



AS CONCEPÇÕES INSTITUCIONAIS E AS CONCEPÇÕES INTER-INDIVIDUAIS DO CASAMENTO

J. Antunes Varela

I. SITUAÇÃO HISTÓRICA DO PROBLEMA

1. *O casamento como acto jurídico (momentâneo) e o casamento com relação pessoal e patrimonial (perpétua) entre os cônjuges.*

A terminologia jurídica, seja como reflexo da etimologia e da evolução semântica dos vocábulos que mobiliza, seja como resultado da transformação intrínseca dos institutos que retrata, a cada passo assume aspectos interessantes que vale a pena anotar.

O termo *obrigação*, por exemplo, serviu durante séculos para designar o *vínculo jurídico* que prende a pessoa adstrita a um *dever específico de prestar* ao titular do *poder de exigir a prestação*, independentemente do *facto* de que brota a relação¹. A partir de certa época, porém, à medida que a doutrina foi desvendando as múltiplas *situações acessórias* que gravitam dentro da órbita de cada direito de crédito isolado, o vocábulo *obrigação*, sem abdicar do seu primitivo sentido, passou a compreender também toda a *relação complexa*, derivada de cada um dos factos (categoriais) típicos que lhe servem de fonte, com o multiforme cortejo de *poderes, deveres, ónus, expectativas* e

1. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, na *Revue trimestrielle de droit civil*, XXXV (1936), pág. 1 e ss.; GOMES DA SILVA, *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa, 1943, n.5, pág. 18 e ss.



nexos de *outro perfil dogmático* que germinam dentro dela, ao longo de toda a sua existência, por mais duradoura que ela seja²

Na doutrina moderna, a *obrigação* tanto cobre, com efeito, o *vínculo jurídico simples* pelo qual o vendedor pode exigir do comprador a entrega das espécies monetárias constitutivas do preço, como abrange a *relação bilateral e complexa* nascida do contrato de compra e venda, com toda a série de *poderes, deveres, ónus, estados de sujeição* ou *expectativas* a que a execução do negócio venha a dar lugar.

Fenómeno em certos aspectos semelhante ocorre com a expressão *direito real*, depois de um percurso bastante diferente na evolução histórica dos conceitos jurídicos³.

De criação medieval e de elaboração ainda mais tardia, os *direitos reais* serviram apenas, durante muito tempo, para, sem um estudo substancial em profundidade da figura, referir as diversas *formas* estereotipadas de manifestação da *propriedade* (*genericamente* concebida) sobre as coisas móveis ou imóveis⁴, limitada aos chamados *direitos reais de gozo*. Actualmente, cada *direito real* corresponde a um *estatuto global típico* dos diferentes *poderes de soberania* sobre as coisas do mundo exterior, cabendo nesse *estatuto legal*, subordinado ao princípio do *numerus clausus*, não apenas direitos de carácter *absoluto*, mas também verdadeiros *direitos de crédito* pela sua *estrutura, ónus jurídicos, estados de sujeição* e *meras expectativas*, subordinadas ao poder fundamental do titular. Outros vocábulos há, como o *modo* ou *encargo*, implantado no sector das *liberalidades*, que, cativos da imprecisão das suas coordenadas linguísticas de

2. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 4ª. ed., 1, Coimbra, 1982, n. 9, pag. 54 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 12ª. ed., I, München, 1979, § § 1; 2, I e VI.

3. PUGLIESE, *Diritti reali*, ns. 2 e ss., na *Enciclopedia del diritto*; GIORGIANNI, *Diritti reali (Diritto civile)*, *Novissimo Digesto Italiano*; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos reais*, Lisboa, 1971, pag. 13 e ss.

4. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, Coimbra, XI, anot. aos arts. 2167ª a 2170ª do Código Civil português de 1867, com uma crítica muito viva e certa à terminologia imperfeita e à sistematização bastante precária da Parte III do Código, nominalmente consagrada ao *Direito de propriedade*; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob.cit.*, n. 3, pag. 17 e ss.



origem, ainda hoje não desfrutam de um seguro *lugar ao sol* no plano sistemático do Direito⁵.

O termo *casamento* tem de igual modo na literatura jurídica lusitana, tal como o seu homólogo *matrimónio* na linguagem castelhana e no idioma italiano, uma *história própria* para contar.

Casamento é, em primeriro lugar, o nome dado no direito ao *acto* solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente constituem entre si *umna plena comunhão de vida*.

A esse *acto jurídico* se referem os artigos 1587º a 1670º do Código Civil português e é esse o sentido da expressão que transparece na linguagem corrente, quando se diz que A e B realizam hoje o seu *casamento*, que C e D celebraram *casamento* há três ou mais anos ou que os irmãos, quer bilaterais, quer unilaterais, *não podem casar* entre si.

Mas a expressão abrange também a *situação jurídica duradoura* resultante da celebração do *acto*, à semelhança do que em tal aspecto também sucede, como vimos, com o termo *obrigação*⁶.

É esse o sentido herdado da velha distinção romanista entre o *matrimonium in fieri* e o *matrimonium in facto esse*, que também na linguagem corrente frequentes vezes se emprega, ao declarar-se que o *casamento* de E e F dura há vinte ou mais anos ou que o *casamento* deles acaba de ser dissolvido por divórcio. E na mesma acepção se proclama, na versão actual do artigo 1671º do Código Civil português, que o *casamento* se baseia na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

A palavra *casamento* tanto serve assim, quer na linguagem corrente, quer no vocabulário técnico do Direito, para referir o *acto* solene culminado pelo *sim* que os nubentes trocam entre si

5. ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito do modo*, Coimbra, 1955, pág. 1 e ss...

6. ANTUNES VARELA, *Direito da família*, Lisboa, 1982, n. 47, pág. 259; FINOCCHIARO, *Matrimonio civile*, n. 2, na *Enciclopedia del Diritto*; e, na civilística espanhola, por todos, DIEGO ESPIN, *Manual de derecho civil español*, 3ª. ed., IV, 1972, pág. 17, ao distinguir entre o *matrimonio como acto* e o *matrimónio como vínculo ou estado conjugal*.



em resposta à pergunta sacramental do sacerdote ou oficial do registo, como para designar a *situação jurídica* resultante do acto matrimonial, que fica a unir os cônjuges, em princípio perpétuamente.

2. O casamento-instituição

Não é, todavia, o casamento como *acto jurídico (momentâneo)* entre duas pessoas de sexo diferente, nem como *relação jurídica perpétua* entre os cônjuges, que nesta breve exposição se pretende examinar. O aspecto do *regime matrimonial* que especialmente interessa focar e submeter a debate, na *fase actual* da evolução do direito da família dentro dos sistemas europeus, é o do casamento como *instituição*.

Ao proclamarem que o casamento é uma *instituição*⁷, os autores (independentemente da concepção ideológica em que assentem a sua tese) têm, por via de regra, uma dupla ideia em mente.

A primeira é a de que, acima dos milhares de casamentos celebrados todos os anos em cada país, há um *modelo* ou *tipo de organização social*⁸, de carácter *abstracto* ou *ideal*, mas

7. Vide, por todos, MULLER-FREIENFELLS, *Ehe und Recht*, Tubingen, 1962, pág. 58 e ss.; CARBONNIER, *Droit civil*, 2, *La famille, les incapacités*, 11^a. ed., 1979, n. 5, pág. 28; H. LEHMANN, *Deutsches Familienrecht*, 3^a ed., aumentada e melhorada, Berlim, 1960, § 2, II, pág. 9 e ss.; § 2, VI, pág. 14 e 16; WEINKAUF, *Zwang zur Ehe?* (resposta polémica a E. WOLF), na *Juristenzeitung*, 1968, pág. 15; LARENZ, *Zur «Institution Ehe»* (resposta polémica ao mesmo escrito de WOLF, na *Juristenzeitung*, 1968, pág. 96; BEITZKE, *Familienrecht*, 21^a ed., Munchen, 1980, pag. 27, ISELE, *Zwischenbilanz des neuen eheseidungsgesetzes* no *Archiv für die civilistische Praxis*, 1495 (1939), pág. 25 e BOUVIER, *Law Dictionary*, pág. 758 («*the better opinion appears to be that marriage is something more than a mere civil contract. It has been variously said by different writers to be a status, or a relation, or an institution*»).

8. Na doutrina, sob a influência da construção clássica de HAURIOU, liga-se geralmente o conceito de *instituição* à ideia da *organização social* (da *associação de pessoas* ou do *complexo de bens*) adstrita a certo fim. Mais longe vão a *finis intuitio* e a *Weltanschauung* de FEDERICO DE CASTRO (*Derecho civil*



nem por isso menos *real* ou *objectivo*, a que os casamentos reais correspondem no plano das realizações concretas e no qual os nubentes voluntariamente se integram ao celebrarem o acto⁹.

