

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

法 律 學 院 學 報

**NONA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«AS REFORMAS JURÍDICAS DE MACAU
NO CONTEXTO GLOBAL»**



PERIODICIDADE
Semestral

NÚMERO 41, ANO XXI, 2017

DIRECTOR
Tong Io Cheng

SUBDIRECTORES
Augusto Teixeira Garcia e Wei Dam

DIRECTOR EXECUTIVO
Manuel Trigo

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA
Membros do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

COORDENADOR EXECUTIVO
Chu Lam Lam (Língua Chinesa)
Miguel Quental (Língua Portuguesa)

CONSELHO EDITORIAL
Mo Shijian, Liu Gaolong, Zhao Guoqiang, Lok Wai Kin, Fan Jianhong, Tong Io Cheng,
Manuel Trigo, Augusto Teixeira Garcia, Paulo Canelas de Castro,
Cândida Antunes Pires, Paula Nunes Correia, José António Pinheiro Torres,
Paula Ling, Chou Kam Chon e Miguel Quental, da Faculdade de Direito, e
Tou Wai Fong, em representação da Associação de Estudos de Direito, Administração e Tradução

COLABORADORES PERMANENTES
Docentes dos Cursos de Mestrado e Doutoramento da FDUM
Docentes do Curso de Direito da FDUM em língua portuguesa
Docentes do Curso de Direito da FDUM em língua chinesa
Outros colaboradores convidados

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO
Adelino Muchanga, Andy, Zhang Zhihan, Chen Chan Heng, Cheng Hang Leong, Chiu Man-Chung, Ho Chi Kuen, João Paulo Remédio Marques, Jorge Duarte Pinheiro, Kelly Cristina Canela, Lin En Wei, Mário Monte, Orquídea Massarongo Jona, Paula Correia, Teresa Lancry Robalo, Tian Kan, Vera Lúcia Raposo, Wu Kuang Ping

PROPRIEDADE
Universidade de Macau

CAPA, DESIGN, EDIÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E SECRETARIADO
Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

PAGINAÇÃO E IMPRESSÃO
FRC Global Communication, Ltd.
Carlos Canhita, Célia Brás

TIRAGEM
500 exemplares

ISSN n.º 0873-98-54

Condições de colaboração: O Boletim da Faculdade de Direito está aberto à colaboração dos interessados sem prejuízo da apreciação dos trabalhos a publicar por parte do Conselho Editorial. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos seus autores. O Boletim da Faculdade de Direito reserva-se ao direito de editar os textos recebidos para, sem lhes alterar o conteúdo, os fazer corresponder aos critérios gráficos adoptados.

ÍNDICE

Nota de Abertura	11
Estatuto Editorial	15

Nona Conferência Internacional «As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global» Programa	19
--	----

1.ª SESSÃO — PLANEAMENTO FAMILIAR, SEXUALIDADE E FAMÍLIA

Sexual identity and disturbances, culture and law <i>Chen Chan Heng</i>	35
A evolução da política e da regulamentação do planeamento familiar na China <i>Tian Kan</i>	37
A sexualidade humana e o Direito da Família <i>João Paulo Remédio Marques</i>	49

2.ª SESSÃO — REPRODUÇÃO, SEXUALIDADE E FILIAÇÃO

A família e os direitos fundamentais <i>Cheng Hang Leong</i>	63
A adoção de crianças por uniões homossexuais: o exemplo do sistema jurídico de Taiwan e tendências de evolução <i>Lin En Wei</i>	85
Reprodução: com sexo e sem sexo (o direito a ter filhos mediante o uso de técnicas reprodutivas e procedimentos médicos conexos) <i>Vera Lúcia Raposo</i>	99
O regime jurídico dos direitos reprodutivos da mulher no contexto laboral em Moçambique <i>Orquídea Massarongo Jona</i>	113

Família homoafetiva: filiação socioafetiva, reprodução assistida e adoção no sistema jurídico brasileiro

Kelly Cristina Canela 127

3.ª SESSÃO — SEXUALIDADE, O CASAMENTO E OUTRAS UNIÕES

Conflito de leis entre a monogamia e a poligamia e a lei aplicável ao casamento polígamo estrangeiro

Wu Kuang Ping 143

Re-construction of parental responsibility: protection or marginalization of children?

Chiu Man-Chung Andy 159

Deveres conjugais, os deveres de fidelidade e de coabitação em especial: uma perspectiva de direito comparado

Paula Correia 189

O dever conjugal de fidelidade: a lealdade em cada acto sexual?

Zhang Zhihan 209

4.ª SESSÃO — SEXUALIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL

Violence within the family: civil protection and criminal responsibility in Hong Kong

Ho Chi Kuen (Dennis) 223

Os crimes contra a família, em particular contra a mulher: velhos e novos problemas

Mário Monte 233

A violência sexual entre cônjuges ou unidos de facto no enquadramento jurídico-penal de Macau

Teresa Lancry Robalo 249

Responsabilidade civil dos cônjuges entre si no direito moçambicano

Adelino Muchanga 261

Responsabilidade civil por violação de direitos sexuais e o dano sexual

Jorge Duarte Pinheiro 289

NOTA DE ABERTURA



Como esperado, dada a amplitude e complexidade do tema *O Direito e a Sexualidade*, continuou-se este ano com a temática, abordando agora mais concretamente a sua relação com a *Família*.

O que sucedeu na *Nona Conferência Internacional sobre As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global – O Direito, a Sexualidade e a Família*, e que dá origem a mais um número especial do Boletim da Faculdade de Direito.

Tal como esse evento académico, estrutura-se este número em quatro partes, quantas as sessões havidas, respectivamente, a primeira, *Planeamento familiar, sexualidade e família*, a segunda, *Reprodução, sexualidade e filiação*, a terceira, *Sexualidade, o casamento e outras uniões*, e a quarta e última, *Sexualidade e a responsabilidade civil e criminal*.

Prosseguindo na defesa dos mesmos valores, direitos e liberdades, e estando em curso reformas no âmbito da protecção da família e da protecção da liberdade e da autodeterminação sexuais, na família e no seio das relações familiares e das novas manifestações de relações com relevo familiar, os temas abordados e aqui publicados são de especial interesse, podendo, entre os demais, referir a título ilustrativo, os últimos de cada sessão, da primeira, *A sexualidade humana e o Direito da Família*, da segunda, *Família homoafectiva: filiação socioafectiva, reprodução assistida e adopção no Sistema Jurídico Brasileiro*, da terceira, *O dever conjugal de fidelidade: a lealdade em cada acto sexual?*, ou ainda, da quarta, *Responsabilidade civil por violação de direitos sexuais e o dano sexual*.

Não se esgotando os temas, cujo interesse se renova a cada dia, com as demais abordagens e escritos entretanto desenvolvidos em várias iniciativas académicas, sejam seminários e conferências sejam estudos e outras publicações, também esta contribuirá para um acervo de documentação de relevo para os estudos jurídicos na área das relações familiares e das relações sociais em geral.

Com essa satisfação, mais penhoradamente podemos agradecer aos patrocinadores deste Número, nomeadamente à Direcção dos Serviços de Assuntos

de Justiça e à Fundação Rui Cunha, e em especial aos Autores que contribuem com estes artigos, na sequência da conferência e dos debates havidos, momento enriquecedor para todos os participantes, como será a estimulante leitura, quando quiserem e puderem, os nossos Leitores, assim esperamos.

Por outro lado, na vida do Boletim, queremos assinalar o empenho e apoio continuado do Prof. Mo Shijian, como Director da Faculdade e do Boletim, que entretanto cessou essas funções, embora continuando entre nós a desempenhar outras funções na Universidade, e ainda como Professor da Faculdade, bem assim, agradecer a colaboração dedicada e competente do Dr. Chou Kan Chong como Coordenador Executivo, Língua Chinesa, agora que, sem prejuízo de continuar a colaborar com a Faculdade em tempo parcial, desempenha outras funções no Governo da Região.

Macau, 25 de Julho de 2017

Manuel Trigo

Director do Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da
Universidade de Macau

ESTATUTO EDITORIAL

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU



O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em Língua Chinesa 澳門大學法律學院學報, e em Língua Inglesa Bulletin of the Faculty of Law, é uma revista jurídica académica de periodicidade semestral, em Língua Portuguesa e em Língua Chinesa.

O Boletim pode ser publicado noutras línguas, designadamente em Língua Inglesa, ou incluir textos na língua em que tenham sido apresentados ao público, em encontros académicos e científicos. A publicação em Língua Portuguesa e em Língua Chinesa será feita em volumes separados e em simultâneo ou com a maior proximidade possível.

Adopta-se uma estrutura flexível, que poderá incluir doutrina, lições, estudos jurídicos, assuntos vários e a vida da Faculdade, admitindo-se, em continuidade, a publicação de números temáticos ou de estudos.

Pelo Boletim da Faculdade de Direito visa-se privilegiadamente dar expressão aos estudos académicos, fruto da actividade docente e de investigação, bem assim como à divulgação das comunicações apresentadas em encontros, seminários ou conferências com a participação da Faculdade de Direito. O Boletim está aberto à participação exterior e poderá inserir outros estudos, convidando à participação a comunidade jurídica.

O Boletim da Faculdade de Direito rege-se pela autonomia académica e editorial e pela regra da retribuição da publicação dos artigos nele incluídos, sem prejuízo de, na impossibilidade de retribuição, poder prosseguir com a gratuidade das participações, devendo respeitar o princípio da igualdade de tratamento, decidindo os órgãos do Boletim sobre a estrutura e elementos de publicação.

O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau pretende contribuir para dar continuidade ao Direito de Macau, ser expressão da dinâmica da sua comunidade jurídica em geral e, em particular, da comunidade académica, e propõe-se ser um instrumento de afirmação e consolidação dos estudos e investigação jurídica em Macau.

NONA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL

As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global
O Direito, a Sexualidade e a Família
- perspectiva jurídica -



ORGANIZAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS, FACULDADE DE DIREITO
COM O APOIO DA DIRECÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSUNTOS DE JUSTIÇA E DA FUNDAÇÃO RUI CUNHA

29 – 30 OUTUBRO 2016

E4-G062 AUDITÓRIO DO EDIFÍCIO ANTHONY LAU DA UNIVERSIDADE DE MACAU

Programa

Primeiro Dia

09:00 • *Chegada dos convidados*

SESSÃO DE ABERTURA

09:15 – 09:30

- *Prof. Rui Martins, Vice-Reitor, Investigação Científica, Universidade de Macau, Macau*
- *Dr. Liu De Xue, Director da Direcção dos Serviços dos Assuntos de Justiça, Macau*
- *Dr. Rui Cunha, Presidente da Fundação Rui Cunha, Macau*
- *Prof. Tong Io Cheng, Director, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*
- *Prof. Augusto Teixeira Garcia, Subdirector, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*
- *Prof. Wei Dan, Subdirectora, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*
- *Prof. Manuel Trigo, Director do Centro de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*

- *Discursos de boas-vindas*
- *Fotografia de grupo e apresentação de lembranças*

1.ª SESSÃO

PLANEAMENTO FAMILIAR, SEXUALIDADE E FAMÍLIA

Moderador:

- *Dr. Rui Cunha, Presidente de Fundação Rui Cunha, Advogado, C&C Advogados, Macau*

09:30 – 10:00

Oradores:

- *Chen Chan Heng, Médico-chefe de Psiquiatria, Serviço de Psiquiatria do Centro Hospitalar Conde S. Januário, Macau*
Sexual Identity and Disturbances, Cultural and Law

10:00 – 10:30

- *Debate*

10:30 – 11:00

- *Intervalo para café*

Moderador:

- *Tong Io Cheng, Director, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*

11:00 – 11:30

Oradores:

- *Tian Kan, Professor, Faculdade de Direito, Universidade de Nanjing, RPC*
A evolução da política e da regulamentação do planeamento familiar na China

11:30 – 12:00

- *João Paulo Remédio Marques, Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal*
A sexualidade humana e o Direito da Família

12:00 – 12:30

- *Debate*

2.^a SESSÃO

REPRODUÇÃO, SEXUALIDADE E FILIAÇÃO

Moderador:

- *Wei Dan, Professora e Subdirectora, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*

Oradores:

15:00 – 15:30

- *Cheng Hang Leong, Assistente, Faculdade de Direito, Universidade de Macau*
A família e os direitos fundamentais

15:30 – 16:00

- *Lin En Wei, Professor, Faculdade de Direito, Universidade de Tainan, Taiwan*

A adoção de crianças por uniões homossexuais: o exemplo do sistema jurídico de Taiwan e tendências de evolução

16:00 – 16:30

- *Debate*

16:30 – 17:00

- *Intervalo para café*

Moderador:

- *Armando César Dimande, Professor e Director da Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique*

Oradores:

17:00 – 17:30

- *Vera Lúcia Raposo, Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*

Reprodução: com sexo e sem sexo

17:30 – 18:00

- *Orquídea Massarongo Jona, Assistente, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique*

O Regime Jurídico dos Direitos Reprodutivos da Mulher no contexto Laboral em Moçambique

18:00 – 18:30

- *Kelly Cristina Canela, Professora, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Brasil*

Família homoafetiva: filiação socioafetiva, reprodução assistida e adoção no Sistema Jurídico Brasileiro

17:30 – 18:00

- *Debate*

Segundo Dia

3.^a SESSÃO

SEXUALIDADE, O CASAMENTO E OUTRAS UNIÕES

Moderador:

- *Wang Wei, Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*



Oradores:

9:30 – 10:00

- *Wu Kuang Ping, Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Kainam, Taiwan*
Conflito de leis entre a monogamia e a poligamia e a lei aplicável ao casamento poligâmico estrangeiro

10:00 – 10:30

- *Chiu Man-Chung Andy, Director do Departamento de Direito e Gestão, Professor Associado, Universidade de Shue Yan, Hong Kong*
Reconstrução da responsabilidade parental: protecção ou marginalização dos crianças

10:30 – 11:00

- *Debate*

11:00 – 11:30

- *Intervalo para café*

Moderador:

- *Claudia Lima Marques, Professora Titular, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil*

Oradores:

11:30 – 12:20

- *Paula Correia, Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*
Deveres Conjugais, os Deveres de Fidelidade e de Coabitação em Especial: Uma Perspectiva de Direito Comparado

12:00 – 12:30

- *Zhang Zhihan, Advogado Sénior, Shanghai All bright Law Office, (Xiamen) Fujian, PRC*
O dever conjugal de fidelidade: a lealdade em cada acto sexual?

12:30 – 13:00

- *Debate*

4.^a SESSÃO

SEXUALIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL

Moderador:

- *Li Zhe, Professora Associada, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*

Oradores:

15:00 – 15:30

- *Ho Chi Kuen (Dennis), Advogado, Presidente da Hong Kong Law Society of Domestic Violence, Presidente da Hong Kong Family Law Committee, Hong Kong*

A violência no seio da família: Responsabilidade Civil e Criminal

15:30 – 16:00

- *Mário Monte, Professor, Director do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal*

Os crimes contra a família, em particular contra a mulher: velhos e novos problemas

16:00 – 16:30

- *Teresa Lancry Robalo, Assistente, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*

A violência sexual entre cônjuges ou unidos de facto no enquadramento jurídico-penal de Macau

16:30 - 17:00

- *Debate*

17:00 – 17:30

- *Intervalo para café*

17:30 – 18:00

- *Adelino Muchanga, Professor, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique*

Responsabilidade civil dos cônjuges entre si no direito moçambicano

18:00 – 18:30

- *Jorge Duarte Pinheiro, Professor, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal*

Responsabilidade civil por violação de direitos sexuais e o dano sexual

18:30 - 19:00

- *Debate*

19:15

- *Considerações Finais e encerramento*



DISCURSO DO EX.MO SENHOR VICE-REITOR PARA A INVESTIGAÇÃO PROF. DOUTOR RUI MARTINS

Exmos Senhores

Dr. Liu De Xue, Director dos Serviços de Assuntos de Justiça,

Dr. Rui Cunha, Presidente da Fundação Rui Cunha,

Prof. Tong Io Cheng, Director da Faculdade de Direito da Universidade de Macau,

Prof. Augusto Teixeira Garcia, Subdirector da Faculdade de Direito, Universidade de Macau,

Profª. Wei Dan, Subdirector da Faculdade de Direito da Universidade de Macau,

Prof. Manuel Trigo, Director do Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau,

Caros Convidados,

Caros Estudantes, Senhoras e Senhores,

Uma vez mais, em nome da Universidade de Macau, damos as boas vindas a todos, agora à Nona Conferência Internacional sobre “As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global – O Direito, a Sexualidade e a família”.

A Universidade de Macau tem alcançado importantes resultados no ensino, na investigação científica e na organização de encontros e conferências académicas, das ciências e tecnologias às humanidades.

Mas tem também promovido a formação de juristas, designadamente de juristas bilingues, chinês e português, também em inglês, que se esperam de sólida formação jurídica, de formação aberta ao desenvolvimento das comunidades regionais, nacional e internacional e ao debate das grandes questões do nosso tempo, que encontros como este podem estimular.

A temática da família foi, é e será sempre de grande importância, bem assim como a da sexualidade, embora a abordagem desta se revele de maior

delicadeza em função das sensibilidades culturais, em face das questões com que se deparam as sociedades actuais, incluindo as de Macau e da China, desde o planeamento familiar e demográfico às relações interpessoais e familiares.

O continuado patrocínio da Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça e da Fundação Rui Cunha, que agradecemos, atestam o elevado nível científico e o interesse prático que esta série de encontros atingem, o que nos estimula a dar continuidade ao apoio a esta iniciativa, que se tem vindo a caracterizar pela excelência das comunicações e da respectiva publicação.

Felicitemos por isso a Faculdade de Direito e as Entidades Patrocinadoras, agradecendo ainda a todos os oradores e moderadores que nos dão a honra do seu contributo para o sucesso encontro, agradecendo a presença de todos.

Muito obrigado.

Rui Martins

DISCURSO DO EX.MO SENHOR DIRECTOR DOS SERVIÇOS DOS ASSUNTOS DE JUSTIÇA DR. LIU DE XUE

Exmo. Senhor Vice-Reitor, Prof. Rui Martins,

Exmo. Senhor Presidente da FRC, Dr. Rui Cunha,

Exmo. Senhor Director Interino, Prof. Gabriel Tong,

Prezados Convidados,

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Bom dia! É altura de Outono e é bom tempo para nos encontrarmos na Universidade de Macau, nesta «Nona Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global». Permitam-me, em primeiro lugar e em representação da Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça da Região Administrativa Especial de Macau, expressar os nossos sinceros agradecimentos ao Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, enquanto entidade organizadora, e à Fundação Rui Cunha, enquanto uma das entidades co-organizadoras, e, bem assim, apresentar os nossos cordiais cumprimentos a todos os Convidados presentes!

As reformas jurídicas de Macau no contexto global constituem uma decorrência da evolução social da RAEM e uma exigência objectiva no processo de construção do sistema jurídico da RAEM, reclamando, como tal, a atenção, participação e apoio conjunto por parte dos sectores da sociedade e, especialmente, de juriconsultos a nível internacional.

A presente Conferência Internacional tem por tema «O Direito, a Sexualidade e a Família» e trata de questões jurídicas extremamente importantes no âmbito da sexualidade e a família, da sexualidade e a filiação, da sexualidade e o casamento, e da sexualidade e a responsabilidade civil e criminal, questões que têm sido continuamente objecto de atenção por parte do Governo da RAEM, de tal modo que uma das importantes iniciativas de reforma jurídica por si promovidas nos últimos anos constituiu precisamente na alteração da disciplina do Código Penal relativa aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação

sexuais. Na sequência das acções de consulta pública concluídas em 2015, foram elaborados o respectivo relatório final da consulta pública e o anteprojecto de lei pela DSAJ e pelo Conselho Consultivo para a Reforma Jurídica a partir da compilação e análise das opiniões apresentadas pelos sectores da sociedade, na expectativa de poder submeter a respectiva proposta de lei a processo legislativo no mais breve trecho possível. Por outro lado, a Lei de Prevenção e Combate à Violência Doméstica entrou em vigor na RAEM no passado dia 5 de Outubro e tem em vista a prevenção e combate a quaisquer maus tratos físicos, psíquicos ou sexuais que sejam cometidos no âmbito de uma relação familiar ou equiparada, não admitindo qualquer tolerância à violência doméstica, por forma a que se alcancem os objectivos de prevenção e repressão deste tipo de actos, através da conjugação dos esforços de toda a sociedade.

Creemos que “O Direito, a sexualidade e a família” é uma temática actual e relevante não só no âmbito das reformas jurídicas de Macau, como também em sede de construção dos sistemas jurídicos de outros Estados ou regiões. O debate a desenvolver na presente Conferência não poderia, pois, chegar em momento mais oportuno. Esperamos que através deste evento se venha a despertar profundamente a atenção dos sectores da sociedade na temática e que se venha a impulsionar intercâmbios aprofundados entre os serviços governamentais e as associações, de forma a proporcionar boas bases para a construção do sistema jurídico e para o desenvolvimento do Estado de Direito da RAEM.

Por fim, desejo muito boa saúde e tudo de bom a todos os Convidados!

Muito obrigado!

DISCURSO DO EX.MO SENHOR DR. RUI CUNHA, PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO RUI CUNHA

Exmo. Senhor Professor Rui Martins, Vice-Reitor da Universidade de Macau

Exmo. Senhor Dr. Liu De Xue, Director da Direcção dos Serviços dos Assuntos de Justiça

Exmo. Senhor Prof. Tong Io Cheng, Director da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Exmo. Senhor Vice-Director da Faculdade de Direito, Prof. Augusto Teixeira Garcia

Exma. Senhora Doutora Wei Dan, Profª da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Exmo. Senhor Prof. Manuel Trigo, Director do Centro de Estudos Jurídicos, da Faculdade de Direito de Macau

Exmas. Autoridades presentes,

Minhas Senhoras e meus Senhores,

Falar e reflectir sobre o Direito de Macau, é motivo, por si só, mais do que suficiente, para que a Fundação Rui Cunha, se associe, abraçando e apadrinhando, uma vez mais, e tanto quanto lhe é possível, esta que é já a Nona Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no contexto global.

