

HUGO CUNHA LANÇA

Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes



EDIÇÕES SÍLABO

Para a minha mãe.

HUGO CUNHA LANÇA

Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes



EDIÇÕES SÍLABO

É expressamente proibido reproduzir, no todo ou em parte, sob qualquer forma ou meio gráfico, eletrónico ou mecânico, inclusive fotocópia, esta obra.

As transgressões serão passíveis das penalizações previstas na legislação em vigor.

Não participe ou encoraje a pirataria eletrónica de materiais protegidos.

O seu apoio aos direitos dos autores será apreciado.

Visite a Sílabo na rede

www.silabo.pt

FICHA TÉCNICA:

Título: Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes

Autor: Hugo Cunha Lança

© Edições Sílabo, Lda.

Capa: Pedro Mota

1ª Edição – Lisboa, março de 2018.

Impressão e acabamentos: Cafilesa – Soluções Gráficas, Lda.

Depósito Legal: 438217/18

ISBN: 978-972-618-939-8



EDIÇÕES SÍLABO, Lda.

Publicamos conhecimento

Editor: Manuel Robalo

R. Cidade de Manchester, 2

1170-100 Lisboa

Tel.: 218130345

e-mail: silabo@silabo.pt

www.silabo.pt

Índice

1. Introito	9
2. Princípios Fundamentais do Direito das Famílias, das Crianças e dos Adolescentes	17
2.1. Princípio da afetividade	21
2.2. Princípio da pluralidade familiar	26
2.3. Princípio da dissolubilidade do casamento	28
2.4. Princípio da família democrática	31
2.5. Princípio da proteção das crianças, dos adolescentes, dos velhos e das mulheres	33
2.6. Princípio da proteção da maternidade e paternidade	36
2.7. Princípio do superior interesse da[quela] criança [e adolescente]	39
2.8. Princípio da solidariedade familiar	43
3. Tipologia Familiar	47
3.1. Parentesco	56
3.1.1. A noção de parentesco	56
3.1.2. Os efeitos jurídicos do parentesco	57
3.2. Afinidade	58
3.2.1. A noção de afinidade	58
3.2.2. Os efeitos jurídicos da afinidade	60
3.3. Apadrinhamento	61
3.3.1. A noção de apadrinhamento	61
3.3.2. Os efeitos jurídicos do apadrinhamento	62

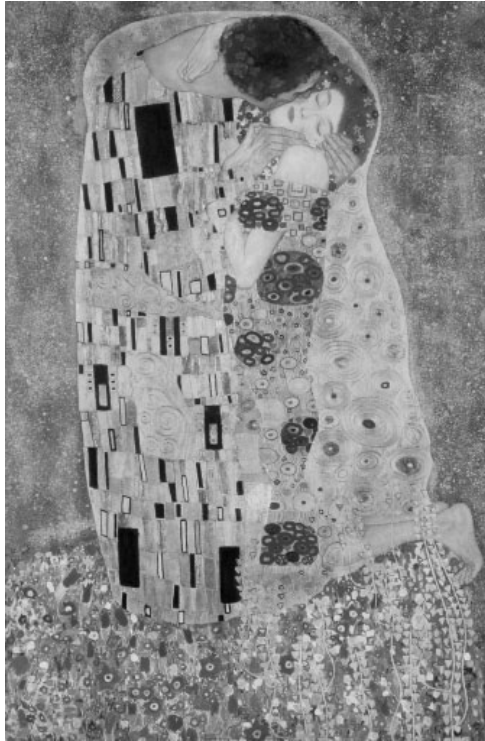
3.4. A união de facto	64
3.4.1. A putativa classificação da união de facto como relação familiar	64
3.4.2. As razões por detrás da razão de viver em união de facto	65
3.4.3. Em busca do conceito de união de facto	69
3.4.4. A definição	70
3.4.5. A prova da união de facto	75
3.4.6. O estatuto jurídico da união de facto	76
3.4.7. Os putativos deveres resultantes da união de facto	83
3.5. O casamento	86
3.5.1. O processo do casamento	86
3.5.2. Validade do casamento	97
3.5.3. O casamento urgente	100
3.5.4. Os efeitos pessoais do casamento	101
3.5.4. Efeitos patrimoniais do casamento	107
4. Divórcio	115
4.1. Introito ao divórcio	117
4.2. O divórcio por mútuo consentimento	119
4.3. O divórcio sem consentimento do outro cônjuge	122
4.4. A separação judicial de pessoas e bens	128
5. Direito da Filiação	129
5.1. Procriação sexual	134
5.1.1. A determinação da maternidade	134
5.1.2. A determinação da paternidade	137
5.2. Procriação medicamente assistida	146
5.2.1. As técnicas de procriação medicamente assistida	147
5.2.2. Os destinatários da procriação medicamente assistida	149
5.2.3. O recurso a um dador heterólogo	151
5.2.4. A inseminação <i>post mortem</i>	152
5.2.5. As barrigas são para alugar?	153

