

É função da ciência, da filosofia e da teologia continuar as pesquisas sobre a pessoa e os «mistérios» que ainda encerra o corpo humano. Aos médicos cabe-lhes a missão de tratar do todo, com competência, dedicação e respeito inquietador, pelo corpo de Cristo que somos, tentando decifrá-lo cada vez mais adequadamente, valorizando o sentido do corpo e da afectividade de que demasiado tempo se desconfiou e até desprezou insensatamente.

Mas este mundo não é propriamente um degredo nem um «vale de lágrimas...», é um cosmos interessante apesar da ambiguidade envolvente.

BERNARDO DOMINGUES, O.P.

## O direito da Família \*

### 1. Introdução

*O Direito da Família* foi o título que me propuseram para as palavras que vou dizer-vos. Pensei que uma exposição sobre todas as normas que se referem às relações familiares — além das normas civis, as normas penais, as normas fiscais, as relativas à segurança social, etc. — seria seguramente muito maçadora e de todo inadequada aos objectivos daqueles que em boa hora organizaram estas Jornadas. Decidi, pois, principiar por me colocar num momento anterior à produção legislativa, procurando esclarecer os problemas que se deparam ao jurista ainda antes de legislar sobre a família, e ir dando a propósito exemplos relativos ao ordenamento jurídico português.

Os problemas que o legislador enfrenta resumem-se aos seguintes binómios: privatização da família/intervenção do Estado; individualismo / perspectiva comunitária; pluralismo / reconhecimento de um modelo único de família; contacto com a realidade / afirmação de valores;

### 2. Privatização da família ou intervenção do Estado?

Fala-se na privatização da família para significar que o Estado não deve interferir nas relações familiares, pois estas constituem um assunto privado. Consequentemente, o Estado também não deve proteger as famílias, nem auxiliá-las, nem compensá-las, por exemplo, dos custos inerentes à importante tarefa social de gerar e educar os novos membros da comunidade. A este propósito tem-se falado do *princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado*. É um bom princípio quando entendido no sentido de que o Estado não se deve substituir às responsabilidades das famílias. No entanto, como veremos mais à frente, não é aconselhável que o Estado se limite a intervir apenas nas situações que as famílias não conseguem resolver por si. Nos Estados Unidos começam a verificar-se os resultados desastrosos decorrentes do facto de se ter considerado a família como pertencente a uma esfera puramente privada, em que o Estado só podia legitimamente imiscuir-se quando fosse estritamente imprescindível, e apela-se agora de novo para a necessidade de protecção legal da família enquanto entidade. Na verdade, a privatização da família levou à excessiva protecção dos indivíduos que a compõem e à desvalorização dos interesses da família como um todo. Em

\* Conferência proferida no âmbito das Jornadas de Reflexão sobre a Família, promovidas pela Escola Superior da Imaculada Conceição (Porto, 5 de Maio de 1994).

consequência de tal entendimento, os interesses das crianças, que são os membros mais fracos da família, passaram a ser os menos tidos em conta. No Direito da Família assistiu-se a um aumento da relevância das vontades individuais e das vontades acordadas (conjugais ou parentais), com a admissão do divórcio por mútuo consentimento e de acordos que regulam as consequências do divórcio. Um pouco por todo o lado, os direitos do indivíduo puseram em causa a estrutura tradicional da família, destruindo a convicção de que as necessidades do grupo podem legitimar o sacrifício de uma parte dos direitos de cada um dos seus elementos. A família passou a ser apenas um dos quadros da realização do direito do indivíduo à felicidade. O casamento e a família servem então, antes de tudo, os interesses individuais de cada um dos seus elementos, mesmo que à custa de um hipotético interesse comum cuja existência, aliás, se nega.

