois de se ter posto em causa o Estado-de-Direito.

O indivíduo aparece como o “único” actor social, pronto a assumir-se como o “único” autor de si próprio e dos outros. Dotado de uma vontade ilimitada e não limitável – sobretudo pela norma geral e abstracta, prévia à sua vontade.

8. A evolução do direito da família e do direito das pessoas. Uma perspectiva: o afastamento da natureza

O quadro que acabei de enunciar permite formular a compreensão de uma certa evolução dos últimos decénios do Direito da Família, no quadro mais geral do Direito das pessoas.

As leis, ou as práticas jurídico-sociais, sobre o divórcio e sobre o aborto, a esterilização, a alteração das características sexuais, a procriação artificial, as manipulações genéticas, o reconhecimento e legitimação da eutanásia, a fixação do momento da morte, etc., têm sofrido uma evolução no sentido da dissociação entre as bases jurídicas tradicionais assentes na biologia, na antropologia, na bioética, e os novos “direitos” da pessoa. É preciso saber se os instrumentos jurídicos tradicionais continuam a reflectir esta evolução jurídica e legislativa, ou se ela cai fora do quadro dos tradicionais direitos da personalidade, para se inserir numa “pessoa” nova, nuns direitos novos¹².

Estamos perante uma nova concepção de pessoa e do seu estatuto jurídico, integrado só por direitos dos mais fortes e pela predação dos mais fracos.

12 Vd., sobre esta matéria, e para maior desenvolvimento, Massimo Paradiso, *Famiglia e nuovi diritto della personalità: norma, desiderio e rifiuto del diritto*, “Quadrimestre”, 2, 1989, Giuffrè Editore, págs. 302 e segs., que sigo de perto.

9. O direito da família e os direitos da pessoa como direitos absolutos. Uma perspectiva negativa.

O Direito da família, aqui compreendido o Direito da filiação e da procriação, sofreu uma evolução muito profunda a partir dos anos sessenta, sobretudo pela recepção dos direitos da personalidade, no entendimento que lhes tem sido dado.

A introdução dos direitos da pessoa no âmbito do Direito da Família teve aspectos claramente benéficos que ainda hoje não estão totalmente adquiridos e de que trataremos dentro em pouco. Mas também a recepção dos direitos da personalidade em termos individualistas (diria que em termos anglo-saxónicos), basicamente como liberdades (ou direitos) contra os outros, não é inocente e tem de ser entendida na verdadeira dimensão. O Direito da família contemporâneo, modelado pela introdução dos direitos da pessoa enquanto liberdades ilimitadas, assenta numa ideia de “não-modelo” das relações familiares, abandonadas à vontade dos familiares, vontade eticamente neutral. Nem sequer se aceita, em obediência à vontade livre do sujeito, ao direito subjectivo e absoluto, que a ética, a antropologia, a biologia, a própria família se determinem em normas (gerais e abstractas), se positivem em Direito.

O dogma da vontade, extraído do domínio neutro do comércio das coisas, foi transferido para o domínio das pessoas. Excluindo-se qualquer interesse que não seja o interesse subjectivo absoluto; nomeadamente, a solidariedade, o interrelacionamento, o *nós* solidário apagado pelo *eu* absoluto, predador do *tu*.

A sociedade e o legislador, em muitos campos do Direito da família, têm vindo a destruir este último, negando qualquer interesse público na relação da família, deixada à vontade de cada um dos intervenientes.

10. As zonas do direito da família: Direito e direitos

Parece-me ser possível distinguir duas grandes zonas: uma deixada aos interesses de cada um: divórcio, esterilização, alteração de sexo, fecundação heteróloga. Onde, nas relações de força que se estabelecem, a parte mais fraca sai normalmente prejudicada; em negação à própria ideia de Direito que tem como pontos de partida e de chegada a promoção da igualdade entre os interessados.

O referido conceito de direitos da personalidade leva a que qualquer norma externa à vontade do sujeito, criando limites externos, seja considerada intolerável para a sua liberdade. A vontade de cada um estaria legitimada em si mesma, sem precisar de qualquer outra referência. Ou, se quisermos, a vontade individual e absoluta positiva-se em Direito (do caso concreto) na

situação concreta. A ética, a genética, a fisiologia, a biologia, etc., são talhadas livremente pela onnipotente vontade do sujeito.