5.3. A procriação jurídica	165
5.3.1. O processo administrativo da adoção	168
5.3.2. O processo judicial da adoção	170
5.3.3. Efeitos jurídicos da adoção	175
5.4. Conteúdo da Autoridade Parental	177
5.4.1. Conteúdo da autoridade parental	178
5.4.2. A maturidade como <i>status</i> liberatório	188
5.5. Regulação da autoridade parental	199
5.5.1. A residência única	209
5.5.2. A residência partilhada	212
5.5.3. A residência alternada dos progenitores	215
5.5.4. a determinação da custódia da criança	216
5.5.5. A atribuição da criança a uma terceira pessoa	222
5.5.6. A [alegada] alienação parental	227
6. Direito Tutelar	231
6.1. Proteção das crianças	234
6.1.1. As maldades que maltratam as crianças	239
6.1.2. A terapêutica jurídica	244
6.1.3. A resposta administrativa	259
6.1.4. A delinquência juvenil	262
6.2. Violência de género	263
6.2.1. Périplo pela tipologia da violência de género	264
6.2.2. O tipo penal de violência de género	270
6.2.3. Uma nota final, porque há vida para além da lei	279
6.3. A proteção dos velhos – Uma introspeção à velhice, numa perspetiva sociológica	280
6.3.1. A tipologia dos abusos contra os velhos	283
6.3.2. As respostas (e a falta de respostas) no ordenamento jurídico	285
6.3.3. A tutela civil dos velhos	292

6.3.4. O divórcio entre o Direito na lei e o Direito na prática	294
6.3.5. A problemática dos cuidadores	296
7. Iconografia	299
7.1. Sobre o enamoramento e o casamento	301
7.2. Sobre o divórcio	302
7.3. Crianças em risco	302
7.4. Sobre Incapacidade	304
7.5. Sobre parentalidade	306

1

Introito



Klimt – O beijo

O Direito da Família é o [um dos] ramo[s] do Direito que mais alterações viveu nas últimas décadas, tornando prolixos muitos dos axiomas e dogmas que formataram esta *ciência* jurídica. A mudança epistemológica ocorrida na família, o movimento feminista que corroeu o patriarcado [cujas notícias sobre a sua morte são manifestamente exageradas], e a libertação sexual da mulher das grilhetas vitorianas, um novo olhar sobre a infância, a laicização da sociedade portuguesa coeva, o hedonismo reinante e a mitomania do prazer, fizeram surgir um novo caleidoscópio nas relações familiares a que o Direito não pode ficar imune.

Também por isso, convoco António Manuel HESPANHA, o qual inicia o seu magnífico *Caleidoscópio do Direito* evocando Adriana CALCANHOTO,¹ porque, tal como Milan KUNDERA, tem consciência de que *as perguntas realmente sérias são apenas aquelas que uma criança pode formular* [porque...] *só as perguntas mais ingénuas são realmente perguntas sérias*,² especialmente num tempo em que o pensamento mole e fácil domina a esfera pública.

Consequentemente, esta pretende ser uma obra de desconstrução e de diálogo³; desconstruir algum esoterismo dogmático e doutrinal que continua a dominar a forma de expor o Direito, procurando simplificar o complexo e tornar os conceitos apreensíveis, em diálogo com os leitores e os autores que me influenciaram toda uma vida. Porque, num tempo *em que os tolos estão cheio de certezas* é mais importante do que nunca convocar a dúvida e a dis-

(1) Por que o fogo queima?
Por que a lua é branca?
Por que a terra roda?
Por que deitar agora?
Por que as cobras matam?
Por que o vidro embaça?
Por que você se pinta?
Por que o tempo passa?
Por que que a gente espirra?
Por que as unhas crescem?
Por que o sangue corre?
Por que que a gente morre?

(2) *In A Insustentável Leveza do Ser*.

(3) Porque «a arte do professor é saber transmitir a informação, motivando os alunos, mas evitando a imposição das suas ideias, e estimulando-os a terem as suas próprias opiniões. Uma receção passiva de ideias ou factos não favorece esse objetivo. Ensinar não é, portanto, apenas saber pensar e falar de modo atraente, mas também saber ouvir e perceber» (MARQUES, Maria Manuel Leitão – *Um Curso de Direito da Concorrência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 209).

cussão, porquanto procurar a luz é mais difícil mas mais profícuo do que habitar a caverna de PLATÃO.