Actualmente fala-se em «privatização» num sentido diferente, ou seja, para designar o reforço da intimidade da família moderna. A família é vivida cada vez mais como «um porto de abrigo», como um centro de pura intimidade para onde os indivíduos se retiram, longe das suas actividades profissionais e sociais, com a finalidade de ocupar agradavelmente os seus tempos livres. Esta evolução é a contrapartida sociológica das modificações que tiveram lugar ao nível das funções económicas da família: não sendo já a célula de base da produção, a família reconverteu-se à pura afectividade. Mas se a função produtiva da família se tornou mínima, a sua função de procriação e de socialização das crianças é hoje cada vez mais importante, o que a impede de ficar a um nível estritamente privado. A família tem um papel único na educação, na formação, no equilíbrio afectivo dos indivíduos e na passagem de «testemunho» entre as gerações. Nesta medida, sou forçada a concluir que o Estado deve intervir na família, embora seja preciso alertar para o perigo dos excessos de intervencionismo estatal que podem ameaçar a liberdade, única via de dignificação da pessoa.

A intervenção do Estado na esfera familiar deve ter como ponto de partida o reconhecimento do direito de cada indivíduo à família. Tal reconhecimento implica uma clara e adequada *política familiar*. Quando falo de *política familiar*, refiro-me a uma política específica, distinta das políticas sociais ou fiscais. Trata-se de uma política destinada a assegurar o respeito pelos princípios da *compensação* e da *liberdade* familiar e não de uma política das famílias com problemas sociais. Esse é o papel de uma política social que deve existir sempre em paralelo com a política familiar. É evidente que se espera que o Estado crie o *ambiente social* adequado para o saudável desenvolvimento das famílias, pois estas são naturalmente afectadas pela crise económica, pelo desemprego, pela inflação, etc. Nessa medida, é preciso que o Estado desenvolva políticas de ordem fiscal, salarial, de habitação, de saúde, de segurança social, etc. Mas, para além disso, é necessário que exista uma política específica para a família. Uma política de *compensação* que não tem a ver com a necessidade, e por isso é permanente. Uma política que passa pelo respeito pela *liberdade* das famílias, liberdade que se manifesta, por exemplo, no direito de escolher o ensino, o médico, a casa, o número de filhos. Por brevidade, ressaltarei apenas alguns dos aspectos mais importantes desta política. Em primeiro lugar, o Estado deve prever determinadas *prestações familiares*. As presta-

ções familiares representam uma compensação parcial das cargas devidas à presença de uma criança. Na verdade, não se compreende que a sociedade continue a privatizar cada vez mais o custo de uma criança e a socializar as respectivas vantagens. Essas compensações têm que ser variadas, flexíveis, ajustadas às opções das famílias. Em Portugal, por exemplo, pensa-se que se resolvem todos os problemas das mães empregadas com filhos pequenos apenas com subsídios a creches. Mas, com semelhante sistema, as famílias são levadas a consumir um serviço que mobiliza uma quantidade de capital e de trabalho muito elevada em relação à respectiva utilidade. Julgo que é urgente que se estabeleça uma compensação financeira pela *licença parental*. Esta medida consiste em entregar ao progenitor que deseja educar o seu filho, sem ter uma outra actividade remunerada e sem ter recurso a um meio de guarda permanente, uma *prestação* que lhe permita realmente suspender a sua actividade profissional pelo tempo desejado. A legislação portuguesa actual prevê que o trabalhador possa interromper a prestação de trabalho para prestar assistência especial a filhos, adoptados ou adoptados menores de 3 anos. Esta licença tem um limite mínimo de 6 meses e máximo de 2 anos. No entanto, se uma mãe quer suspender a sua actividade profissional, suspendem-se igualmente os direitos que têm a ver com a prestação efectiva de serviço e não recebe nenhuma compensação. Em contrapartida, se optar por entregar os seus filhos a um infantário, conserva todos os seus direitos, inclusive a remuneração. Nesta ordem de ideias, não pode dizer-se que em Portugal as mulheres tenham uma real possibilidade de escolher a solução que considerem melhor para os filhos. Tenho a certeza que a maioria das mães preferiria tomar conta dos filhos se lhes fossem atribuídos dois terços do que custa à colectividade a sua guarda numa creche. A possibilidade de as mães terem horários flexíveis e de escolherem trabalhar em *part-time* ou em horário de jornada contínua está prevista na nossa legislação. Contudo, as mulheres não têm recorrido muito a estes regimes porque a sua aplicação depende de requerimento à entidade competente que, normalmente, levanta algumas dificuldades ao respectivo deferimento, e porque só pode ser exercido por um período mínimo de seis meses e um máximo de três anos.