Dando continuidade ao tema escolhido no ano passado, o programa deste ano terá como pano de fundo o Direito, a Sexualidade e a Família.

Em meu nome pessoal e em nome da Instituição a que presido, as minhas primeiras palavras são, como não podia deixar de ser, de agradecimento à Universidade de Macau, na pessoa do Senhor Vice-Reitor, à Faculdade de Direito, na pessoa do seu Director e Vice-Director aqui presentes, e ao Centro de Estudos Jurídicos, na pessoa do seu Presidente, Senhor Dr. Manuel Trigo, a quem saúdo com especial apreço e admiração por todo o trabalho que vem

desenvolvendo em prol do Direito de todos nós.

À semelhança de anteriores edições e cumprindo o ritual a que já nos habituou, esta Nona Conferência Internacional, é, uma vez mais, a razão e o palco da vinda até Macau, de um conjunto de oradores cujos pergaminhos profissionais e académicos, permitem a continuidade da elevada qualidade que faz deste evento um dos mais renomados e credenciados, eventos jurídicos realizados em Macau.

Por tudo isto, e porque a Fundação Rui Cunha tem como causa maior o direito, tudo fazendo para que sejam criados os alicerces necessários para que o peculiar e singular direito de Macau, caminhe sólido e estruturado muito além de 2049, é para nós, sempre uma honra apoiar e participar, a par com a Universidade e o Governo da RAEM, uma iniciativa como a que hoje nos junta aqui, demonstrando por si só a vitalidade e a boa saúde da ciência que nos une.

O Direito enquanto conceito, socialmente construído, compreensível num espaço e tempo determinados, e em permanente mutação, deve, pois, acompanhar o compasso dos tempos, definindo as coordenadas fundamentais da nossa posição na sociedade em que todos convivemos.

Debater e reflectir sobre temas como estes constitui, aliás, prova disso mesmo.

Durante os próximos dois dias, este auditório será palco de diferentes mas sempre consistentes pontos de vista, acerca de temáticas tão prementes e actuais como o Planeamento Familiar, Sexualidade e Família, a Reprodução e Filiação, a cada vez mais importante questão do Casamento e outras Uniões, sem esquecer a responsabilidade civil e criminal para a violência no seio da família.

Todos estes assuntos, quer pelo peso e importância social que assumem, quer pela universalidade e transversalidade que adquiriram, quer, ainda, pela alteração de paradigma que acarretam, conferirão, com toda a certeza a esta conferência, um interesse acrescido não apenas em ouvir a opinião dos especialistas, mas sobretudo em como utilizar esses mesmos ensinamentos, na construção de uma melhor sociedade em Macau, minimizando as discriminações, erradicando o mais possível os crimes relacionados contra a família, prevenindo novas preocupações e, porque não, enquadrando juridicamente novas realidades sociais.

Como em qualquer outro lugar, também em Macau, o direito deverá assumir o seu papel de participante activo, na construção de uma sociedade moderna, inclusiva e equilibrada, sem esquecer, porém que ao falarmos de

direito em Macau, estamos, necessariamente, a falar num direito que se quer vigente para uma comunidade totalmente multicultural, cujas diferentes origens, histórias e costumes, deverão sempre, ser tidos em conta, não apenas na compreensão dos diferentes pontos de vista, mas sobretudo na exequibilidade das leis que se venham a aprovar.

Nunca é demais reiterar a ideia que o direito é uma ciência de rigor, onde a ética e a justiça social deverão ser sempre o ponto de partida para qualquer que seja o caminho.

Certo que serão dois dias frutuossos para o futuro do Direito da nossa Região, agradeço, uma vez mais, a participação de todos os Ilustres Conferencistas, concluindo com um agradecimento especial ao público presente, a quem desejo uma excelente conferência e votos de um bom trabalho.

Muito obrigado!

NONA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global»

1.^a Sessão

**«Planeamento Familiar
Sexualidade e Família»**



SEXUAL IDENTITY AND DISTURBANCES, CULTURE AND LAW

Chen Chan Heng

Chief Physician of Psychiatry, Conde S. Januário General Hospital, Macau

Abstract: As Sexual identity is an ongoing psychodynamic process established mainly before adolescence in human psychological development. Before it is well established “firmly”, there may be some confusing stages. One may have no clear ideation of one’s sexual or gender identity. It is called “*Gender Identity Turmoil*”. It may change during that period of lifetime or after psychiatric therapy, usually in adolescence. And that is a change of leading one to a public acceptable role. After adolescence, it is more difficult to change along with time.

Keywords: Sexual identity; Gender Identity Turmoil; Homosexuality; Transgender; Gender Dysphoria (Gender Identity Disorder); Sex Reassignment Surgery (SRS).

1. Introduction

The main factors affects sexual identity process are: biological, psychological, social, cultural as well as legal ones. There may produce few variances during the process. *Homosexuality*, *Transgender*, *Gender Dysphoria* (*Gender Identity Disorder*) are some of them. *Homosexuality* refers to a person’s overt behavior, sexual orientation, and sense of personal or social identity to sex. They prefer to interact sexually with the same biological sex ones mainly. The American Psychiatric Association eliminated from the formal diagnostic category in 1973 and officially removed it from the Diagnostic Statistical Manual (DSM) in 1980. It is considered to be pathological unless provoking marked anxiety and poor adjustment. In the International Classification of Disease 10th edition recently writes “Sexual orientation alone is not to be regarded as a disorder”. Though whether this variances or disturbances are viewed as “abnormality” still remains debating. *Transgender*

(*Transsexualism*) is another variance becomes a problem. It refers to gender identity, or gender expression, differs from their assigned biological sex (1990s). It is described as transsexualism if they desire medical assistance to transition from one sex to another. (David Oliver Cauldwell 1949, Harry Benjamin 1966) Gender Identity Disorder was included in the DSM-IV and changed to Gender Dysphoria in the DSM 5. It is defined mainly as marked incongruence between expressed gender and assigned biological gender for more than 6 months associated with clinically significant distress or impairment in social, occupational, or other important areas of functioning, or with a significantly increased risk of suffering, such as distress or disability. No matter they are viewed as abnormal or not. The biological assigned sex is normal in terms of physical conditions. If it is changed medically or surgically, it raised an ethical as well as legal issues in the changing of non-pathological organ(s) probably secondary to psychological problems. Further social, cultural as well as legal rearrangements are need. Therefore, detailed assessment and possible psychodynamic treatment is necessary before the physical therapy, e.g. hormonal therapy, *Sex Reassignment Surgery (SRS)*, etc. The process of assessment is suggested as below.

A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA E DA REGULAMENTAÇÃO DO PLANEAMENTO FAMILIAR NA CHINA

Tian Kan

Professor, Faculdade de Direito, Universidade de Nanjing, RPC

Resumo: Volvidos mais de 60 anos de evolução, o sistema da política e regulamentação do planeamento familiar da China encontra-se hoje cada vez mais aperfeiçoado e continua em constante adaptação a par e passo com as novas tendências do desenvolvimento sócio-económico. A política do planeamento familiar, fazendo parte do sistema normativo das políticas de natalidade da China, constitui uma política de controlo populacional faseado, adoptada pelo governo chinês para harmonizar a elevada taxa de crescimento demográfico com a limitada capacidade de suporte das condições objectivas da economia, da sociedade, dos recursos e do ambiente natural do país, de forma a assegurar um desenvolvimento sustentável a nível social, económico, político, cultural e ecológico. O presente texto começa com uma síntese retrospectiva e sistemática da evolução das políticas de natalidade desde o estabelecimento da República Popular da China, passando por uma análise objectiva da razoabilidade da tão-discutida política do planeamento familiar e, em especial, uma apreciação especulativa sobre o direito de procriação, para por fim proceder a uma previsão racional da tendência evolutiva das políticas e da regulamentação da natalidade da China.

Palavras-chave: Política de natalidade; evolução; razoabilidade; tendência evolutiva.

Introdução

Enquanto país em desenvolvimento mais populoso do mundo, a China chegou a deparar-se com problemas demográficos durante um longo período de tempo. Em face de uma enorme base populacional e de uma elevada taxa de crescimento natural, ao governo chinês não coube outra solução senão adoptar uma política de controlo de natalidade, para harmonizar a elevada taxa de

crescimento populacional com a limitada capacidade de suporte das condições objectivas da economia, da sociedade, dos recursos e do ambiente natural do país, de forma a assegurar um desenvolvimento sustentável a nível social e económico. Volvidos vários anos desde a sua implementação, não é difícil concluir que a política do planeamento familiar não só conseguiu conter o rápido crescimento demográfico da China, assim firmando sólidas bases para o rápido desenvolvimento social e económico, como contribuiu também para o controlo populacional do mundo em geral. Não obstante, esta política tem sido objecto de ampla discussão no interior e no exterior do país ao longo dos anos no que toca à sua cientificidade e razoabilidade, designadamente quanto à restrição do direito de procriação, colocada em questão por parte de alguns Estados e organizações da comunidade internacional. O presente texto visa, precisamente, proceder a uma síntese retrospectiva e sistemática da evolução das políticas de natalidade desde o estabelecimento da República Popular da China, passando por uma análise objectiva da razoabilidade da política e da regulamentação do planeamento familiar, de forma a assinalar, por um lado, a razoabilidade científica da política e da regulamentação em vigor e, por outro, os aspectos que carecem de revisão.

1. A evolução das políticas e da regulamentação da natalidade

Desde o estabelecimento da RPC, as políticas de natalidade do Estado chinês nunca deixaram de se ajustar continuamente em função das necessidades impostas pelo desenvolvimento sócio-económico do país em geral e em estrita conformidade com as concretas circunstâncias de cada momento, de forma a que se coadunassem na maior medida possível com os interesses comuns ao Estado e à esmagadora maioria da população. A contar até dia 1 de Janeiro de 2016, podemos estruturar a sua evolução em 4 fases, sucessivamente: incentivo à natalidade; planeamento familiar ligeiro; planeamento familiar estrito; e política dos dois filhos. As 3 últimas fases correspondem ao planeamento familiar em sentido restrito ou propriamente dito.

1) Incentivo à natalidade (1949-1953)

No período inicial da RPC, quando tudo estava ainda por fazer e construir, foi natural ao governo chinês concentrar todos os seus recursos na construção da Nação e na consolidação do poder político, sem que tenha suficientemente consciencializado a importância do controlo do crescimento demográfico exponencial. Consciencialização essa que se tornou ainda mais inexigível com a Guerra da Coreia, que decorreu entre 1950 e 1953 e que determinou a perda de muitas vidas. Por outro lado, por influência das concepções chinesas tradicionais

de que “os filhos são o seguro de velhice” e de que “quantos mais filhos houver, melhor vida se quer”, bem assim da tradição da ex-União Soviética de premiar as “mães heroínas” com vários filhos, tanto as políticas governamentais como a opinião pública propugnavam a adopção do modelo da ex-União Soviética de apoio e incentivo à natalidade, com toda uma série de medidas a nível das políticas médicas e sociais, como a forte limitação do acesso às operações de esterilização e aborto, e a atribuição de subsídios materiais às famílias volumosas. Ao abrigo destas políticas de incentivo, a taxa de natalidade da China permaneceu sempre nos 36-37‰ no período de 1949 a 1953, registando-se um aumento exponencial da taxa de crescimento demográfico natural dos 2,6‰ do período de 1840 a 1949 para os 23‰ em 1953, representando um crescimento populacional de 46 milhões num espaço de 4 anos¹.

2) Planeamento familiar ligeiro (1954-1979)

No dia 30 de Junho de 1953, o governo chinês procedeu aos primeiros censos sobre todo o país desde o estabelecimento da RPC, de onde se ficou a saber que a população total da China (incluindo Hong Kong, Macau e Taiwan, e ainda os chineses e os estudantes no exterior) era de 601938035 pessoas, com cerca de 580 milhões e 60 mil de habitantes no Interior da China, o que representava na altura cerca de um quarto da população mundial. Com o rápido crescimento populacional, com a explosão demográfica e com o crescente acentuar dos problemas a nível do desenvolvimento sócio-económico, dos recursos (*maxime* alimentares) e do espaço ambiental, o governo chinês começou a reconhecer a importância e a necessidade de um controlo demográfico, dando início aos trabalhos no plano das políticas de regulamentação e das tecnologias anti-reprodutivas.

No espaço de 1954 a 1956, o governo chinês fez entrar em vigor vários diplomas e documentos como as «Alterações às medidas provisórias sobre a contracepção e o aborto», a «Notificação sobre o melhoramento da contracepção e do aborto» e o «Despacho sobre o controlo demográfico», tudo com vista a expor o problema do planeamento familiar e a promover a baixa natalidade por todo o país. Contudo, os posteriores acontecimentos do “Grande Salto” e da “Grande Fome de 1959-1961” travaram o conhecimento do planeamento familiar por parte do governo e da sociedade da China. Até que em 18 de Dezembro de 1962 vieram o Comité Central do Partido Comunista da China e o Conselho de Estado a emitir as «Instruções para a promoção efectiva do planeamento familiar», referindo expressamente que a promoção do planeamento familiar constitui uma política estabelecida no âmbito da construção do sistema socialista chinês, simbolizando o início da implementação da política do planeamento familiar na China. Em Julho de 1971, o Conselho de Estado reencaminhou um «Relatório para a execução dos

trabalhos de planeamento familiar», onde ficou expresso que “com excepção das minorias étnicas e de outras regiões pouco povoadas, os governos de todos os níveis devem reforçar a liderança nos trabalhos de planeamento familiar mediante intensificação de campanhas de divulgação e educação, de forma que tanto a população urbana como a rural venham a optar espontaneamente pelo casamento tardio e pelo planeamento familiar”, tendo ainda estabelecido os padrões de crescimento demográfico no «4.º Plano Quinquenal para o desenvolvimento económico nacional»^[2]. No dia 20 de Junho de 1973, com o «Relatório sobre os problemas do plano económico nacional», veio a definir-se objectivos expressos de redução da taxa de natalidade¹. Em Agosto de 1975, no «Relatório do Ministério da Saúde sobre a Conferência de Saúde Nacional» aprovado pelo Conselho de Estado veio a assinalar-se as exigências de um “«casamento tardio, procriação distanciada e limitada²» no âmbito da concretização do planeamento familiar, sem imposição imperativa, ficando ao critério da população adoptar ou não as medidas de contracepção promovidas pelo Estado”^[3]. Por último, a Constituição da República Popular da China, aprovada na 1.ª Sessão do 5.º Congresso Nacional Popular, de 5 de Março de 1978, veio a prever, no seu art. 53.º, que “O Estado incentiva e promove o planeamento familiar”, afirmando assim, no plano da lei fundamental, a importância da política do planeamento familiar.

3) Planeamento familiar estrito (1980-2001)

Entre 1954 e 1979, a política do planeamento familiar adoptada pelo governo chinês reduziu em certa medida a taxa de natalidade, abrandando o ritmo do crescimento demográfico. Simplesmente, perante a natureza facultativa das medidas e a concepção tradicional do povo, bem como ainda a notável redução da taxa de mortalidade com a elevação da qualidade dos cuidados médicos, a taxa de crescimento demográfico natural continuou a situar-se num nível relativamente alto, tendo já em 1979 chegado perto dos 1000 milhões de população, afirmando-se o problema demográfico como um grande obstáculo ao desenvolvimento sustentável da sociedade chinesa.

Para melhor conter o rápido crescimento populacional e solucionar os problemas daí decorrentes a nível da economia, da sociedade, dos recursos e do ambiente, o governo chinês decidiu alterar a política demográfica, do «casamento

1 Concretamente, desenvolvendo amplamente o planeamento familiar, baixando a taxa de natalidade, até que em 1975 a taxa de crescimento da população se reduzisse até cerca de 10% nas cidades e até uma taxa não superior a 15% nas regiões rurais.

2 O casamento tardio implica idade nupcial superior a 25 e 23 anos, respectivamente para os homens e para as mulheres. A procriação distanciada refere-se a um intervalo de procriação mínimo de 3 anos, devendo ser limitada a 2 filhos no máximo por cada casal.

tardio, procriação distanciada e limitada» para a «política do filho único». Na 3.^a Sessão do 5.º Congresso Nacional Popular decorrida no dia 7 de Setembro de 1980, o Conselho de Estado anunciou a aplicação da nova política de planeamento familiar³. Em face do limite dos “1200 milhões de população nacional em finais do século XX”, o Comité Central do Partido Comunista da China veio a emanar, em 25 de Setembro de 1980, um «Ofício público a todos os membros do Partido Comunista e jovens comunistas sobre a questão do controlo do crescimento demográfico da China», a incentivar que cada casal desse à luz apenas um filho. Em princípios do ano de 1982, o Comité Central do Partido Comunista da China e o Conselho de Estado emitiram umas outras «Instruções para uma melhor execução dos trabalhos de planeamento familiar», sublinhando expressamente a política do filho único. Já em 13 de Abril de 1984, pelo facto de a política ter acentuado em certa medida as incoerências sociais e os factores de instabilidade das regiões rurais, o governo chinês, na «Aprovação e publicação do “Relatório sobre a ponto de situação do planeamento familiar” do Partido do Conselho Nacional de Planeamento Familiar», de 13 de Abril de 1984, veio a introduzir algumas alterações à política do filho único⁴. Daí em diante, mesmo com a substituição da economia planificada pela economia de mercado socialista, a política do filho único continuou a ser estritamente executada, tendo o Conselho de Estado reafirmado a importância do planeamento familiar em 2000, com a publicação da «Decisão do Conselho de Estado sobre o reforço dos trabalhos de planeamento familiar e demográfico e a manutenção da baixa natalidade», de 2 de Março. No dia 29 de Dezembro de 2001, o Comité Permanente do 9.º Congresso Nacional Popular aprovou, na sua 25.^a Sessão, a Lei da População e do Planeamento Familiar da RPC (*Population and Family Planning Law of the People's Republic of China*), representando mais um passo em diante no aperfeiçoamento da institucionalização da política do planeamento familiar da China.

4) Política dos dois filhos (2002 até ao presente)

A adopção da política do planeamento familiar teve notáveis reflexos na redução da taxa de natalidade e da taxa de crescimento demográfico natural da China, tendo conseguido conter a explosão demográfica e, segundo estatísticas

3 Segundo a qual, “com excepção das minorias étnicas ou regiões pouco povoadas, deve-se promover amplamente a política do filho único para cada casal, por forma a controlar no mais breve trecho possível a taxa de crescimento demográfico, de molde a não exceder os 1200 milhões de população nacional em finais do século XX”.

4 Em concreto: 1. Dar continuidade à flexibilização controlada da política nos espaços rurais, permitindo a procriação do segundo filho mediante autorização nos termos das condições previstas; 2. Proibir estritamente a procriação de dois ou mais filhos em contravenção com o estabelecido no planeamento familiar; 3. Proibir estritamente o favoritismo e punir os titulares dos cargos de chefia que cometam irregularidades nesta matéria; 4. Definir políticas de planeamento familiar adequadas às minorias étnicas.

incompletas, diminuir a natalidade em cerca de 400 milhões de pessoas durante os 30 anos de vigência da política. Não obstante, no reverso da medalha da estrita aplicação da política começaram a surgir toda uma série de problemas sociais como a grave redução dos dividendos demográficos, o aceleramento do envelhecimento da população, o agravamento dos riscos familiares, a insuficiência dos fundos de segurança social e a redução da mão-de-obra activa, o que levou a que o governo chinês tivesse que considerar, já nos inícios do século XXI, proceder a mais uma revisão científica à política do planeamento familiar.

A Lei da População e do Planeamento Familiar da RPC entrou em vigor no dia 1 de Setembro de 2002 e veio a estabelecer expressamente que *“The State maintains its current policy for reproduction, encouraging late marriage and childbearing and advocating one child per couple. Where the requirements specified by laws and regulations are met, plans for a second child, if requested, may be made.”*⁵. Isto simbolizou o início da aplicação da política do “segundo filho por casais compostos por filhos únicos” pelo país. Este primeiro processo de abertura da política do planeamento familiar desde a adopção da política da baixa natalidade veio a completar-se em 25 de Novembro de 2011, com a revisão das «Normas sobre a População e o Planeamento Familiar de Henan», momento em que a nova política passou a vigorar plenamente em todas as províncias da China. Em 15 de Novembro de 2013 aprovou-se, na 3.ª Sessão Plenária do 18.º Comité Central do Partido Comunista da China, a «Decisão do Comité Central do Partido Comunista da China sobre algumas questões importantes de reforma compreensiva e aprofundada», onde se indicou que *“While persisting in the basic national policy of family planning, we will initiate a policy that allows married couples to have two children if one of the parents is a single child”*⁶, o que veio a simbolizar uma segunda abertura da política do planeamento familiar, do “segundo filho por casais compostos por filhos únicos” para a política do “segundo filho por casais compostos por pelo menos um filho único”. Em Dezembro do mesmo ano, o Comité Central do Partido Comunista da China e o Conselho de Estado emitiram as «Opiniões para o ajustamento e aperfeiçoamento da política de natalidade», sublinhando o importante significado e os traços gerais das alterações. Em Outubro de 2015, na 5.ª Sessão Plenária do 18.º Comité Central do Partido Comunista da China decidiu-se adoptar a política dos dois filhos por qualquer casal, o que foi firmado na «Decisão sobre a alteração à Lei da População e do Planeamento Familiar da RPC» aprovada na 18.ª Sessão do Comité Permanente

5 <http://www.nhfdc.gov.cn/jtfzs/s7871/201307/fc35ec8425544c628a572e5b50815beb.shtml>. Para a versão em língua inglesa, http://www.gov.cn/english/laws/2005-10/11/content_75954.htm.

6 http://www.gov.cn/jrzg/2013-11/15/content_2528179.htm. Em língua inglesa, http://www.china.org.cn/chinese/2014-01/17/content_31226494_12.htm.

do 12.º Congresso Nacional Popular, de 27 de Dezembro de 2015, pondo assim termo à política do filho único^[3].