Assim, vem-se negando não só o Direito positivo, como a própria positivação das “normas” referentes à pessoa humana, à sociedade e ao interrelacionamento natural e constitutivo do ser humano.

No outro sector em que aparecem demasiadamente visíveis as diferenças de poder entre os sujeitos – no Direito da filiação e do Direito dos menores, – continuam a existir obrigações recíprocas, sobretudo a cargo da parte mais forte, que compete assegurar ao Estado e à sociedade.

Assim, há que distinguir, segundo as práticas dominantes, dois grandes campos no Direito da família – vou emitir juízos de realidade, que não de valor.

O primeiro campo é o das relações entre pessoas “iguais”, entre os conjugues, se quanto às suas relações pessoais e patrimoniais. Nesta matéria, a função do Estado através do juiz, do notário, do conservador, etc., não será dizer o Direito, por este ser criado livremente pela vontade das partes. A função do juiz não será a de subsumir as situações nos quadros normativos (cada vez mais escassos e flexíveis). Será fundamentalmente, reconhecer, avaliar ou publicitar as consequências das vontades dos sujeitos. Estes escolheram o regime de bens que mais lhes convinha ou não escolheram regime nenhum, caminhando para a separação absoluta; constituirão e dissolverão a relação conjugal à sua vontade; o casamento valerá, quanto ao seu conteúdo, o que as partes quiserem, caminhando-se de modalidades mais densas e tradicionais para meras situações de facto.

Nas relações em que há uma profunda desigualdade de poder, de força, quando estão implicados menores (embora o problema não se refira só a estes) a ética, a biologia, a antropologia, etc., não podem deixar de positivar-se em Direito. E positivar-se em Direito através da justa solução (concreta) dita pelo juiz. Este deverá apoiar-se nas ciências humanas através de peritos; e dizer o Direito do caso concreto, filtrando tais ciências pelos valores da sociedade necessariamente conformados em estatuto jurídico das pessoas.

Neste sector, as normas jurídicas, gerais e abstractas, continuarão a existir, mas serão escassas. Visarão estabelecer a protecção do sujeito mais fraco, o menor, no Direito dos menores, na filiação, na procriação, etc. Na generalidade das situações, o juiz não irá aplicar uma regra do Direito, indagando a situação pressuposta e a sua “ratio”, e comparando-a com a situação em análise. Terá necessidade de, com o apoio de peritos das ciências sociais, criar a norma para o caso concreto – embora em termos de valer para todos os casos idênticos.

11. Regresso ao direito de família impregnado pelos direitos: uma perspectiva positiva.

Vamos continuar no Direito de Família, especialmente no Direito matrimonial.

Para nos darmos conta da características do contrato de pessoas típico que é o casamento. Cujas problemática poderá servir de base justificativa do discurso subsequente que versa uma perspectiva positiva do “novo” Direito da Família impregnado pelos direitos da pessoa, de onde decorrem relações de associação.

Com efeito, a actual crise da família e do seu Direito, se é uma crise do Direito da família, nada mais é do que um momento de crescimento da família, a transformar-se numa relação de associação depois de ter sido um contrato cogente e autoritário.

Assente “*outrora*” em direitos subjectivos, herdeiros (mesmo que muito “*domesticados*”) do poder do soberano sobre os súbditos.

O grande momento de transição ocorre na Europa, nos anos 60 do século XX, com a introdução dos direitos da personalidade no âmbito da família. Passamos de um **realismo radical**, em que só existe a família e os seus interesses, corporizados no marido/pai, para um **nominalismo**, também **radical**, em que matrimónio e família eram mero nome que designavam um espaço de livre actuação de interesses individuais.

O Direito da Família deixa de ser um Direito público, para ser Direito civil, Direito privado, de cidadãos iguais, livres de constrangimentos, exercendo a sua autonomia pessoal e patrimonial. Isto, tanto nas relações entre os cônjuges, como nas relações entre estes e os filhos. Mas ao abrir-se na família o espaço para o livre desenvolvimento da personalidade de cada um, abre-se a possibilidade (e a “*necessidade*”) de que esse novo relacionamento seja afectivo e solidário.

Embora com o risco – e verificámos há pouco “*dano*” – de a família, sem “*lei*” nem “*poder*” passar a ser o produto dos interesses, sempre variáveis, de dois sujeitos de igual poder; ou dependendo dos sucessivos equilíbrios e desequilíbrios que entre esses poderes se vão estabelecendo.

Todos os aspectos estruturais e funcionais da família foram afectados por esta evolução.