Esta *instituição modelo*, o *casamento-padrão*, não se identifica, no pensamento de alguns autores, com o *instituto jurídico* do casamento, que é a simples representação abstracta da disciplina ou regulamentação da relação matrimonial formulada no direito positivo¹⁰, enquanto o *casamento-instituição* corresponde a uma organização social *ideal* que paira acima do direito constituído¹¹

A segunda ideia subjacente à *tese institucionalista* é a de que a definição da disciplina jurídica da relação matrimonial, cada vez mais refractária é intervenção dos instrumentos coerci-

de España, Madrid, 1984, II, pag. 10 e ss., especialmente n. 6, pag. 32-33), ao insistir desenvolvidamente no *sentido* e *valor institucional* da *pessoa humana*. A *pessoa* é uma *instituição* significa que ela vale socialmente *por si mesma*, em função da sua *eminente dignidade*, como fim em si própria, antes e independentemente do seu enquadramento coercivo ou natural na ordem jurídica.

9. É esse o sentido do carácter *institucional* do casamento sublinhado por MULLER-FREIENFELS (*ob.cit.*, pág. 63 e ss.), ao distinguir entre o *instituto jurídico* do casamento e o *casamento-instituição*; e esse parece ser também o sentido aceite por WEINKAUF e por LARENZ, na discussão polémica com WOLF, embora LARENZ, que considera o casamento como uma *Ordnung*, não chegue a distinguir entre o *instituto* do casamento (o complexo de normas definidoras do regime da relação matrimonial em abstracto) e a *instituição* jurídico-social do casamento. «A palavra *instituição*, escreve LARENZ (*loc.cit.*, pág. 97), em sentido jurídico corrente, nada mais significa em minha opinião do que uma *organização* que coloca certas exigências àqueles que (voluntariamente, no caso do casamento) nela ingressam e os protege em determinadas expectativas».

10. Sobre a distinção entre a relação jurídica concreta, a relação abstracta e o instituto jurídico, *hoc sensu*, vide, por todos, MANUEL ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, Coimbra, I, 1960, n. 2, pág. 5.

11. Numa *posição intermédia* especial se situam os autores que localizam a *instituição matrimonial* na *realidade social concreta* proveniente do casamento, no *grupo familiar* assente sobre o matrimónio. Esse parece ser o sentido implicitamente aceite por CARBONNIER (*ob.e loc. cits.*), quando afirma que, «numa concepção mais moderna, se representa o casamento como uma *instituição*; quer-se dizer com isso um todo orgânico, uma espécie de corpo social que ultrapassa as vontades individuais».

E a mesma ideia do *institucionalismo concreto* parece pairar no pensamento de BEITZKE (*Familienrecht*, 21ª. ed., § 6, pag. 27), ao insistir em que «o casamento se não esgota, porem, nas relações bilaterais dos cônjuges; ele é, pelo contrário, ao mesmo tempo, célula fundamental do organismo social».



vos próprios do sistema estadual, cabe em larga media à tal *organização social padrão*, à *instituição social* do casamento. O legislador coibe-se justificadamente, mais no domínio das relações familiares do que em nenhum outro sector do direito, de ditar a solução aplicável aos vários tipos de conflitos que podem suscitar-se entre os cônjuges ou entre os cônjuges e os filhos.

É precisamente na intenção de realçar este fenómeno em certo grau peculiar das *relações familiares* em geral, e não apenas do *casamento*, que em muitos manuais se ensina ser o direito da família um ramo de direito *vincadamente institucional*¹².

3. Golpes desferidos na concepção institucional pela doutrina e pela legislação nas décadas de 70 e de 80:

A) O carácter inter-individual da relação comunitária matrimonial

No final da década de 60 desencadeou-se, entretanto, na literatura jurídica alemã e, da Alemanha, a breve trecho se propagou à generalidade dos países do Ocidente europeu, um movimento de aberta reacção contra o *modelo* cristão tradicional da sociedade conjugal, assente na *diferenciação natural* e na *recíproca complementaridade* dos sexos.

12. A ideia de que a disciplina da instituição não vem de fora da organização que lhe serve de apoio, mas nasce no próprio seio dela, é um dos traços comuns que MULLER-FREIENFELS, (*ob.cit.*, pag. 74), tendo os olhos especialmente postos no caso particular do casamento, descobre no pensamento institucionalista: «...*die Ordnung nicht von aussen an die Institution herangezogen wird, sondern dass die Institution nach eigenen Gesetzen lebt, die sich allein aus ihren Wesen ergeben*». E, na mesma linha de pensamento, tendo em vista a *generalidade* das instituições, proclamara antes, em termos não menos categoricos, o patriarca da doutrina, que «*le véritable élément objectif du système juridique c'est l'institution*» e que «*ce sont les institutions qui engendrent les regles du droit... ce ne sont pas les regles du droit qui font les institutions*» (M. HAU-RIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, 1925, pág. 44).



É curioso observar que o baluarte da teoria matrimonial mais alvejado pelos ataques demolidores da antiga organização familiar foi precisamente o do carácter *institucional* do casamento, com os corolários mais importantes que dele decorriam.

O primeiro objetivo visado por certa corrente doutrinária, dentro do plano estratégico aparentemente concertado para o efeito, foi o de afastar a *singularidade específica* das relações familiares, como primeiro passo para a destruição do *mito* da *institucionalidade*, quer do casamento, quer da família.

As relações familiares ou viveriam fora da cidadela do direito e não são relações jurídicas¹³, ou nasceriam dentro dos muros da ordem jurídica, como a obrigação de alimentos por exemplo, e seriam relações como quaisquer outras de espécie análoga, não passando assim de um verdadeiro *mito* a *instituição* que, situada fora do direito constituído, pretende fixar o seu regime jurídico.

Todos reconhecem, por certo, que o *estado de casado*, resultante do casamento, não releva apenas na esfera jurídica dos nubentes, entre os quais estabelece uma verdadeira *relação comunitária* de interesses, que inclusivamente se reflecte na posição recíproca de sucessores *mortis causa* um do outro. A posição adquirida com o casamento estende ainda os seus efeitos aos *parentes* de cada um dos cônjuges, mediante os novos *laços de afinidade* com eles criados, e bem assim a terceiros, que lidam doravante com *duas pessoas casadas* e não com as pessoas solteiras, viúvas ou *divorciadas* que os cônjuges eram antes do acto matrimonial¹⁴. Mas o *carácter absoluto* do *estado*

13. Assim sucede, no entender da nova corrente, com a generalidade dos deveres que tradicionalmente integram a comunhão plena de vida entre os cônjuges, designadamente com o dever de coabitação (débito conjugal). Vide *infra*, II.

14. Com a resposta afirmativa dos nubentes à pergunta do oficial do registo, escreve por exemplo PAWLOWSKI (*Das Studium der Rechtswissenschaft, Eine Einführung in das Wesen des Rechts*, Tübingen, 1969, pág.299), um dos mais qualificados arautos da nova corrente, «modifica-se não apenas a relação jurídica dos nubentes entre si, mas também a situação jurídica deles em face dos restantes cidadãos (*Rechtsgenossen*)». Em virtude da comunhão instituída pelo casamento, é que qualquer dos cônjuges pode alterar livremente o seu nome de



de casado não impede, no entender dos autores, que as relações dos cônjuges, quer entre si, quer com os filhos, quer com terceiros, sejam meras relações *inter-individuais*.

A própria separação entre assuntos ou negócios *comuns* e assuntos ou negócios *pessoais*, que a comunhão matrimonial não apaga na esfera jurídica dos cônjuges¹⁵, não será diferente da que ocorre com o sócio ou gerente da sociedade ou com o membro da associação ou corporação, dotada ou não de personalidade jurídica autónoma, também obrigados a distinguir entre os actos praticados a *título individual* e os realizados como integrantes do *núcleo social* a que pertencem ou estão afectos. E na gestão dos interesses comuns são os *nubentes* —ambos eles ou um em representação ou também no interesse do outro— quem *age como sujeitos* da relação. O tal *núcleo comunitário* distinto das pessoas singulares que são os cônjuges, que dava na antiga doutrina pelo nome de *instituição matrimonial*, é realidade que não existe¹⁶.

4. Continuação

B) A deslocação do centro de gravidade do divórcio para a frustração objectiva do casamento

A segunda ferida aberta pela própria legislação nas concepções *institucionais* do casamento prende-se com a sua dissolução

registo (ou de baptismo) para adoptar os apelidos do outro (e constituir o *nome comum* do casal) e contrair *dividas* capazes de responsabilizarem o património do *outro cônjuge* ou o *património comum*, formado por contribuições de um e outro.

15. É muito expressiva a esse respeito, embora num plano estritamente *existencialista* (ainda não *normativista*), a imagem dada por CARBONNIER (*ob. cit.*, n.34, pág.103) nesta frase lapidar: *nême lit réves différents*. Transplantada para o plano normativo, a imagem quer significar que a comunhão de vida matrimonial não deve eliminar a liberdade individual dos cônjuges (as liberdades essenciais de cada um deles, como cidadão).



pelo *divórcio* e pode dividir-se em duas fases sucessivas, a segunda das quais se não encontra ainda inteiramente consumada.

Os defensores da concepção *institucional* do casamento, compreensivelmente presos aos valores *supra-individuais* que dominam o matrimónio¹⁷ e ao ditame cristão de que *não deve o homem separar o que Deus uniu*, sempre purgnaram pelo *princípio da indissolubilidade*, que durante séculos constituiu a regra de ouro dos sistemas da Europa ocidental. As exceções abertas mais tarde ao princípio transcendente da indissolubilidade baseavam-se apenas nas *faltas mais graves, nominadas ou tipificadas*, de qualquer dos esposos contra os deveres conjugais, como fossem o adultério, o abandono do lar, as sevícias e as injúrias graves ou a tentativa de homicídio, e funcionavam somente a *requerimento do cônjuge ofendido*, como uma espécie de *sanção* contra o cônjuge infractor.