2. Sobre a razoabilidade das políticas e da regulamentação do planeamento familiar

As políticas e a regulamentação do planeamento familiar da China chegaram a ser fortemente questionadas pela comunidade internacional, especialmente quanto à restrição do direito e da liberdade de procriação, no sentido de que as respectivas políticas e regulamentação contendiam com o direito fundamental de livre procriação do cidadão, sendo consabido que a procriação é necessária não só para garantir a subsistência da vida humana e familiar, como também para assegurar o desenvolvimento das etnias, do país e da espécie humana, devendo o respectivo direito humano e fundamental ser objecto de suficiente respeito e protecção por qualquer Estado ou região. Ora, se a China, enquanto grande potência cumpridora de responsabilidades no seio da comunidade internacional, tem vindo a respeitar e proteger suficientemente o direito de procriação dos seus cidadãos, com regulamentação expressa na Lei da População e do Planeamento Familiar, qual a razão de as suas políticas de planeamento familiar terem vindo a ser criticadas? A resposta passa, em primeiro lugar, pelo equívoco sobre o conteúdo do planeamento familiar e, depois, pelas diferentes concepções sobre a liberdade de procriação entre a China e alguns dos países desenvolvidos onde não se colocam problemas de excesso de população. E foi isto que esteve na origem dos debates sobre a razoabilidade das políticas e da respectiva regulamentação do planeamento familiar da China.

1) O razoável

Em primeiro lugar, recorde-se que na Conferência Internacional sobre População da Cidade do México de 1984 foi firmado o seguinte princípio: “*Countries which consider that their population growth rate hinders their national development plans should adopt appropriate population policies and programs*”. E que, de igual modo, na decisão sobre a convocação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento de 1994, o Conselho de Segurança das Nações Unidas assinalou que: “*Todos os países gozam da soberania para elaborar, adoptar e aplicar políticas demográficas, as quais devem reflectir a cultura, os valores e a tradição do próprio Estado, bem como as demais condições sociais, económicas e políticas, e devem estar em harmonia com os padrões dos direitos humanos e, bem assim, com os deveres pessoais, conjugais e familiares*”^[4]. Embora nem sempre uniformes na sua formulação, estas declarações internacionais têm todas

em vista o respeito pelo direito de procriação do homem, no pressuposto de que esse direito apenas é garantido depois e na medida da “assunção de certas responsabilidades”. É por isso que o facto de a China, partindo do interesse geral do desenvolvimento do país, ter exigido, conforme as circunstâncias do Estado, o cumprimento de certos deveres decorrentes do planeamento familiar quando garantindo o correspondente direito de procriação do cidadão, estava em conformidade com as respectivas exigências internacionais.

Em segundo lugar, nos termos do estabelecido no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, os direitos à subsistência e ao desenvolvimento constituem o conteúdo mais fundamental dos direitos humanos e a sua aquisição depende de um ambiente sócio-económico bom e estável. A China, enquanto o país em desenvolvimento mais populoso do mundo, tem-se deparado com problemas demográficos mais acentuados a nível mundial. Ora, se se permitisse uma prática irresponsável de procriação por parte dos seus cidadãos, prejudicada estaria a elevação do nível de vida do povo em geral e o desenvolvimento sócio-económico do país, assim se pondo em crise a garantia efectiva dos direitos de subsistência e de desenvolvimento dos cidadãos. Ao que acresce que, ao longo dos anos, a experiência chinesa tem permitido assistir a toda uma série de complexos problemas políticos, económicos e sociais decorrentes da explosão demográfica, que constituem grave ameaça à concretização dos referidos direitos de subsistência e de desenvolvimento. Pelo que, embora o governo chinês tivesse efectivamente intervindo em certa medida no direito de procriação dos cidadãos, em detrimento da sua protecção, na definição e aplicação da política do planeamento familiar, foi perfeitamente razoável, do ponto de vista do interesse colectivo dos cidadãos e do Estado em geral, e na perspectiva de garantia dos direitos de subsistência e de desenvolvimento do cidadão, que tivesse introduzido orientações à conduta reprodutiva dos cidadãos e que tivesse vindo a controlar adequadamente o crescimento populacional através do planeamento familiar, da mesma forma que em nenhum Estado-de-Direito se consegue assegurar em termos absolutos o direito à liberdade das pessoas.

Em terceiro lugar, do ponto de vista da evolução demográfica, o planeamento familiar, no contexto histórico em que estava inserido, era consonante com as necessidades impostas pelo desenvolvimento social do país e, durante o período em que foi executado, contribuiu efectivamente em larga medida para o desenvolvimento sócio-económico da China, designadamente na contínua redução da taxa de crescimento demográfico natural, no controlo efectivo da taxa de natalidade durante certo período de tempo, no contínuo decréscimo do coeficiente de dependência, o que proporcionou à sociedade da China, durante cerca de 40 anos, um período de “dividendos demográficos” de abundância de mão-de-obra activa, de baixo coeficiente de dependência e de alta taxa de poupança, tendo sido

um dos principais factores do crescimento económico exponencial da China após a sua abertura ao exterior.

Em quarto lugar, note-se que, durante todo esse período, em momento algum se deixou de proceder a estudos e investigações sobre como alterar e rever a política e a regulamentação do planeamento familiar, que efectivamente foram sendo ajustadas a partir dos resultados das discussões doutrinárias por um lado, e com base nas experiências da sua aplicação prática por parte dos serviços governamentais, por outro, e ainda acolhendo, em certa medida, as sugestões dos sectores sociais. A evolução da “política do filho único” dos anos 80 a 90 à “política do segundo filho por casais compostos por filhos únicos” do início do século XX, e desta às políticas recentes do “segundo filho por casais compostos por pelo menos um filho único” e do “segundo filho por qualquer casal”, demonstra em si como a China tem vindo a valorizar cada vez mais o direito de procriação dos cidadãos, em busca da máxima protecção do direito de procriação dos cidadãos através de incessante revisão das respectivas medidas, procurando activamente eliminar os conflitos e contradições entre o planeamento familiar e o direito de procriação.

2) O desrazoável

Em primeiro lugar, o direito de procriação é um direito humano fundamental que todo o ser humano deve ter em condições de plena igualdade, sem diferenciação em razão da etnia, região ou agrupamento. Simplesmente, o facto de o governo chinês ter delegado determinados poderes de definição das políticas e da regulamentação do planeamento familiar a cada uma das regiões levou a que surgissem divergências entre as regiões das províncias chinesas. Por outro lado, o Governo Central e os governos locais, considerando as discrepâncias fácticas entre as cidades e os campos, bem como o fenómeno da convivência habitacional de pessoas de diferentes etnias, decidiram adoptar uma política de planeamento familiar caracterizada pelo “dualismo urbano-rural e tratamento diferenciado para as minorias étnicas e para determinadas pessoas”. Assim, por exemplo, quando em geral se aplicava a política do filho único, os cidadãos das minorias étnicas podiam ter dois a três filhos nos termos da regulamentação das respectivas regiões autónomas, enquanto as famílias das zonas rurais podiam dar à luz um segundo filho quando o primeiro fosse de sexo feminino. Também assim, em várias províncias e regiões se estabeleceu a política diferenciada dos dois filhos em função de determinadas etnias e classes de pessoas, como os militares com deficiência, as crianças com doença ou deficiência, ou as famílias rurais com duas filhas. O que levou a que as pessoas tivessem um direito de procriação desigual em função da região a que pertenciam – quando uma pessoa podia legalmente ter um segundo filho de acordo com a política de determinada região, a mesma pessoa, situando-se noutra província, estaria sujeita a sanções como o pagamento

de prestações de manutenção social, a demissão de cargos públicos ou sanções disciplinares do Partido Comunista se houver membros do Partido na respectiva família, por violação das regras do planeamento familiar dessa região^[5]. Aliás, o montante das prestações de manutenção social devido por excesso de filhos varia em função dos rendimentos das pessoas, o que não só as tornam insusceptíveis de traduzir as finalidades punitivas que lhes são inerentes, como ainda propicia a formação de uma mentalidade de compra do direito de procriação por parte de famílias mais abastecidas em determinados lugares. O que, em manifesta oposição ao carácter de igualdade dos direitos humanos fundamentais, levou a situações de certa desigualdade no direito de procriação dos cidadãos chineses.

Em segundo lugar, durante um longo período de tempo anterior à promulgação da Lei da População e do Planeamento Familiar, as respectivas políticas foram sendo executadas sem qualquer base legal^[6]. Algumas regiões resolveram definir deveres dos cidadãos nas várias etapas do processo reprodutivo por via de instrumentos normativos como os regulamentos dos governos locais, punindo aqueles que se recusassem a realizar os devidos testes de gravidez, que incumprissem as medidas contraceptivas da “aposição de dispositivo intra-uterino após o primeiro filho e ligadura após o segundo filho”, que se engravidassem para além do permitido ou que faltassem ao processamento da certidão de nascimento mesmo quando tenham actuado em conformidade com as políticas de natalidade. Por outro lado, denotou-se uma falta de sensibilidade jurídica por parte de alguns agentes administrativos responsáveis pela concreta execução do planeamento familiar, tendo-se verificado irregularidades na aplicação das regras, bem como violência (aborto forçado e agressões físicas), falsificação e cobrança arbitrária de taxas, condutas essas que não só violaram gravemente os direitos de procriação, liberdade pessoal e propriedade privada dos cidadãos, como também prejudicaram a imagem do governo chinês, em detrimento do regular funcionamento dos trabalhos de planeamento familiar.

Em terceiro lugar, a aplicação das políticas e da regulamentação do planeamento familiar, em especial a execução forçada da política do filho único nas décadas de 80 a 90 do século passado, em certa medida esteve em oposição com a verdadeira vontade de procriação dos cidadãos, tendo daí originado um conjunto de pessoas sem identidade na sociedade chinesa. Segundo os 6.ºs censos de 2010, no país residiam pelo menos 13 milhões de pessoas sem registo de identificação, sem documento de identificação nem cartão de residente habitual, vulgarmente conhecidos como “*black children*”, ocupando cerca de 1% da população total da China, sendo quase todos eles filhos excedentes⁷.^[7] Desprovidos de qualquer registo de identificação, este grupo de pessoas encontram-se impedidas de

7 Filhos que nasceram por excesso, ao arrepio dos padrões estabelecidos na política de planeamento familiar.

trabalhar, estudar, casar ou procriar como o cidadão normal, inclusivamente com obstáculos de deslocação (sendo-lhes vedado o acesso a meios de transporte como o avião e o comboio de alta velocidade)[8], sem qualquer garantia efectiva dos direitos de procriação, educação, casamento e trabalho – um importante problema a resolver no âmbito da política demográfica e da governação social da China[9].

3. As últimas alterações à política e regulamentação de natalidade e possíveis tendências de evolução

Qualquer política demográfica de um Estado deve corresponder às suas condições objectivas internas relativas à população, à economia, à sociedade, à cultura, ao ambiente e aos recursos. A China, depois de transitar de uma situação de alta taxa de crescimento demográfico natural a uma situação oposta, testemunhou uma reviravolta no seu desenvolvimento sócio-económico, defrontando-se com problemas que já não são os mesmos de insustentabilidade a nível da economia, da sociedade, do ambiente e dos recursos em face do excessivo crescimento demográfico, mas outros que agora se traduzem acentuadamente no desaparecimento gradual dos dividendos demográficos, na baixa taxa de natalidade, na desproporção de géneros sexuais, no aceleração do envelhecimento da população e na falta de mão-de-obra[10]. Problemas esses que evidenciam como a política restritiva da procriação já não se adequa às circunstâncias concretas e actuais da China. É assim que o governo chinês tem vindo a ajustar em certa medida a sua política de natalidade em função das tendências de evolução social, tendo adoptado em 2013 e 2016, respectivamente, as políticas do “segundo filho por casais compostos por pelo menos um filho único” e do “segundo filho por qualquer casal”, em moldes que flexibilizam a outrora rigorosa política do filho único, por forma a evitar a formação de uma estrutura populacional em forma de pirâmide invertida e a assegurar o desenvolvimento estável e sustentável da sociedade e da economia.

O problema do planeamento familiar é, em boa verdade, um problema de harmonização dos interesses sociais. Tendo a China entrado num período de baixa natalidade, as questões que adiante se colocarão ao governo chinês passarão pelo reforço dos mecanismos de coordenação, compensação e comparticipação de interesses no controlo demográfico, pela adopção de um modelo de planeamento familiar “centrado nas pessoas” e no grau de satisfação do povo em vez de um modelo “norteado pelos números”[11], e pela execução civilizacional do planeamento familiar de acordo com a lei, de forma a proteger suficientemente os direitos fundamentais de subsistência, desenvolvimento, procriação e propriedade privada dos cidadãos. Por outro lado, tendo presente os altos níveis de exigência dos pais à qualidade do ensino e formação dos filhos, é natural que os respectivos

custos económicos sejam também correspondentemente elevados, o que, de um ponto de vista dos custos económicos, leva a que propendam a ter menos filhos, ao que acrescem aqueles hedonistas – que já vão em número elevado – que, estando na idade fértil, preferem aderir à corrente DINC (*double income, no children*; ou duplo ingresso, nenhuma criança) e não ter filhos, tudo apontando no sentido de uma postura da sociedade em geral pouco vocacionada para a procriação em comparação com os tempos passados, sendo disso exemplo perfeito a limitada reacção do povo em face da política do “segundo filho por casais compostos por pelo menos um filho único”^[12]. É assim que se explica que o governo chinês possa vir a abandonar por completo a política do planeamento familiar num futuro avistável, orientando as pessoas na adopção de uma concepção correcta de procriação em elevação da taxa de natalidade, de forma a assegurar um desenvolvimento integrado e sustentável da economia e da sociedade.

Notas bibliográficas

- [1] Yang Faxiang, Estudos sobre a Evolução Histórica Contemporânea do Planeamento Familiar na China, Universidade de Zhejiang, 2004.
- [2] Xu Jun, Estudos sobre a Evolução e Reforma da Política do Planeamento Familiar, Nanjing University of Aeronautics and Astronautics, 2015.
- [3] Zhang Zhengyun, Estudos sobre as Diferenças na Política Familiar da China, Universidade de Jilin, 2016.
- [4] Zhu Yaogeng e Wang Huan, “Os direitos da pessoas na Lei da População e do Planeamento Familiar”, *Population Research*, 2004(02):86-89.
- [5] Guo Wei, Sun Yuanjun e Li Bing, “Entre razoabilidade e legalidade: os desafios da Lei da População e do Planeamento Familiar e sua superação”, *Socialism Studies*, 2014(03):168-172.
- [6] Hu Rongen e Shi Dongpo, “Sobre a criação e aperfeiçoamento do sistema de avaliação social da evolução legislativa - o exemplo negativo da Lei da População e do Planeamento Familiar”, *Journal of Gansu Institute of Political Science and Law*, 2013(05):10-19.
- [7] Wan Haiyuan, “Investigação sobre a comunidade “black children” da China”, *Nanfeng Chuang Journal*, 2015(05):30-32.
- [8] Wan Haiyuan, “Investigação sobre a situação da comunidade “black children” da China”, *Bai Xing Sheng Huo*, 2015(07):5-7.
- [9] “Investigação sobre a situação da comunidade “black children” da China”, *Jornal Comercial Rural*, 2014-06-11.
- [10] Chen Mingli, “O marco que representou a Lei da População e do Planeamento Familiar da China”, *Journal of Sichuan Administration College*, 2002(01):39-40.
- [11] Zhang Chunsheng, “Sobre a Lei da População e do Planeamento Familiar da China”, *Population and Family Planning*, 2002(02):13-14.
- [12] Mu Guangzong, “Contexto, conteúdo e perspectivas da Lei da População e do Planeamento Familiar da China”, *Chinese Journal of Population Science*, 2002(03):78-82.

A SEXUALIDADE HUMANA E O DIREITO DA FAMÍLIA

João Paulo Remédio Marques

Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

Sumário: O presente texto analisa algumas das múltiplas dimensões da sexualidade e do género no Direito da Família no quadro legal de Portugal e de Macau (v.g., o casamento, a maternidade, a paternidade, a adopção, as responsabilidades parentais, orientação sexual, mudança de sexo, esterilização).

Palavras-chave: Direito da Família; sexualidade; género; casamento; união de facto; adopção; homossexualidade; responsabilidades parentais; reprodução medicamente assistida.

1. Introdução

O Direito da Família acolhe múltiplas expressões e expressões multiformes e entre si diferenciadas da sexualidade humana. Isto é assim porque a Medicina e o Direito têm construído discursos que constituem sistemas simbólicos; sistemas que se alicerçam nos valores aceites por determinadas culturas e sociedades e exercem um poder de regulação sobre dimensões como o casamento, a sexualidade, a procriação e a maternidade.

As fontes de relações jurídico-familiares são os receptáculos dessas expressões da sexualidade, quais sejam: parentesco, casamento, afinidade, adopção, união de facto. E cada ordenamento jurídico modela tais expressões de acordo com as concepções sócio-culturais e ético-axiológicas dominantes.

2. Casamento

O casamento, fonte mais importante do ser-com-o-outro e expressão mais íntima e socialmente aceite da sexualidade humana, implica vários problemas de expressão da sexualidade com incidência tanto no momento da sua celebração, quanto para efeitos da sua dissolução.

O casamento é um poderoso modelo de relação em muitas sociedades ocidentais e é validado legalmente com muita força, oferecendo reconhecimento e legitimação social às relações heterossexuais e, recentemente, em muitos países, às relações homossexuais.

2.1. Unicidade *versus* diversidade de sexo/género

A heterossexualidade era, no direito português, uma característica indiscutível do casamento, tanto civil como católico, e a sua justificação parecia elementar. Isto porque a diversidade de sexos era exigida pelo fim do matrimónio, que é o de estabelecer entre os cônjuges uma plena comunhão de vida, nos termos do art. 1577.º do CC português e do art. 1462.º do CC de Macau. O regime e a justificação ainda é esta em Macau, mas deixou de o ser em Portugal. Em Macau, o casamento entre cônjuges do mesmo sexo é considerado inexistente.

Por identidade de sexo deve entender-se *identidade legal* de sexo, ou seja, só é relevante a concreta menção do sexo que conste do assento de nascimento.

Há identidade de sexo se, não obstante, um dos nubentes proceder a alterações do seu aspecto fenotípico (isto é, os caracteres sexuais externo-genitais, incluindo os seios e o formato do rosto e/ou das ancas), permanecer no registo civil com a menção da identidade sexual diversa da que passa a ostentar por efeito de tais alterações cirúrgicas e/ou hormonais. Em Portugal, a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjetivamente na comunidade como instituição não permitiu retirar da Constituição Portuguesa um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, a Constituição Portuguesa não proibia necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação ao casamento. Isto veio a suceder com a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que alterou o art. 1577.º Código Civil, suprimindo as palavras “*de sexo diferente*”, e revogou a alínea *e*) do art. 1628.º, que determinava a inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

2.2. Casamento civil e casamento religioso

Em Portugal o sistema matrimonial é o do casamento civil facultativo na segunda modalidade. Em Macau vigora um sistema de casamento civil facultativo na primeira modalidade (art. 121.º/1 do Código do Registo Civil de Macau).

2.2.1. Demonstração da realização de exames médicos no quadro do processo preliminar para casamento

O processo preliminar para casamento inclui, como primeiro acto dentro do procedimento administrativo, a declaração para casamento acompanhada de vários documentos (alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 137.º do Código do Registo

Civil português). Porém, nenhum desses documentos é a certidão médica passada em laboratório de análises respeitante à despistagem de doenças sexualmente transmissíveis. Os países que, porém, prevêm a junção deste documento não impedem a celebração do casamento se ele não for junto. A ideia é a de apenas levar ao conhecimento do outro nubente, de uma forma oficial, a condição médico-sexual do nubente com quem pretende casar, contribuindo para melhor formar a sua vontade de contrair ou rejeitar a celebração do casamento.

2.2.2. O casamento católico (em Portugal) como espaço que (também) visa a procriação

O casamento católico é encarado pelo Código de Direito Canónico como “ato da vontade pelo qual o homem e a mulher, por pacto irrevogável, se entregam e recebem mutuamente a fim de constituírem o matrimónio (Cânone 1057, § 2). O direito civil português admite que certas causas de invalidade do casamento católico sejam reguladas exclusivamente pela legislação eclesiástica e os respectivos litígios sejam dirimidos nos tribunais e repartições eclesiásticas

O Código de Direito Canónico, de 1917, considerava fim primário do casamento, a *procreatio atque educatio prolis* e fim secundário (o *mutuum adjutorium*) e o *remedium concupiscentiae* (Cânone 1013, § 1), admitindo embora que o casamento visasse o fim secundário, e só ele, no caso de o fim primário não poder ser alcançado. Já não é assim no actual Código de 1983 (Cânone 1055, § 1), o qual define o casamento como “comunhão íntima de toda a vida, ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole”. O “bem dos cônjuges” e a “procriação e educação da prole” são postos, lado a lado, como fins do casamento.

Isto significa que a consumação (isto é, a existência de relações sexuais com potencialidade para serem fecundantes) continua a ter no casamento católico um relevo que não possui no casamento civil. Vale dizer: a consumação como que torna o acto matrimonial mais estável, pois só depois de consumado é que o casamento católico goza de indissolubilidade. Observe-se que o casamento católico não consumado pode dissolverse por graça ou dispensa pontificia (“dispensa do casamento rato e não consumado”), nos termos do Cânone 1142 Código de Direito Canónico. Refira-se, por outro lado, que no direito canónico a impotência é impedimento matrimonial dirimente (Cânone 1084), o que também revela como o espírito do direito canónico é diverso, neste ponto, do direito civil.

O casamento católico evidencia três “bens do matrimónio” (*bona matrimonii*): o *bonum prolis* (a procriação e educação dos filhos), o *bonum fidei* (a mútua fidelidade) e o *bonum sacramenti* (a indissolubilidade). Os elementos essenciais que individualizam o casamento exprimem-se assim em direitos e deveres recíprocos dos cônjuges. Ora, se os nubentes (ainda antes da celebração do casamento)

têm intenção de não assumir esses deveres, excluindo um ou alguns daqueles “bens”, o casamento católico é inválido por falta de consentimento matrimonial. Como diz o Cânone 1101, § 2, “se uma ou ambas as partes, por um ato positivo de vontade, excluírem [...] algum elemento essencial do matrimônio ou alguma propriedade essencial, contraemno invalidamente”.