Encontramos, hoje, duas realidades: a família assente no amor, na solidariedade, na associação com vista a fins comuns, entre pessoas iguais ou pelo menos dotadas de protecção jurídica igual.

A família espaço “livre” do exercício da vontade ilimitável de cada um, em constante desagregação, dissociação. Sendo esta zona que parece encontrar-se em crescimento na generalidade do mundo euro-americano.

Família desvinculada de normas e de obrigações.

Será inevitável esta última evolução?

Não me parece. A crise do Direito da Família tradicional não é necessariamente uma crise da família, mas só de um certo modelo desta. Continua a ser possível uma família assente no amor, embora desprovida em grande parte da estrutura coercitiva tradicional.

12. Regresso à possibilidade de uma família fundada no amor.

Não será possível uma solidariedade feita de miríades de conexões, de vasta liberdade, de jogos subtis de influências e de interdependências, que tornam o futuro impossível de se predizer, mas que o vão construindo solidária e amorosamente no dia a dia, em, mútua (com -) paixão?

Possibilidade desde sempre conhecida pelo crente, confiante no amor de Deus, para o qual se remete com todos os outros – ninguém se salva sozinho. Mas que tem lançado na perturbação o não-crente que, desde o iluminismo, doutrinado no contínuo progresso e na física social, procura as leis sociais e os determinismos individuais da necessidade absoluta que o dominam e o tranquilizam.

Falhados estes tranquilizantes, por força das ciências quânticas e do desabar das experiências colectivistas do século XX, o ser humano redescobre a necessidade vital de uma nova ética, de uma nova solidariedade – o ser é generosidade¹³ – sem as quais a humanidade aparece como um navio sem rumo, e o ser humano se converte numa “*paixão inútil*” (Sartre). E em que a ideologia acaba por conformar às duas necessidades uma realidade que se tornou incapaz de entender, alienando o ser humano e encontrando na sua vitória a sua própria derrota (e do ser humano).

Parece-me que o Direito em EU está, sempre esteve, ultrapassado, e que a apologia do “*singular*” de Kirkegaard, passou.

Não serão as relações jurídicas demasiado importantes para as deixarmos entregues aos egoísmos individuais?

O Direito é em “*nós*”, num duplo sentido.

Primeiro, na acepção de que o Direito está em nós, que somos capazes, na-

13 E. Mounier, *Il personalismo*, trad. it, Roma, 1964, p. 97.

turalmente capazes, de caminhar no sentido da Justiça, de uma sociedade mais justa e filantrópica, em que cada um se reconheça em todos os outros. Em que se procure o bem do outro, simultânea e inseparavelmente do bem de si mesmo.

Depois, em segundo lugar, por se ter vindo a introduzir, também em Direito, a certeza de que só por existir influencio os outros; todos os meus actos actuam sobre os outros; e não existo/vivo/evoluo/auto-crio-me sem os outros. Assim, relação jurídica quer dizer realisticamente *nós*.

Não estamos a reduzir a análise a um Direito *filantrópico* – embora seja característica do Direito esta referência amorosa ao humano. Estamos a afirmar um Direito *realista*, assente na verdadeira dimensão do ser-humano-com-os-outros¹⁴

Para este efeito, para fundarmos um casamento e uma família revelando em realismo moderado, em que as pessoas estão antes da instituição mas se confundem, e aos seus interesses, com ela, vamos partir, como tantas vezes fizemos, do personalismo cristão, na perspectiva de *Bruno Forte*.

A teologia cristã do Deus vivo tornado carne, nos quadros do Deus Trinitário, é o quadro necessário para a compreensão da pessoa humana.

Partamos da inclusão do múltiplo no uno, no mistério da trindade: Deus é Trino¹⁵; logo, Deus é Amor (1 Jo. 4, 8.16). O amor do Pai gera o Filho desde o início dos séculos e introduz-lo no tempo; face a face no Seu diálogo eterno, diálogo de amor, deste procede o Espírito Santo¹⁶.

O Uno não é solidão, mas dádiva permanente ao Outro, recepção permanente do Outro, comunhão de amor.

No Verbo, o Pai ama o mundo em que o filho encarna, e o Espírito, unindo Um ao Outro, une todos os seres humanos a Deus.

Aqui se enquadra a “*pessoa*”, como sujeito das relações que pertencem ao plano da natureza humana.