Em posição diametralmente oposta, retomando com afínco o velho pensamento luterano de que o *casamento*, longe de ser uma *instituição divina*, é um *negócio puramente mundano* ou *temporal*, muitos autores modernos advogaram a *dissolução* do matrimónio, não como uma *excepção*, mas como um corolário natural do carácter *humano* da relação matrimonial e como uma *válvula de escape* essencial aos estados de tensão ou de saturação inevitáveis em todas as relações jurídicas, como o matrimónio, de *duração indefinida*.

Assim nasceu e se tem gradualmente desenvolvido a ideia do *divórcio-remédio* (como única terapeutica jurídica adequada aos

16. «Os outros indivíduos só podem tratar com esta comunhão (refere-se à comunhão conjugal) através dos membros dela (os cônjuges)»: PAWLOWKI, *ob. cit.*, pág.299. Para WOLF (*Zwang zur Ehe*, na *Juristenzeitung*, 1967, p.659) o recurso à ideia da instituição matrimonial não passava de uma mentira de propaganda política e de uma palavra vazia de conteúdo.

17. Nessa linha de pensamento tradicional da ygreja, poude a Comissão Episcopal espanhola escrever, numa síntese feliz, que «a estabilidade inerente ao vínculo matrimonial é um valor (un bien) sumamente importante para a vida afectiva dos esposos, para a firmeza da família e, ao mesmo tempo, um elemento integrante fundamental do bem comum da sociedade», acrescentando que «o divorcio vincular põe emperigo estes bens; é, por si mesmo, um mal para a sociedade».



casos da *falência* ou da definitiva *frustração* do casamento¹⁸, ao lado do *divórcio-sanção*.

Assim se facilitou o recurso ao *divórcio por mútuo consentimento* (ao qual sempre se manifestaram hostis as legislações de raiz germânica e de inspiração luterana ou calvinista), ao mesmo tempo que se *ampliou* o seu campo de aplicação, com a justificação de que o *acordo* previne o lavar de roupa suja entre os cônjuges desavindos, próprio do divórcio litigioso. E assim se inverteu em alguns países o sinal da preferência do legislador entre a *dissolução contenciosa* e a *dissolução consensual* do vínculo matrimonial.

Esta primeira fase da evolução das causas de dissolução do matrimónio — caracterizada, em termos gerais, pela *coexistência*, no mesmo sistema, do *divórcio-sanção* e do *divórcio-remédio* e pela maior abertura da lei ao *divórcio-consensual*, com a consequente subalternização do *divórcio litigioso* — encontra-se hoje largamente preenchida, embora em termos bastante variáveis nos seus traços secundários¹⁹, mesmo na legislação dos países de mais arreigadas tradições católicas, como a Itália, a Espanha, Portugal e a França.

Em Itália, num sistema híbrido difícil de caracterizar, o divórcio foi consagrado pela chamada Lei (nº 898) Fortuna-

18. Notam, entretanto, alguns autores que não há um salto brusco do antigo sistema da culpa para o novo regime do divórcio baseado na *ruptura definitiva* das laços matrimoniais. É que já no antigo regime não bastavam a *existência* e a *gravidade* da *falta imputada a um dos cônjuges* para justificar a concessão do divórcio. Era ainda necessário que a falta tivesse comprometido definitivamente a convivência entre os cônjuges. Já então era essencial, noutros termos, que houvesse *ruptura definitiva* do casamento. Cfr. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, 3ª ed., Munchen, 1980, § 24, III, pág.265. Esta coincidência não apaga, entretanto, as *diferenças fundamentais* entre os dois sistemas, à cabeça das quais se deve colocar a norma de que, no sistema da culpa, só o cônjuge inocente pode invocar a falta, como fundamento do divórcio, contra o cônjuge infractor.

19. Poderá alegar-se que algumas diferenças substanciais persistem ainda entre os sistemas europeus que, a partir da década de 70, procederam à revisão do seu direito da família, como o resultante, por exemplo de o direito alemão continuar a não admitir o divórcio por mútuo consentimento. Mas a verdade é que da presunção de ruptura definitiva do casamento descrita no § 1565, I, até ao divórcio consensual não vai, na prática, distância apreciável. Cfr. GERNHUBER, *ob. cit.*, § 24, III, 4, pág.267.



Baslini, de 1 de Dezembro de 1970, depois de uma série de plebiscitos sobre o tema da indissolubilidade, que abriram feridas profundas na consciência da população. Na França, foi a Lei nº 617 de 11 de Julho de 1975 (integrada pelo Decº de 5 de Dezembro de 1975) que instituiu um regime típico *tripartido*, em que lado a lado se aceitam o divórcio por mútuo consenso, o divórcio por virtude da ruptura da vida em comum e o divórcio-sanção baseado na violação grave dos deveres conjugais. Híbrido é também, no que se refere à aceitação do *divórcio consensual*, o sistema fixado em Espanha, através da Lei nº 30, de 7 de Julho de 1981, que não admite a formulação directa do pedido de dissolução por ambos os cônjuges como causa imediata do divórcio. É típico dos novos tempos é ainda o regime consolidado em Portugal com a reforma do Código Civil de 1977, onde funcionam lado a lado os princípios da *culpa* e da *frustração objectiva* ou da *ruptura definitiva* do casamento e onde a *dissolução consensual* tomou nitidamente a dianteira à *dissolução litigiosa*^{20 21}.

Uma segunda fase evolutiva ficou ainda pairando, entretanto, na imanência lógica das novas *teorias divorcistas*, sobre a legislação reguladora da dissolução do casamento²².

Tem-se insistido bastante, com efeito, na tese de que os deveres dos cônjuges cuja violação gera o divórcio-sanção não constituem verdadeiros *deveres jurídicos*, alguns deles (como o *dever de fidelidade* ou *de sinceridade*) por não estarem sujeitos às medidas de coerção próprias dos *vínculos dessa natureza*, outros (como o *dever de coabitação* ou o *dever de cooperação*) por não constituírem mesmo *deveres de qualquer natureza*, em face da ênfase que as novas Constituições vieram dar às *liberdades e garantias* individuais.

E essa nova linha individualista de pensamento, se vier a fazer carreira nas assembleias legislativas, tenderá naturalmente

20. Cfr. artigo 1407º, nºs 2 e 3, do Código de Processo Civil.

21. Vide sobre toda a evolução do direito comparado su nea désisa o realto minucioso e a crítica doutrinária certaíra da excelente monografia de GARCIA CANTERO, *El divorcio*, Madrid, 1977, pág. 6 e segs.

22. É a fase abertamente preconizada, entre outros, por WOLF (*Ehe, Zerrütung und Verschulden*, na NJW, 1968, pág.1502).



a suprimir de vez a área do *divórcio-sanção*, a eliminar todas as sequelas da ideia da *culpa* na decretação e no regime do divórcio, e a assentar toda a problemática da dissolução do matrimónio, em vida dos cônjuges, sobre a ideia objectiva da *frustração inicial* ou *superveniente* do casamento.

5. Continuação

C) *A destruição do modelo tradicional da sociedade conjugal*

E vem, por fim, o golpe aparentemente mais grave nas concepções *institucionais* do casamento, porque desferido no próprio «*santuário*», ou seja, no *reduto central* da relação matrimonial.

Durante séculos, a imagem *institucional* do casamento andou indissolúvelmente ligada à sociedade conjugal assente na *diferenciação natural* e na *relação de complementaridade* dos sexos. A diferenciação natural dos cônjuges exprimiram-na a tradição, os costumes e as leis da época, sobre o plano jurídico, na atribuição ao marido do *poder de decisão* nos assuntos de interesse comum (sob o nome enganador da *chefia marital*) e na entrega à mulher do chamado *governo doméstico* (*die Schlüsselgewalt*), incluindo neste a educação dos filhos na idade pré-escolar.

Com a emancipação económica da mulher na nova sociedade industrial (de serviços), o peso crescente do eleitorado feminino nas deliberações democráticas da comunidade estadual e a invasão progressiva dos diferentes sectores da vida social pelos quadros da *praxis política*, facilmente se chegou à proclamação constitucional da tese da *igualdade jurídica dos cônjuges*, só num ou noutro caso timidamente sombreada pelas diferenças inerentes à condição dos sexos.

Dai até à *eliminação do modelo tradicional da sociedade conjugal* foi um passo —apenas o tempo necessário para que o



legislador pudesse extrair, no plano da legislação ordinária, a conclusão silogística das premissas aceites na esfera superior da Constituição.

«Na nossa sociedade pluralista, escreve a pena insuspeita de BEITZKE²³, nenhum modelo determinado de casamento se encontra fixado; os cônjuges é que têm de fixar o seu papel no casamento por meio de acordo bilateral (§ 1356)».

O mais curioso é que o peso emocional da evolução política subjacente à proclamação do novo princípio deixou apenas abertas as portas de lei à *faculdade* de *os nubentes* —cada par de nubentes, cada casal— *fixar livremente*, e *quase livremente alterar*, o regime jurídico da sua comunhão de vida, sem sequer fixar o *modelo supletivo*, destinado a vigorar na *falta de opção específica* dos nubentes.