2.3. O consentimento para casar e a sexualidade

O consentimento para celebrar casamento deve ser livre, o que a lei também presume (art. 1634.º do CC português). É assim necessário que a vontade dos nubentes tenha sido esclarecida, ou seja, formada com exacto conhecimento das coisas, e se tenha formado com liberdade exterior, isto é, sem a pressão de violências ou ameaças.

A expressão e conformação da sexualidade de cada um dos nubentes pode contaminar o consentimento para casar. Estou a referir-me ao *erro*. Este, como é sabido, deve recair sobre a pessoa com quem se realiza o casamento e *versar sobre uma qualidade essencial dessa pessoa*.

Algumas dimensões dessa sexualidade podem ter implicações em matéria de erro na celebração do casamento. O erro só é relevante (como causa de anulação do casamento) se versar sobre *qualidade essencial* da pessoa do outro cônjuge (art. 637.º do CC português; art. 1509.º do CC de Macau. São essenciais as qualidades particularmente significativas, que, em abstracto, sejam idóneas para determinar o consentimento para casar. Neste sentido, a vida e costumes desonrosos, a impotência, deformidades físicas graves, doenças incuráveis e que sejam hereditárias ou contagiosas, etc. serão circunstâncias que, entre outras, poderão assumir relevância para este efeito. A impotência instrumental (falta, mutilação ou conformação anormal dos órgãos sexuais), a impotência funcional (os órgãos sexuais existem e têm a sua conformação normal, mas não são aptos para a cópula), a impotência seja absoluta ou relativa (ou seja, quer se manifeste em relação a qualquer pessoa ou só em relação a certas pessoas e, em particular, à pessoa do outro cônjuge) constituem qualidades essenciais.

2.4. Impedimentos matrimoniais e sexualidade

Como se sabe, os impedimentos matrimoniais são as circunstâncias que impedem a celebração do casamento; isto é, as circunstâncias verificadas que, uma vez concretamente verificadas, obstam a que o casamento se possa celebrar, sob pena de anulabilidade do acto ou de sanções de natureza essencialmente patrimonial.

A expressão da sexualidade antes e durante o casamento não é, em si, impedimento. Mas a expressão dessa sexualidade entre pessoas unidas por determinados graus de parentesco pode sê-lo. Em primeiro lugar, temos o vínculo

e casamento anterior não dissolvido. Visa-se proibir a bigamia ou a poliandria. Nos países que adoptam sistemas de casamento civil na 2.^a modalidade (em que o casamento católico é regido, em parte, por normas do Código de Direito Canónico), é possível aos nubentes celebrar casamento católico e, depois, celebrar entre si casamento civil. O parentesco na linha recta (art. 1602.º, al. *a*), do CC português; art. 1480.º do CC Macau) e no segundo grau da linha colateral (art. 1602.º, alínea *c*), CC português; 1480.º do CC Macau), assim como a afinidade na linha recta (art. 1602.º, alínea *d*), do CC português) impedem sempre o casamento entre os familiares visados (p. ex., entre avô e neta; entre irmãos) ou os afins atingidos. E o mesmo se deve entender na adopção plena relativamente ao adoptante e adoptado e familiares de um e de outro. Trata-se de proteger aqui o valor da proibição do incesto, com todas as razões de ordem ética, eugénica que fazem desta proibição social um dos tabus mais sólidos da civilização.

Em Portugal, a Lei n.º 137/2015, de 7 de Setembro, acrescentou um novo impedimento dirimente relativo na alínea *b*) do art. 1602.º do Código Civil: a relação anterior de responsabilidades parentais. Isto é, o cônjuge de um pai ou mãe, ou unido de facto com estes que, nos termos daquela lei, tenha assumido responsabilidades parentais relativamente ao filho desse pai ou mãe, fica impedido de casar com esse filho, mesmo após a dissolução do casamento da mãe ou do pai ou de o menor ter atingido a maioridade. Este impedimento não se funda no parentesco e valem a favor dele motivos de índole social.

Já o impedimento do *prazo internupcial* previsto no artigo 1605.º/1, do CC português, impõe-se a ambos os cônjuges para fazer respeitar as convenções sociais, o luto; por outro lado, e em relação à mulher, o maior prazo internupcial pretende evitar as dúvidas que poderiam suscitarse sobre a paternidade do filho nascido depois do 2.º casamento. Note-se que estas pessoas não podem celebrar casamento (civil ou religioso) dentro dos referidos, mas podem evidentemente expressar a sua sexualidade no seio de uma união de facto, de um concubinato duradouro ou de relações sexuais efémeras com um ou vários parceiros sexuais, ao mesmo tempo ou de forma sucessiva. De igual modo, o parentesco no terceiro grau da linha colateral (art. 1604.º, alínea *c*), do CC português: tios e sobrinha; tia e sobrinho) é, igualmente, um impedimento, mas pode ser dispensado por autorização da Conservatória do Registo Civil, ponderados motivos da pretensão dos nubentes. Estes não são, porém, impedimentos matrimoniais em Macau.

2.5. Deveres conjugais; incapacidade física dos cônjuges; danos indirectos causados por facto ilícito de terceiro

Tal como em Portugal, em Macau o dever conjugal de coabitação e de fidelidade estão expressamente previstos na lei (art. 1533.º do CC de Macau). *A jusante* há, porém, diferenças, pois Macau mantém o sistema do divórcio-sanção

por causa de violação culposa de deveres conjugais (art. 1635.º/1). Portugal aboliu expressamente este sistema, em finais de 2008, embora ele esteja implicitamente presente no *divórcio-ruptura* quando se alega a violação de tais deveres que, *objectivamente*, constata uma situação de crise matrimonial a que urge por termo. É verdade que está em causa apenas a ruptura, independentemente das razões que a tenham determinado, designadamente a recusa em manter relações sexuais ou outras formas de expressão da sexualidade dentro do casal.

2.5. Mudança de sexo na constância do casamento

Em Portugal, para alguns autores (Pereira Coelho, Guilherme De Oliveira), o casamento de um transexual, conseguisse obter a mudança legal de sexo no registo civil, tornava-se inexistente: se o casamento contraído entre pessoas do mesmo sexo era inexistente, devia, logicamente, deixar de ter existência jurídica se os cônjuges passassem a ter o mesmo sexo, embora fossem de sexo diferente à data da celebração do casamento. Tratava-se de uma *inexistência sucessiva* ou *superveniente* não corresponderia inteiramente ao da inexistência originária, única que a lei previu no art. 1630.º (*idem*, art. 1501.º, alínea e), do CC de Macau), pois o casamento do transexual mantinha todos os efeitos que produzira desde a data em que fora celebrado até à do trânsito em julgado da sentença que reconhecesse a mudança de sexo. A inexistência podia em princípio ser invocada por qualquer pessoa e a todo o tempo, independentemente de declaração judicial; mas se o casamento estivesse registado e a inexistência não resultasse do próprio contexto do registo este não era inexistente (art. 85.º/1, alínea a), do Código do Registo Civil português), tornando-se necessária uma ação judicial em que se pedisse a declaração de inexistência do casamento e, acessoriamente, o cancelamento do registo.

Outros Autores (Remédio Marques e Jorge Duarte Pinheiro) preferem ver nessa mudança de sexo a causa da *dissolução automática* do casamento por meio do recurso à figurada *ineficácia jurídica*, a qual, pela sua própria configuração negocial, verifica-se sempre *após* a celebração do acto/negócio jurídico.

Em Macau, a discussão permanece, uma vez a identidade de sexo é requisito essencial da celebração de casamento (civil). Em Portugal, após a admissão de celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, entendem que a mudança de sexo de um dos cônjuges não torna o casamento inexistente nem gera qualquer causa de invalidade. Eu julgo, porém, há dois de casamento (homossexual e heterossexual) cujo regime jurídico é praticamente idêntico após a sua celebração, mas é diferente até ao momento da sua celebração: o cônjuge que celebra um *casamento heterossexual* forma o seu consentimento com base diversidade de sexos; qualquer alteração do sexo legal do outro cônjuge atinge a formação de tal consentimento, visto que o sexo, nesse outro modelo social, constitui um elemento essencial da pessoa do outro

cônjuge (art. 1636.º CC português), cuja diferente conformação (desconhecido do outro) vicia a vontade e conduziria à anulação desse casamento. Neste sentido, o *casamento heterossexual seguido da mudança legal de sexo de um dos cônjuges* implica a *dissolução automática* desse casamento, após o trânsito em julgado da decisão que afirme e constitua essa mudança do sexo.

Se o casamento for originariamente celebrado entre pessoas do mesmo sexo legal (o que não é possível em Macau), a mudança legal de sexo de um dos cônjuges poderá ter relevância em matéria de vícios da vontade — pode conduzir à anulação do casamento por erro —, mas, na minha opinião, não deve importar a dissolução automática de tal casamento.

Deve, por outro lado, ser afastada a solução autorize um dos cônjuges a divorciar-se do outro (cuja legitimidade activa caberia ao cônjuge que não foi objecto de mudança de sexo). É verdade que o comportamento do cônjuge, que, sem o consentimento do outro, se faz submeter a operação cirúrgica de mudança de sexo, podia conduzir ao divórcio nos termos gerais de um casamento heterossexual. Todavia, a operação cirúrgica pode ter sido acordada entre os cônjuges; por outro lado, não se justificaria que a sorte de um matrimónio considerado pela lei de como inexistente ficasse na dependência da vontade do outro cônjuge, mantendose o casamento entre cônjuges do mesmo sexo no caso de não ser requerido o divórcio.

3. União de facto

A vida em comum em condições análogas às dos cônjuges é o que caracteriza a denominada união de facto, uma vez que a lei portuguesa continua a não definir esta situação jurídica de expressão da sexualidade humana. O CC de Macau procedeu a uma maior densificação desta situação jurídica familiar (arts. 1471.º e 1472.º).

As pessoas vivem em comunhão de leito, mesa e habitação, como se fossem casadas, apenas com a diferença de que não o são, pois não estão ligadas pelo vínculo formal do casamento. A circunstância de viverem como se fossem casadas cria uma aparência externa de casamento, em que terceiros podem confiar, o que explica alguns efeitos atribuídos à união de facto. Relações sexuais fortuitas, passageiras, acidentais, não configuram uma união de facto. Uma pessoa só pode viver em união de facto com outra, não com duas ou mais. É claro, porém, que não deixa de haver união de facto porque um dos sujeitos da relação não é fiel ao outro, tal como não deixa de haver casamento se um dos cônjuges viola o dever de fidelidade e mantém relações sexuais com outra pessoa.

3.1. Unicidade *versus* diversidade de sexo/género na união de facto

Em Portugal (diferentemente de Macau), a noção de união de facto cobre não apenas a relação entre pessoas de sexo diferente, que vivam como marido e mulher, mas também (desde a Lei n.º 7/2001), a união de facto entre pessoas do mesmo sexo, a qual é tratada, para todos os efeitos legais, à união de facto entre pessoas de sexo diferente.

4. Adopção: orientação sexual dos adoptante(s)

No processo de adopção não se inquire a orientação sexual dos adoptantes, na adopção conjunta (ou do adoptante, na adopção singular). O artigo 1825.º/2 do CC de Macau refere-se apenas ao inquérito sobre a personalidade e a saúde do adoptante e do adoptando, a idoneidade do adoptante para cuidar do adoptando e educá-lo, bem como a situação familiar e económica do adoptante. Isto não significa que essa orientação seja irrelevante, à luz das circunstâncias do caso concreto, caso seja voluntariamente revelada pelo adoptante ou venha ao conhecimento dos técnicos de serviço social ou do juiz antes da emissão da sentença que decreta a adopção. O *superior interesse do menor*, cuja adopção é requerida exige, a meu ver, que seja ponderada a orientação sexual e a vivência dos progenitores na construção da identidade pessoal (e, sexual) do menor, e no seu ser-com-os-outros.

5. Poderes-deveres parentais

5.1. Autodeterminação sexual dos menores

Os menores de 18 anos estão sujeitos ao poder paternal (ou aos poderes-deveres parentais). Todavia, esta incapacidade de exercício projecta-se sobretudo na vertente patrimonial. Em outras dimensões da existência dos menores, designadamente, na expressão da sexualidade, os menores desfrutam de notórias maioridades especiais antes de perfazerem 18 anos. Vejamos.

5.2. As «maioridades especiais» dos menores de 18 anos e a sua autodeterminação dentro da família

Do ponto de vista da expressão da sexualidade, o artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa consagra o direito ao desenvolvimento da personalidade. E o mesmo ocorre nos termos do art. 67.º do CC de Macau, bem como ao abrigo do Ponto 2, n.º 4, da «Declaração Conjunta Do Governo Da República Portuguesa e Do Governo Da República Popular Da China Sobre a Questão De Macau». Os

menores de 18 anos são assim titulares de direitos fundamentais. E esta titularidade projecta-se no domínio do Direito Civil, no Direito Criminal e em várias dimensões do Direito Administrativo.

Surpreendem-se várias «maioridades especiais» que traduzem a autonomia dos menores no exercício dos seus direitos de personalidade, mesmo dentro da família e face aos poderes-deveres parentais. Por exemplo, em Portugal, o juiz deve ouvir a opinião do menor que tenha 14 anos se tiver que dirimir um desacordo entre os progenitores respeitante ao exercício das responsabilidades parentais (poder paternal), nos termos do artigo 1901.º/2 do Código Civil; em matéria de adopção, exige-se o consentimento do adoptando com mais de 12 anos (art. 1981.º/1, alínea *a*), do mesmo Código); o menor de 16 anos pode escolher livremente a sua religião (art. 1886.º, *idem*; também assim no CC de Macau); os menores com 16 anos podem celebrar casamento válido (art. 1649.º do CC português); em geral, nos processos de regulação de responsabilidades parentais e demais processos tutelares cíveis, os menores com capacidade natural para entender devem ser ouvidos pelo juiz, sob pena de nulidade processual. No domínio da *saúde* e da *sexualidade humana*, estas «maioridades especiais» são mais intensas. Vejamos. Admite-se o acesso livre às *consultas de planeamento familiar* a todos os jovens em idade fértil, sem quaisquer restrições, independentemente de autorização prévia dos pais (art. 5.º da Lei n.º 3/84, de 24 de Março). Neste domínio da informação sexual e contraceção, os menores não se sujeitam ao poder paternal. No que respeita à *saúde sexual e reprodutiva*, a Resolução da Assembleia da República n.º 51/98, de 2 de Novembro recomenda ao Governo a criação de consultas próprias de ginecologia e obstetrícia para adolescentes nos centros de saúde e hospitais, o que já se verifica desde finais dos anos noventa do século passado. A Lei n.º 120/99 de 11 de Agosto, que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, reafirma que os jovens podem ser atendidos em qualquer consulta de planeamento familiar, mesmo que o centro de saúde não sea o da sua área de residência.

De igual maneira, não há restrições etárias, em Portugal, para a venda de contraceptivos de venda livre; aliás, estes são inclusivamente fornecidos nos centros de saúde aos jovens menores que os solicitem. Enfim, o livre acesso individual, com garantia de confidencialidade, garante maior liberdade aos adolescentes relativamente à sua autodeterminação com a saúde reprodutiva, pois o artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 157/99, de 10 de Maio, determina que são utentes dos centros de saúde todos os cidadãos que neles se queiram livremente inscrever. No que toca à interrupção voluntária da gravidez não criminalmente punível, a lei portuguesa dá o poder de decisão à grávida com 16 anos ou mais (art. 142.º do Código Penal). O consentimento é prestado por documento escrito pela mulher grávida, sempre que possível com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção. Em Macau, o art. 3.º, alíneas *b*), *c*) e

d) do Decreto-Lei n.º 59/95/M, de 27 de Novembro, exclui a punibilidade da interrupção da gravidez se for realizada até às 24 semanas de gestação, contanto que estejam verificadas determinadas circunstâncias factuais atendíveis (isto é, doença incurável do nascituro, malformações graves, a mãe tiver sido vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual; perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida). O consentimento da grávida deve ser prestado se tiver 16 anos ou mais. Para as menores de 16 anos, esse consentimento deverá ser prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral (art. 3.º/3, alínea b), do citado decreto-lei).

Quanto às demais intervenções médicas, incluindo as de alteração dos caracteres genitais externos e/ou internos, só os menores de 14 anos, ou os que não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento é que serão substituídos pelos representantes. A idade de 14 anos constitui assim no direito português uma presunção de capacidade para consentir intervenções médicas. Quanto aos menores com idade inferior a 14 anos, há quem entenda que é o médico a pessoa que tem o ónus de demonstrar que o menor desfruta do discernimento e capacidade suficiente para consentir, independentemente da vontade dos representantes legais.

6. Esterilização (terapêutica/não terapêutica) voluntária/coactiva

Em Macau, o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 111/99/M, de 13 de dezembro, determina que, sem prejuízo do disposto no artigo 16.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa incapaz de prestar o seu consentimento apenas pode ser efectuada em seu benefício directo. E estatui ainda que, sempre que, nos termos da lei, um menor seja incapaz de consentir numa intervenção, esta não pode ser efectuada sem a autorização do seu representante ou, na sua impossibilidade, do tribunal competente, sendo a opinião do menor tomada em conta, em função da sua idade e do seu grau de maturidade. Em Portugal, o artigo 10.º/1 da Lei n.º 3/84, requer idade acima de 25 anos, declaração escrita e assinada, requerendo a realização do procedimento, bem como explicitando que a pessoa foi esclarecida sobre a intervenção; essa declaração deverá ter ainda o nome e assinatura do médico solicitado a intervir.

Já quanto aos incapazes de facto, em virtude de distúrbio mental, de doença ou de motivo similar, a intervenção não pode ser efectuada sem a autorização do seu representante ou do suprimimento judicial do consentimento, devendo a pessoa em causa, na medida do possível, participar no processo de autorização. Em Portugal não há legislação específica sobre a esterilização não terapêutica

de maiores incapazes. A Lei n.º 3/84 limita-se a estatuir que o limite mínimo de idade de 25 anos é dispensado nos casos em que a esterilização é determinada por razões de ordem terapêutica. Todavia, o *Conselho de Ética para as Ciências da Vida* já emitiu parecer (n.º 35/CNECV/01), no sentido de que a esterilização não terapêutica de incapazes através da laqueadura só deve ser realizada como medida de último recurso, tendo em vista sua difícil reversibilidade, e mais, a decisão deve partir de uma autorização do Tribunal. O Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal determina, no seu art. 66.º/4, que os métodos de esterilização irreversíveis só devem ser executados após pedido devidamente fundamentado no sentido de evitar graves riscos para a sua vida ou saúde dos seus filhos hipotéticos e, sempre, mediante prévio consentimento judicial. A família do incapaz e dos médicos são aqueles em quem a lei faz recair a difícil decisão acerca da esterilização não terapêutica como meio de controlo de natalidade. Isto sem prejuízo de, como referi, o incapaz dever ser ouvido. Mas tal como em Portugal, em Macau o consentimento é tolerante, pois nos termos do n.º 5 deste artigo 6.º a autorização referida pode ser retirada, em qualquer momento até à execução da intervenção, no interesse da pessoa em causa.

7. A fertilização medicamente assistida

As crenças e os padrões comportamentais são muito diferentes ao longo do planeta. E isso tem que ser reflectido na regulação jurídica e no Direito. A doação de óvulos e até de embriões levanta menos problemas do que a doação de esperma por causa de ideias em torno da experiência do nascimento e da ligação maternal durante a gravidez. Na China (e, logo, em Macau), a doação de óvulos é mais aceite do que a de esperma por causa de valores patriarcais e preocupações com a continuidade das linhagens patriarcais, ao passo que acontece exactamente o contrário em Israel, onde a identidade judaica é estabelecida através da mãe. No Reino Unido e nos EUA a doação de esperma é vista de modo sexualizado – talvez porque a doação atravessa as fronteiras de género –, enquanto a doação de ovos é vista como assexuada e altruísta.

8. Outras situações; epílogo

Todas as sociedades atravessam actualmente momentos de forte ambiguidade. Portugal e Macau não escapam. Na verdade, Macau não dispõe de uma lei das uniões de facto. Porém, o art. 25.º da sua Lei Básica (e, implicitamente, a Declaração Conjunta entre Portugal e a República Popular da China) proíbe

a discriminação por orientação sexual. Também não existe um debate público e político que certamente acerca da legalização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Macau revela um sentido negativo relativamente à adopção por casais homossexuais, mas dispõe de algumas (poucas) regras sobre procriação medicamente assistida no próprio Código Civil (arts. 1723.º a 1728.º). Portugal tem um regime específico de procriação medicamente assistida, desde 2006, mas que até muito recentemente vedava, em absoluto e sem qualquer derrogação, o acesso por parte de mulheres sozinhas e por casais de mulheres às técnicas de procriação medicamente assistida e aos acordos de gestação para terceiros em casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez (Lei n.º 25/2016, de 29 de Julho). Este regime condicionador e até impeditivo vigora, todavia, em Macau. As lésbicas portuguesas (e supõem-se também o mesmo em Macau) têm recorrido a formas de reprodução que passam sobretudo pelas seguintes estratégias: o recurso à procriação medicamente assistida no estrangeiro, por parte das mulheres; o recurso a um dador amigo, com ou sem definição de futuro envolvimento parental deste; projectos de co-parentalidade, com um/a amigo/a ou casal; o recurso à adopção singular com ocultamento da (ou prévio à) existência de um/a parceiro/a. Noutros casos, nacionais da China continental recorrem às autoridades sanitárias de Macau para realizar técnicas de procriação assistida ilícitas face ao ordenamento da República Popular da China (e, por vezes, de Macau). De todos estes casos novos e radicais a bibliografia mais recente sobre estes assuntos sugere que os modelos construídos por famílias, parceiros e pais *gays* e lésbicas, bem como pelos pais de crianças nascidas graças a novas tecnologias reprodutivas, assentam igualmente em ideias radicais e em ideias conserva. Durante muito tempo a sexualidade, a procriação, a filiação e a aliança coincidiam, mesmo que apenas idealmente, assim como a produção e reprodução da família. Hoje, em muitos países (de que é expressão o ordenamento português), a cada vez maior saliência cultural da homoparentalidade ainda vai confrontar-se, por muito tempo, com os efeitos das normas jurídicas geralmente aceites e produzidas nos Parlamentos, para efeitos da constituição das subjectividades (neste caso de “pais” e “filhos”). E isto será tanto mais assim quanto, sobretudo em contextos contemporâneos na Europa e nos E.U.A., a lei segue e apoia o biologismo da cultura e a biologia tende a seguir e a apoiar o biologismo da lei (Miguel Vale de Almeida).