Assim, decorridos quase dois lustros desde que comecei a lecionar Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes, entendi ser meu dever fornecer aos meus Discentes um texto que os possa orientar na sua aprendizagem.

Comecei esta odisseia trazendo à colação os princípios gerais do Direito das Famílias, algo incomum no pensamento jusfamiliar luso. Não o fiz pelo prazer de ser iconoclasta, nem sei se sou pioneiro [porque não sou obstinado em ser original], mas porque não me faz sentido começar de outra maneira.

Num segundo momento, convido à reflexão sobre as relações familiares, mormente, o parentesco, a afinidade e o casamento, bem como, o apadrinhamento e a união de facto que, não obstante latentes no texto da lei, estão bem vivas no espírito do legislador, porquanto o Direito não pode menosprezar que o conceito de família não é estático e imutável, antes, é um processo em constante devir, que varia no espaço e no tempo. Dessarte, exige-se uma reflexão sobre o conceito de família, em diálogo com a Sociologia, porquanto, não obstante os, recorrentes, queixumes de que a família é uma *fonte de repressão*, um *pequeno reino governado por tiranos*, uma *imposição social castradora da antropologia da liberdade individual*, o vaticínio de que é uma Instituição decadente e condenada a desaparecer, esta continua a ser o paradigma da intimidade e da autenticidade. Com efeito, uma interpretação descomplexada obriga a reconhecer que a crise da família é mais fábula do que realidade,¹ e que a instituição familiar continua a ser um espaço privilegiado de sociabilidade e de afetos, que a sociedade familiar continua a ser interpretada como um espaço de excelência para a realização pessoal, e que, na sua multiplicidade, continua a ser a referência e o cânone das relações pessoais, reivindicada «como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada, desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições»?² A crise da família a que se alude no debate jussociológico é a crise do modelo de família «tradicional», filha disruptiva da revolução industrial e

(1) Subscrevo: «um olhar para o passado confirma-me que não é a primeira vez que as formas de relacionamento familiar são criticadas e sofrem modificações. E até me conforta a informação oferecida pelos linguistas segundo a qual a palavra «crise» está aparentada com o termo grego *krino*, que significa juízo de revisão, ajudando-me a perceber a «crise» como normal nas relações famílias» (XAVIER, Rita Lobo – *Da Crise à Desregulação da Família*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 838).

(2) ROUDINESCO, Elisabet – *A Família em Desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 198.

centrada na, hoje arcaica, figura do *bonus pater familiae*, consubstanciada no poder marital como fonte de subjugação da mulher, num casamento que, simultaneamente, era libertação e cativo, e os valores tradicionais a que *os Velhos do Restelo* de todas as idades se agarram são os mesmos que defendiam que a mulher se devia sujeitar ao homem, que o europeu caucasiano tinha o direito de colonizar, escravizar e aniquilar outras raças e explorar os territórios em todo o mundo, que os católicos tinham o direito de evangelizar, através do saque e da perseguição, quem cultivava outros credos. Porque, houve um tempo em que o direito e a arquitetura social eram unânimes em consagrar a superioridade do homem, caucasiano, europeu e católico, relegando mulheres, negros, índios e hereges a uma condição inferior, incapazes de cuidar de si e dos seus interesses, carentes da tutela protetora dos outros, que tinham todas as respostas e sabiam o que era o melhor para proteger os mais frágeis: o *fardo do homem branco*!¹

Fala-se em crise porque «toda a mudança traz a sensação de afronta ao que é certo, havendo tendência de rejeitar o novo por considerá-lo uma quebra do que foi tido como correto»?² Porque, se crise significa a quebra de um paradigma, a quebra de um universo simbólico passado, também significa o nascimento de um novo.

Com efeito, do ponto de vista analítico, importa indagar sobre o que é o casamento no século XXI, dissecar o seu conceito, conteúdo e estatuto jurídico. Algo que faço com menos profundidade do que é trivial entre os cultores do Direito da Família, porquanto, inequivocamente, o instituto perdeu a centralidade dogmática do passado.

Das palavras sorridentes com as quais construí os parágrafos anteriores, não é lícito inferir-se que a família seja imune a pecados. É indubitável que, «é relativamente fácil (e bastante tranquilizador) pensar-se na família apenas como um espaço de proteção, securizante e acolhedor para todos os seus membros, refúgio contra todas as adversidades, local privilegiado para a expressão de afetos... No entanto, como muitos autores afirmam e a evidência

(1) Refiro-me ao poema de Rudyard KIPLING.

(2) DIAS, Maria Berenice – *A Ética na Jurisdição da Família*. [Em linha]. [consult. 11 mar. 2017]. Disponível em: www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-107-Maria_Berenice_Dias.pdf, p. 1.

empírica confirma, a família é um lugar de paradoxos»,¹ onde os seus membros podem ser objeto das mais tenebrosas sevícias.