O Estado também pode intervir — e, em meu entender, deveria intervir mais — para preservar o são «ambiente mediático» das famílias, principalmente no que diz respeito à televisão. Com efeito, o ambiente informativo pode contribuir para destruir o equilíbrio precário que as famílias tentam construir cada dia. Lembro, por exemplo, que em Espanha se celebrou recentemente um convénio ético de auto-regulação para a protecção da infância e da juventude. Nesse convénio, os canais públicos e privados declararam a sua vontade de favorecer, na sua programação dirigida às crianças e aos jovens, valores de respeito pela pessoa, de tolerância, de paz e de democracia, e de difundir valores educativos e formativos. Em Espanha existe também uma comissão parlamentar para o estudo dos conteúdos televisivos.

### 3. Individualismo ou perspectiva comunitária?

Através deste binómio pretendo evidenciar duas concepções opostas acerca da família. Deve entender-se a família como instrumento de satisfação dos

interesses individuais dos seus membros, ou deve admitir-se a existência de um interesse comunitário, o «interesse da família», interesse supra-individual ao qual se devem sacrificar os interesses de cada elemento? Esta questão prende-se com a que referimos anteriormente, já que o reconhecimento do «interesse da família» supõe a legitimação da ingerência estatal para o assegurar e defender. Quanto a este aspecto direi apenas que não concordo com uma concepção que podemos designar por «publicista» da família, em que esta é encarada como titular de um interesse próprio e superior àquele dos seus membros componentes, nem com uma ideia de família puramente privatista (concepção libertária e individualista, segundo a qual os membros da família podem reger-se pela sua vontade). Acho que a família é uma comunidade intermédia, susceptível de protecção nos limites da sua idoneidade para realizar o livre e pleno desenvolvimento da pessoa humana. Mas penso também que uma família não pode existir sem que haja uma comunhão entre os respectivos membros. O individualismo extremo é incompatível com a própria ideia de família, pois, quando cada um dos elementos que compõem a família faz «o que lhe apetece», sem atender aos interesses dos demais, a ideia de família converte-se numa pura ficção, pois o que existe, na verdade, é um conjunto de pessoas que vive debaixo do mesmo tecto.

Hoje o Direito da Família pressupõe uma equitativa harmonia entre as exigências da liberdade individual e as da solidariedade social, tentando encontrar um justo equilíbrio entre estas duas realidades aparentemente contraditórias.

#### 4. Pluralismo ou reconhecimento de um modelo único de família?

Diz-se, a este propósito que o Estado não deve impor um modelo familiar porque vivemos numa sociedade pluralista onde não há famílias típicas. Penso que é preciso que o legislador tenha a preocupação de levar em conta a pluralidade das situações familiares. Existem casos em que, efectivamente, as pessoas «se casam, têm muitos filhos e vivem felizes para sempre». Mas também há aqueles que não casam, aqueles que casaram e se separaram, aqueles que se voltaram a casar. Não é a lei que é complicada, são as pessoas. Esta pluralidade de situações deve inclinar o legislador a uma atitude moderada. No entanto, julgo que se pode afirmar que há família *normais* e famílias *paralelas*. Da diversidade do conjunto deve fazer-se emergir um modelo: o da família nascida do casamento, unida, com filhos. Tenho que dizer que, em Portugal, a situação normal, típica, ainda é aquela em que os dois cônjuges, e depois, logo que o são, os pais, vivem juntos com os filhos do seu casamento: sociologicamente mais frequente, esta situação tem que constituir a referência. A união de facto é uma situação paralela. O mesmo se diga da família monoparental e a das segundas núpcias, com ou sem filhos dos diferentes casamentos. Mas o legislador não deve deixar no escuro estas outras situações que podem merecer, em certos aspectos, a tutela do Direito.