Como estes não fazem entretanto nenhum uso da faculdade que a lei lhes concedeu, dir-se-ia que o resultado prático da nova situação é viverem os novos casais sem nenhum *estatuto legal definido*— sem *acordo* dos nubentes sobre a matéria e *sem regime*, nem *imperativo*, nem *supletivo*, definido na lei.

II. A SUBSTÂNCIA INSTITUCIONAL DO CASAMENTO

6. *Apreciação crítica das objecções movidas às concepções institucionais do casamento:*

A) *A bilateralidade e a institucionalidade*

Sacrificado nas aras do néo-individualismo agnóstico da década passada o *princípio da indissolubilidade* do próprio

23. *ob. e ed. cit.*, § 6, pág. 27.



matrimónio concordatário, nos países em que ele existia, e destruído o *modelo cristão tradicional* do casamento, assente na ideia da *complementaridade* dos sexos, cabe naturalmente ao jurista perguntar que resta afinal da *concepção institucional do casamento*, no meio dos escombros da antiga legislação.

A pergunta tem perfeito cabimento e flagrante oportunidade, porque há em toda a controvérsia sobre o carácter institucional do matrimónio uma série de erros doutrinários, de confusões e sobretudo de omissões que importa corrigir.

A primeira das ideias falsas involuntariamente postas a correr por alguns autores é a que advém do dilema formulado sobre a natureza inter-individual ou institucional da relação matrimonial, como se os dois termos da qualificação fossem incompatíveis entre si.

Os canonistas há muitos séculos afirmam a natureza *contratual* do *acto* matrimonial, referindo-se ao casamento *in fieri*²⁴, ao mesmo tempo que reconhecem o carácter *institucional* do matrimónio, tendo especialmente em vista o casamento *in facto esse*.

Mas, quanto à própria *relação matrimonial*, o facto de derivarem dela, como incontestavelmente sucede, inúmeros direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, destinados a satisfazer *interesses puramente individuais*, quer na zona dos direitos pessoais, quer na área dos interesses patrimoniais²⁵, não colide de

24. A afirmação de carácter contratual do casamento, ou seja, do casamento como contrato (especial) teve por principal objectivo a cobertura jurídica de dois pontos: 1º o de que o consentimento essencial à validade do acto procede dos sujeitos da delação (os nubentes) e não dos pais ou representantes legais de cada um deles; 2º: o de que a capacidade para a realização deste contrato, considerada a sua natureza especial, atende não só à maturidade espiritual necessária à compreensão dos seus efeitos, mas principalmente ao desenvolvimento físico indispensável à plena comunhão matrimonial de vida. Assim se explica que, não obstante a repersussão excepcional do casamento na vida pessoal e patrimonial de cada um dos nubentes, a capacidade matrimonial seja fixada, por via de regra, numa inferior àquela em que se atinge a maioridade.

25. Basta pensar, quer no *direito potestativo* do cônjuge ofendido a requerer a *dissolução do casamento*, por violação grave dos deveres matrimoniais cometida pelo outro, quer nos inúmeros *direitos de disposição e administração de qualquer dos cônjuges sobre os seus bens (próprios)*, nos regimes de *separação*).



modo nenhum com a afirmação do casamento como *instituição*, noutros domínios da *complexa* relação matrimonial.

Para o casamento constituir sem dúvida uma *instituição*, bastará que o *casal*, a *sociedade conjugal*, a *família* reduzida a uma das suas expressões mais simples, que é a do *matrimónio sem filhos*, forme um *núcleo social*, como tal juridicamente relevante. Não é necessário que o *núcleo matrimonial* goze de *personalidade jurídica autónoma*, nem que disponha de *órgãos especialmente incumbidos* de *formar* ou *executar* a vontade do ente colectivo. Basta que a *sociedade conjugal*, a *micro-família*, seja portadora de *interesses* ou *valores autónomos, específicos, distintos* dos *interesses singulares, individuais*, próprios de *cada um dos seus membros*, e que esses valores ou interesses *globais* do *núcleo* sejam, como tais, tutelados pelo Direito.

E não resta a menor dúvida de que tal sucede.

Quando, no artigo 1673º, 1, do Código português, a propósito da residência da *família*, se afirma que os cônjuges a devem escolher de comum acordo, mandando atender, entre outros factores, à salvaguarda da *unidade da vida familiar*, é manifesto que este valor não aponta para as conveniências *individuais*, nem do marido, nem da mulher, mas para o *interesse do casal*, para a *coesão* e *estabilidade* do casamento.

Se, perante a divergência dos cônjuges, o juiz for por eles ou um deles chamado a fixar a residência da família, nos termos do nº 3 do artigo 1673º do mesmo Código, e vier ao seu conhecimento que o lugar preferido por um dos cônjuges o expõe mais facilmente às tentações de rompimento do matrimónio com que terceiro o persegue, deve a decisão, com a necessária discrição e prudência, procurar evitar a ameaça de desestabilização do lar, não no *interesse individual* do outro cônjuge, não como *meio de proteção moral* do cônjuge exposto à tentação, mas *para salvar o casamento*, a *sociedade conjugal*, a *comunhão matrimonial de vida*, que é do *interesse comum* dos cônjuges (e dos filhos, se os houver) e não de um deles apenas.

Quando, no artigo 67º da Constituição portuguesa, se proclama que o Estado tem determinados deveres, inclusivamente de *carácter fiscal*, para com a *família*, parece também manifesto, sem o menor resquício de *metafísica* ou de *mitologia*, que



é para o *interesse global* do casal, para a *comunhão matrimonial*, e não para a *situação individual* de qualquer dos cônjuges, que o preceito constitucional aponta, no caso especial dos *casais sem filhos*²⁶.

De igual modo, quando no regime supletivo de bens se cria a categoria dos bens comuns, sujeitos a um regime *especialíssimo*, e se prescreve que tais bens não respondem, em princípio, pelas dívidas próprias de qualquer dos cônjuges, *enquanto a sociedade conjugal se mantiver*, o interesse que a lei visa tutelar não é, manifestamente, o relativo a *cada um dos casados*, mas a defesa do património que serve de apoio material ou económico ao *casamento*, ou seja, o interesse patrimonial *comum* do casal, da sociedade conjugal como *núcleo global*, como *agregado familiar*²⁷.

E tudo quanto acaba de ser exposto, tendo como pano de fundo o direito português vigente, se pode aplicar, *mutatis mutandis*, às novas disposições do direito espanhol constituído, designadamente ao artigo 67º do Código Civil, quando prescreve que o marido e a mulher, além de respeitar-se e ajudar-se mutuamente, devem actuar *no interesse da família*. Pois ninguém dirá que não passa de um *mito* este *ente familiar*, para que a lei apela, na hipótese de o casal não ter filhos. Ou que

26. O problema foi já concretamente debatido em Portugal, a propósito do artigo 107º da Constituição, segundo o qual o imposto sobre o rendimento pessoal visará a diminuição das desigualdades e será unico e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar (TEIXEIRA RIBEIRO, *O sistema fiscal na Constituição de 1976*, Bol. Ciências Económicas, XXVII; Id., *A unidade fiscal na Constituição*, sep.do Bol., 1984; CARLOS CORTE REAL, *na Ciência e Técnica Fiscal*, 1981, nºs 265 /267, pág. 89 e segs. e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 1984, pag. 466).

No rumo certo —o da consideração *institucional* do agregado familiar e não o da tributação por taxa correspondente aos rendimentos individuais de cada um dos seus membros—, vide TEIXEIRA RIBEIRO, *est.ult.cit.*

27. No mesmo sentido, entre muitos outros, o artigo 1671º, 2 do C. Civil, segundo o qual os cônjuges devem acordar sobre a orientação da vida em comum, tendo em conta o *bem da família* e os interesses de um e outro, e o artigo 18º, nº 1, do Código de Processo Civil, que manda ter em conta o *interesse da família*, quando o tribunal haja que decidir sobre a proposição de qualquer acção do foro familiar, na falta de acordo entre os cônjuges.

No plano mais amplo da *família* em geral, são também numerosas as disposições que tomam como ponto de referência o *interesse global da família*, como

não passa de produto de pura *especulação metafísica* (do legislador!) a *família* em cujo interesse o artigo 70º manda que seja fixado pelo juiz o domicílio conjugal, no caso de discrepância entre os cônjuges²⁸.

7. Cont. O cerne pessoal da instituição matrimonial

Mas o casamento, além de criar uma vasta zona de *interesses comuns*, específicos da sociedade conjugal, que juridicamente relevam como tais, toca ainda as camadas mais íntimas da *personalidade* de cada um dos cônjuges. Mediante a *dádiva recíproca* que envolve, o casamento *completa a personalidade* de cada um dos cônjuges, através de si mesmo e da *realização pessoal* do outro cônjuge; e constitui um *apelo constantemente renovado* à realização da personalidade de cada um dos esposos²⁹

E este duplo e singular aspecto da *relação matrimonial* traz imediatamente à superfície mais *dois erros da concepção inter-individual* do casamento.

