

A família: do direito aos direitos*

Diogo Leite de Campos

SUMÁRIO: I – A família tradicional: 1– A tradição medieval; 2– O Direito da família como Direito público. II – A possibilidade de uma nova família: 3– A destruição da tradição e da dominação. A recuperação da família pelo Direito. Direito Civil; 4– A família: nós; 5– Dar e receber; 6– Amor, felicidade, perpetuidade, disponibilidade. III – A) A família contemporânea e o ser humano contemporâneo: 7– A total possibilidade; 8– A onipotência; 9– Crise dos valores e do Direito – a subjectividade; 10– A evolução do Direito da família e do Direito das pessoas – o afastamento da natureza. B) A “nova” família: do Direito aos direitos: 11– O Direito da família: os direitos da pessoa como direitos absolutos; 12– As zonas do Direito da família: Direito e direitos. Conclusão.

I – A família tradicional

1 – A tradição medieval

Os clérigos cristãos que consolidaram o matrimónio 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 por uma desigualdade entre os cônjuges e uma supremacia do marido/pai que nada no Novo Testamento impunha. Pelo contrário¹.

* Texto que serviu de base a comunicação proferida no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 25 a 27 de Setembro de 2006.

1 Vd. a veemente negação do estatuto de inferioridade da mulher, em S. João Crisóstomo, Santo Ambrósio (Diogo Leite Campos, *O novo princípio da dignidade da mulher segundo Santo Ambrósio*, in “Nós — Estudos sobre o Direito das pessoas”, Coimbra, Almedina, 2004).

O cosmos é presidido por Deus; o abade preside à vida do mosteiro beneditino; e o marido-pai preside à vida da família. Sem a paternidade de Deus, do abade, do marido, a natureza institucional (a natureza, o mosteiro, a família) será desprovida de alma, reduzida a uma mecânica externa e falível.

A autoridade 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.

A associação familiar transformou-se em instituição divina. O carácter sacramental do casamento reconduziu-a, estrutural e dinamicamente, a uma instituição religiosa. A família é a célula básica da Igreja, ela própria Igreja em miniatura, com uma hierarquia chefiada pelo pai que devia veicular, pela própria natureza das coisas, a doutrina da Igreja. Uma lei escrita, uma autoridade pessoal...

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...)

A família, círculo de afecto e centro de autoridade, garantia um grau razoável de segurança e esbatia os conflitos (à custa de sacrifícios de uma parte dos seus membros). Cada geração tinha o sentimento de estar a preparar a geração seguinte, segundo um modelo imutável e necessário para o bem desta, e com um mínimo de violência.

Os textos destes séculos descrevem-nos, seja qual for o país, protestante ou católico, famílias rigidamente organizadas, com to-

dos 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 ultrapassou a visão da família-instituição ao serviço da sociedade: o seu fim era a procriação (função eminentemente social); 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 escola do Direito natural manteve-se radicalmente conservadora.

A mulher, mesmo para os que a consideravam a igual do marido, acabava sempre submetida a este.

2 – O Direito da Família como Direito Público

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, esta 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»...

II – A possibilidade de uma nova família

3 – A destruição da tradição e da dominação. A recuperação da família pelo Direito. 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-se a admitir 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. E 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 a possibilidade (e a “necessidade”) de que esse novo relacionamento seja afectivo e solidário.

Embora com o risco — e veremos adiante a verificação do “dano” — de a família, sem “lei” nem “autoridade” passa 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 “possível” 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).

5 – Dar e receber

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 isoladas, 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.

A partir da concepção-criação dos filhos e durante a sua vida, cada um dos cônjuges revive a vida do outro desde o início, desde a concepção, sendo um com ele desde a concepção, unificando-se e revivendo na memória. As duas vidas conhecem-se e unem-se na sua totalidade. Superando a ardente aspiração de amor de Santo Agostinho por Deus: “Tarde te amei, Beleza tão antigo como nova. Tarde te amei”, os cônjuges amam-se desde o início.

6 – Amor, felicidade, perpetuidade, disponibilidade

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.

Mas, passemos da possibilidade à realidade contemporânea.

III – A) A família contemporânea e o ser humano contemporâneo

7 – 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 hu-

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.

mano, 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. 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.

8 – A ominipotência

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.

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

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

Fé que é o contrário da impaciência do “tudo e já”: “A tributação 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. Criando 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

4 Aut. ob. loc. cits.

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

6 Aut. ob. cits., pág. 125.

7 E. Bloch, *Das Furschung 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.

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.

9 – 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.

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 continuo 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

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.

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.

Afastando-se a ideia de soberania e muitas vezes a própria ideia de maioria, para se impor a necessária unanimidade dos sujeitos, um acordo contratual, ou pelo menos uma unanimidade que nada mais resulta do que a vontade de uma minoria, dos mais fortes, embora apresentada como vontade da maioria ou da totalidade.

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 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.

10 – A evolução do Direito da família e do Direito das pessoas – o afastamento da natureza

O quadro que acabei de enunciar, visa permitir compreender a 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, a convivência de facto, as relações familiares de homossexuais, 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 antro-

pologia, 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.

B) A “nova” família: do Direito aos direitos

11 – O Direito da família: os direitos da pessoa como direitos absolutos.

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. 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 antropolo-

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.

gia, 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.

12 – 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 filia-

ção, 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.

Conclusão

Termino dizendo-vos da minha convicção, assente em já longa experiência, que as nossas famílias, brasileiras e portuguesas, continuam a ser quadro privilegiado da nossa realização pessoal, por nos terem ensinado o “eu-tu” como relação de amor a transitar para o “nós”, e hoje continuarmos o que nos faz entender que a nossa vida é assente no amor que reenvia à fidelidade.