NONA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global»

2.^a Sessão

«Reprodução, Sexualidade e Filiação»



A FAMÍLIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cheng Hang Leong

Assistente, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau¹

Resumo: O presente texto, partindo da Carta dos Direitos da Família, visa evidenciar a importância do estudo da família e do seu sentido, empreendendo uma análise à família tal como ela é entendida segundo as concepções da sociedade, à família retratada nas convenções internacionais e à “família” regulada no Código Civil de Macau, para depois fazer uma interligação com a questão dos direitos fundamentais a partir da problemática da autonomia da vontade fortemente associada às relações familiares, começando por analisar as desigualdades em matéria de direitos fundamentais em razão do sexo nos tempos e nos espaços em que vigoravam os sistemas patriarcais, passando por uma investigação do jogo entre a família e a autonomia da vontade e ainda por um breve comentário sobre os equívocos que se verificam em torno da autonomia familiar, chegando, por fim e por via do direito, a uma conclusão sobre a natureza ética da família e dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Família; direitos fundamentais; autonomia da vontade; Código Civil de Macau.

I. A família e o seu sentido

1. Introdução

Segundo as concepções tradicionais e governamentais, a família deve ser objecto de máxima protecção, dada a sua potencialidade na contribuição para estabilidade da sociedade e para a criação de um ambiente mais propício ao desenvolvimento saudável da criança. Sendo certo embora que muitas das famílias monoparentais ou unidos de facto possam também proporcionar uma boa educação

1 Doutora em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

e formação aos filhos da mesma forma que o fazem as famílias normais, não se pode negar que o casamento continua hoje em dia a ser considerada a estrutura mais sólida que pode haver para a formação da criança, bem como a forma ideal de organização da vida familiar para a generalidade das pessoas.

O nível de felicidade da vida conjugal sofre influências de factores como a (in)estabilidade política e a conjuntura económica do país ou da região onde se vive. Mas, à medida que o sistema democrático se vai tornando cada vez mais robusto e aperfeiçoado, com a consequente expansão da liberdade pessoal, começam a acentuar-se crescentemente as colisões no que toca à liberdade de acção das pessoas e dos cônjuges na sua vida conjugal. Em face das limitações impostas em maior ou menor grau pelo matrimónio à liberdade das pessoas, as sociedades deparam-se com números crescentes de pessoas solteiras partidárias da liberdade e, com a popularização das uniões de facto, que fornecem uma resposta às necessidades sexuais das pessoas, a função social do casamento monogâmico vem a perder importância, também devido em certa medida ao aperfeiçoamento dos serviços sociais. Mais recentemente, a legalização do casamento homossexual nos Estados Unidos da América por determinação do Supremo Tribunal, de 26 de Junho de 2015², representou mais um marco no processo de liberalização da concepção do casamento.

Regressando no tempo, há 33 anos, no dia 22 de Outubro de 1983, a apresentação da Carta dos Direitos da Família pelo então Papa João Paulo II junto da Assembleia Geral das Nações Unidas constituiu um marco extremamente importante desde a adopção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU³.

Esta Carta, embora reflecta as visões da Igreja sobre o assunto, não constitui uma descrição religiosa ou ético-teológica do casamento e da família, nem impõe padrões de conduta às pessoas ou instituições nesta matéria. Divergindo das declarações seculares sobre as teorias e princípios da família, a Carta visa promover, junto de toda a humanidade contemporânea, cristã ou não, uma sociedade acima de tudo natural e universal – uma uniformização dos direitos fundamentais inerentes à família, em moldes que assegurem no máximo a integridade e a ordem familiar.

No seu Preâmbulo, refere-se que “A família, sociedade natural, existe antes do Estado e de qualquer outra colectividade e possui direitos próprios que são inalienáveis” e que “A família constitui, mais que uma unidade jurídica, social ou económica, uma comunidade de amor e de solidariedade insubstituível para o

2 2015-06-26 BBC News, US Supreme Court rules gay marriage is legal nationwide.

3 Associação Educativa da Religião Católica de Taipei, Carta dos Direitos da Família, Papa João Paulo II, 22 de Outubro de 1983.

ensino e transmissão dos valores culturais, éticos, sociais, espirituais e religiosos, essenciais para o desenvolvimento e bem-estar de seus próprios membros e da sociedade”.

Pese embora a existência de elementos religiosos nesta descrição da família, a verdade é que estes elementos sempre exerceram influência na evolução da família a cada momento, traduzindo-se inclusivamente nalgumas das normas imperativas que hoje encontramos nos códigos. Trata-se, portanto, de valores já incorporados na vida em sociedade.

2. A “família” nas concepções da sociedade

O termo “família” é feito referir em quase todos Relatórios de Acção Governativa pelo Chefe do Executivo de Macau: “construção de famílias harmoniosas” no Relatório de 2008; planeamento familiar no âmbito do melhoramento do bem-estar social no Relatório de 2013; continuação da atribuição de apoio económico às famílias carentes no ano de 2014...

Como se deixa ver, o apoio às famílias constitui um dos aspectos essenciais no âmbito do desenvolvimento de uma sociedade. Discutir o valor da família pode ser muitas vezes visto como uma questão obsoleta, sem grandes divergências de opinião. Sucede, contudo, que a interpretação que tem sido dada ao valor da família é na verdade bastante variável, ora colocando-a no cerne da prossecução das políticas, ora considerando dever priorizar-se os direitos humanos e a redução da pobreza. Recentemente, tem-se ainda ouvido falar em aspirações de parte da população em proibir legalmente os castigos corporais dos pais aos filhos, o que faz suscitar uma questão de conflito de direitos de uns e outros, bem como a contraposição do intervencionismo do Governo à autonomia das famílias. Credo que este tipo de discussões terá continuidade no futuro, impõe-se estudar aprofundadamente a problemática sob diferentes perspectivas, nomeadamente conjugando com os pensamentos da crença religiosa e com os conhecimentos das ciências sociais.

De que forma, então, é que se manifesta a protecção da família e dos direitos fundamentais no seio da sociedade?

A protecção da família e a valorização dos direitos humanos surgem muitas vezes em confronto, mas a verdade é que este confronto não implica necessariamente a sua absoluta contraposição em pólos opostos, antes constituindo duas componentes em estreita conexão. Proclama expressamente o art. 16.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos que “A família é o elemento natural

e fundamental da sociedade e tem direito à protecção desta e do Estado”⁴, o que não só afirma o estatuto primacial da família, como determina expressamente a responsabilidade dos governos na sua protecção, ainda que este direito humano seja raramente referido pelas organizações de direitos humanos.

Tal asserção foi posteriormente reafirmada não só no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 23.º, n.º 1)⁵, como ainda na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 17.º, n.º 1)⁶, no Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (art. 10.º, n.º 1)⁷, na Carta Social Europeia (art. 16.º)⁸ e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (art. 18.º, n.º 1)⁹, assim se sublinhando a importância da família.

Nos dias 29 e 30 de Novembro de 2004, por ocasião da comemoração do

-
- 4 Universal Declaration of Human Rights/UDHR,
Article 16
1. Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.
2. Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses.
3. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.
 - 5 International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR,
Article 23
1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.
 - 6 American Convention on Human Rights,
Article 17
1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the state.
 - 7 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,
Article 10
The States Parties to the present Covenant recognize that:
1. The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children. Marriage must be entered into with the free consent of the intending spouses.
 - 8 European Social Charter, 529 U.N.T.S. 89, entered into force Feb. 26, 1965,
Article 16 - The right of the family to social, legal and economic protection
With a view to ensuring the necessary conditions for the full development of the family, which is a fundamental unit of society, the Contracting Parties undertake to promote the economic, legal and social protection of family life by such means as social and family benefits, fiscal arrangements, provision of family housing, benefits for the newly married, and other appropriate means.
 - 9 African Charter on Human and Peoples’ Rights,
Article 18
The family shall be the natural unit and basis of society. It shall be protected by the State which shall take care of its physical health and moral.

10.º aniversário do dia internacional das famílias, foi organizada uma conferência internacional da família em Doha, capital de Catar, entre vários representantes de governo e membros de organizações cívicas, na sequência da qual foi emitida a Declaração de Doha, que veio a reafirmar o já proclamado no art. 16.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, sublinhando que a família, mais do que a unidade fundamental de qualquer sociedade, constitui o suporte fundamental do desenvolvimento social, económico e cultural sustentável, mais afirmando que *“the family has the primary responsibility for the nurturing and protection of children from infancy to adolescence. For the full and harmonious development of their personality, children should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding”*¹¹.

Do exposto resulta que, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 até à Declaração de Doha de 2004 se manteve intacto um consenso generalizado da comunidade internacional de que *a protecção da família não só não se contrapõe à defesa dos direitos humanos, como constitui*

10 The Universal Declaration of Human Rights,
Article 16

(1) Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.

(2) Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses.

(3) The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

11 See The Doha Declaration,
Reaffirmation of Commitments to the Family

-We reaffirm international commitments to strengthen the family, in particular:

-We commit ourselves to recognizing and strengthening the family's supporting, educating and nurturing roles, with full respect for the world's diverse cultural, religious, ethical and social values.

-We recognize the inherent dignity of the human person and note that the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care before as well as after birth. Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. Everyone has the right to life, liberty and security of person.

-We reaffirm that the family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to the widest possible protection and assistance by society and the State.

-We emphasize that marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses and that the right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized and that husband and wife should be equal partners.

-We further emphasize that the family has the primary responsibility for the nurturing and protection of children from infancy to adolescence. For the full and harmonious development of their personality, children should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding. All institutions of society should respect and support the efforts of parents to nurture and care for children in a family environment. Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children and the liberty to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

um conteúdo importante dos próprios direitos humanos.

Ora, se assim é, o quê tem levado à limitada promoção da protecção da família por parte dos activistas defensores dos direitos humanos?

Sucede que, nos tempos que correm, vigora uma concepção tendencialmente individualista dos direitos humanos, causa de todo o cepticismo das pessoas em relação aos direitos humanos colectivos (à excepção dos direitos das classes desfavorecidas e vulneráveis). Segundo Manfred Novak, no seu Comentário ao PIDCP¹², de extremo valor referencial, o art. 23.º é a única disposição do PIDCP que consagra uma garantia institucional, surgindo um pouco “descabida” no conjunto dos demais direitos humanos aí garantidos. Tomando o exemplo de Hong Kong, dir-se-ia que os pró-democratas, na sua luta pela liberdade, democracia, direitos humanos e justiça, colocam a ênfase nas relações indivíduo-Estado, em defesa do indivíduo contra a opressão do Estado através de uma teoria liberal dos direitos humanos. Fora do campo político, embora não deixem de se levantar questões da vida cívica e social, o foco continua a incidir sobre a economia, como que fechando os olhos perante os problemas da desintegração familiar e do declínio da cultura moral.

Enquanto a comunidade é muitas vezes vista como a fonte de opressão dos direitos humanos individuais, a família chegou também a ser colocada pelas correntes feministas radicais no topo das acusações pela opressão da mulher e pela promoção do patriarcalismo¹³, especialmente porque as ditas estruturas “naturais” não passam muitas vezes de um instrumento criado pelo poder da sociedade para eliminação das diferenças. Sob uma perspectiva como esta que acabámos de referir, é verdadeiramente difícil perceber como a protecção da família pode efectivamente afirmar-se como um direito humano, tanto mais quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a família como sociedade natural.

Simplemente, fazer opor os direitos humanos ao grupo, não só vai ao arrepio do espírito das convenções internacionais de direitos humanos, como constitui em si um círculo vicioso – pense-se só, tomando o exemplo da família, de que forma se poderá formar um cidadão civilizado, responsável e respeitador dos direitos do próximo, se nem sequer obteve educação e formação numa família em condições? A atenção pela família não é incompatível com a valorização de outros problemas (como a justiça ou a pobreza) e a sociedade simplesmente não pode manter-se indiferente perante os cidadãos (especialmente as mulheres e as crianças) que sofrem com cada problema familiar. Ao fim e ao cabo, a instituição

12 See Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, N P Engel Pub, February 1993.

13 See John F. Conway, The Canadian Family in Crisis (Fifth Edition), James Lorimer & Company Ltd. Publishers, Toronto, P26, 2003. And See C. Margaret Hall, Women And Empowerment: Strategies For Increasing Autonomy, Routledge, p95-p97, 1992.

familiar é inseparável das questões da pobreza (ou até da própria economia), pois as famílias monoparentais, resultado da ruptura familiar, muitas vezes deixam a mulher e a criança expostas ao ciclo da pobreza, em detrimento também para a produtividade dessa sociedade. É assim que se afirma a interligação entre a família e os direitos fundamentais, e ainda as suas implicações para a construção de toda uma sociedade democrática.

É claro que não podemos olvidar algumas das críticas que têm sido tecidas contra as concepções tradicionais da família no sentido de que dentro de uma família existem também relações de poder¹⁴, sendo certo que muito fica por estudar sobre como afirmar a instituição familiar, por um lado, e simultaneamente garantir a igualdade de géneros e melhor acautelar a justiça social, por outro. O objectivo principal do presente texto reside, porém, na determinação da relação entre a família e os direitos fundamentais, com vista a apreender o sentido intrínseco da interacção do valor da família com os direitos fundamentais.

3. A “família” no Código Civil de Macau

Apesar de surgir em 66 referências na versão chinesa do Código Civil de Macau, o termo “família” não mereceu qualquer definição ou sequer concretização. De uma análise às respectivas disposições resulta reflexivamente que a família surge no Código Civil como um valor. Face às 66 referências ao termo “família”, é possível classificar as respectivas disposições, segundo um critério funcional, em 4 categorias: 1) Como critério de determinação da residência habitual, do domicílio legal e da lei competente nas relações conjugais e adoptivas; 2) Como valor relevante do conteúdo do casamento, que tem em vista a constituição de família, que, por sua vez, constitui a base da manutenção dos direitos e deveres parentais; 3) Como critério de determinação do âmbito dos direitos de determinadas pessoas sem qualquer relação de parentesco, de momento apenas aplicável aos empregados domésticos; e 4) Em matéria de servidão.

Exemplos:

1) A família como critério de determinação da residência habitual, do domicílio legal e da lei competente nas relações conjugais e adoptivas

14 See Bryan Strong and Christine DeVault, *The Marriage and Family Experience: Intimate Relationships in a Changing Society*, Cengage Learning, p239-p241, 2010.

Arts. 50.º, n.º 2¹⁵, 56.º, n.º 2¹⁶, e 86.º, n.ºs 1 e 2¹⁷, do CC.

2) A família como valor relevante do conteúdo do casamento, que tem em vista a constituição de família, que, por sua vez, constitui a base da manutenção dos direitos e deveres parentais

Arts. 1462.º¹⁸, 1525.º, n.º 2, al. b)¹⁹, 1532.º, n.º 2²⁰, 1534.º²¹, 1535.º²², 1536.

-
- 15 “Não tendo os cônjuges a mesma residência habitual, é aplicável a lei do lugar com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas.”
- 16 “Se a adopção for realizada por marido e mulher ou o adoptando for filho do cônjuge do adoptante, é competente a lei da residência habitual comum dos cônjuges e, na falta desta, a lei do lugar com o qual a vida familiar dos adoptantes se ache mais estreitamente conexas.”
- 17 “1. O menor tem domicílio no lugar da residência da família.
2. Na falta de residência da família, o menor tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver confiado ou, nos casos em que o exercício do poder paternal couber a ambos os progenitores, o domicílio de qualquer destes.”
- 18 “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”
- 19 “Existe posse de estado quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições: b) Serem reputadas como tais nas relações sociais, especialmente nas respectivas famílias.”
- 20 “A direcção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro.”
- 21 “Artigo 1534.º (Residência da família)
1. Os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar.
2. Salvo motivos ponderosos em contrário, os cônjuges devem adoptar a residência da família.
3. Na falta de acordo sobre a fixação ou alteração da residência da família, decidirá o tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges.”
- 22 “Artigo 1535.º (Dever de cooperação)
O dever de cooperação importa para os cônjuges a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram.”

º23, 1537.º24, 1541.º, n.º 125, 1543.º, n.º 2, al. c)26, 1547.º, n.º 3, al. a)27, 1548.º, n.º

-
- 23 “Artigo 1536.º (Dever de assistência)
 1. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar.
 2. O dever de assistência mantém-se durante a separação de facto, se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges.
 3. Se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência, a favor do outro cônjuge, só incumbe em princípio ao único ou principal culpado; o tribunal pode, todavia, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal.”
- 24 “Artigo 1537.º (Dever de contribuir para os encargos da vida familiar)
 1. O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.
 2. Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, presume-se a renúncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação.
 3. Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.”
- 25 “Artigo 1541.º (Privação judicial do uso do nome)
 1. Falecido um dos cônjuges ou decretado o divórcio, o cônjuge que conserve apelidos do outro pode ser privado pelo tribunal do direito de os usar quando esse uso lese gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou da sua família.”
- 26 “c) Dos bens comuns por ele levados para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento, bem como dos sub-rogados em lugar deles;”
- 27 “a) De móveis utilizados conjuntamente por ambos os cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho;”

228, 1549.^{o29}, 1552.^o, n.^o 2³⁰, 1558.^o, n.^o 1, al. b)³¹, 1584.^o, n.^o 2, al. b)³², 1630.^o, n.^{os} 2 e 3³³, 1648.^o, n.^o 1,³⁴ 1656.^o, n.^o 3, al. b)³⁵, 1665.^o, n.^o 4, al. b)³⁶, 1690.^o,

-
- 28 “A alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família carece sempre do consentimento de ambos os cônjuges.”
- 29 “Artigo 1549.^o (Disposição do direito ao arrendamento)
Relativamente à casa de morada da família, carece sempre do consentimento de ambos os cônjuges:
a) A resolução, denúncia ou revogação unilateral do contrato de arrendamento pelo arrendatário;
b) A revogação do arrendamento por acordo entre as partes;
c) A cessão da posição de arrendatário;
d) O subarrendamento ou o empréstimo, total ou parcial.”
- 30 “2. Contudo, é sempre especial para cada acto o consentimento conjugal exigido pela lei relativo:
a) À casa de morada de família;
b) Aos bens móveis utilizados como instrumentos de trabalho;
c) Ao repúdio da herança ou legado.”
- 31 “b) As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar;”
- 32 “b) As recordações da família do cônjuge de diminuto valor económico.”
- 33 “Artigo 1630.^o (Requisitos)
1. Só podem requerer o divórcio por mútuo consentimento os cônjuges que forem casados há mais de 1 ano.
2. Os cônjuges não têm de revelar a causa do divórcio, mas devem acordar sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família.
3. Os cônjuges devem acordar ainda sobre o regime que vigorará, no período da pendência do processo, quanto à prestação de alimentos, ao exercício do poder paternal e à utilização da casa de morada da família.”
- 34 “Artigo 1648.^o (Casa de morada da família)
1. Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando as necessidades de cada um dos cônjuges, o interesse dos filhos e quaisquer outras razões atendíveis.”
- 35 “b) Serem reputados como tais nas relações sociais, especialmente nas respectivas famílias.”
- 36 “b) Serem reputados como tais nas relações sociais, especialmente nas respectivas famílias.”

n.º 2, al. b)³⁷, 1729.º, n.º 2³⁸, 1733.º, n.º 2³⁹, 1738.º⁴⁰, 1741.º, n.º 1,⁴¹, 1751.º, n.º 142, 1825.º, n.º 2⁴³, 1838.º, n.º¹⁴⁴, 1840.º, n.º 2⁴⁵, 1857.º, n.º 2,⁴⁶, 1942.º⁴⁷, 1943.

-
- 37 “b) Ser reputada como tal nas relações sociais, especialmente nas respectivas famílias.”
- 38 “O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar.”
- 39 “Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.”
- 40 “Artigo 1738.º (Filho concebido fora do matrimónio)
O pai ou a mãe não pode introduzir no lar conjugal o filho concebido na constância do matrimónio que não seja filho do seu cônjuge, sem consentimento deste.”
- 41 “Artigo 1741.º (Abandono do lar)
1. Os menores não podem abandonar a casa de morada da família ou aquela que os pais lhe destinaram, nem dela ser retirados.”
- 42 “Artigo 1751.º (Rendimentos dos bens do filho)
1. Os pais podem utilizar os rendimentos dos bens do filho para satisfazerem as despesas com o sustento, segurança, saúde e educação deste, bem como, dentro de justos limites, com outras necessidades da vida familiar.”
- 43 “O processo é instruído com um relatório social, que deve incidir, nomeadamente, sobre a personalidade e a saúde do adoptante e do adoptando, a idoneidade do adoptante para cuidar do adoptando e educá-lo, a situação familiar e económica do adoptante e as razões determinantes do pedido de adopção.”
- 44 Artigo 1838.º (Estatuto familiar)
1. Pela adopção o adoptado adquire a situação de filho do adoptante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais, sem prejuízo do disposto quanto a impedimentos matrimoniais nos artigos 1480.º e 1481.º.”
- 45 “A pedido do adoptante, pode o tribunal, quando tal se justifique, modificar o nome próprio do adoptado, se a modificação salvaguardar o seu interesse, nomeadamente o direito à identidade pessoal, e favorecer a integração na família.”
- 46 “Excepcionalmente, pode o tribunal, por motivos de equidade, conceder alimentos ao cônjuge que a eles não teria direito, nos termos do número anterior, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração prestada por esse cônjuge à economia do casal.”
- 47 “Artigo 1942.º (Direito de habitação da casa de morada da família e direito de uso do recheio)
1. O cônjuge sobrevivente tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respectivo recheio, devendo tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver.
2. Caducam os direitos atribuídos no número anterior, se o cônjuge não habitar a casa por prazo superior a 1 ano.
3. Não há, contudo, lugar à caducidade se:
a) Ocorrer motivo de força maior, doença do cônjuge sobrevivente ou outro motivo ponderoso de carácter transitório;
b) Permanecer no prédio qualquer das pessoas referidas no n.º 5 do artigo 998.º ou o unido de facto, se viverem habitualmente em comunhão de mesa e habitação com o cônjuge sobrevivente, desde que a ausência deste seja devida a motivo atendível de carácter transitório; ou

⁴⁸, 1944.⁴⁹, 1951.^o, n.º 2, al. b)⁵⁰, 1965.^o, n.º 3⁵¹, e 2093.⁵² do CC.