Como relação que envolve a *personalidade* de qualquer dos seus membros (e não apenas, nem principalmente, o seu patri-

valor distinto dos interesses dos seus membros *uti singuli*, cabendo destacar entre elas as que conferem legitimidade a determinadas classes de parentes nas *acções de estado* ou nas acções destinadas a defender certos valores da família (arts. 1677º c,2; 1819º, 1; 1825º; 1844º; 1845º; 1846º; 1873º; 71º e 73º do Cód Civil). Algumas destas disposições legais levantam mesmo questões delicadas, seja na área de direito substantivo, seja no plano do direito processual, nos casos de desacordo entre as várias pessoas com legitimidade para agir acerca da posição a tomar na defesa da *interesse da família*.

28. Vide, por todos, DORAL GARCIA, *El interes de la familia*, en *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del derecho de familia de 1981, I, 1982, pag. 6 e segs.

29. O sentido ético próprio do matrimónio é realçado, em termos bastante expressivos, na resposta polémica de LARENZ a WOLF (*loc.cit.*). O sentido ético do casamento, afirma aquele eminente civilista, não se encontra num fim exterior a ele, mas apenas na comunhão pessoal devidamente entendida, ou seja, «na dedicação duradoura dos cônjuges de um para o outro e de um com o outro (*in dem dauernden Fur-und Miteinander-Dasein der Ehegatten*)». «O valor absoluto do casamento, acrescenta LARENZ, está no enriquecimento da pessoa humana através dele operado e na afirmação (*Bewahrung*) da *pessoa por ele exigida*».



mónio), o casamento começa por englobar a primeira das *instituições sociais que é a pessoa humana*.

Foi FEDERICO DE CASTRO quem, com maior brilho e vigor, sustentou na doutrina espanhola o carácter *institucional* da pessoa humana, como portadora de valores próprios, que não podem ser subordinados a quaisquer interesses individuais ou sociais³⁰.

E nesse ponto radica o principal erro ou omissão da doutrina corrente, que é o de supor que as *instituições* só principiam com as *associações de homens* ou com a afectação de uma *massa de bens* a determinado fim, quando a mais importante das instituições cujo reconhecimento se impõe ao legislador, antes do Estado e das associações naturais intermediárias, é o *homem*, com a sua eminente e transcendente dignidade de *ser livre e racional*.

Precisamente porque a pessoa humana, com os valores que lhe são inerentes, constitui a *primeira instituição* a respeitar dentro do casamento, se não poderá considerar válido, por exemplo, o acordo que os nubentes realizassem sobre o *modelo da sua vida conjugal*, obrigando-se, por exemplo, a manter relações *contra natura*. A tanto não pode chegar o *pluralismo* ideológico reconhecido nas sociedades modernas.

Por outro lado, os *direitos pessoais* derivados do casamento distinguem-se dos *direitos de personalidade* (como o direito à vida, à integridade física e ao nome), por virtude do seu *objecto comunitário*. O *objecto* específico dos *direitos conjugais* não reside em *qualquer dos atributos inerentes à personalidade individual*, mas na *comunhão matrimonial de vida* que os nubentes constituem entre si.

O direito de cada um dos cônjuges ao *respeito da sua comunhão matrimonial de vida*, que se impõe *tanto ao outro*

30. FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil*, Civitas, Madrid, 1984, II, n. 6, pág. 32 e ss. e I, pág. 563 e ss. No mesmo sentido escreveu, em Portugal, numa época de profunda crise da vida social lusitana, CASTANHEIRA NEVES (*A revolução e o direito*, Lisboa, 1976, pag. 119) o seguinte: «E que é este valor —o homem e a sua dignidade— o maior valor, o «bem supremo» (*mégiston agathón*), a que todos os outros valores vão referidos nas suas posições axiológicas deste mundo, o mundo humano finito e da história, é decerto um ponto em que todos nos encontramos».



conjuge, como a *terceiro*, distingue-se dos *direitos de personalidade*, escreve Larenz³¹, precisamente porque o interesse ou valor nele protegido (*das geschützte Gut*) é a *relação matrimonial com outra pessoa*³².

E não é difícil demonstrar que esta *comunhão matrimonial de vida*, na qual reside a *essência* do casamento, continua a não estar sujeita ao poder de livre disposição das partes, ao contrário do que sustentam alguns defensores da concepção inter-individual da relação conjugal.

8. Continuação

B) A comunhão matrimonial de vida e a instituição do casamento

É certo que a reforma portuguesa de 1977 eliminou as disposições do Código de 1966 que atribuíam ao marido o poder de decisão nos assuntos de interesse comum (transferindo-o, nos casos de divergência, para o poder jurisdicional do Estado), bem como a norma que conferia à mulher a *titularidade do governo doméstico*, no qual cabia a generalidade dos poderes de administração, e até de disposição, nos casais de recursos mais limitados. É certo é também que, ao atribuir agora a *direcção da família a ambos os cônjuges*, o artigo 1671º, nº 2, do Código português, na sua nova versão, manda que os cônjuges *acordem* sobre a orientação da vida em comum, «tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro».

Simplemente, este *acordo sobre a direcção da família*, que incluirá de modo especial o *exercício do governo doméstico*, não abrange, ao contrário do que muitos parece suporem, nem *todos*, nem sequer os *principais aspectos da comunhão de vida* criada pelo casamento.

31. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5ª. ed., § 13, II, págs. 188.

32. «A especialidade da protecção do casamento, escreve GERNHUBER (ob. cit., § 17, I, pág. 159-160) no mesmo sentido, exclui, em princípio, o recurso às *regras gerais* da protecção da personalidade».



Por um lado, o Código português manteve no artigo 1577º, à semelhança do que sucede no § 1353 do Código alemão, a afirmação de que o casamento visa criar entre os contraentes *a plena comunhão de vida*, que serve de base à contituição da família, embora lhe tenha acrescentado a nota *ferreamente positivista*, de alcance aliás bastante equívoco, de que isso se processa «*nos termos das disposições deste Código*».

Por outro lado, além de se ter conservado o princípio fundamental de que a vontade de contrair casamento importa *aceitação de todos os efeitos legais do matrimónio* (art. 1618º, 1 e 2 do Código Civil), a lei portuguesa (tal como a versão do Código espanhol, saída da Lei nº 30, de 7 de Julho de 1981) manteve — e até desenvolveu — a menção dos *deveres* a que os cônjuges *ficam reciprocamente* vinculados por virtude da celebração do casamento. «Os cônjuges, diz o artigo 1672º do Código português na sua nova versão, estão reciprocamente vinculados pelos *deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência*».

Em síntese, dir-se-á que, não obstante a destruição do modelo tradicional da sociedade conjugal nos países do ocidente europeu e a possibilidade reconhecida aos nubentes de fixarem, por acordo, o regime de gestão dos negócios do casal que melhor se adapte às suas conveniências pessoais, se mantiveram de pé a *estatuição* de que o *casamento gera* uma comunhão *especialíssima* de vida entre os nubentes, bem como a ideia de que os deveres decorrentes desta comunhão, ditados por normas de *natureza imperativa*, estão acima da *vontade dos nubentes* — deste modo se assinalando o carácter *institucional* do casamento, consagrado na própria lei.

Continua, com efeito, a não ser legalmente possível a celebração de *casamento a prazo*, de *casamento à experiência (sob condição)* ou de *casamento sob a pressuposição* de qualquer facto pretérito ou presente.

E continuam de igual modo a não ser válidas as cláusulas negociais pelas quais um dos cônjuges (ou ambos eles) se reservasse a liberdade de manter relações com terceiro (infringindo o *dever de fidelidade*) ou a faculdade de *não manter relações com o outro cônjuge* e de viver com ele como simples irmãos (fal-



tando ao *dever de coabitação*) ou assumisse o *dever de não se imiscuir* na resolução de nenhum dos problemas respeitantes à educação dos filhos (eximindo-se a um dos aspectos fundamentais do *dever de cooperação*) e assim por diante.

9. *Traço essencial do carácter institucional do casamento: a sua repercussão na estrutura da comunhão matrimonial de vida*

Dir-se-á, entretanto, que não há perfeita *identidade de conceitos* nos casos em que, ao longo da exposição desenvolvida sobre a matéria, se alude ao carácter *institucional* do casamento.

Nuns casos, quando se diz, por exemplo, que na fixação ou alteração da residência conjugal se deve atender ao interesse do *casal* (e não dos cônjuges *uti singuli*) ou que a moratória na execução da meação de um dos cônjuges, para pagamento das suas *dívidas incomunicáveis*, toma em linha de conta o *interesse global* da sociedade conjugal (e não *apenas do cônjuge não-devedor*), o *casamento-instituição* surge ao espírito do jurista como uma *organização social concreta*, como um *núcleo pessoal* real, portador de interesses *globais* próprios, variável de caso para caso na *identidade* de sua constiuição e na *especificidade* dos seus fins.

Quando, noutros casos, com um alcance diferente, se afirma que os nubentes *não podem casar a termo* ou *sob condição* (porque não são admissíveis as comunhões matrimoniais *ad tempus* ou *sob experiência*), que os cônjuges não podem acordar válidamente no afastamento do *dever de recíproca fidelidade* ou do *cumprimento do débito conjugal*, apesar do carácter *pluralista* da sociedade contemporânea, porque essas cláusulas violariam os *fundamentos* da *instiuição* matrimonial, o termo *instiuição* já não é tomado como sinónimo de mero *núcleo de facto*, de simples *organização social concreta*, variável de caso para caso, mas sim no sentido de *organização abstracta*, de *complexo normativo* unitário, de disciplina *ideal* de toda a sociedade conjugal.