Porque a dissolução familiar é amiúde uma experiência traumática, é premente atacar a problemática do divórcio, apreender as suas vicissitudes pessoais e socioeconómicas, para conseguir compreender as suas consequências jurídicas, porquanto, sem entender aquelas, não se conseguem aquilatar estas. Por isso, e admitindo que seja dogmaticamente um erro, entendi que o divórcio merecia um capítulo próprio.

Em diferente perspetiva, uma análise crítica sobre o conceito de parentalidade é crucial numa sociedade filiocêntrica, na qual as crianças têm hoje uma estranha centralidade. Como, mais do que nunca, hoje, exige-se responder às questões: quem é o pai? Quem é a mãe? E perceber que, pela revolução científica e pela nova normatividade social, não podemos insistir em acreditar que progeneritura e parentalidade são sinónimos.

Por fim, um olhar sobre a tutela, sobre a imperatividade de *amparar, proteger, defender* aqueles que mais precisam. Porque, sem um olhar tutelar o Direito não é Direito e torna-se, tão-somente, numa *montanha de normas*, tantas vezes inabilmente construída; conseqüentemente, entendi dedicar um capítulo à proteção das crianças, dos velhos e das mulheres, através de uma análise crítica a conceitos do senso comum, na tentativa de contribuir para a passagem da *Doxa* à *Episteme*.

Termino o introito reafirmando o que amiúde sublinho: não sou um cientista social [seja lá isso o que for], e não me sinto investido pelo manto da objetividade científica; acredito que EINSTEIN tem razão e que tudo é relativo, pelo que, nunca esqueço, quando estou a apertar a mão esquerda, é na direita que a outra pessoa sente o prazer ou o desprazer da minha conduta. Destarte, estas linhas não são o fruto de uma tese com pseudo-racionalidade científica, mas uma *opinião*, de alguém que é homem, heterossexual, agnóstico, provinciano e, como tal, ferida da subjetividade inerente à condição do sujeito. E, porque eu sou eu e a *minha circunstância*, e esta tem sido lecionar Direito das Famílias, maioritariamente, a estudantes de Serviço Social e de Solicitadoria, são estes os primeiros destinatários de cada uma das minhas

(1) LOURENÇO, Nelson e CARVALHO, Maria João Leote – *Violência Doméstica: Conceito e Âmbito. Tipos e Espaços de Violência*. Lisboa: Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, a.II, n.º 3, (2001), p. 103. Continuum os AA, em diálogo com CHENAIS: «o quadro familiar é o mais seguro e, também, o mais perigoso: crê-se menos na violência dos que nos estão próximos do que na dos estranhos, mesmo se, objetivamente, com maior frequência se está menos seguro na própria casa do que na rua» (*Ibidem*, p. 104).

palavras e cogitações. Palavras assinadas com um estilo que me é próprio, que horrorizam alguns clínicos do Direito. Mas, faço-o porque, tal como aprendi com NIETZCHE, *sempre escrevi inteiramente com o meu corpo e com a minha vida e não faço ideia do que são problemas puramente mentais.*

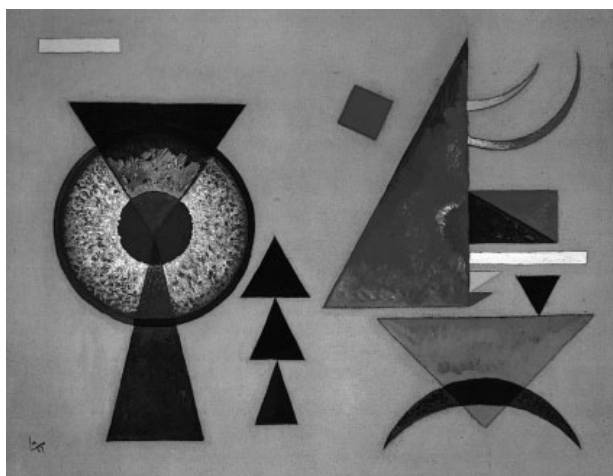
Porque este texto foi feito para os meus alunos, avocando tudo o que me ensinaram ao longo destes anos, sinto a urgência de lhes agradecer. E, porque existem certas frases que sempre pretendi escrever, mas nunca tive nem o engenho nem a arte de as conjugar, recupero as belas palavras que furti a Sebastião da Gama, que aqui uso como se as pronunciasse a olhar os olhos de cada um dos meus alunos: *o que eu quero principalmente é que vivam felizes. Não lhes disse mais talvez estas palavras, mas foi isso o que eu quis dizer. «Conversa amena com os rapazes», pus assim no sumário. E pedi, mais que tudo uma coisa que eu costumo pedir aos meus alunos: lealdade. Lealdade para comigo, e lealdade de cada um para cada outro. Lealdade não se limita a não enganar o professor ou o companheiro: lealdade activa, que nos leva, por exemplo a contar abertamente os nossos pontos fracos ou a rir só quando temos vontade (e então rir mesmo, porque não é lealdade deixar então de rir) ou não ajudar falsamente o companheiro.*