#### 5. Contacto com a realidade ou afirmação de valores?

«Legislar para a família» significa, antes do mais, reconhecer uma *realidade* anterior ao próprio Direito. Nesta medida, o legislador não pode ter como única

preocupação a perfeição técnica das normas, nem ser impellido apenas pela vontade pedagógica de conformação da realidade social. Há-de respeitar a realidade que a família é bem como os seus *valores*.

Sendo assim, é óbvio que o legislador tem de ser sensível à profunda transformação que a família sofreu neste século, principalmente nas últimas décadas. Tem-se repetido quase até à saciedade que a «família está em crise» e eu devo esclarecer-vos, desde já, que prefiro falar numa «evolução da família» ou numa «nova família». Desculpem o desabafo mas confesso que neste Ano Internacional da Família fiquei um pouco maçada com o desfiar do «rosário de amarguras» da família — «amarguras» inegáveis, por certo, como o demonstram a generalização dos divórcios, a diminuição da natalidade, o aumento do número de abortos, etc. — e gostaria de ter visto mais gente a concentrar-se naquilo que a família tem de positivo. Deixemos de nos embalar com o utopismo da «melhor» família, ou com o saudosismo da família tradicional e tomemos em consideração a família que temos, com as suas fraquezas e com as suas forças, tentando assegurar que a sua passagem para o futuro ocorra nas melhores condições possíveis. Correndo o risco de escandalizar alguns, queria dizer que, de certo ponto de vista, a família está muito melhor do que há alguns anos atrás e que Deus nos livre de pretendermos regressar ao passado. A este propósito lembro uma imagem bem sugestiva de um autor francês que reli há pouco. Se um passageiro viaja num comboio lançado a 250 Km/hora, as casas imóveis que vê pela janela parecem-lhe desfilar a toda a velocidade e não podem servir-lhe de ponto de referência permanente. Pelo contrário, a pessoa que ocupa o lugar vizinho, embora propulsada a 250 Km/hora, parece não se mexer e é com ela que é possível iniciar uma conversa. Assim acontece com a família: deve a sua permanência e a sua faceta de estabilidade ao facto de estar instalada no «comboio da mudança». Numa era de progresso e de desenvolvimento, em que assistimos a alterações tão grandes nos costumes, nas maneiras de vestir, de falar, de viver, se a vida familiar não mudasse, depressa ficaria tão ultrapassada e apareceria tão longínqua como a casa diante da qual passa o comboio a alta velocidade.

Compreende-se assim que o Direito não possa deixar de reflectir as mudanças que têm ocorrido no seio da própria família. Torna-se então necessária a revisão dos pressupostos em que assentavam as respectivas normas, sem que, no entanto, seja omitida uma referência aos valores da família. Essa referência não importa contudo o «regresso» aos valores morais do passado, mas a sua *actualização*, a sua *recuperação* à luz das novas realidades.

Neste contexto gostaria de fazer referência aos valores fundamentais que o legislador e as próprias famílias devem respeitar.