Pessoa **em si e para si**, mas com uma natureza filantrópica que dá capacidade à pessoa humana de se transcender relacionando-se com outros e visando tendencialmente a totalidade do ser.

A pessoa, para além de ser **em si e para si**, relaciona-se com os outros: sendo também e do mesmo modo, **ser para**, numa coincidência ontológica – a

14 Vd. o nosso *O Direito em Nós*; R. O. Adrs, Lisboa, 2009.

15 Vd., sobre o que se segue, tb. B. Forte, *Trinitá come storia*, Milano, 1985, esp. Págs. 60 e segs.

16 Bruno Forte, ob. cit, pág.75-81.

“*exemplo*” da Trindade. Enquanto na Trindade, a relação é uma comunhão ontológica, na pessoa humana é o indivíduo que se abre às relações com os outros e com o Outro, sem perder a sua singularidade, e superando a sua solidão ontológica em relações de amor.

Relações de reciprocidade – **ser com**¹⁷.

Recapitulando: ser em si; ser para o outro; ser com.

Interessa-nos particularmente o ser para o outro e o ser com os outros.

O **ser para com o outro** exprime a constitutiva abertura do eu para os outros, e a dinâmica de saída, de autotranscendência, inerentes à vida pessoal¹⁸: “A vida da pessoa é afirmação e negação de si própria...”

A expansão da pessoa implica, como condição interior, uma expropriação de si mesma e dos próprios bens, que priva o egocentrismo de um dos seus pólos: a pessoa só se encontra perdendo-se¹⁹. A comunicação com os outros torna-se experiência fundamental constitutiva da pessoa: “*A primeira experiência da pessoa é a experiência da segunda pessoa: o tu e, assim, o nós, vem antes do eu ou pelo menos, acompanha-o...*”

*Quando a comunicação se afasta ou se corrompe, perco-me profundamente a mim mesmo... o alter torna-se alienus e eu, por minha vez, torno-me estranho a mim mesmo, alienado. Poderia quase dizer-se que existo para os outros e, no limite, viver significa amar*²⁰. O ser para o outro é, pois, constitutivo do ser pessoal, como relação em que se dá e se recebe²¹.

O **ser com** exprime, nesta sequência, a completude do ser: a interioridade comunicante com a exterioridade, estabelecendo com as outras pessoas uma relação de reciprocidade e de solidariedade “*necessária*”²². Verifica-se, assim, a concretização do ser que é a comunidade dos seres humanos. O ser humano que, no início da análise, é singularidade irrepetível e dignidade suprema realiza-se enquanto tal, só na comunhão ética com os outros²³. No pensamento oriental encontra-se a ideia de que a vida é a dança dos deuses, sendo o deus o dançante e o ser humano o dançado.

17 Bruno Forte, ob. cit., pág.

18 Bruno Forte, *L'eternità*, cit., p. 78-9.

19 E. Mounier, ob.cit., p.65

20 E. Mounier, ob.cit., p.44

21 Bruno Forte, ob. ult. Cit., p. 79.

22 Bruno Forte, ob. cit., pág.79

23 Aut. ob. cits., pág.80

Na comunhão ética com os outros, ao tornar-se sujeito responsável da história, o ser humano torna-se dançante.

“... *A dualidade supera-se intencionalmente na síntese do objecto e interioriza-se efectivamente no conflito da subjectividade*”²⁴. A tristeza do finito, inerente ao ser humano, só se transcende na comunicação afectiva com os outros.²⁵

Deparamo-nos, pois, com uma antropologia aberta na qual se situa o outro, nomeadamente o **(totalmente) Outro que é Deus**; o desejo natural da visão de Deus: “*A criatura espiritual não tem o seu fim em si próprio, mas em Deus*”²⁶.

Tem o seu “*fim*” nos outros, através dos quais chega a Deus. Também aqui a comunicação e a solidariedade: O Incarnado e o Ressuscitado – imagem de Deus Invisível – é em pessoa a aliança entre o ser humano e Deus, fazendo participar aquele do Deus Trinitário²⁷.

Neste quadro, qualquer oclusão da pessoa para com Deus ou os outros, leva a um ofuscamento do próprio eu. É através do contínuo relacionamento com os outros quês e constrói a relação com Deus e o próprio eu. O exercício efectivo desta capacidade de relacionamento dirigido a estabelecer relações de diálogo estáveis, realizando o homem como sujeito de uma história humana, pessoal e “*colectiva*”, abre o espaço para o “*nós*”, ética e ontologicamente fundado²⁸.