Não sou, junto de vós, mais que um camarada mais velho um bocadinho mais velho. Sei coisas que vocês não sabem, do mesmo modo que vocês sabem coisas que eu não sei ou já esqueci. Estou aqui para ensinar umas e aprender outras. Ensinar não: falar delas. Aqui e no pátio e na rua e no vapor e no comboio e no jardim e onde quer que nos encontremos. Não acabei sem lhes fazer notar que «a aula é nossa». Que a todos cabe o direito de falar, desde que fale um de cada vez e não corte a palavra ao que está com ela.

E termino, repetindo o que, inspirado nestas palavras, lhes disse tantas vezes: *que sejam obscenamente felizes.*

2

Princípios Fundamentais do Direito das Famílias, das Crianças e dos Adolescentes¹



Kandinsky – Soft Hard

⁽¹⁾ A construção que aqui esboço é uma proposta, aberta às críticas, sem pretensões de ser um elenco fechado.

Se no início era o Verbo, uma viagem pelo [maravilhoso] mundo do Direito das Famílias, das Crianças e dos Adolescentes (como por qualquer outro ramo do Direito), deve atentar inicialmente aos Princípios, porque são estes que estabelecem as bases para a criação, interpretação e aplicação de um Direito mais justo. Dessarte, não apenas são os princípios que inspiram a norma posta, como, sempre que esta esteja em conflito com aqueles, a aplicação da norma é iníqua, porquanto aqueles são o suporte axiológico de um ordenamento jurídico que pretende ser coerente com a sua própria pretensão de legitimidade e validade,¹ direcionado para uma materialização ética de justiça. Efetivamente, no dia em que o Direito não *for a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu* deixa de ser Direito.

Com efeito, os Princípios «vinculam o próprio legislador constituinte porque, colocando as suas decisões normativas sob o signo da justiça, tem que se submeter à lógica dos princípios legitimadores de que se reclama, [pelo que], não podem ser derogados sem perversão da ordem jurídica e do sentimento jurídico da comunidade»²

Refira-se que, os Princípios podem, ou não, estar incrustados no texto legal: com efeito, «importa afastar uma visão redutora dos princípios fundamentais do direito aos princípios gerais, porque os princípios normativos não têm de ser necessariamente apenas aqueles que o sistema positivo leve já pressupostos, que lhe vão imanentes, ou aqueles que nele se tenham já positivado»³. Assim, e assumindo o pecado de pleonástico, ainda que ausentes da letra da lei, estão omnipresentes no espírito ético do ordenamento jurídico, como postulados axiológicos da norma posta, verdadeiros *imperativos categóricos*, competindo ao intérprete a necessidade de os revelar, porquanto é preciso uma obediência inteligente à lei e o texto legal só responde a quem o interroga assertivamente. Porque, «sem princípios não há ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de valoração. A ordem jurídica reduzir-se-ia a um amontoado de centenas de normas positivas, desordenadas e axiologicamente indeterminadas, pois, são os princípios gerais que, em regra, rom-

(1) Aqui, aproximo-me de MACHADO, J. Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, *passim*.

(2) JUSTO, A. Santos – *Introdução ao Estudo do Direito*. 6.º Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 223, em diálogo com Baptista MACHADO.

(3) JUSTO, A. Santos – *Introdução ao Estudo do Direito*, *cit.*, p. 225, aqui, em diálogo com Castanheira NEVES.

pem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinâmica que lhe é própria»!¹

Procurando densificar, os Princípios jurídicos são abstrações, concretizadas pelos intérpretes a partir das normas (jurídicas e sociais), da doutrina, da jurisprudência, tendo por desiderato uma dada realidade sociológica, procurando estruturar todo o ordenamento jurídico, pelo que, não compete ao jurista construir princípios; apenas ter a destreza de reconhecer a sua existência, dada a sua natureza pré-jurídica. Os princípios têm três características que os afastam das regras: a primeira, a sua amplitude, porquanto, os princípios são «gerais, extensos ou não específicos [...]». A segunda característica seria a de que os princípios, por se referirem mais ou menos explicitamente a algum valor ideal deveriam de ser dignos de ser promovidos»² Finalmente, se as regras funcionam de forma *tudo ou nada*, os princípios jurídicos, «sendo aplicáveis, não implicariam necessariamente uma decisão, apontando simplesmente para ela, ou afirmando uma razão que poderia não ser recebida, mas que os tribunais teriam de tomar em conta»³