3) A família como critério de determinação do âmbito dos direitos de determinadas pessoas sem qualquer relação de parentesco, no domínio do arrendamento

Arts. 998.^o, n.º 6⁵³, e 1041.^o, n.º 3⁵⁴, do CC.

4) A família como conteúdo importante objecto de protecção ao abrigo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

Art. 73.^o, n.º 2⁵⁵, do CC.

c) Os proprietários derem o seu consentimento.

4. Para efeitos da alínea b) do número anterior, só releva a união de facto iniciada posteriormente à dissolução do casamento.

5. A pedido dos proprietários, pode o tribunal, quando o considere justificado, impor ao cônjuge a obrigação de prestar caução.”

48 “Artigo 1943.^o (Direitos sobre o recheio)

Se a casa de morada da família não fizer parte da herança, deve observar-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior relativamente ao recheio.”

49 “Artigo 1944.^o (Noção de recheio)

Para os efeitos do disposto nos artigos anteriores, considera-se recheio o mobiliário e demais objectos ou utensílios destinados ao serviço, comodidade e ornamentação da casa.”

50 “b) As despesas com alimentos dos descendentes e cônjuge e com a contribuição para os encargos da vida familiar.”

51 “Presumem-se igualmente excluídos da alienação os diplomas e correspondência do falecido, bem como as recordações de família de diminuto valor económico.”

52 “Artigo 2093.^o (Legado do recheio de uma casa)

Sendo legado o recheio de uma casa ou o dinheiro nela existente, não se entende, no silêncio do testador, que são também legados os créditos, ainda que na casa se encontrem os documentos respectivos.”

53 “Para os mesmos efeitos, é equiparada aos familiares a pessoa que com o locatário ou o locador viva em união de facto, independentemente das condições exigidas no artigo 1472.^o, bem como os empregados domésticos que vivam habitualmente em comunhão de mesa e habitação com o locatário ou o locador.”

54 “O disposto no n.º 1 entende-se com ressalva das estipulações em contrário que não respeitem ao cônjuge ou unido de facto do arrendatário, seus pais ou pais do seu cônjuge ou unido de facto, seus descendentes solteiros ou descendentes solteiros do seu cônjuge ou unido de facto, nem aos empregados domésticos do arrendatário.”

55 “A ilicitude da ofensa apenas é afastada pela prova da verdade do facto ou do juízo quando a imputação tiver sido feita para realizar interesses legítimos e não viole a intimidade da vida privada ou familiar do ofendido.”

5) A família em matéria de servidão

Art. 1448.º, n.º 1⁵⁶, do CC.

Do exposto resulta que a função mais relevante da família contemplada no Código Civil coincide com a segunda categoria conforme a nossa classificação, ou seja, o seu papel na concepção do casamento e o seu valor de alicerce para os direitos e deveres parentais, de onde transparece uma relação entre o valor da família e o Direito da Família do Código Civil.

Se é certo que toda a família é composta por elementos já relativamente consolidados, a verdade é que, historicamente, o sentido e a função da família nunca deixaram de evoluir ao longo do tempo. O direito não nos impõe que definamos o que seja a família, mas já pressupõe que percebamos o valor e o sentido que lhe subjazem, pois constituem a fonte de imperatividade de algumas das normas do direito da família. Que direitos fundamentais estão em causa, porquê, e de onde decorre a sua legitimidade?

II. A família e a autonomia da vontade

1. A objectivação da mulher ao abrigo do patriarcalismo

A determinação do concreto momento histórico em que surgiu a família é uma questão que nunca estará ao alcance da humanidade. No entanto, é sabido que a sociedade sempre existiu, e existe, porque a dado momento surgiu a família⁵⁷. Atendendo unicamente a razões biológicas, dificilmente chegaremos a uma explicação das razões da existência da família, uma realidade que, embora intimamente correlacionada com a sociedade, não lhe é inteiramente submissa. Em todo o caso, porque a família é uma célula da sociedade, a estabilidade e harmonia familiar não é apenas uma questão de sobrevivência individual, antes contende com a estabilidade e com o desenvolvimento de toda a sociedade. Houve um Autor que resumiu o casamento no seguinte: “Sob uma perspectiva social, o casamento constitui a base e a sementeira da família, da sociedade, da Igreja e do Estado, sendo simultaneamente um guardião e um adaptador da moral, do direito

56 “Em proveito da agricultura ou da indústria, ou para gastos domésticos, a todos é permitido encanar, subterraneamente ou a descoberto, as águas indicadas nos artigos 1288.º e 1289.º a que tenham direito, através de prédios rústicos alheios, não sendo quintais, jardins ou terreiros contíguos a casas de habitação, mediante indemnização do prejuízo que da obra resulte para os ditos prédios; os prédios rústicos murados só estão sujeitos ao encargo quando o aqueduto seja construído subterraneamente.”

57 Cfr. Préfaces Claude, Lévi-Strauss Georges Duby, André Burguière, Christiane Klapisch-Zuber, Martine Segalen, Françoise Zonabend, Histoire dela Famille, tradução chinesa de Yuan Shuren e Yaojing, Joint Publishing, 1998, p. 100.

e de todos os elementos positivos da sociedade humana”⁵⁸. A primeira pessoa que procurou filosofar sobre a natureza das relações familiares conjugais na Antiga Grécia, antes do período de civilização, foi Platão⁵⁹. Segundo o filósofo, as famílias da antiguidade não eram substancialmente diferentes das do seu tempo, sendo o homem considerado chefe da família e a mulher e os filhos a ele submissos, de onde nasceu a *teoria do patriarcalismo*⁶⁰. Mas Platão não se conteve nesta concepção, tendo posteriormente vindo a insistir, n’*A República*, que a mulher, a criança e o património devem ser um meio de garantir a unidade e coesão da sociedade como um todo ou no âmbito da classe governadora (guardião)⁶¹. Este pensamento também encontra vestígios na célebre obra *Histórias* de Heródoto, onde se refere que a contitularidade sobre a mulher vem retratada como fazendo parte dos usos e costumes sociais de toda uma série de agrupamentos humanos⁶². Também na literatura do período da Grécia Romana, é possível encontrar variadas referências a este fenómeno. “As mulheres são possuídas por grupos de 10 ou 12 homens, geralmente entre irmãos ou pais e filhos, e o bebé que derem à luz será considerado filho do primeiro homem que se aproximou dela enquanto virgem”⁶³. Nesta altura, a família não tinha nada que ver com a liberdade no âmbito dos direitos fundamentais da mulher, pois esta era tão-só uma súbdita do homem. Era ele quem mandava exclusivamente na família, só ele tinha direitos, sendo a mulher até vítima de objectivação.

É por isso que, a falar de direitos fundamentais, na família patriarcal apenas o homem era titular de direitos humanos, enquanto a mulher apenas vem a adquiri-los depois de ver a sua personalidade reconhecida, sendo que esta evolução em muito esteve relacionada com a evolução do direito da mulher à propriedade privada.

2. A autonomia da vontade no seio da família

Embora a lei não estabeleça uma definição para a família, o facto de esta ser geralmente construída na base do casamento torna-a sujeita a certas vinculações imperativas da lei, que, ao regular o casamento acaba também por vincular o

58 Troitskiĭ, Para uma Filosofia Conjugal Cristã, tradução chinesa de Wu Andi, Editora Educacional de Hebei, 2002, p. 2.

59 Ю.Н. Семёнов, As origens do Casamento e da Família, tradução chinesa de Cai Junsheng, China Social Sciences Press, 1983, p. 2.

60 Cfr. Platão, Leis, III, 680-681.

61 Cfr. Platão, A República, V,450c-460.

62 Cfr. Heródoto, Histórias, IV,180.

63 Júlio César, Comentários sobre a Guerra Gálica, tradução chinesa de Ren Bingxiang, The Commercial Press, 1982, p. 107.

modo de ser da família.

E se há um direito que mais intimamente está conexas com a família e que é mais susceptível de motivar um conflito de interesses, será certamente o direito à liberdade, no âmbito dos direitos fundamentais. A liberdade de que se trata agora não se circunscreve à liberdade prevista na lei, devendo estender-se também à não restrição da vontade e à não repressão ideológica. Liberdade essa que no casamento se manifesta na declaração de vontade real dos nubentes. Liberdade que, ao conferir espaço bastante para o exercício dos direitos dos membros da família, não deixa de acarretar consigo um risco moral. Num período em que a humanidade abraça a “liberdade” com todo o vigor, uma reflexão sobre a mesma torna-se imprescindível.

Hegel foi um dos Autores que problematizou amplamente a questão da liberdade, tendo tratado da “livre-consciência” na sua *Fenomenologia do Espírito* e da “livre-vontade” nos seus *Princípios da Filosofia do Direito*. No âmbito da família, a dado momento o objecto da consciência humana se elevou ao conceito da razão, tendo a consciência racional descoberto a família. É assim que a família, enquanto categoria intuída, enquanto coisa encontrada, começa a ser objecto de regulação pelo homem para determinados fins. O “espírito” é “a essência em-si e para-si-existente”⁶⁴. O mesmo é dizer que a “família” existe para si, ingressando na consciência das pessoas. Segundo a filosofia de Hegel, a “liberdade” constitui a única razão do “espírito” e a essência do “espírito”. Liberdade que, agora, assume pelo menos dois sentidos diferentes: “*liberation from outward control and emancipation from the inward slavery of lust and passion*”⁶⁵. O maior factor de imperatividade no seio da família reside nos valores éticos dignos de protecção, enquanto a autonomia da vontade constitui a liberdade espiritual de base, interagindo mutuamente no desenrolar das relações familiares, ora prevalecendo a imperatividade, ora primando a autonomia da vontade.

Os *Princípios da Filosofia do Direito* falam-nos do desenvolvimento da “livre-vontade” e de três realidades: o direito abstracto, a moral e a ética, entendendo que a vontade das pessoas é livre. “O domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino”⁶⁶, podendo

64 Hegel, *Fenomenologia do Espírito*, Parte II, tradução chinesa de He Lin, Wang Jiuxing, Pequim, The Commercial Press, 1979, p. 2. As citações em língua portuguesa têm por fonte, com ligeiras adaptações, a tradução de Paulo Meneses, com a colaboração de José Nogueira Machado, 4.ª edição, Editora Vozes, Petrópolis, 1999.

65 Hegel, *Filosofia da História*, tradução chinesa de Wang Zaoshi, Shanghai, Shanghai Bookstore Publishing House, 2001, prefácio do tradutor de língua inglesa, p. 2.

66 Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução chinesa de Fan Yang e Zhang Qitai, Pequim, The Commercial Press, 1961, p. 12. As citações em língua portuguesa têm por fonte, com ligeiras

isto agora ser visto como pensamento legitimador da liberdade no âmbito familiar. Sobre a relação entre liberdade e vontade, “Tal é a liberdade que constitui o conceito ou substância ou, por assim dizer, a gravidade da vontade, pois do mesmo modo a gravidade constitui a substância dos corpos (...) a vontade é constituída por aquilo que é livre (...)”⁶⁷. Colocando de parte a barreira do idealismo de Hegel na procura da essência racional da dialéctica da “liberdade”, não é difícil descortinar que o direito, a vontade e a liberdade, ou, por outras palavras, a família, a vontade de constituir família e a autonomia da vontade no seio familiar, são intercomunicáveis entre si, não podendo ser objecto de tratamento isolado. He Lin, no seu prefácio aos *Princípios da Filosofia do Direito*, refere que o termo “direito” deve ser aqui interpretado essencialmente como “direito subjectivo”, de entre os três sentidos que assume na obra: direito objectivo, direito subjectivo e legitimidade, e que, sendo a “vontade” “livre” e pertencente a toda e qualquer pessoa, todos nós somos titulares dos “direitos” decorrentes da “liberdade de vontade”⁶⁸. Pergunta-se, então, como é que no âmbito da família os sujeitos titulares de “liberdade de vontade” e de “direitos” transitam do “eu” para “nós”? A via mais elementar é o casamento.

Hegel entende que a base da relação matrimonial é o “amor”. Embora tenhamos elegido a família como objecto de estudo, convém não descurar a principal fonte das relações familiares que é o casamento. “Como substancialidade imediata do espírito, a família determina-se pelo amor”⁶⁹. A essência espiritual do “amor” consiste na não isolamento ou não independência, pois a família se determina “pela sensibilidade de que é una, pelo amor, de tal modo que a disposição de espírito correspondente é a consciência em si e para si e de nela existir como membro, não como pessoa para si”⁷⁰. Agora, o “amor” permite que cada sujeito consiga encontrar-se a si próprio na pessoa do outro, ou constatar a sua existência e expressão através da sua contraparte, concretizando-se, neste sentido, uma verdadeira agregação e confluência entre duas pessoas. E quando duas pessoas se identificam mutuamente um ao outro, quando deixam de sentir independência e isolamento, quando se reconhecem um ao outro, quando os nubentes chegam a harmonia e integração por via do afecto e do espírito, assistimos então à transição do “eu” para “nós”, dando início à vida familiar harmoniosa.

adaptações, a tradução de Orlando Vitorino, Martins Fontes, São Paulo, 1997.

67 Idem, p. 13.

68 Idem, p. 8.

69 Idem, p. 175.

70 Idem.

3. Os equívocos sobre a autonomia familiar: liberdade sexual e liberdade contratual

Indagando sobre a razão pela qual existe subjectivismo relativamente à liberdade familiar, e sobre como podem a “liberdade” e o “amor” dissolver a família conjugal ao mesmo tempo que a constroem, a resposta passa pelos limites de razoabilidade da “liberdade” e do “amor”, que nunca deixaram de variar em função do tempo e o do espaço.

Na sociedade tradicional chinesa, a “liberdade” nupcial e o “sexo e o amor” eram reprimidos, sem que houvesse um direito individual a casar livremente. Por outro lado, politicamente, o casamento era objecto de fortes restrições pelo regime patriarcal baseado nos laços sanguíneos e, economicamente, na ausência de garantias institucionais à propriedade privada dos terrenos rurais, não estava assegurada a independência do “subjectivismo” das pessoas, nem a liberdade individual por conseguinte, circulando pelo povo o dito “Tudo que do Universo for, é da alçada do Imperador”, pelo que apenas as pessoas com poder económico e político tinham um relativo “direito à liberdade nupcial”.

A nível das concepções valorativas, a excessiva compressão da margem de “liberdade” e do “sexo e amor” na sociedade tradicional chinesa levou a que perdessem dinamismo e vitalidade. A este respeito, também Hegel se pronunciou no sentido de que *“Amongst nations where women are held in slight esteem, parents arrange the marriage of their children, without ever consulting them. The children submit, because the particularity of feeling as yet makes no claim at all. The maiden is simply to have a husband, the man a wife. In other circumstances regard may be had to means, connections, political hopes. To make marriage the means for other ends may cause great hardship”*⁷¹.

Já no Ocidente, a teoria da natureza malévola do homem e as proposições do direito natural levaram a que o amor e o casamento se fundassem nos instintos naturais da pessoa. Na Idade Média, a ascese dogmática fez reprimir a sexualidade natural das pessoas, entendendo que “os desejos carniais e as relações sexuais entre homem e mulher eram obstáculos à salvação espiritual”⁷², tendo também imposto fortes restrições à liberdade de divórcio. Posteriormente, com a Reforma Protestante, o Renascimento e o Iluminismo, foi afirmado o estatuto subjectivista da “pessoa”, levando à libertação da “pessoa” e consequentemente a fortes aspirações de uma “reforma sexual” e de uma “libertação sexual”, por um lado, e a toda uma série de problemas sociais, por outro. Os limites da “liberdade” e do “sexo e amor” foram objecto de ampliação arbitrária, em moldes que ressaltaram

71 Idem, p. 177. A citação em língua inglesa tem por fonte a tradução de S.W Dyde, Batoche Books, Kitchener, Ontario, 2001.

72 Li Guimei, Comparação Ético-Familiar entre o Oriente e o Ocidente, Hunan University Press, 2009, p. 77.

o subjectivismo no âmbito da liberdade matrimonial, levando a que esta liberdade voltasse a ser, na sua substância, um instinto natural, tal como a liberdade sexual. Ao abrigo deste pensamento, ou o homem e a mulher voltam a surgir como sujeitos independentes, entendendo-se a liberdade matrimonial como uma liberdade contratual entre o homem e a mulher, ou o casamento é assente numa relação de amor superficial e fortuita. Pensamento esse que chegou a causar numerosas situações de crianças desprovidas de cuidado familiar, um abundante número de jovens mães solteiras ou divorciadas, bem como uma série de problemas sociais nefastos, de onde se veio originar todo um conjunto de doenças sociais. É assim que se afirma a necessidade de impor limites à liberdade da família conjugal, como forma de protecção da família e dos valores que lhe subjazem. Neste particular, vincular a pessoa significa simultaneamente proteger essa mesma pessoa.

Se se permitir que a liberdade matrimonial volte a ser um instinto natural da pessoa humana, o resultado será a atenuação da componente social do comportamento humano. A liberdade de casamento deve ser uma liberdade racional e não uma liberdade instintiva.

Já a Constituição da Revolução Francesa de 1791 proclamava que “A lei considera o casamento como sendo um contrato civil”, ideia que encontra semelhante expressão nos Códigos Civis da Alemanha e da Suíça. O “casamento contratual” encontra fundamentos racionais de pelo menos duas ordens: por um lado, o contrato, assentando na livre vontade das pessoas, é expressão de igualdade e voluntariedade na assunção de direitos e deveres entre as partes, o que corresponde à lógica e aos pressupostos da liberdade matrimonial; por outro lado, o casamento contratual representa um progresso em relação ao casamento hierarquizado e aos casamentos motivados. Simplesmente, o “casamento contratual” peca por trazer as relações interpessoais de volta a um estado existencial de isolamento pessoal, tornando o processo de conclusão do contrato num jogo de interesses e num processo de cálculo racional. O facto de “o casamento ser degradado a um negócio de mútuo aproveitamento”⁷³ é contrário ao comando imperativo do “homem como fim em si mesmo”, num contexto em que a racionalidade funcional se sobrepõe à racionalidade dos valores intrínsecos da família.

Embora se costume dizer que o espírito das pessoas goza da maior liberdade sem que seja susceptível de qualquer regulamentação legal, a verdade é que a liberdade no âmbito familiar é uma liberdade vinculada, pelo menos quando exteriorizada no comportamento dos seus membros, que deve orientar-se por uma comunhão de vida relativamente estável.

73 Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito*, cit., p. 177.

III. Conclusão: a natureza ética da família e dos direitos fundamentais

A extensão oficial da aplicação do Código Civil português a Macau em 1868 foi desacompanhada designadamente dos blocos normativos relativos à família e ao casamento, continuando a aplicar-se os usos e costumes chineses que anteriormente vigoravam em Macau. Volvidas algumas décadas, em conformidade com as tradições locais e das regiões vizinhas, os portugueses estabeleceram um Código de Usos e Costumes Chineses, que entrou em vigor em 17 de Junho de 1909, de forma a complementar a disciplina do Código Civil relativa ao casamento e à família. Posteriormente, veio a Lei de Bases da Política Familiar, logo no seu art. 1.º, n.º 1, a prever que: “Todos têm direito a constituir família e a contrair casamento em condições de plena igualdade”.

Ao longo do desenvolvimento do conceito da família na história de Macau e aliás de toda a humanidade, a liberdade dos membros da família nunca deixou de ser objecto de vinculação e protecção. Segundo a concepção de Hegel, a razão pela qual a “família” se tornou numa substância ética deve-se ao facto de ela consubstanciar a universalidade que caracteriza as substâncias éticas, residindo essa universalidade no facto de “o relacionamento ético dos membros da família não ser o relacionamento da sensibilidade, ou a relação do amor”, pois, se assim fosse, as famílias seriam caracterizadas pelo subjectivismo e especificidade dos membros familiares, decorrentes precisamente da sensibilidade e do amor. “O ético parece agora que deve ser colocado na relação do membro singular da família para com a família toda, como para com a substância, de forma que seu agir e efectividade só tenha a família por fim e conteúdo”⁷⁴. O facto de a família constituir uma substância ética deve-se à submissão dos seus membros à substância familiar e ao espírito familiar, manifestando uma força centrípeta e coesiva mediante o reconhecimento e submissão ao espírito familiar por parte dos seus membros, desta forma constituindo a família como “um todo”. A racionalidade da liberdade matrimonial dos membros familiares deve fundamentar-se na substância ético-familiar, mediante interacção espiritual e identificação de valores. Mas, se no discurso Hegeliano sobre a substância ético-familiar surge a possibilidade de sobreposição desta substância ao indivíduo, e se de acordo com este pensamento a identificação do espírito ético-familiar por parte dos seus membros é apenas unilateral, onde residirá então a racionalidade do espírito ético-familiar? Ou, por outras palavras, de que forma a substância ético-familiar fundamenta a sua própria racionalidade? Para Hegel, pressupondo a família como “um todo”, esta fundamentação terá que ir buscar à substância ética da sociedade civil, através do reconhecimento do espírito e dos valores da sociedade civil.

74 Hegel, Fenomenologia do Espírito, Parte II, cit., p. 9.

Apesar de não encontrar noção ou definição no Código Civil de Macau, a família afirma vigorosamente a sua existência como um valor, de tal forma que influi em cerca de 40 disposições legais do Código, quase todas elas na forma de normas imperativas no âmbito do direito matrimonial e do direito das sucessões. Exemplos disso são as disposições relativas à residência da família, do art. 1534.º, aos deveres conjugais, às relações conjugais patrimoniais e à protecção dos menores.