Daqui resulta, repetimos, que à crise do Direito tradicional da família não tem de corresponder uma crise duradoura da família. Esta é obra dos costumes – já fora da nossa análise.

É possível construir uma família sólida e solidária assente na responsabilidade e na liberdade ao serviço dos interesses de todos e de cada um. Com o samor como fundamento.

13. A família como teia de relações de associação

A própria dignidade da pessoa humana que integra e de onde decorrem os direitos da personalidade (ou a necessária justiça de ordem jurídica

24 Paul Ricoeur, *Finitude et culpabilité, I, L'Homme faillible, II, La Symbolique du mal*, Paris 1960, p. 224

25 Bruno Forte, ob. cit., pág.79.

26 H. de Lubac, *Il Misterio del Soprannaturale*, trad. It, Bologna, 1967, p. 137

27 Bruno Forte, ob. cit., pág.79

28 Aut. ob. cits., pág.80

e social, em outra perspectiva) afasta a possibilidade do direito de uma pessoa sobre outra, de uma pessoa – seja sob a forma de um seu comportamento – ser objecto de uma relação jurídica²⁹. Pode haver **autoridade** – e deve haver autoridade – de uma pessoa em relação a outra ou outras, mas **não poder**³⁰.

As relações em que há um empenhamento da pessoa das partes não são relações de obrigação, de direito subjectivo, mas de associação. Já que uma das partes não tem um direito subjectivo em relação à outra.

Tradicionalmente, o Direito aparece munido de gládio para castigar, de cadeias para coagir. Limitando-se a definir o ilícito e a sanção.

Ainda assim será hoje nas relações obrigacionais, ou reais, que versam sobre coisas – o contrato de compra e venda, de locação, de mútuo, o direito de propriedade, a posse, etc.

Do outro lado temos os contratos pessoais ou “*intuitu personae*”. Estes são “*outro mundo*”(ou outra “*teoria*”).

Desde logo, também aqui há que denunciar o dogma da autonomia contratual como único e suficiente fundamento da força vinculativa do contrato: só é contrato, enquanto instituto jurídico, o que for justo.

As partes (como o povo soberano na produção das leis) podem enganar-se, não prova, ser surpreendidas pela alteração das circunstâncias, etc.

Por outro lado, a teoria da relação jurídica tem sido construída de modo uniforme, de modo a englobar todos os tipos de contratos. Sem distinguir entre os contratos sobre as coisas e os contratos entre pessoas, vendo em todos os mesmos motivos, os mesmos fundamentos, a mesma força vinculativa. Acabando, nesta homogeneização, por as pessoas serem transformadas em objectos dos contratos.

Afastemos, desde já, alguns pressupostos do pensamento jurídico moderno.

O primeiro é a de que as normas jurídicas procedem de princípio racionais muito gerais, visando reger racionalmente as condutas humanas, em qualquer tempo, lugar ou circunstâncias. O que leva a esquecer a justiça (do caso concreto) para só aplicar os ditames dos interesses do grupo dominante.

Depois, o Direito não é uma ciência dos direitos subjectivos – sobre si

29 Vd. Diogo Leite de Campos, *As relações de associação*, em publicação.

30 Vd. a interessante análise de John Owen Haley, *Authority without power, Law and the Japanese paradox*, Oxford University Press, London/New York (s.d. – 1991).

próprio, sobre as coisas, sobre os outros. Direitos que os cidadãos recebem do soberano (do rei, do parlamento, da lei, do povo, etc.).

Direitos subjectivos entendidos como domínio. Em termos de puro nominalismo, ignorando-se a natureza da sociedade – para se acabar por ignorar a natureza do ser humano.

Ora, mesmo os contratos mais “*reais*”, mais objectivos, mais desprendidos das pessoas das partes, exigem a colaboração (incoercível) destas para serem cumpridos. Se o contrato não é cumprido, surge outra relação, a de indemnização, por muito “*in natura*” ou em espécie que seja.

Isto é ainda mais assim nas relações de associação, em que há um “*intuitu personae*” ou um empenhamento das próprias partes, através das suas qualidades pessoais, do produto dos seus direitos de personalidade – casamentos, filiação, parentesco, adopção, mandato, prestação de serviços, sociedades, associações, etc.