Em tom de conclusão, recorro que, com esta concretização [porque não se pode construir algo que apenas pode ser cultivado], pretendi apenas destacar alguns princípios específicos deste ramo específico do saber jurídico, cuja configuração está abscondida em cada uma das minhas cogitações. No entanto, obviamente, os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, não ficam à porta do Direito das Famílias, das Crianças e dos Adolescentes; como, os princípios gerais de Direito têm força normativa neste campo do saber jurídico e navegam por entre cada uma das minhas reflexões.

(1) Maria DINIZ, *apud*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha – *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. [Em linha]. Curitiba. [consult. 27 set. 16]. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence, p. 34.

(2) HESPANHA, António Manuel – *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 2ª Ed., – (o Tempo e a Norma). Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 137.

(3) HESPANHA, António Manuel – *O Caleidoscópio do Direito*, *cit.*, p. 138.

2.1. Princípio da afetividade

Começo pela afetividade, não dissesse a família mais respeito ao coração do que à razão,¹ porquanto, a ética do afeto (ou o amor)² está no centro das famílias da contemporaneidade e «enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade».³ Em diferente perspectiva, se não houver afeto não há família, apenas uma ligação formal despida de substrato, porque «a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família na nossa época»;⁴ sendo que a semântica do amor, na sua multiplicidade, é a mais importante vinculação na vida. Afirmo-o ciente de que, se é pleonástico declarar, o amor é, hoje, o cimento através do qual se constrói o edifício familiar;⁵ importa ter presente que a centralidade dos afetos é historicamente embrionária, enquanto elemento essencial da organização familiar. Com efeito, «é somente de forma tardia, no Ocidente moderno, sob o efeito de uma história muito singular, a da família moderna do nascimento, e, depois, da generalização do casamento livremente escolhido, que o amor substitui, pouco a pouco, todos os outros princípios fornecedores de sentido, todas as outras fontes de legitimação dos nossos ideais mais poderosos».⁶

Convoco a afetividade porque não me sacia uma definição formal de família, como aquela que resulta do disposto no art.º 1576.º, do Código Civil,⁷ ainda que atualisticamente interpretado. Porque a família não é forma, é substrato. E o substrato da família é o afeto, pelo que, quando este inexistente,

(1) PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*. 3.ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 43, em diálogo com JEMOLO.

(2) Não faz o pleno das opiniões a utilização das locuções em sinonímia; afirma-se que «deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares». TARTUCE, Flávio – *O Princípio da Afetividade no Direito de Família* [Em linha]. São Paulo. [consult. 27 set. 16]. Disponível em: <http://flavioartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>.

(3) LÔBO, Paulo – *Direito Civil: Famílias*. 4.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

(4) LÔBO, Paulo – *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 20.

(5) O que poderá suscitar, das vozes críticas, o regurgitar do aforismo de Eça de Queiroz: Este modelo familiar não há-de cair – porque não é um edifício. Tem que sair com benzina – porque é uma nódoa!

(6) FERRY, Luc – *A Revolução do Amor: para uma Espiritualidade Laica*. Trad. Pedro Vidal. Mais: Temas e Debates, 2011, p. 16.

(7) São do Código Civil, os artigos mencionados sem indicação de fonte diversa.

já não existe família,¹ com todas as consequências jussociológicas inerentes a esta premissa.

Não se infira do que deixei escrito que o amor é uma descoberta da modernidade; todos lemos Jane AUSTEN e nos apaixonámos pela força e pela fragilidade do amor. Sendo certo que o amor sempre existiu, o que é novo «é a introdução, sob a forma da paixão e a título de ideal, na vida quotidiana e familiar, onde não era, nos tempos antigos, bem recebido»? O que enfatizo é que, como KANT nos ensinou, *o casamento era um negócio demasiado importante para ser decidido pelo amor*, pelo que, o amor erótico vivia-se fora do casamento: em rigor, mais do que de amor, falava-se de paixão, um padecimento considerado quase doentio, uma irracionalidade desnecessária e frugal, a vitória do *pathos* sobre o *logos*. Ergo, a noção de casamento romântico é coeva da modernidade, rompendo com a convicção generalizada de que a *paixão, a emoção e os apetites* roubam a racionalidade, pelo que são impassíveis de ser o substrato de uma decisão com a transcendência do matrimónio. Nesse sentido, são lapidares as palavras de MONTAIGNE: «não vejo casamentos que sejam mais falhados e perturbados do que aqueles que foram desencadeados pela beleza e pelos desejos amorosos. São precisos fundamentos mais sólidos e mais estáveis e para aí nos encaminhamos com precaução. Essa alegria impetuosa não serve»²