Estou a pensar, em primeiro lugar, no princípio da democracia, princípio que caracteriza o nosso Estado de Direito e impede que se estabeleçam comunidades intermédias que o desrespeitem. Esta ideia está patente no tema do Ano Internacional da Família: «construir a mais pequena democracia no coração da sociedade». É necessário precisar um pouco o que se deve entender por «democracia», neste contexto. Se estivermos a pensar na democracia como forma de governo — «do povo, pelo povo e para o povo» — ou como critério para a tomada de decisões, é

forçoso reconhecer que não é adequada para todo o tipo de comunidades, por exemplo, para a escola ou para a família. Não é possível em sede de relações entre os cônjuges a aplicação do princípio democrático da maioria. Como também é evidente não se poder dizer que na família a legitimação do poder vem do povo (dos filhos, da maioria dos membros da família?), nem de eleições. Por exemplo, a legitimidade do poder dos pais sobre os filhos tem origem na *criação contínua*, na ideia de que a geração não se esgota no nascimento, que é um conceito mais amplo do que a simples geração de facto. Mas hoje evoluiu-se em relação à forma como o poder paternal deve ser exercido e dá-se relevo à chamada dinâmica educacional. Efectivamente, não há paternidade sem filiação pois a paternidade não é um conceito absoluto, é relacional. Sendo assim, só se é pai diante de um filho. E é-se tanto mais pai quanto mais se exercita essa relacionalidade. Isto significa que nunca um pai pode negar a existência do filho como pessoa autónoma, com dignidade própria, caso contrário está a negar a própria paternidade, porque se elimina o seu fundamento.

Só posso aceitar que se fale de democracia no seio da família se a entendermos como referência a um conjunto de valores que se podem resumir num só que recebe o consenso geral da nossa sociedade pluralista: o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Pessoa humana que tem uma natureza que não se pode reduzir a uma vertente puramente biológica e neste sentido é forçoso reconhecer também que a sua auto-realização pessoal e social passa pela família. Este reconhecimento exige a promoção da liberdade e a correspondente responsabilidade da família. A liberdade obriga a que nenhuma pessoa seja tratada como meio ou instrumento para o que quer que seja. Cada pessoa humana deve ser tratada como um fim em si mesma. O respeito pelo valor não instrumental de cada pessoa é uma importante conquista da nossa civilização e tem sido proclamado nas suas mais variadas formas. Nomeadamente em relação à família, não implica apenas a ausência de coacção externa, mas exige também a sua libertação de todas as pressões interiores, desde as que provêm de interesses científicos, económicos ou políticos, até às que se baseiam em preconceitos culturais. Por exemplo, nas relações entre pais e filhos, significa que se deve conciliar o direito de cada progenitor à auto-determinação, com os direitos e os interesses do filho. Os pais são os primeiros responsáveis pela educação dos filhos, mas o princípio democrático não permite a adopção de um modelo autoritário de educação. Neste sentido, o Código Civil português estabelece que os filhos devem obediência aos pais mas que estes, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida. Nas relações conjugais significa, por exemplo, que deve ser dada aos casais a possibilidade de tomarem uma decisão verdadeira e esclarecidamente livre em relação ao número de filhos que querem ter, à escolha do tipo de educação que lhes querem dar, ao tipo de ensino que lhes vai ser ministrado. Significa ainda que se deve conceder às mães o direito de optarem por criar os seus filhos em vez de os mandarem para creches, e aos filhos o direito de nascer numa família, por exemplo, através da limitação dos casos de adopção singular ao cônjuge do progenitor. Significa ainda a proibição da instrumentalização do processo re-

produtivo, nomeadamente através da aplicação exclusiva das técnicas de reprodução medicamente assistida a pessoas casadas, do reconhecimento da igual dignidade humana do embrião e da pessoa já plenamente desenvolvida, etc. Não posso deixar de me alegrar com o recente relatório-parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida que sustentou algumas das soluções que acabei de referir.

O segundo grande valor reside no princípio da igualdade. Hoje a estrutura familiar deve assentar na igualdade e não na hierarquia. Igualdade, desde logo entre os cônjuges. Quero deixar bem claro que entendo que a norma da igualdade entre o homem e a mulher é uma norma de igualdade na diferença. O reconhecimento da igualdade entre os cônjuges não é mais do que a verificação de que não há subordinação de um ao outro. A afirmação da igualdade não pode querer dizer que o marido e a mulher hajam de desempenhar papéis necessariamente idênticos dentro do casamento. A igualdade postula como complemento necessário a liberdade que permitirá aos cônjuges acordarem na distribuição das funções e facultades que resultam do casamento.