É nada custa inclusivamente aceitar que, para representar este segundo pensamento, em obediência à velha máxima benthamiana de que *entia non sunt multiplicanda*, basta o recurso ao conceito vulgar, corrente, de *instituto jurídico*, sem necessidade de apelar para o conceito clássico de *instituição*, como organização social modelo que não se confunde como o *arquétipo* ou o *figurino subjacente* à lei, porque *superior* ou *lógicamente anterior* à *ordem jurídica* constituída³³.

Essencial ao reconhecimento do carácter *institucional* do casamento é a ideia de que a *realidade global unitária*, transcendente, da comunhão matrimonial de vida, em lugar de constituir apenas um *fim* das prestações individuais devidas por cada um dos cônjuges, *mas exterior ao objecto do casamento*, como sucede nos próprios *contratos* (patrimoniais) de *fim comum*, de que são exemplos típicos as sociedades comerciais e os contratos agrários de parceria, transparece na própria estrutura do *relação* contratual.

Nos chamados *contratos associativos*, as prestações dos contraentes, apesar de passarem conjuntas pelo canal de *um fim comum*, são distintas no seu objecto umas das outras; e as contraprestações visadas por cada uma das partes revelam os interesses contrapostos que elas prosseguem dentro do contrato.

33. Cumpre, neste ponto, assinalar a profunda diferença que separa a doutrina do artigo 16º do Código português de 1867 (que mandava recorrer, para integração das lacunas da lei, na falta de casos análogos regulados noutra lei, aos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso) da solução prescrita no artigo 10º, 3, do Código de 1966 (que manda resolver a situação omissa, mediante a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema).

O novo processo de integração das lacunas desdobra-se, de caso pensado, num duplo percurso, de sentidos de marcha opostos.

Num primeiro lançamento, de carácter empírico-indutivo, o intérprete deve partir do caso *concreto* omissivo para, inspirado nele, mas dentro das coordenadas normativas do sistema constituído, fixar a *regra geral* e *abstracta* correspondente.

Numa segunda fase, já de natureza *lógico-dedutiva*, esbatidas as arestas emocionais do processo *indutivo* através da formulação geral da regra, trata-se de submeter a situação concreta omissa à aplicação silogística da nova norma. Note-se, porém, que no decurso desta segunda fase, tanto na *interpretação* e *aplicação da regra criada*, como na *rigorosa qualificação da situação concreta*, não intervêm apenas *juízos* de carácter *lógico* ou *racional*, *mas também juízos de valor*, com inevitáveis apelos a factores de natureza *emocional* ou *sentimental*.



No caso singular do casamento, célula essencial da sociedade familiar, *o fim global, unitário, da comunhão matrimonial de vida*, superior aos interesses individuais dos cônjuges, marca a própria *estrutura* das prestações dos contraentes.

O fenómeno transparece, com meridiana clareza, num dos efeitos mais importantes do casamento, na prática, que é a *procriação*. No filho nascido do casamento, cada um dos cônjuges vê, *não a simples continuação da sua personalidade*, mas a encarnação permanente do seu *cruzamento biológico e afectivo com o outro cônjuge*.

E esse pensamento domina todo o regime do poder paternal, seja qual for a sorte futura da relação conjugal.

Mas a mesma situação, *mutatis mutandis*, se verifica em todos os deveres pessoais dos cônjuges, nos quais se consubstancia a comunhão matrimonial de vida.

No cumprimento do *débito conjugal*, por exemplo, com a mútua dádiva dos corpos e do amor dos cônjuges, tal como na satisfação quotidiana do *dever de cooperação* ou do *dever de recíproca consideração*, não há em bom rigor jurídico *prestação*, de um lado, e *contraprestação* do outro, mas *participação solidária no mesmo acto*. O que há, no desenrolar da plena comunhão matrimonial de vida, são *prestações solidárias* dos cônjuges ao serviço de *interesses morais, espirituais, físicos ou materiais de igual modo solidários*.

Pouco ou nada importa agora à caracterização da relação jurídica que o fim global ou comunitário consubstanciado na estrutura das prestações conjugais tenha a sua raiz no elemento subjectivo (os dois cônjuges, o casal, *el matrimonio*) que serve de *suporte factico, físico ou factual* ao casamento, ou provenha do *espírito objectivo*, da *disciplina normativa*, que, de acordo com a lei ou o direito natural, *domine a disciplina da relação*.

Fundamental é a presença incontestável do *elemento comunitário*, superior à vontade individual e ao próprio acordo dos contraentes, *no regime da comunhão matrimonial da vida* que constitui o núcleo irredutível do contrato de casamento.

No fundo, é a realidade *sociológica e espiritual* correspondente ao *traçado normativo* esculpido no Direito que as Sagra-



das Escrituras retratam, na sua linguagem simbólica, quando afirmam que os esposos, ao casar, serão dois numa só carne, e que São Paulo, na Carta aos Efésios, repete com a mesma penetração de pensamento, ao declarar, na linha pedagógica do seu apostolado, que «*aquele que ama a sua mulher, ama-se a si mesmo*».

E diferente não é também a doutrinação de LARENZ quando ensina que, no plano ético, o sentido moral do casamento não pode situar-se num *fim exterior a ele*, mas sim «na dedicação duradoura dos cônjuges, *um ao outro e um com o outro*» («*dauernden Für - und Miteinander - Dasein der Ehegaten*») e quando, no plano jurídico, começa por definir o casamento como uma *relação pessoalíssima (ein höchstpersonliches Verhältnis)* entre os dois cônjuges, que ambos têm de conformar com a aplicação (*mit den Einsatz*) constantemente renovada da sua própria pessoa.

Não é possível, com efeito, compreender-se a singularidade das relações conjugais, especialmente do seu módulo central que é a comunhão matrimonial de vida, sem transportar para a própria *estrutura* das prestações típicas devidas pelos cônjuges a *transcendência* que as caracteriza e a *solidariedade* que as une quanto ao seu *objecto*.

Assim concebidas as prestações dos cônjuges, facilmente se compreende também a protecção absoluta, *erga omnes*, que a doutrina e a jurisprudência alemãs há muito tendem a reconhecer à comunhão matrimonial de vida, como um valor autónomo³⁴, fora do quadro restrito das simples relações entre os cônjuges.

34. A qualificação do direito de cada um dos cônjuges à comunhão matrimonial de vida revestirá o maior interesse para quem entenda, com a melhor doutrina, que o princípio geral da responsabilidade civil extracontratual, consagrado em Portugal no artigo 483º do Código Civil, não abrangendo os direitos relativos, apenas se refere aos direitos absolutos, ou seja, àqueles a que corresponda, no lado passivo da relação, um dever geral de abstenção. O facto de só os cônjuges poderem reagir contra as agressões ao casamento nada prejudica a concepção *institucional* do casamento: o que interessa é que eles, titulares da relação matrimonial, possam reagir contra as agressões de terceiro e que, ao decidir, o juiz deva inspirar-se, não no mero interesse individual do queixoso, mas no interesse global da sociedade conjugal. Vide, para maiores desenvolvi-



III. APRECIÇÃO CRÍTICA DAS CONCEPÇÕES INTER-INDIVIDUAIS DO CASAMENTO

10. A tese de PAWLOWSKI e a sua refutação

Um dos primeiros autores a contestar o carácter jurídico dos principais deveres compreendidos na *comunhão matrimonial de vida*, sufragando o *permissivismo* agnóstico que gradualmente se tem apoderado das relações familiares³⁵, foi PAWLOWSKI, na sua conhecida «*Introdução na essência do Direito*»³⁶.

O autor não nega a *juridicidade* de alguns dos deveres nascidos da celebração do casamento, distinguindo-os nesse aspecto das pretensas *obrigações* emergentes da *promessa* de casamento (esponsais ou desposórios). Não duvida, designadamente, do carácter *obrigatório* e *exequível* da obrigação que assume cada um dos cônjuges de contribuir para os encargos da vida familiar (§§ 1360 e segs. do BGB; cfr. art. 1675º, 1, do Código português).

Mas já não aceita a natureza *jurídica* dos múltiplos deveres, quer de natureza *pessoal*, quer de carácter *patrimonial*, que integram a *comunhão matrimonial de vida* a que se refere o § 1353 do Código alemão. Alguns deles excederiam os limites da própria *moral social*; outros (apesar de reconhecidos em alguns arestos ou por alguns autores), colidiriam mesmo com certas *liberdades essenciais* que as modernas Constituições garantem ao comum dos cidadãos, em matéria de liberdade de crença ou de religião e no domínio da actividade profissional.

mentos na doutrina e na jurisprudência alemãs, onde as questões relacionadas com a *comunhão matrimonial de vida* têm sido analisadas com maior profundidade, quer pelos autores, quer pelos tribunais, GERNHUBER, *ob. cit.*, § 17, I, II, III e IV, pág. 157 e segs...

35. Sobre o *permissivismo* que tem inspirado a maior parte das soluções do novo direito europeu da família, o seu sentido *positivo* ou *afirmativo* e as consequências da sua progressiva implantação, vide A. FUENMAYOR, *Divorcio: Legalidad, moralidad y cambio social*, Pamplona, 1981, especialmente pág. 69 e segs.

36. HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Das Studium der Rechtswissenschaft, Eine Einführung in das Wesen des Rechts*, Tübingen, 1969.



Como exemplo capaz de ilustrar ao vivo a legitimidade da contestação, P. refere o caso do padre católico que, renegando a fé e a disciplina eclesiástica, celebra casamento civil, para, mais tarde, recuperada a fé e retornado à Igreja, se recusar a manter relações com a mulher. Admita-se que ela requer o divórcio com fundamento na violação do *dever de coabitação*, alegando *culpa* do demandado.

PAWLOWSKI não contesta a *procedência do fundamento invocado pela requerente para obter a dissolução do vínculo matrimonial*. Mas já *duvida da culpa* e da própria *ilicitude* da actuação do sacerdote. E chega inclusivamente à conclusão de que, em face do *pluralismo* garantido pela Constituição, a concepção mais adequada à relação matrimonial é a do casamento como simples *moldura ou conceito aberto*, destinado a ser *livremente preenchido pelos cônjuges*.

A primeira observação suscitada pela doutrina de PAWLOWSKI é a da sua manifesta *contradição* com a lei.

A nova legislação da família aboliu, sem dúvida, o modelo tradicional do casamento cristão sobre a *gestão* ou *directção* dos negócios familiares de interesse comum e do património da mulher. Mas não eliminou, nem introduziu modificações essenciais nos *deveres* que integram a comunhão matrimonial de vida, como núcleo essencial do casamento. Tanto o artigo 1672º do Código português, como os artigos 67º e 68 do Código espanhol, e os §§ 1355 e segs. do Código alemão enumeram os deveres fundamentais provenientes da celebração do casamento, reconhecendo abertamente a sua *juridicidade*.

É certo que alguns dos deveres conjugais, pela natureza *incoercível* da *prestação de facto* imposta aos cônjuges, não comportam *execução específica*, como sucede no caso típico do *dever de coabitação* e do *dever de socorro e auxílio mútuos*. Mas não é a *execução coactiva* o *único* sinal, nem sequer o *índice normal* ou *vulgar*, da *obrigatoriedade* do vínculo na área especial das *relações familiares*.

A *marca essencial* da *juridicidade* dos deveres conjugais reside, como se sabe, nos *fundamentos da separação ou do divórcio*. A possibilidade de um efeito tão radical como a dissolução da sociedade conjugal ser requerido com base na violação



de determinado dever é, na verdade, o *signal* mais expressivo de que o Direito *pretende impor* a sua observância, sancionando fortemente o seu não-cumprimento³⁷.

Por outro lado, o exemplo prático mobilizado por PAWLOWSKI pode, em certo sentido, ser considerado *capcioso*, não por colocar em confronto uma das liberdades garantidas na Constituição com um dos deveres reconhecidos na legislação ordinária, mas por pretender aproveitar o conflito aberto entre duas ordens jurídicas distintas a que um dos sujeitos da relação se encontra simultaneamente subordinado.

Duas observações apenas.

A *falta eventual de culpa* do sacerdote no cumprimento do débito conjugal, porque a *culpa* ou *reprovabilidade* da sua conduta não envolve apenas a *consciência da ilicitude*, não exclui necessariamente a *ilicitude* da sua conduta.

Em segundo lugar, não repugna aceitar que, atenta a incoercibilidade natural do dever de coabitação e a expectativa criada na mulher pela atitude do marido, este deva suportar, no plano do direito civil, as consequências da ilicitude e da culpa da sua conduta, não como sanção contra o seu comportamento actual, mas como protecção da expectativa criada pelo seu comportamento anterior no ânimo da consorte.

11. A tese existencialista de WOLF e a sua refutação

Mais vincadamente *anti-institucional* do que a tese de PAWLOWSKI é a posição agressiva de ERNST WOLF³⁸.

37. No mesmo sentido depõem ainda, quer a circunstância moral e jurídica de a separação ou o divórcio serem imputados ao cônjuge infractor (a culpa dele), quer as sanções patrimoniais e até pessoais (no que respeita à entrega dos filhos) decorrentes da culpa desse cônjuge.

38. ERNST WOLF, *Zwang zur Ehe*, na *Juristen Zeitung*, 1967, pág. 659; *Id.*, *Zur «Institution Ehe»*, *Juristenzeitung*, 1967, pág. 749; *Id.*, *Ehe, Zerrutung und Verschulden*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 21, 1968, pág. 1497; *Id.*, *Dogmatische Grundlagen einer Reform des Ehescheidungsrechts*, *Juristenzeitung*, 1970, pág. 441; *Id.*, *Grundgesetz und Eherecht*, na *Juristenzeitung*, 1973, pág. 647.



O autor germânico parte da ideia de que o *conteúdo do casamento*, como realidade comunitária pessoal constituída para toda a vida por marido e mulher, é determinado em função das *qualidades individuais*, da conduta e das *concepções dos nubentes* e ainda dos acordos entre eles firmados.

E a nota fundamental do seu pensamento está na afirmação expressa de que não existe um *modelo normal* ou *típico* de casamento, independente destes factos da experiência individual, um *modelo vinculativo* para *todos* os cônjuges, uma organização *ideal* do lar, com uma divisão rígida de direitos e deveres, assente na repartição *natural* de actividades próprias de um e outro dos cônjuges. Uma tal *instituição* social (transpessoal) do casamento é coisa que não existe³⁹.

Desta concepção *existencialista*⁴⁰, crassamente *individualista*, até ao reconhecimento do casamento entre homossexuais, ao casamento a termo ou sob condição, à poligamia e a todas as formas imagináveis de perversão sexual já não vai distância nenhuma, porque as próprias barreiras erguidas, em nome da civilização e da cultura de cada povo, pela *moral social* e pelos *bons costumes* estariam abolidas pelo *pluralismo* permissivo que as constituições modernas vieram consagrar, em defesa de todas as anomalias de carácter individual.

É fácil verificar que, deturpando a letra e o espírito das novas legislações, o autor confunde a mera *gestão dos assuntos familiares*, a *direcção da família* como abreviadamente lhe chama a lei portuguesa (art. 1671º, 2), com a *comunhão matrimonial* de vida, que constitui o cerne do casamento nas sociedades civilizadas.

Relativamente à *direcção da família*, é na verdade exacto que as modernas legislações aboliram, desnecessariamente aliás,

Contra, em respostas polémicas, WEINKAUFF, *Zwang zur Ehe*, na *Juristenzeitung*, 1968, pág. 15; e LARENZ, *Zur «Institution Ehe»*, na *Juristenzeitung*, 1968, pág. 96.

39. «*Eine solche soziale (transpersonale) Institution der Ehe gibt es nicht*» (WOLF, *Ehe, Zerrutung und Verschulden*, N.J.W., 1968, pág. 1498).

40. É da autoria DE WOLF, com efeito, a afirmação de que «*um casamento só pode ser julgado tal como ele é e não como ele devia ser, segundo a opinião dos outros*» (*Est. cit.*, pág. 1498).



o modelo tradicional do casamento, o chamado casamento com a *dona de casa*, assente na divisão estrutural de funções (dentro do lar) que melhor se ajusta à natureza humana e que não prejudicava, na prática, os casos excepcionais em que os cônjuges expressa ou tácitamente acordassem noutro *modus vivendi*.

No que respeita, porém, à *comunhão plena de vida* entre os cônjuges que caracteriza o casamento é manifestamente contrária à lei e às *realidades da vida* a afirmação de que foi abolida a *organização ideal, transpessoal* do matrimónio e que o conteúdo do casamento se encontra hoje confiada aos apetites singulares e à vontade *concreta* dos nubentes ou à evolução do acordo dos cônjuges.

Se cada cônjuge estivesse apenas obrigado, como WOLF afirma, a criar as condições necessárias para que o outro possa decidir-se *livremente*, é evidente que o direito deste a exigir do seu consorte semelhante comportamento eliminaria a liberdade do coagido e com isso sacrificaria o próprio modelo de WOLF o que revela o absurdo da sua tese⁴¹.

12. A doutrina moderada ou limitada de STRECK

Menos radical do que as duas anteriores, é a posição intermediária de STRECK. Partindo da ideia de que a concepção institucional do casamento não permite definir o *conteúdo* da *comunhão matrimonial de vida*, por virtude da reconhecida imprecisão do termo *instituição*, STRECK procura entretanto apurar o que há de essencial na *cláusula geral* a que recorre o § 1353 do Código alemão.

Uma vez que o Código alemão renunciou deliberadamente à fixação de um *modelo* de casamento, o intérprete só poderá servir-se do conceito básico de *comunhão de vida* para determinar o conteúdo da relação matrimonial a que a lei se refere.

41. A concepção de WOLF acerca do direito matrimonial, escreve no mesmo sentido STRECK (*General Klausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehwirkungen*, Bonn, 1970, pág. 50), *conduz assim à abolição desse direito*.



Desse conceito básico da *comunhão de vida* retira STRECK dois magros *corolários*: o de que os cônjuges devem *decidir em comum* e o de que devem *viver em certa coordenação espacial*.