Mas o séc. XVIII trouxe modernidade e, como escreveu Adam SMITH, *o amor que dantes era paixão ridícula, tornou-se sério e respeitável*. Vasculhando a história, posso afirmar, há uma relação umbilical entre o capitalismo e o casamento por amor: quando migram para as cidades, onde as fábricas os seduziram, jovens, livres do voyeurismo⁴ da comunidade, entregues ao anonimato das cidades, ainda que com magra independência económica, começam, paulatinamente, a entregar-se ao casamento por afeto. Com efeito, «sob o efeito da história do salário que implica [...] uma emancipação dos indivíduos em relação às estruturas comunitárias tradicionais das aldeias da Idade Média, nasceu uma nova forma de vida amorosa e familiar, já não fundada no casamento de razão, mas na invenção de amor e da união livre-

(1) Aproximo-me, assim, da noção de família inculcada no Dicionário HOUAISS, em 2016: família é o «núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantém entre si uma relação solidária».

(2) FERRY, Luc – *A Revolução do Amor*, cit., p. 332.

(3) *Apud*, FERRY, Luc – *A Revolução do Amor*, cit., p. 113.

(4) Sem itálicos, porque, tal como a coca-cola, a expressão primeiro estranhou-se e depois entranhou-se, sendo, não apenas uma prática corrente da pós-modernidade, um vocábulo importado que se tornou comum na língua pátria.

mente escolhida»¹ Se a família tradicional surgiu por imperativos patrimoniais, agora esta «é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um dos seus membros, que se obrigam mutuamente numa comunidade de vida»² Assim, no século XIX, «o casamento passou a ser um assunto dos parceiros matrimoniais e não um assunto das respectivas famílias. Estava adquirido, nessa época, o ideal romântico do matrimónio, do casamento por amor»³ Concomitantemente, o casamento deixou de ter como finalidade imperiosa a procriação; antes, construiu os seus alicerces no afeto e na busca da realização dos seus membros, valorizando a personalidade e dignidade de cada um deles, enquanto Pessoas. Pelo que, «a velha distinção entre reprodução familiar e *affaire* amoroso exterior ao casamento não é posta de lado, mas ganha uma forma superior através da ideia de um grande amor, válido para uma mulher e só para uma, cuja graça se tem de merecer sem a força nem a violência»⁴ Com efeito, «a concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém as pessoas unidas nas relações familiares»⁵

Também no que concerne aos filhos, e apesar de subscrever que os ensinamentos de ARIES e as suas crónicas da falta de amor pelas crianças podem ser manifestamente exageradas, ou, pelo menos, profusamente anacrónicas, importa reconhecer que o amor filial tem hoje uma centralidade e pertinência inaudita na história, tornando real o aforismo de Santo AGOSTINHO, quando afirmou que *a medida para amar Deus [os filhos] é amá-lo sem medida*. É axiomático que o amor pelos filhos como generosidade é a única manifestação de amor puro e altruísta, em que nada se pede em troca, em que se investe sem exigência de reciprocidade. Se, historicamente, as pessoas morriam por Deus, pela Pátria e pela Revolução, hoje, porque os grandes ideais já não estão na moda, tal não significa que o sagrado [etimologicamente, aquilo pelo qual nos podemos sacrificar⁶] tenha desaparecido, e, atualmente,

(1) FERRY, Luc – *A Revolução do Amor*, cit., p. 27.

(2) LÔBO, Paulo – *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 27.

(3) OLIVEIRA, Guilherme de – «*Queremos amar-nos... mas não sabemos como*»! In: Temas de direito da família. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 334.

(4) LUHMANN, Niklas – *O Amor Como Paixão: Para a Codificação da Intimidade*. Trad. Fernando Ribeiro. Difel: Lisboa, 1982, p. 50.

(5) LÔBO, Paulo – *Direito Civil: Famílias*, cit., p. 73.