Quero chamar a atenção para alguns dos erros da dogmática feminista que conduziram àquilo a que já se chamou a «ilusão da igualdade». Com efeito, as primeiras feministas partiram do princípio de que havia a necessidade de libertar a mulher de responsabilidades no lar para que pudesse actuar na vida social e política em condições de igualdade. A família era vista como um estorvo ao acesso ao poder económico e político. O preconceito da igualdade impediu as mulheres de serem protegidas pois temia-se que a protecção legal fosse uma forma de perpetuar a discriminação. Por exemplo, a preferência pela atribuição da custódia dos filhos de tenra idade à mãe poderia reforçar a ideia de que «biologia é destino», a ideia de que a maternidade para uma mulher vem em primeiro lugar. Além de incorrerem num vício que o simples bom senso evidencia ao acabarem por praticamente discriminar os homens, não se aperceberam que os libertaram das funções que tradicionalmente lhes eram cometidas, mas que eles continuaram a estar impedidos de assumir outras, pela própria natureza das diferenças inegáveis que, quer as feministas queiram, quer não, existem entre os homens e as mulheres. Eis-nos pois na altura de criticar a ideia de que as feministas partiram de que para ser igual ao homem a mulher precisava de o imitar: é absurdo pretender que a liberdade da mulher está em repetir mimicamente os comportamentos masculinos. A libertação da mulher está precisamente na afirmação da sua especificidade e ela passa pela sua função essencial na geração e educação dos filhos.

A afirmação da sua especificidade passa ainda pela abolição de todos os estereótipos, principalmente daqueles que postulam uma comparação entre o homem e a mulher: a mulher não é mulher unicamente porque não é homem!...

Um conhecido autor americano, Victor Fuchs, refere que a maior parte das mulheres sente um maior desejo de ter crianças do que os homens e uma maior preocupação pelo seu bem estar depois de eles terem nascido. O hiper-feminismo tentou convencer as mulheres de que esses sentimentos lhes eram incutidos *de fora*, pela sociedade, pela educação, mas é tempo de reconhecer que isso é falso. Mas, quer este «instinto maternal» seja em primeiro lugar biológico ou uma complexa

interacção entre o cultural e o biológico, o que é importante é constatar a existência da «propensity to mother». O dogmatismo feminino pretendeu libertar a mulher dos estereótipos de esposa e mãe mas acabou por substituí-los também por outros. Também estes devem ser rebatidos. Numa sociedade livre e pluralista, cada um assume o seu papel como muito bem entende. É preciso permitir às mulheres e aos homens viver as suas diferenças como muito bem desejarem. Cada mulher constrói a sua liberdade à sua maneira. Ser-se mãe ou ser-se esposa é uma afirmação de diferença em liberdade.

Actualmente é a própria igualdade como objectivo que está a ser posta em causa. Na verdade, a igualdade *formal* pode excluir a ideia de protecção ou de tratamento especial para as mulheres, mas não a igualdade *material* ou de *resultado*. Muitas vezes será preciso afastarmo-nos da igualdade para conseguirmos a equidade. É que a igualdade de tratamento pressupõe que as pessoas sujeitas às normas estejam fundamentalmente na mesma posição; mas, se não é esse o caso, o resultado da aplicação da regra da igualdade pode ser a desigualdade: se as pessoas estão à partida diferentes, podem requerer tratamentos diferenciados para acabarem iguais. Neste contexto ouve-se hoje falar na necessidade da *discriminação positiva da mulher*. A solução para este problema passa pela resposta à seguinte pergunta: queremos igualdade entre homens e mulheres ou queremos justiça para duas maneiras de ser pessoa fundamentalmente diferentes?

Vou indicar apenas algumas das consequências do princípio da igualdade na regulamentação das relações familiares.