Aqui, há que pôr em relevo a colaboração das partes em vista a fins comuns, as suas afinidades, a sua idêntica formação cívica e ética; usos e costumes; e, sobretudo, a circunstância de as pessoas se moverem mais por motivos éticos ou usos sociais de que pelo receio da força pública ou pelo desejo de adquirir bens materiais.

Estes contratos tendem a contar cláusulas muito gerais, pouco determinadas, a serem deliberadamente flexíveis e a serem dotados de poucas - ou “*nenhumas*” - garantias.

Aqui se situa, repetimo-lo, a família vista como um conjunto de relações de associação.

Em que há um interesse (institucional) comum dos familiares, perseguido em diálogo, em consenso, em negociação, em amor, de acordo com os interesses de cada um. Mas sempre em vista de um bem superior, só este bem podendo realizar o bem de cada um.

O Direito constituído ou a constituir deve reflectir a realidade antropológica que funda e dinamiza a família. Mas abandona a regulamentação a certo momento (muito cedo)³¹.

E é a isto que temos vindo a assistir, enquadrando facilmente a relação familiar nas relações de associação³².

31 Estou a referir-me, pelo menos, ao casamento civil.

32 Tal como sucede com a união de facto.

Embora tenhamos referido que a noção de relação de associação não coincide totalmente com a de contrato de relação (Mac Neil)³³ vamos utilizar al-

-
- 33 Nas páginas seguintes e sem prejuízo de adaptação e inovações utilizámos as seguintes obras:
- *"Power of contract and agreed remedies"*, Cornell Law Review, 1962, Vol 47, p. 495-528.
 - *"Exercise in contract damages: city of Memphis v. Ford Motor Company"*, Boston College Industrial and Commercial Law Review, 1963, Vol4, p.331.
 - *"Time of acceptance: too many problems for a single rule"*, University of Pennsylvania Law Review, 1964, Vol112, p.947-979.
 - *"The master of arts in law"*, Journal of Legal Education, 1965, Vol117, p.423-431.
 - *"Whither contracts?"*, Journal of Legal Education, 1969, Vol121, p.403-418.
 - *"The many futures of contract"*, Southern California Law Review, 1974, Vol 47, p.691-816.
 - *"Restatement (second) of contracts and presentiation"*, Virginia Law Review, 1974, Vol 60, p.589-610.
 - *"A primer in contract planning"*, Southern California Law Review, 1975, Vol 48, p.627-704.
 - *"Contracts: adjustment of long term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law"*, Northwestern University Law Review, 1978, Vol 72, p.854-905.
 - *"Essays on the nature of contract"*, North California Central Law Journal, 1979, Vol 10, p.159-200.
 - *"Power, contract, and the economic Model"*, Journal of Economic Issues, 1980, Vol XIV, p.909.
 - *"Economic analysis of contractual relations: its shortfalls and the need for a "rich classificatory apparatus"*, Northwestern University Law Review, 1981, Vol 75, p.1018-1063.
 - *"Efficient breach of contract: circles in the sky"*, Virginia Law Review, 1982, Vol 68, p.947-969.
 - *"Values in contract: internal and external"*, Northwestern University Law Review, 1983, Vol 78, p.340-418.
 - *"Bureaucracy and contracts of adhesion"*, Osgoode Hall Law Journal, 1984, Vol 22, p.5-28.
 - *"Reflections on relational contract"*, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 1985, Vol141, p.541-545.
 - *"Relational contract: what we do and do not know"*, Wisconsin Law Review, 1985, p.483-525.
 - *"Bureaucracy, liberalism, and community – American style"*, Northwestern University Law Review, 1985, Vol179, p.900-948.
 - *"Exchange revisited: individual utility and social solidarity"*, Ethic, 1986; p.567-580.
 - *"Relational contract theory as sociology: a reply to professors Lindenberg and de Vos"*, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 1987, Vol 143, p.272-285.
 - *"Contract land invaded again: a comment on doctrinal writing and Shell's ethical standards"*, Northwestern University Law Review, 1988, Vol182, p.1195-1197.
 - *"A brief conunent on Farnsworth's " suggestion for the future"*, Journal of Legal Education, 1988, p.301-303.
 - *"Contract remedies: a need for better eficiency analysis"*, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 1988, Vol144, p.6-30.
 - *"Political exchange as relational contract"*, in generalized political exchange: antagonistic cooperation and integrated policy circuits, Westview Press, 1991, p.151-172.
 - *"Contracting worlds and essential contract theory"*, Social and Legal Studies, 2000, p.431.
 - *"Relational contract theory: unanswered questions"*, Northwestern University Law Review, 2000, Vol 94, p.877-907.
 - *"Reflection on relational contract theory after a neo-classical seminar"*, 2001.

gumas das características apontadas por este Autor para as cotejámos com as do casamento hoje.