(6) Conforme, FERRY, Luc – *A Revolução do Amor*, cit., p. 146.

apenas se admite morrer para proteger aquele que se ama incondicionalmente.¹

Se avoco o tema, é porque o amor, a amizade e a fraternidade são os novos fundamentos dos nossos valores e devem estar presentes na hermenêutica jusfamiliar, mormente, quando indagamos sobre os institutos do casamento (o casamento por amor), do divórcio (o desamor como causa de divórcio), da filiação (a filiação afetiva, a adotabilidade das crianças, o abandono parental e, mesmo, o cuidado com os mais desprotegidos). Por tudo, urge reconhecer e valorizar juridicamente os afetos, e constatar que o afeto é um valor jurídico que o intérprete do Direito não pode ignorar. Mais, o afeto, ainda que não expressamente, é um princípio constitucional implícito, enquanto emanção do primado da dignidade da pessoa humana, sendo que o Direito ao Amor consta, também, da Declaração Universal dos Direitos da Criança²

Dito isto, e tendo ciência que assumir a centralidade do amor no direito familiar é, hoje, uma trivialidade, um lugar-comum, impõe-se indagar o conceito para o desconstruir. Tarefa hercúlea, assumo. Destarte, definir amor³ é uma preocupação presente no pensamento ocidental desde que PLATÃO nos ofereceu o seu *Banquete*, e SÓCRATES discorreu sobre *eros*. E, quase 25 séculos depois, ainda sobejam mais perguntas do que respostas. Como afirma SCHOPENHAUER, não sem exagero, «deveríamos surpreender-nos bastante pelo facto de uma questão com um papel tão importante na vida humana nunca ter sido, digamos, tomada em consideração pelos filósofos, aparecendo-nos como um assunto sobre o qual ainda ninguém se debruçou»⁴ Mas,

(1) Sendo que, esta percepção, tem atualmente base científica, conforme: «Hormona do amor» leva mães a sacrificarem a vida pelos filhos [Em linha]. *Jornal de Notícias*. [consult. 14 jun. 2017]. Disponível em: <http://www.jn.pt/nacional/interior/hormona-do-amor-leva-maes-a-sacrificarem-a-vida-pelos-filhos-8559594.html>.

(2) Também neste sentido, SOTTOMAYOR, que se pronuncia sobre «o conceito de afeto como conceito legal e jurídico, passível de ser demonstrado em tribunal, através de prova testemunhal quanto à prestação de cuidados à criança» (SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Livraria Almedina, 2014, p. 15).

(3) Uso a expressão na sua multivalência; porque «o amor pode ser percebido na base do autoconhecimento, para falar com Sócrates; da beleza e da verdade para pensar como Platão; da amizade, para falar com Aristóteles; do conhecimento do outro, como o preconizou Nietzsche; do direito a ter direitos, para pensar com Hanna Arendt» (MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – *Direito das Famílias: Amor e Bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2012, p. 11).

(4) SCHOPENHAUER, *apud*, LANCELIN, Aude e LEMONNIER, Marie – *Os Filósofos e o Amor*. Lisboa: Tinta da China, 2010, p. 18.



Hugo Cunha Lança nasceu no dia 22 de fevereiro de 1975 em Beja, cidade onde reside. Viveu em Lisboa para se licenciar em Direito e mais tarde regressou amiúde a esta cidade para se tornar mestre pela Universidade Católica. Voou regularmente até ao Porto para se doutorar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto com uma dissertação sobre a imperatividade de proteger as crianças dos conteúdos disponíveis na internet. Atualmente é Investigador Doutoramento Integrado no CEDIS – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Professor Adjunto no IPBeja.

Cronista e comentador na comunicação social regional, durante anos alimentou um blogue, tem publicado artigos sobre Direito Comercial, sobre Direito e Internet e sobre Direito da Família. Simultaneamente, organiza conferências, faz apresentações em jornadas e congressos e escreve prosa.

O Direito da Família é um dos ramos do Direito que mais e maiores alterações viveu nas últimas décadas. O movimento feminista corroeu o patriarcado e permitiu a libertação sexual da mulher, despertaram novos olhares sobre a infância, a sociedade laicizou-se, o hedonismo e a mitomania do prazer fizeram surgir novas realidades nas relações familiares que o Direito não pode ignorar.

Este livro, numa primeira parte, começa por apresentar os princípios gerais do Direito das Famílias. Num segundo momento, apresenta elementos conducentes à reflexão sobre as relações familiares, nomeadamente, o parentesco, a afinidade, o apadrinhamento e o casamento, bem como, a união de facto que, não obstante latente no texto da lei, tem uma importância crescente na sociedade. Na terceira parte, debruça-se sobre a tutela, a imperatividade de amparar, proteger e defender aqueles que mais precisam (com um capítulo dedicado à proteção das crianças, dos velhos e das mulheres).

Esta obra, escrita num estilo muito próprio, num constante diálogo com a filosofia e a arte, beneficiando da larga experiência de ensino do autor nestas matérias, será um precioso instrumento de apoio para todos aqueles que, por motivos académicos ou profissionais, pretendam ter acesso a um curso de Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes: estudantes, juízes, procuradores, advogados, solicitadores, pais e educadores e a todos aqueles que, noutras áreas do conhecimento, investigam, estudam e interagem com esta realidade.

ISBN 978-972-618-939-8



9 789726 189398