No que diz respeito às relações conjugais, o princípio da igualdade conduziu, na Reforma do Código Civil levada a cabo em 1977, à abolição do poder marital, da figura do «chefe da família». Consagrou-se também a igualdade em matéria de administração de bens, de escolha de profissão, de legitimidade para fazer e administrar depósitos bancários, ou para contrair dívidas. Levou, finalmente, à instituição do princípio da direcção conjunta da família. «Há dois capitães a bordo», dizem os holandeses. É importante sublinhar que a lei não confere este poder aos cônjuges para estes o exercerem no seu interesse egoístico. A co-direcção constitui uma função, está ordenada a um fim que é o «interesse da família». Este interesse é o critério que permite resolver as situações conflituais entre os co-directores. Na verdade, se se estabelece a regra da paridade dos cônjuges, ou há unanimidade ou se produz um empate; haverá que outorgar o poder decisório a uma outra autoridade, extra familiar, normalmente ao poder judicial, sacrificando a unidade da família ao princípio da igualdade. Entre nós o juiz é realmente chamado a resolver certos conflitos entre os cônjuges, por exemplo, quando estes não chegam a acordo quanto à escolha da residência, quanto ao cumprimento do dever de assistência, quanto à privação do uso do nome em caso de divórcio. No que diz respeito às decisões relativas aos filhos, quando os pais não chegam a acordo quanto ao nome do filho, quanto ao exercício do poder paternal em questões de particular importância ou quanto ao destino destes em situações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, é o juiz quem tem a última palavra. No divórcio por mútuo consentimento, o juiz aprecia os acordos que os cônjuges lhe apresentam em matéria de alimentos, casa de morada de

família e alimentos e pode alterá-los. No divórcio litigioso, o juiz decide acerca da casa de morada de família.

A minha opinião é a de que a intervenção do juiz, tal como está prevista no nosso sistema, põe em causa a autonomia da família. Com efeito, o recurso a noções vagas como o «interesse da família» ou o «interesse do menor», deixa ao juiz uma margem de manobra considerável e representa uma ingerência perigosa em matérias tão pessoais como, por exemplo, a educação de um filho. Esta consideração não basta, na minha maneira de ver, para proscrever de todo em todo a intervenção do juiz em matéria de resolução de conflitos familiares. O «interesse da família» é, com certeza, uma noção subjectiva e pessoal que varia segundo cada grupo familiar considerado. Será exagero afirmar, como certa autora francesa, que existe uma certa «incompatibilidade de feitios» entre o direito e a família e que são até duas realidades «antinómicas» na medida em que o direito só intervém «quando a família se porta mal». Isto seria talvez confundir o judiciário com o jurídico, pois, se é verdade que as famílias felizes raramente têm que recorrer à justiça, não escapam no entanto à tutela do direito.

A concessão de certos poderes ao juiz relativamente a estas questões parece-me necessária e até benéfica, visto que a magistratura é, por vocação, destinada a interpretar os textos legais e a defender as liberdades individuais, gozando, além disso, de um estatuto de independência e de isenção.

Contra a intervenção do juiz na família tem-se dito, por outro lado, que não é necessária para actuar o princípio da igualdade, visto que o número de mulheres que, enfrentadas com a questão de se submeter à decisão do marido ou recorrer ao juiz, opte pela segunda, será sempre reduzido, ou pelo menos estará sempre condicionado pelo meio social e pelos recursos económicos. No entanto, esta faculdade terá ainda assim uma importante função pedagógica e publicitária, na medida em que manifesta a ideia de que a mulher não está necessariamente submetida ao marido e ao seu governo, pois tem à sua disposição um meio para se revoltar. Importa fazer notar que esta rebelião poderá ser um pobre remédio, pois, em regra não servirá para aumentar a sua participação no governo da família, antes dará lugar a uma definitiva destruição de toda a possibilidade de convivência. Na realidade, a autoridade judicial não pode realizar a igualdade dos cônjuges no governo da família, impondo ou fortalecendo a participação conjunta. A única coisa que pode fazer, quando não há acordo, é salvaguardar a autonomia dos membros da família. A ausência de acordo na família manifesta normalmente alguma crise. Se a família não encontra em si mesma motivos de unidade e solidariedade, não haverá Estado ou juiz que lhos consiga impor.