Na verdade, antes da incorporação do regime da família no direito privado, a família não começou primeiramente por ser regulada nos códigos civis. Ao longo da evolução da família conjugal, desde o “patriarcalismo” ao “contrato”, a mulher foi conhecendo uma autonomia cada vez maior, de tal modo que a independência, a liberdade e a propriedade privada da mulher vieram a constituir o sustentáculo da sua personalidade no direito. A perspectivação das tendências de evolução da família, a reflexão sobre a “natureza comum” às famílias, sobre quais manifestações dessa “natureza comum” devem ser conservadas e quais se encontram ultrapassadas, tudo isto condiciona a evolução do sistema matrimonial.

Num contexto de contínuo alargamento da autonomia da vontade no seio familiar, a autonomia da vontade vem também a assumir uma postura aberta no âmbito do regime patrimonial conjugal, traduzindo-se institucionalmente numa maior liberdade de administração e utilização do património conjugal na constância do matrimónio, com a conseqüente mitigação da intervenção imperativa da lei, que tende a impor-se apenas no momento da partilha por dissolução do casamento ou a propósito da modificação do regime de bens. Nesta conformidade, o regime da participação nos adquiridos, adoptado no Código Civil como o regime supletivo de bens, vem a proporcionar a maior liberdade aos cônjuges na administração dos bens na constância do matrimónio da mesma forma que sucede no regime da separação, com o acrescido mérito de poder assegurar uma base de subsistência a cada um dos cônjuges após a dissolução do vínculo, em moldes que manifestam uma protecção da igualdade pessoal, mostrando como a evolução da autonomia da vontade pessoal no âmbito familiar influi na autonomia da vontade patrimonial, para depois se reflectir novamente nas relações pessoais.

Um outro exemplo é a opção que vem consagrada no art. 1637.º do Código Civil⁷⁵, segundo a qual o divórcio pode dar-se independentemente de culpa. A família não mais tem que ser constituída por um homem e uma mulher e pelos seus descendentes como decorria das tradições religiosas, podendo agora moldar-se conforme seja adequado, inclusivamente em forma de união homossexual, que

75 “Artigo 1637.º (Ruptura da vida em comum)

São ainda fundamentos do divórcio litigioso:

a) A separação de facto por 2 anos consecutivos;

b) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a 3 anos;

gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum.”

vem a ser legalizada num número crescente de Estados.

O sistema judiciário pugna pela justiça e independência. No seio da comunidade, quando hoje se admite o casamento homossexual, amanhã começam a reclamar um sistema poligâmico. Um novo pensamento ou movimento pode à partida parecer justificado e digno de apoio. Simplesmente, há que perceber as suas implicações. Por exemplo, quando se vem a defender a “eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres”, há que indagar se com isto se pretende incluir a legalização da prostituição ou a abolição das comemorações ao dia da mãe. Se é verdade que o direito familiar conjugal não é transversalmente uniforme a todos os Estados, o certo é que a proteção da família constitui um valor garantido em quase todos os Estados do mundo. Embora não tenhamos definido a família na presente exposição, a verdade é que a família continua hoje a consubstanciar um valor universal presente nos nossos códigos, ora restringindo alguns direitos fundamentais das pessoas, ora atribuindo-lhes outros provenientes dessa mesma família.

A ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR UNIÕES HOMOSSEXUAIS: O EXEMPLO DO SISTEMA JURÍDICO DE TAIWAN E TENDÊNCIAS DE EVOLUÇÃO¹

Lin En Wei

Professor, Faculdade de Direito, Universidade de Tunghai, Taiwan

Sumário: O presente texto procura analisar os problemas relativos à adoção por casais do mesmo sexo no ordenamento jurídico de Taiwan. Mais se propõe determinar se em Taiwan é aceite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como as uniões civis do mesmo sexo e, bem assim, apontar que tipo de novas questões jurídicas se colocam com vista a resolver os problemas e evitar disputas legais desnecessárias.

Do ponto de vista legislativo, a lei actual não limita a possibilidade de casais do mesmo sexo poderem adoptar crianças, seja na adoção de menores ou na adoção de filhos de membros de casais do mesmo sexo. No entanto, o tribunal de Taiwan rejeitou o pedido de adopção de um casal do mesmo sexo, a fim de proteger os melhores interesses das crianças. Portanto, em Taiwan, antes da existência de uma política legislativa clara e da aceitação do casamento ou da união de pessoas do mesmo sexo seja aceite pela sociedade de Taiwan, o tribunal tendeu a ser cauteloso e reservado. Apesar de o tribunal ter assumido que os “casais do mesmo sexo que adoptem crianças podem vir a sofrer uma pressão social negativa”, tal tipo de razões pode não ser inteiramente convincente. Os preconceitos sociais e culturais conservadores da justiça podem ser a verdadeira razão pela qual o tribunal não permitiu que o casal do mesmo sexo tivessem a possibilidade de adoptar a criança.

Palavras-chave: Casamento de pessoas do mesmo sexo; adopção por casais do mesmo sexo; união de facto, parceiro de adopção, parceiro estrangeiro.

1 Título original em língua inglesa: The Adoption of Children by Same-Sex Couples: Take the Status and the Trend of Taiwan Legal System as an Example.

I. Introdução

O casamento homossexual e o regime jurídico da família têm sido objecto de numerosos estudos por parte da comunidade jurídico-civil de Taiwan nos anos recentes, por um lado com incessante investigação no seio da Assembleia Legislativa e do Ministério da Justiça, por outro lado com posições heterogéneas da doutrina civil. Primeiro, foi a proposta da deputada Yu Mei-Nu, de 19 de Dezembro de 2012, que veio a reclamar uma alteração ao art. 972.º do Código Civil (“*An agreement to marry shall be made by the male and the female parties in their own concord*”), substituindo a referência a homem e mulher por “ambos os nubentes”, de forma a assegurar que o género sexual não constitua um limite legal à garantia matrimonial. Depois, foi a proposta da “Constituição Familiar Diversificada” da *Taiwan Alliance to Promote Civil Partnership Rights*, apresentada na Assembleia pela deputada Cheng Li-Chiun e outros, e que obteve aprovação em primeira leitura realizada no dia 25 de Outubro de 2013, versando sobre o casamento homossexual, o regime da união civil e o regime da família, na esperança de poder pôr fim ao quadro dualista do matrimónio de pessoas de sexo oposto, abrindo as portas à protecção do direito ao casamento e do direito à autodeterminação sexual a toda e qualquer pessoa, independentemente do género e da orientação sexual. Simplesmente, em face da (ainda) forte resistência da comunidade taiwanesa, toda esta reforma não tem ainda logrado avanço no plano legislativo².

Por outro lado, objecto de discussão tem sido ainda, em consequência do debate em torno do regime do casamento e da união homossexuais, a adopção de crianças por uniões homossexuais. O presente texto visa, precisamente, expor os problemas com que se depara o regime da adopção por uniões homossexuais no quadro do actual sistema jurídico de Taiwan, para depois analisar as novas questões jurídicas que podem surgir na eventualidade de se vir a introduzir em Taiwan um regime para o casamento e para a união homossexuais, em moldes que assegurem o bom funcionamento deste novo tipo de regime familiar, de forma a que sejam evitados conflitos jurídicos escusados. Para tanto, o presente texto partirá de uma apresentação do ponto de situação do sistema jurídico da adopção de Taiwan (secção II), para prosseguir com uma apreciação analítica dos possíveis caminhos de evolução deste mesmo sistema e, bem assim, das questões jurídicas que daí poderão emergir (secção III), na expectativa de poder proporcionar uma

2 Até à data, em Taiwan apenas em Taipei, Taichung e Kaohsiung se admite o registo de relações de união homossexual nos serviços de registo familiar, registo que apenas é válido dentro da própria cidade e que na verdade, ao invés do casamento, não altera o estado civil das pessoas, nem faz operar por si qualquer presunção da existência de uma relação conjugal legal e válida. Cfr. Cheng Li-Min e Wang Xin-Wen, “Eficácia e limites do registo das relações de união homossexual”, in *Health Law and Policy Journal*, n.º 4, pp. 249-269.

exposição clara e completa sobre a problemática.

II. O sistema jurídico actual

O actual sistema jurídico de Taiwan pode ser analisado sob dois prismas. Sob uma perspectiva de direito positivo, questionando se os princípios e disposições do Código Civil sobre o regime da adopção colocam obstáculos à adopção por uniões homossexuais (subsecção 1). E sob uma perspectiva da praxis jurisprudencial, questionando a posição e postura dos tribunais perante a adopção por uniões homossexuais (subsecção 2).

1. O regime legal da adopção

O Código Civil de Taiwan adoptou o *regime da adopção plena*, prevendo-se no art. 1077.º, n.º 1, que “*The relationship between an adopted child and his adoptive parents and their relatives is the same as that between a legitimate child with his parents, unless otherwise provided by law*” e, no n.º 2, “*The rights and duties between an adopted child and his/her natural parents and their relatives is suspended during the period of adoption*”. Destarte, a adopção constitui um regime familiar ficcionado de extrema relevância, na medida em que altera as relações de filiação entre pais e filhos.

Os requisitos da adopção podem classificar-se em requisitos materiais e em requisitos formais. Quanto aos primeiros, exige-se, antes do mais, o mútuo consentimento do adoptante e do adoptado. Tratando-se de adoptado menor de 7 anos, a emissão e recepção das declarações de vontade cabem ao seu representante legal em nome do menor³, enquanto o menor com idade superior a 7 anos carece do consentimento do seu representante legal para a adopção, sob pena de nulidade⁴ ou anulabilidade⁵. Em segundo lugar, a lei prevê uma diferença mínima de 20 anos de idade entre adoptante e adoptado, com excepção da adopção conjunta por ambos os cônjuges, em que se exige apenas a diferença mínima de 20 anos

3 Art. 1076.º-2 do Código Civil: “A minor of younger than seven years of age shall make the declaration of intention and accept the declaration of intention through his/her statutory agent when he/she is to be adopted” (n.º 1). “A minor older than seven years of age shall obtain the consent of his/her statutory agent when he is to be adopted” (n.º 2).

4 Art. 1079.º-4: “The adoption is void if it violates Article 1073, Article 1073-1, Article 1075, Article 1076-1, paragraph one of Article 1076-2, or paragraph one of Article 1079”.

5 Art. 1079.º-5, n.º 2: “If the adoption of a child violates the provisions in Article 1076 or the second paragraph of Article 1076-2, the spouse of the adopted person, or the child’s statutory agent may petition the court for annulment of the adoption; but such petition shall not be made after six months from the time of knowing the fact or one year from the time of admission given by the court”.

em relação a um dos cônjuges, devendo o outro ter mais de 16 anos sobre o adoptado, e da adopção de filho do cônjuge do adoptante, caso em que se exige apenas e igualmente uma diferença mínima de 16 anos. Em terceiro lugar, sempre que o adoptante seja casado, devem os cônjuges adoptar conjuntamente, salvo previsão legal em contrário⁶. Tratando-se de pessoa casada a ser adoptada, exige-se o consentimento do seu cônjuge, ressalvados os casos previstos na lei⁷. Por último, são também requisitos materiais da adopção o previsto em disposições como *“a person shall not be simultaneously adopted by two persons”*, *“None of the following relatives may be adopted as an adopted child”*⁸ e *“When the child is adopted, the consent of the parents shall be obtained”*, cujo incumprimento determina a invalidade da adopção.

Quanto aos requisitos formais, sendo dois, o primeiro refere-se à forma escrita e o segundo ao princípio da judicialidade. A exigência deste último requisito em especial, fazendo depender os efeitos da adopção da palavra final do tribunal, tem em vista a protecção dos interesses do menor, através da atribuição do poder de controlo final a um órgão do Estado⁹. Assim, consagra-se expressamente no art. 1079.º-2 do Código Civil que *“Where an adult is to be adopted, the court shall not approve the adoption if one of the following conditions is met: (1) By performing the adoption there is an intent to waive legal duties; (2) The adoption is proved to be unfavorable to the child’s natural parents; or (3) Other grave reasons that are against the purpose of the adoption”*.

Sob uma perspectiva formal, da lei em vigor não resulta qualquer restrição à adopção de crianças por uniões homossexuais, seja de filho menor de outrem, seja de filho menor do companheiro do mesmo sexo. Em teoria, o facto de não ser ainda reconhecido o casamento homossexual em Taiwan torna inaplicáveis

6 Art. 1074.º: *“When the husband and the wife are to adopt a child, they shall do so jointly, except where one of the following conditions is met: (1) Where he or she adopts the other party’s child; or (2) One of the parties cannot make and accept the declaration of intention or his/her life has been uncertain for three years”*.

7 Art. 1076.º: *“Where either the husband or the wife is adopting a child, the consent of the other party shall be obtained; except when the party cannot make and accept the declaration of intention or his/her life has been uncertain for three years”*. (Nota do tradutor: pensamos que se trata de um lapso na versão inglesa, pois a versão chinesa refere-se à pessoa casada como adoptada e não como adoptante.)

8 Art. 1073.º-1: *“None of the following relatives may be adopted as an adopted child: (1) Lineal relatives by blood; (2) Lineal relatives by marriage, except adoption of the other party’s child by either the husband or the wife; or (3) Collateral relatives by blood or marriage of a different rank, except where the former is within the sixth degree of relationship and the latter is within the fifth degree of relationship”*.

9 Art. 1079.º-1: *“The court shall approve the adoption of the minor based upon the best interest of the adoptive child”*.

às uniões de pessoas do mesmo sexo, de forma directa, as disposições do Código Civil sobre a adopção pelos cônjuges, como as que preveem “uma diferença mínima de 20 anos de idade entre adoptante e adoptado, com excepção da adopção conjunta por ambos os cônjuges, em que se exige apenas a diferença mínima de 20 anos em relação a um dos cônjuges, devendo o outro ter mais de 16 anos sobre o adoptado, e da adopção de filho do cônjuge do adoptante, caso em que se exige apenas e igualmente uma diferença mínima de 16 anos”, que “sempre que o adoptante seja casado, devem os cônjuges adoptar conjuntamente, salvo previsão legal em contrário”, ou que “tratando-se de pessoa casada a ser adoptada, é necessário o consentimento do seu cônjuge, ressalvados os casos previstos na lei”, apenas podendo ser aplicadas por via analógica.

2. A adopção de crianças por uniões homossexuais na *praxis* jurisprudencial

Os tribunais de Taiwan apenas foram chamados a decidir sobre dois casos de adopção de crianças por uniões homossexuais em tempo recente.

O primeiro versava sobre um pedido de adopção dos filhos menores da companheira do mesmo sexo da adoptante, adopção essa que foi considerada adequada ao fim de vários estudos de avaliação, designadamente a avaliação feita pela fundação *Child Welfare League Foundation de Taiwan* após várias visitas à família da requerente: “Avaliação integrada: 1. A Sra. A e a sua companheira, Sra. B, após discussão e recolha de informação, resolveram recorrer às tecnologias reprodutivas para terem filhos. Volvidos mais de 3 anos desde o nascimento dos filhos e a conseqüente vida em comum entre os 4 membros da família, A deseja cada vez mais estabelecer um vínculo jurídico com as crianças, de forma a acautelar os direitos e deveres de ambas as partes no futuro. 2. A é uma pessoa ajuizada, aberta, fiel às suas crenças, por vezes demonstrando um sentido de humor, e capaz de lidar e encarar positivamente os problemas decorrentes da sua homossexualidade; tem um emprego estável bem como bases financeiras, e mantém um relacionamento de 15 anos com a sua companheira, que, por se conhecerem bem entre si, se aproximaram e valorizam-se mutuamente, pelo que se conclui pela existência de uma relação profunda e estável. A tem mais de 3 anos de experiência de educação familiar e adopta uma filosofia educativa aberta e positiva que respeita as qualidades próprias da criança e que é propícia a orientá-la a adoptar boas maneiras de convivência. Pelo exposto, conclui-se que A é dotada de qualidades pessoais e bases financeiras estáveis, bem assim de uma relação de união matura e de boa-educação, tendo cuidado dos dois filhos há mais de 3 anos, entre eles já se estabelecendo uma estreita relação de filiação de facto, pelo que uma eventual relação adoptiva terá o mérito de dar guarida às relações jurídicas entre os dois adoptandos e A, em moldes que permitem um

reconhecimento jurídico dos direitos e deveres decorrentes da vida em comum de facto. Nestes termos, e no concreto interesse das crianças, conclui-se pela conveniência da adoção pela requerente”.

De forma surpreendente, o Tribunal de Base de Shihlin de Taiwan veio a referir, na Decisão Cível de Adopção n.º 126 do ano judiciário 103.º, que “A requerente dos autos vem invocar a aplicação analógica da excepção prevista na al. (1) do art. 1074.º do Código Civil (*“Where he or she adopts the other party’s child”*), alegando para tanto que ela e a sua companheira, mãe biológica dos adoptandos, constituem cônjuges de facto. Simplesmente, nos termos do disposto no Código Civil, o termo “cônjuges” quer significar homem e mulher, estabelecendo-se nos arts. 972.º e 980.º que *“An agreement to marry shall be made by the male and the female parties in their own concord”* e *“A man who has not completed his eighteenth year of age and a woman her sixteenth may not conclude a marriage”*. Ora, da previsão expressa de que a relação matrimonial se constitui entre um homem e uma mulher resulta evidente que a ora requerente e a sua companheira do mesmo sexo não são “cônjuges”. Por outro lado, se é verdade que na prática tem sido atribuído alguma tutela jurídica aos direitos e deveres dos cônjuges de facto, certo é que as uniões do mesmo sexo não correspondem aos cônjuges de facto, podendo-se ver, a este respeito, a fundamentação da Interpretação Judicial n.º 647: *“Although those unmarried companions of opposite sex with a subjective intent to live together like a married couple and the objective fact of cohabitation do not have a matrimonial relation in law, the relationship between them is very much similar to the relationship of legally married husband and wife, and the provision at issue, which does not provide for gift tax exemption for mutual gifts between such companions, would seem susceptible to a doubt of violating the principle of equality provided that there is in addition a fact of longtime sharing of the livelihood between such couples.”* Desta Interpretação dos Juízes Conselheiros resulta claramente que os cônjuges de facto se limitam aos “companheiros de sexo oposto”, ou seja, homem e mulher que mutuamente se consideram cônjuges entre si, faltando-lhes apenas o preenchimento dos requisitos de validade e eficácia do casamento. Assim, não assistindo fundamento à alegação da requerente de que mantém uma relação conjugal de facto com a sua companheira, não há que indagar sobre a admissibilidade da aplicação analógica da excepção da al. (1) do art. 1074.º aos cônjuges de facto”. Depois, continua, “A requerente dos autos e a sua companheira, sendo adultas, são pessoas já com mentalidade e personalidade amadurecidas, tendo por isso liberdade pessoal, que é de respeitar, para estabelecerem uma relação amorosa entre si apesar da identidade de sexos. Todavia, se dois companheiros adultos do mesmo sexo têm a liberdade de pugnar pelo reconhecimento da orientação homossexual por parte da comunidade, já uma criança de 3 anos, como os adoptandos dos autos, não terá a

capacidade de reflexão, rejeição e escolha para fazer face a uma questão que não é fácil nem mesmo para os adultos, havendo que indagar se a imposição forçada desta situação à criança não lhe poderá vir a trazer impactos negativos. Não há como negar que a proposta da “constituição familiar diversificada” não obteve ainda um consenso generalizado no seio da comunidade de Taiwan, subsistindo variadas oposições à adopção de menores por uniões homossexuais, pelo que um eventual reconhecimento da adopção requerida nos presentes autos colocará os tenros adoptandos no centro da polémica, sujeito à atenção e perseguição da comunicação social e a forte pressão da sociedade, o que, prejudicando-lhe no seu desenvolvimento físico e psíquico, e deixando-lhe exposto a um previsível ambiente de pressão negativa, não corresponde evidentemente ao interesse da criança. Além do mais, não se verifica em relação à mãe biológica dos adoptandos qualquer circunstância que a torne inapta a alimentar e educar os mesmos, pelo que estes não sofrerão qualquer prejuízo directo e imediato com o não reconhecimento da adopção. Nestes termos, ponderado o exposto, nega-se provimento ao requerimento, por não corresponder ao melhor interesse dos adoptandos”.

Num outro caso, o Tribunal de Base de Taoyuan foi chamado a pronunciar-se sobre um pedido de adopção por uma requerente lésbica (com namorada fixa), com fundamento nas dificuldades financeiras da sua irmã, mãe da criança adoptanda, ao que respondeu, na sua Decisão Cível de Adopção n.º 81 do ano judiciário 96.º, o seguinte: “A criança forma a sua personalidade imitando e aprendendo tudo o que lhe está à volta no dia-a-dia, sendo especialmente influenciada pelos seus pais, em quem vê um exemplar, nomeadamente em matéria de identidade de género, representação de género, determinação do status, desenvolvimento da personalidade, apreensão das emoções, relacionamento em grupo e comportamento social. O presente Tribunal mantém uma postura positiva e aberta em relação à homossexualidade, entendendo que as pessoas adultas são dotadas de uma mentalidade e personalidade sólidas e amadurecidas, tendo por isso liberdade pessoal, que a sociedade deve respeitar, para estabelecerem uma relação amorosa entre si apesar da identidade de sexos. Simplesmente, não se pode negar que, em face do nível de conhecimentos da população na sociedade hodierna de Taiwan, as pessoas homossexuais estão de facto sujeitos a certa discriminação e a maior pressão, dado haver ainda um longo caminho a percorrer, independentemente da aprovação da proposta de lei sobre direitos humanos ou do reconhecimento legal do casamento homossexual, até chegar ao dia em que a homossexualidade seja verdadeiramente encarada com uma postura aberta e respeitadora no dia-a-dia e no fundo do coração do cidadão comum. É certo que a adopção de crianças é o único recurso em que podem confiar as pessoas homossexuais para poderem satisfazer a sua saciedade espiritual de uma família completa ou as suas expectativas culturais. Só que, se a criança vier a revelar na escola uma identidade de género,

uma representação de género, uma determinação de status ou um comportamento social diferente à da generalidade dos seus colegas, é previsível que ela venha a sofrer enorme pressão (designadamente pelo escárnio e risos dos colegas), sozinha e sem poder contar com a ajuda de adultos a todo o momento. Por tudo isto, não deverão os adultos repensar se querem mesmo colocar uma criança, sem capacidade de reflexão, rejeição e escolha, exposta a um previsível ambiente de pressão negativa proveniente da escola ou dos seus pares, para satisfazer o seu desígnio espiritual de uma família completa e as suas expectativas culturais? Entendemos que se trata de uma solução injusta para a criança. Por outro lado, embora as capacidades financeiras dos pais biológicos do adoptando não sejam suficientes para lhe proporcionar uma vida financeiramente estável, sempre pode a ora requerente, enquanto irmã da mãe biológica do adoptando, fornecer-lhe apoio financeiro material independentemente da constituição do vínculo da adopção, de forma a diminuir a pressão económica dos pais biológicos, que aliás não mostram ter outros inconvenientes parentais para além do problema financeiro, sendo melhor ao filho permanecer na sua família biológica do que ir viver numa família adoptiva. Pelo exposto, nega-se provimento ao pedido de adopção dos presentes autos”.