Contrato incompleto – As relações pessoais entre os cônjuges e unidos de facto e demais familiares são “*reguladas*” por cláusulas gerais com carácter indeterminado (comunhão de vida, fidelidade, assistência, etc) dependentes, em parte, do meio social, da época histórica e das características das partes.

Carácter pessoal – As relações matrimoniais (ou de parentesco) não visam (tanto) o interesse egoísta e imediato das partes, como a prossecução de objectos comuns assentes em valores, usos e outras referências. Além disso, há um empenhamento profundo, pessoal, das partes, sendo “*intuitu personae*”.

Não se está perante (espera-se!) trocas quantificáveis em dinheiro.

O cumprimento é assegurado, não pelo meio de sanções, mas por razões internas às pessoas (valores, emoções, amor, etc), havendo uma repartição de benefícios e de encargos.

O casamento como relação de associação é tendencialmente perpétuo, não tendo termo pré-fixado.

São contratos flexíveis, não planificados, adaptando-se aos tempos e às partes.

A garantia é frágil. O contrato é uma promessa, de qual derivam deveres que fundam uma pretensão uma autoridade, mas **não um poder** em termos de direito subjectivo. Pelo que, no caso de inobservância dos deveres, resta à outra parte resolver o contrato e pedir uma indemnização àquele que não cumpriu nos seus deveres.

As posições subjectivas em tais contratos não são transferíveis, como o não são na família.

É neste sentido que tem vindo a evoluir o Direito da família em muitos países, entre os quais Portugal. Para uma relação de associação. Sem nunca se dever abandonar a função do Direito de ensinar e indicar a importância fundamental do matrimónio e da família na sociedade, e na pessoa, como expressões do viver **para e com** os outros. Como uma excelente e eficaz expressão da com – paixão humana.

14. O Direito e as relações de associação

Seria partir de uma concepção errónea do Direito, embora ainda muito actuante, considerar este como a sede das proibições, do ilícito e das sanções a ele associadas. O domínio das condutas impostas através da atribuição de

direitos subjectivos ao credor, facultará a estes verdadeiros direitos sobre a pessoa do devedor, através do comportamento exigível e imposto por meio de múltiplos meios de coacção.

O Direito não é isto – ou não é só isto. Será assim no domínio do Direito das coisas. Eu tenho o direito de exigir a entrega do livro que comprei – e que já é minha propriedade. E ir buscá-lo onde estiver se não me for entregue. Mas mesmo aqui, não por força do contrato de compra e venda mas do direito de propriedade.

Sublinho que o Direito não desaparece do campo das relações de associação. Estas não são a-juridicas. Só pensaria assim quem se sentisse vinculado a uma concepção coercitiva do Direito (comando-ilícito-sanção).

O Direito conforma as relações de associação de outro modo.

No lugar do direito subjectivo e correspondente dever, é colocado só o dever. Deveres que se esgotam em si mesmos.

No caso de os deveres não serem cumpridos, o titular da pretensão só pode, eventualmente, obter uma indemnização não podendo exigir o seu cumprimento.

Embora, como vimos, haja zonas do Direito da Família, como o Direito dos Menores em que o cumprimento do dever é exigível coercitivamente.

Depois, as relações de associação não estão indiferenciadas, numa fusão em que se misturam união de facto, matrimónio, união homossexual e heterossexual, etc.

Cada instituto corresponde a um certo tipo de interesses individuais e sociais. Assim deve ser definido e tratado de modo diverso. Ao reconhecimento da dignidade de todas as relações humanas baseadas na com-paixão, não pode corresponder, contraditoriamente, o seu desvaloriza jurídico, o seu desconhecimento.

Pelo contrário: há que as reconhecer ainda mais intensamente, mas de modo mais interessado e realista.

É aqui que intervém o Estado na sua função promocional: reconhecer-se-á a importância da família promovendo a habitação digna, a escola eficiente, os cuidados de saúde, a atribuição a todos os seus membros do mínimo de existência fiscal. Tanto como reconhecendo e afirmando os deveres de cada um dos seus membros e de todos, como dotados de valor social.