Diz o povo que a qualidade da árvore se avalia pelos seus frutos. Se a bondade das teorias jurídicas se aferisse somente pelo mesmo diapasão, não poderia deixar de ser *negativo* o juízo sobre o mérito da construção de STRECK.

As duas imprecisas coordenadas, através das quais STRECK procura definir a *comunhão matrimonial de vida*, tanto valem para a *relação conjugal* como para a *relação de filiação*, por exemplo, a partir da idade em que os pais devem ter em contra a opinião dos filhos nos assuntos importantes da família. E de algum modo se aplicam também aos *titulares dos órgãos deliberativos ou executivos da pessoa colectiva ou da sociedade*, que também têm de decidir em comum e têm boa parte da sua presença física ligada à sede da empresa que dirigem.

Por outro lado, é evidente que as duas coordenadas destacadas por STRECK não tocam na *medula* da relação matrimonial. A parte mais característica da *comunhão de vida conjugal* não chega a ser atingida pelos requisitos por ele apontados, que apenas afloram dois *pontos epidérmicos* da relação matrimonial.

Por último, qualquer das coordenadas peca pela sua extrema imprecisão.

A *obrigação de decidir em comum* desconhece a linha divisória entre os *assuntos comuns* e os *assuntos próprios* dos cônjuges, que não estão, pela certa, sujeitos ao mesmo princípio decisório; nada esclarece outrossim sobre o *dever de comunicação ou sobre o dever de consideração* pelo outro cônjuge nas decisões sobre os *assuntos próprios*; e é insensível à definição dos pontos em que o acordo dos cônjuges não pode prevalecer sobre a *dignidade* da pessoa humana ou o *valor da comunhão matrimonial* cobertos pelo lado *institucional* do casamento⁴².

42. Vide, a propósito, GERNHUBER, *ob.cit.*, § 3, 6, pág. 27.



A obrigação de viver em certa coordenação espacial é também excessivamente vaga na sua conexão com o *dever básico de coabitação*.

E não surpreende a deficiência dos resultados obtidos em face das falsas premissas de que parte o Autor.

O facto de terem repudiado o modelo tradicional do casamento, no que respeita ao *governo da casa* ou á chamada *direcção da família*, não significa, como vimos, que as novas leis tenham renunciado à *definição* do *casamento* ou se tenham *desinteressado* do conteúdo da relação matrimonial.

Apesar da sua estranha *secura*, não deixam os artigos 67 e 68 do Código espanhol, por exemplo, na sua actual redacção, de definir as *linhas mestras* da sociedade conjugal, enquanto os artigos 1671º e seguintes do Código português desenvolvem, com bastante maior largueza, os direitos e deveres decorrentes da plena comunhão de vida a que se refere o artigo 1577º do mesmo diploma.

IV. AVANÇO PRÁTICO DAS CONCEPÇÕES INTER-INDIVIDUAIS NAS NOVAS LEIS DA FAMÍLIA

13. *Desproporção entre a protecção teórica e o avanço real das concepções inter-individuais no domínio da legislação*

É bastante modesta até agora, pela debilidade da sua fundamentação, a projecção teórica das concepções inter-individuais na doutrina dos diversos países europeus.

Em contrapartida, é notoriamente mais amplo o avanço insidioso do pensamento anti-institucional, no domínio da legislação, mais exposto à acção dos factores políticos do que o estudo dos *jurisconsultos* ou a actividade dos tribunais.

O fenómeno é palpável não apenas no domínio limitado do *direito matrimonial*, mas também noutros sectores das *relações familiares*, em face da *instituição* da família.



Um dos sintomas mais graves da evolução, dentro da legislação portuguesa, pelo seu profundo significado no plano ético, é o do esboço do reconhecimento da *família de facto*, resultante da afirmação sibilina contida no artigo 36º, nº 1, da nova Constituição, segundo o qual «todos têm o direito de *constituir* família e de *contrair casamento* em condições de plena igualdade».

O modo como na disposição legal se distingue entre a *constituição da família* e a *celebração do casamento* parece insidiosamente apostada em insinuar que a constituição da família, ao invés do que se passa no texto correspondente da Constituição italiana, *não passa obrigatoriamente* pela celebração do acto matrimonial⁴³.

No domínio do *direito ao nome*, são numerosos e especialmente graves os atentados contra o carácter *institucional* da família.

Por um lado, desconhecendo ostensivamente a tradição nacional e as vantagens sociais da *unidade do nome da família*, a lei permite que *cada um dos cônjuges* tome apelidos do outro, que os filhos do mesmo casal tenham na composição do seu nome *apelidos diversos*, que o cônjuge binubo mantenha no seu nome *apelidos do falecido* consorte ou até *daquele de quem se divorciou*⁴⁴.

Por outro lado, permitindo que cada cônjuge mantenha após o segundo casamento apelidos do seu consorte e sendo os apelidos dos pais que, em princípio, se transmitem aos filhos, a nova lei portuguesa admite, no seu condenável *permissivismo*, que os filhos carreguem no seu nome com apelidos que não são os *genuínos* apelidos de seus progenitores, mas de pessoas a quem são estranhos.

No capítulo da *administração dos bens do casal*, repugna bastante à ideia *institucional* do casamento a faculdade reconhecida a qualquer dos cônjuges de confiar a *terceiro*, e não ao seu consorte, a administração dos seus bens próprios (art. 1678º, 2, g) do Código Civil).

43. Para maiores desenvolvimentos, ANTUNES VARELA, *Direito da família*, Lisboa, 1982, pág. 19 e segs.

44. Cfr., a propósito, ANTUNES VARELA, *Alterações legislativas do direito ao nome*, na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, anos 116º e segs.



Contrárias ao mesmo pensamento são, no capítulo da impugnação da *paternidade presuntiva*, a faculdade reconhecida à mulher casada de livremente afastar, logo *no registo*, a presunção milenária do *pater is est* (art. 1832º, 1, do C. Civil), bem como a *legitimidade* reconhecida ao filho para propor a acção, eventualmente *contra a mãe e o presuntivo pai* (arts. 1839º e 1846º).

Na vigência da legislação anterior, de acordo com o sistema lançado pela legislação revolucionária francesa⁴⁵, a *investigação da paternidade ilegítima* estava sujeita a *condições de admissibilidade da acção* (cfr. art. 1860º do C. Civil de 1966, versão primitiva). Uma das razões que mais pesaram no estabelecimento do regime, durante mais de um século perfilhado por outras legislações, foi exactamente o propósito de defender a estabilidade dos casamentos constituídos contra ao escândalo das acções movidas, sem fundamento bastante, contra pessoas casadas e contra o risco de extorsões e pressões ilícitas a que o sistema oposto se prestaria.

A reforma portuguesa de 1977 aboliu o sistema (que a reforma francesa manteve), adoptando o regime da *livre investigação da paternidade*), sem a precaução de que tanto a lei italiana de 1975 (art. 274º do Cód. ital.) como a lei espanhola de 1981 (cfr. art. 127, II, do C. Civil) procuraram rodear a inovação.

Também no domínio da *filiação* as novas legislações contêm *numerosos e graves desvios* às soluções que o carácter *institucional* da família, correctamente interpretado, arrastaria consigo.

O primeiro é o da equiparação *plena*, no domínio do direito sucessório, da *filiação legítima e ilegítima*.

A não discriminação, nesse plano, entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento, apoiada no preconceito de não castigar quem não tem culpa da sua situação, acaba por *equiparar* situações *natural e socialmente desiguais* e constitui, no fundo,

45. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Crítério jurídico da paternidade*, Coimbra, 1983, pág. 100.



mais um factor de *desvalorização* social do *casamento*, numa época em que a sociedade tanto necessita de dignificá-lo para combater a crescente desagregação da família.

Bastante *mais prudente e realista* foi a reforma francesa de 1972, com as limitações e reservas consagradas na nova redacção que deu aos artigos 759º e seguintes do *Code Civil*.

O segundo núcleo de desvios que importa destacar é o respeitante à *adopção*.

Na sua primitiva redacção, o Código português de 1966, que restaurou o instituto há muito abolido da nossa legislação, teve o manifesto cuidado de evitar que a constituição da filiação adoptiva pudesse prejudicar a família constituída ou os filhos nascidos do casamento.

Por esse motivo se reservava a *adopção plena* aos casais sem filhos, que fundadamente se julgasse já os não virem a ter (art. 1981º, red. prim.), e se prescrevia que só podiam ser adoptados, em princípio, os *filhos de pais incógnitos* ou de *pais falecidos* (art. 1982º, red. prim.), a fim de se prevenirem, na medida do possível, conflitos entre a *família natural* e a *nova família* (a *família legal*) do adoptando.

Ambas as limitações foram eliminadas pela reforma de 1977, que nesse, como em muitos outros pontos, manifestou uma excessiva insensibilidade pelos interesses específicos da família legítimamente constituída⁴⁶.

E não vão longe, como a experiência da legislação soviética e dos restantes países socialistas europeus elucidativamente sugerem, os países que, a tempo, não sabem acautelar a mais preciosa das suas instituições, depois da pessoa humana, que é a *família*, na qual a pessoa se integra.

Sem família coesa, não há Estado que perdure, não há sociedade que prospere.

46. O tema é versado com mais desenvolvimento por ANTUNES VARELA, *Direito da família*, pág. 81 e sgs.