É imperioso, no entanto, alterar a forma de intervenção judicial na família e considerar tal intervenção como um recurso extremo ao qual só se deve chegar em casos excepcionais. Ao juiz não deve ser pedido que encontre a solução para conflitos concretos mas que entregue o poder de decisão sobre determinadas questões a um dos cônjuges. Por exemplo: os cônjuges não se entendem sobre o nome a dar ao filho. Penso que o juiz não deve ser chamado a decidir se o nome a dar deve ser o proposto pela mãe ou o proposto pelo pai ou ainda um terceiro, supostamente considerado por ele mais consentâneo com o *interesse do filho*.

Depois de obviamente ter tentado conseguir um acordo, o juiz vai entregar para o futuro o poder de tomar decisões sobre o filho ou a um, ou a outro, dos progenitores. Ou seja, a lei deve advertir os cônjuges de que, no caso de não serem capazes de chegar a acordo sobre algum assunto e tiverem de pedir a intervenção do juiz, ele limitar-se-á, tendo em atenção determinados critérios (por exemplo, o comportamento dos cônjuges, a prática familiar anterior, o costume familiar ou a justificação aduzida para a sua alteração) a atribuir o poder de decisão a um deles. Essa solução terá duas vantagens: a primeira é a de não implicar uma substituição da família pelo juiz. A segunda, é a de funcionar como incentivo à busca de uma solução concertada.

RITA LOBO XAVIER

## Bibliografia

### Filosofia. Psicologia

SIMON, René — *Étique de la responsabilité*. Paris: Les Éditions du Cerf, 1993. 354 p. Recherches morales: Synthèses.

«Cansada de esperar que Teseu saísse do labirinto, cansada de vigiar o seu passo igual e de reencontrar a sua cara entre todas as sombras que passam, Ariana acaba de se enforçar. No fio amorosamente entrançado da identidade, da memória e do reconhecimento, o seu corpo pensativo roda sobre si mesmo. De amarras soltas, Teseu, não dá porém sinal de si. Corredores, túneis, caves e cavernas, encruzilhadas, abismos, relâmpagos tenebrosos, trovões subterrâneos: ele avança, coxeia, dança, salta.

Na sábia geometria do labirinto habilmente centrado? Não, mas ao longo do dissimétrico, do tortuoso, do irregular, do montanhoso e a pique» (Michel Foucault. *Le Nouvel Observateur*. 1969, 229, p. 36).

Depois do desmembramento dos véus que eram as evidências das concepções do mundo ou das ideologias mobilizadoras, como o marxismo, a questão ética irrompeu na conjugação de factores como o choque de culturas e religiões, a secularização, o nivelamento de valores, que antes constituíam consenso, devido ao individualismo, com a consequente perda de autoridade das instituições que enunciavam as normas morais; no entanto é na domesticação técnico-científica da natureza e na possibilidade real de destruição, de maneira irreversível, dos frágeis equilíbrios da ecosfera, da biosfera e dos seus mútuos condicionamentos que se encontra o âmago da obra de René Simon. Reconhece-se aqui imediatamente a argumentação de Hans Jonas: «a dominação da natureza conduz à dominação daquilo que nós aprendemos a dominar. Atingimos o limiar onde essa dominação se pode tornar em fatalidade» (*Le Principe responsabilité*. Paris: Cerf, 1990, p. 202). O êxito da publicação do livro de Hans Jonas é revelador da gravidade destes problemas e da progressiva tomada de consciência que implicam. A questão ética surge assim no ponto de encontro destes factores e da mutação que quer provocar.