Os fundamentos invocados em ambas as decisões para recusar o reconhecimento da adopção coincidem essencialmente no facto de os filhos adoptados poderem estar expostos a um ambiente de pressão negativa por serem alvo de olhares discriminatórios, sendo injusto para a criança e desconforme com o seu melhor interesse. Na doutrina, há também Autores que defendem que o casamento homossexual priva a criança do direito humano, natural e inato, a ser educado e alimentado pelo pai e pela mãe, e que a adopção de crianças por pessoas do mesmo sexo não passa de uma sobreposição forçada dos direitos dos grandes sobre os direitos dos pequenos, um verdadeiro sacrificio de um direito humano e natural da criança em nome da protecção dos direitos humanos das pessoas homossexuais, para além de o ambiente familiar homossexual ser desfavorável à saúde física e psíquica e ao desenvolvimento equilibrado e ser ainda prejudicial ao melhor interesse da criança, invocando dados estatísticos de uns censos compreensivos realizados recentemente no Canadá que revelam uma taxa de conclusão do ensino secundário por filhos de famílias homossexuais de cerca de apenas dois terços da mesma taxa de graduação por filhos de pais heterossexuais, para demonstrar como aquelas famílias prejudicam a formação escolar dos filhos¹⁰.

Pode, no entanto, questionar-se se a *discriminação* social em razão da

10 Tzeng Pin-Jie, “Sobre a protecção dos direitos e interesses das pessoas homossexuais em Taiwan”, in *The Taiwan Law Review*, n.º 207, 2014, pp. 89-115.

orientação sexual é razão legítima para negar a adoção de crianças a pessoas do mesmo sexo; se se pode afirmar que essa discriminação seja prejudicial à criança se *ainda não se verificou em concreto*; se pode o Estado negar o direito à procura pela felicidade e bem-estar das pessoas (adoptante ou adoptado) com fundamento na existência de discriminação social; se os fundamentos invocados pelos tribunais de Taiwan nas referidas decisões poderão valer na mesma se aplicadas a famílias de outros países; se a posição dos tribunais de Taiwan revelam a necessidade de o Estado intervir nos assuntos relativos à orientação e identidade sexual das crianças; e se tal posição viola o direito da criança a ser *queer* (pessoas que não seguem o padrão da heterossexualidade)¹¹.

III. As possíveis evoluções do sistema jurídico de Taiwan

Como referido, enquanto a lei não reconhecer a validade e eficácia do casamento homossexual e enquanto persistirem divergências na comunidade quanto ao respeito pela orientação sexual das pessoas, são mínimas as probabilidades de os tribunais taiwaneses virem efectivamente a reconhecer a adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo. No entanto, a solução poderá vir a ser diferente na sequência de uma eventual reforma ao regime jurídico matrimonial de Taiwan. O texto prosseguirá com uma previsão das possíveis tendências de evolução do sistema, bem como uma análise das questões jurídicas que daí podem emergir.

1. Possíveis caminhos: a introdução simultânea da união e do casamento homossexuais em especial

A evolução do sistema jurídico de Taiwan pode vir a seguir várias vias. Ou se admite o casamento homossexual e se introduz a união de pessoas do mesmo sexo como uma nova manifestação das relações familiares; ou se segue as experiências europeias, regulando num primeiro momento a união homossexual, para só depois, obtida a sua aceitação genérica da sociedade, introduzir o regime do casamento homossexual; ou, então, se aprova única e exclusivamente o regime do casamento homossexual, embora esta última hipótese seja pouco verosímil considerando a evolução actual do sistema, pelo que abordaremos apenas as primeiras duas situações.

Na primeira das hipóteses, o casamento homossexual deve ser acompanhado do direito à adoção, tal como sucede no casamento heterossexual. O mesmo é

11 Há Autores que defendem inclusivamente que o Estado não deve intervir na questão da identidade sexual das crianças, nem interferir na opção da criança sobre a sua orientação sexual, no que se pode resumir na afirmação “Every child has a constitutional right to be queer”. Cfr. Clifford J. Rosky, No Promo Hetero: Children’s Right to Be Queer, 35 Cardozo L. Rev. 425.

dizer que, por via da equiparação do casamento homossexual ao heterossexual, as disposições do actual regime da adopção do Código Civil com menção aos “cônjuges” aplicar-se-ão também aos cônjuges homossexuais, em harmonia com o princípio da igualdade garantido na Constituição.

Já na segunda hipótese, tudo dependerá do conteúdo material do regime da união homossexual a ser acolhido, podendo não lhes ser atribuído o direito à adopção. Tomando o exemplo da Europa, a figura da união homossexual surgiu pela primeira vez na Lei n.º 372 da Dinamarca, de 1 de Junho de 1989, tendo começado a vigorar nos Países Escandinavos e depois alastrado pela Holanda, Espanha (Catalunha), Bélgica, Alemanha, Áustria, Suíça, França e até Lituânia, Croácia e outros países.

Os regimes da união homossexual consagram efeitos jurídicos diferentes consoante os costumes, as culturas e as tradições do respectivo país. Assim, nos Países Escandinavos em princípio não se admite a adopção de filhos do outro unido de facto e veda-se o requerimento da assistência médica de procriação (AMP, *assistance médicale de procréation*). O regime alemão, por influência dos Países Escandinavos, é idêntico e encontra-se consagrado na Lei da União Homossexual (*Lebenspartnerschaftsgesetz*), de 2002. Na Holanda permite-se a adopção de filhos do companheiro que residam no país, bem como a adopção do apelido de um dos unidos de facto por parte dos filhos adoptados, e ainda o requerimento da assistência médica de procriação para as pessoas de sexo feminino. Na província de Catalunha de Espanha, restringe-se o direito à adopção a uniões heterossexuais. Em França, as partes do contrato de união civil que pretendam adoptar filhos devem proceder segundo as regras estabelecidas para a adopção de filhos por pessoas solteiras maiores de idade, nos termos do art. 343.º, n.º 1, do Código Civil Francês (“Pode requerer a adopção quem tiver mais de 28 anos”).

Importa referir que, em 2013, o Tribunal Constitucional Federal alemão veio a proferir duas decisões sobre a protecção dos direitos e interesses das uniões homossexuais, firmando a inconstitucionalidade da norma então em vigor que proibia a adopção dos filhos adoptivos do companheiro homossexual por ser contrária à protecção constitucional do direito à igualdade, pois a lei permitia (e continua a permitir) a adopção dos filhos adoptivos do cônjuge e, bem assim, a adopção dos filhos biológicos do companheiro homossexual, com o que se veio afirmar o direito à adopção das uniões homossexuais. Na eventualidade de se vir a acolher em Taiwan o regime alemão da união homossexual, haverá igualmente que acautelar a questão da garantia do direito constitucional à igualdade, preferivelmente com atribuição dos mesmos direitos à adopção de que gozam as pessoas casadas.

2. Adopção de crianças nacionais por uniões homossexuais do estrangeiro

Uma outra questão complexa prende-se com a adopção de crianças nacionais por estrangeiros, que pode revestir as formas de *adopção de filhos menores do cônjuge homossexual ou de terceiro, por pessoa estrangeira ao abrigo de um casamento homossexual validamente constituído*, ou de *adopção de filhos menores do companheiro homossexual ou de terceiro, por pessoa estrangeira ao abrigo de uma relação de união homossexual validamente constituída*.

Quanto à primeira hipótese, independentemente de serem ambos os cônjuges estrangeiros ou serem um de Taiwan e outro do estrangeiro, em princípio quase todos os Estados que reconhecem o casamento homossexual atribuem aos cônjuges homossexuais o mesmo direito à adopção dos cônjuges heterossexuais em relação aos filhos menores do cônjuge ou de terceiro. Em Taiwan, a resposta à questão passa ainda pela aplicação das regras de conflito estabelecidas na *Act Governing the Choice of Law in Civil Matters Involving Foreign Elements*.

Assim, nos termos do art. 54.º, n.º 1, “*The formation and termination of an adoption of a child are governed for the adoptive parent and for the adopted child by their respective national laws*”. Por outro lado, nem o Código Civil nem a lei intitulada *The Protection of Children and Youths Welfare and Rights Act* dispõem de norma expressa a permitir ou a proibir a adopção de filhos menores do cônjuge homossexual ou de terceiro. Sempre se dirá, porém, que o casamento homossexual validamente constituído no estrangeiro é um direito assente numa qualidade adquirida pelos cônjuges e um direito adquirido. Sob a perspectiva da protecção dos direitos adquiridos, o direito à adopção derivado e permitido a partir daquela relação e qualidade parece não dever sofrer quaisquer restrições além-fronteiras. Entendemos, assim, que os tribunais de Taiwan devem reconhecer e admitir a adopção por cônjuges homossexuais nos termos (ou por aplicação analógica) do disposto sobre a adopção pelos cônjuges, contanto que não se verifiquem restrições àquela adopção impostas pelo Estado onde foi constituído o matrimónio.

A segunda hipótese é mais complexa, porquanto implica com regulamentação variável entre os vários Estados. Assim, nos casos em que o Estado onde foi constituída a relação de união homossexual precludir o direito à adopção dos filhos menores do companheiro homossexual ou de terceiro, parece não ser exigível aos tribunais de Taiwan atribuir-lhes os mesmos direitos à adopção de que gozam as pessoas casadas, devendo aplicar-se por conseguinte o princípio geral da adopção (ou seja, considerar os adoptantes como pessoas solteiras). Inversamente, se não houver preclusão do direito pelo Estado onde foi constituída a relação de união homossexual, parece dever adoptar-se uma postura mais permissiva, aplicando-se ao caso, por analogia, a disciplina da adopção pelos cônjuges.

O acima exposto pode resumir-se no seguinte:

Tipo de relação constituída no estrangeiro	Regulamentação do estrangeiro	Regulamentação de Taiwan	Solução jurídica
Casamento homossexual (entre estrangeiros)	Admissibilidade da adopção	Sem previsão legal expressa. Aplicabilidade directa ou analógica do disposto no art. 54.º da <i>Act Governing the Choice of Law in Civil Matters Involving Foreign Elements?</i>	Na ausência de norma proibitiva em vigor, deve proceder-se a uma interpretação permissiva, admitindo a adopção
Casamento homossexual (entre um taiwanês e um estrangeiro)			
União homossexual (entre estrangeiros)	Admissibilidade da adopção		Deve interpretar-se no sentido afirmativo, aplicando-se analogicamente a disciplina da adopção pelos cônjuges
	Inadmissibilidade da adopção		Deve interpretar-se no sentido na aplicação do princípio geral da adopção
União homossexual (entre um taiwanês e um estrangeiro)	Admissibilidade da adopção		Deve interpretar-se no sentido na aplicação do princípio geral da adopção
	Inadmissibilidade da adopção		Deve interpretar-se no sentido na aplicação do princípio geral da adopção

Esquema 1: Admissibilidade da adopção por casais/unões homossexuais constituídos no estrangeiro

Nota conclusiva

O filósofo francês Michel Foucault chegou a afirmar o seguinte por ocasião de uma entrevista: “*À mon avis, nous devrions considérer la bataille pour les droits des gays comme un épisode qui ne saurait représenter l’étape finale. Cela pour deux raisons : D’abord, parce qu’un droit, dans ses effets réels, est beaucoup plus lié encore à des attitudes, à des schémas de comportement qu’à des formulations légales. Il peut y avoir une discrimination envers les homosexuels, même si la loi interdit de telles discriminations. Il est donc nécessaire de se battre pour faire place à des styles de vie homosexuelle, à des choix d’existence dans lesquels les relations sexuelles avec les personnes du même sexe seront importantes. Il n’est pas suffisant de tolérer à l’intérieur d’un mode de vie plus général la possibilité de faire l’amour avec quelqu’un du même sexe, à titre de composante ou de supplément. Le fait de faire l’amour avec quelqu’un du même sexe peut tout naturellement entraîner toute une série de choix, toute une série d’autres valeurs*

et de choix pour lesquels il n'y a pas encore de possibilités réelles. Il ne s'agit pas seulement d'intégrer cette petite pratique bizarroïde qui consiste à faire l'amour avec quelqu'un du même sexe dans des champs culturels préexistants ; il s'agit de créer des formes culturelles."¹²

A nosso ver, a maior dificuldade de regime em matéria de adopção de crianças por uniões homossexuais em Taiwan reside essencialmente na maturidade desta “nova expressão cultural” no seio da comunidade e na sua aceitação pela maioria das pessoas, tal como sucede com o reconhecimento da validade e eficácia do casamento homossexual. É que, quando a grande parte das pessoas não consegue compreender o regime do casamento e da união homossexuais, torna-se extremamente difícil convencer os tribunais que o reconhecimento da adopção de crianças por uniões homossexuais não é prejudicial à protecção do melhor interesse da criança. Como foi dado ver pelas duas decisões transcritas, os tribunais de Taiwan revelam uma posição conservadorista sobre o assunto: “um eventual reconhecimento da adopção requerida nos presentes autos colocará os tenros adoptandos no centro da polémica, sujeito à atenção e perseguição da comunicação social e a forte pressão da sociedade, o que, prejudicando-lhe no seu desenvolvimento físico e psíquico, e deixando-lhe exposto a um previsível ambiente de pressão negativa, não corresponde evidentemente ao interesse da criança”.

Simplemente, se a lei de um Estado mantiver uma postura passiva perante esta nova manifestação cultural, é duvidoso que o casamento e a união homossexuais, bem como o direito à adopção por uniões homossexuais venham a ser reconhecidos pela generalidade das pessoas numa sociedade. Certo é que, em Taiwan, no actual estado incerto da respectiva política legislativa e em face do questionamento do casamento e da união homossexuais ainda por muitas pessoas, os tribunais, enquanto órgãos judiciais, manterão tendencialmente uma postura conservadorista. Mesmo supondo não ser muito convincente o fundamento de que “a adopção por uniões homossexuais trará pressões negativas à criança”, a verdade é que a cultura conservadorista da jurisprudência e a excessiva acentuação dos preconceitos sociais constituem porventura o maior obstáculo ao reconhecimento judicial da adopção de crianças por uniões homossexuais.

12 «Le triomphe social du plaisir sexuel: une conversation avec Michel Foucault»; entretien avec G. Barbedette, 20 octobre 1981, Christopher Street, vol. 6, no 4, mai 1982, pp. 36-41.

REPRODUÇÃO: COM E SEM SEXO

(O DIREITO A TER FILHOS MEDIANTE O USO DE TÉCNICAS REPRODUTIVAS E PROCEDIMENTOS MÉDICOS CONEXOS)

Vera Lúcia Raposo,

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: Desde a segunda metade do século passado que o conceito de “direitos reprodutivos” ganhou raízes no mundo ocidental, primeiro como o direito de não ter um filho (direito à não reprodução), mais tarde como o direito de ter um filho (direito à reprodução), nomeadamente através da utilização das técnicas reprodutivas, o tema do presente estudo.

No entanto, quer a fundamentação jurídica deste direito quer o seu exacto conteúdo estão ainda sob discussão.

O fundamento jurídico do direito à reprodução não está devidamente identificado porque até hoje essa figura não é expressamente reconhecido na maior parte das Constituições (sendo a Lei Básica de Macau uma das excepções) ou Declarações de Direitos, o que tem levado à alegação de que a aspiração reprodutiva não configura um verdadeiro direito, mas apenas um capricho fútil. No entanto, é na verdade um direito não escrito, imanente ao conteúdo dos direitos expressamente reconhecidos.

No que respeita ao conteúdo do direito à reprodução mediante técnicas de reprodução assistida as principais questões envolvidas dizem respeito ao acesso a estas técnicas, à reprodução *post-mortem*, à doação de gâmetas e embriões, aos contratos de gestação, à selecção de características da prole, ao diagnóstico genético pré-implantatório e ao destino dos embriões excedentários. O critério do melhor interesse da criança deve ser o único orientador das soluções legais relativas às questões mencionadas; no entanto, este critério não pode ser interpretado de uma forma moralista, mas de acordo com a moderna teoria dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos reprodutivos; técnicas de reprodução assistida;

doação de gâmetas; anonimato; gestação de substituição.

Os procedimentos médicos relacionados com as técnicas de procriação medicante assistida (PMA) têm conhecido nos últimos anos espantosos desenvolvimentos, que permitiram rupturas drásticas na forma como o ser humano se compreende a si mesmo e como se relaciona com os outros. Se desde o ecoar dos tempos a reprodução exigia um contacto sexual entre pessoas de sexo distinto e em idade fértil, nos tempos actuais ultrapassou-se o limite da idade, do género e mesmo o da actividade sexual. A grande revolução corrida nas relações humanas que veio permitir ter sexo sem filhos foi ultrapassada por uma revolução ainda maior: ter filhos sem sexo. Estes filhos podem não ter com os progenitores qualquer laço genético (caso típico na doação de gâmetas), podem nascer após a sua morte (reprodução *post-mortem*) e mesmo ser gerados fora do útero materno (como sucede nos contractos de gestação), contudo, aos olhos da lei são ainda assim ser considerados “filhos”.

Mas este não é o final dos tempos e já novas revolução se avizinham, nomeadamente a possibilidade de escolher características da descendência, umas eventualmente fúteis (cor de olhos ou de cabelo), outras decisivas para a sobrevivência da espécie humana (como sejam a condição de saúde), outras ainda profundamente discutíveis (o caso do género).

Este breve estudo irá analisar criticamente algumas das principais “revoluções” trazidas pelas técnicas de PMA, procurando apresentar o seu actual enquadramento jurídico em Portugal e em Macau e eventualmente sugerindo um outro enquadramento de iure constituindo.

1. Será a reprodução um autêntico direito fundamental?

O desejo de procriar traduz uma das mais ancestrais aspirações da humanidade, um misto de instinto e cultura¹. Ora, há quem entenda que o uso das técnicas de PMA resulta de um capricho humano, de uma teimosa que nos leva a afrontar a mãe-natureza e os impedimentos que esta nos impôs à reprodução, pelo que não pode aspirar à tutela legal, muitos menos a título de direito fundamental².

1 Se possível esses filhos deverão ter connosco uma ligação genética, mas se tal não for concretizável ao menos que exista uma aparência de ligação genética, o que é permitido por via de procedimentos como a doação de gâmetas e a gestação de substituição.

2 Remetendo a reprodução para a categoria dos meros desejos, Ruth Deech, “Losing Control? – Some Cases”, in *Biomedicine, the Family and Human Rights*, (eds. Marie-Thérèse Meulders-Klein, Ruth Deech, Paul Vlaardingerbroek), Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, pp. 593 ss. e Javier Gafo, *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, pp. 54 ss.

A tese de que as decisões relativas à reprodução devem ser tomadas livremente pelo indivíduo, sem intromissões do Estado, começou por ser afirmada pelos tribunais norte-americanos no início do século passado³. Porém, boa parte dessas decisões dizem respeito à dimensão negativa do direito à reprodução, isto é, à liberdade de não ter filhos (uso de contraceptivos, aborto); ao passo que as decisões relativas à dimensão positiva do direito à reprodução - o direito a ter filhos - praticamente se restringem à condenação de esterilizações forçadas. Ainda assim, das referidas decisões resulta uma ideia nuclear, perfeitamente transponível para a presente discussão: as matérias relativas à reprodução devem caber na inteira disponibilidade de cada um, não podendo o Estado intrometer-se para além do estritamente necessário para proteger direitos de outras pessoas ou acautelar valores fundamentais da comunidade, tal como de resto sucede com qualquer outro direito. Esta tese deve valer seja para a decisão de não ter filhos, seja para a decisão de os ter, e, neste último caso, quer a procriação resulte de acto sexual quer resulte de procedimento médico⁴.

Esta mesma ideia foi afirmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo et al (“In Vitro Fertilization”) v. Costa Rica*, no âmbito do qual a Corte foi chamada a pronunciar-se sobre a proibição de recorrer a processos de fertilização in vitro (FIV) vigente na Costa Rica desde 2000. De acordo com um dos mais altos tribunais internacionais de direitos humanos, uma tal proibição viola um leque de direitos humanos, desde o direito à vida privada e familiar e o direito de formar família até ao direito à não discriminação por questões de saúde, meios financeiros ou género⁵.

É certo que o reconhecimento do direito a ter filhos como um genuíno

3 *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

4 Justificando porque motivo deve a reprodução ser considerada um direito e, mais do que isso, um direito fundamental veja-se, da autora, Vera Lúcia Raposo, Direitos Reprodutivos” *Lex Medicinæ*, n. 3, 2005, pp. 111-131; “In the Borderline of Human Reproduction”, in *Droit de la Santé Publique dans un Contexte Transnational / Public Health law in a Transnational Context* (Anne-Marie Duguet coord.) Les Études Hospitalières Éditions, Bordeaux, 2010a, pp. 135-154; *O Direito à Imortalidade (O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro)*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 108 ff. e bibliografia aí citada.

5 Caso *Artavia Murillo et al (“In Vitro Fertilization”) v. Costa Rica*, Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, decisão de 28 de Novembro de 2012. Comentando esta decisão, I. Brena, “Ruling of the Inter-American Court of Human Rights, the Case of Artavia Murillo et al (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica; New Hopes for the Reproductive Freedom in Latin America”, *Rev Derecho Genoma Hum.*, 38, 2013, pp. 149-66 e Fernando Zegers-Hochschild, Bernard M. Dickens e Sandra Dughman Manzur, “Human Rights To In Vitro Fertilization”, *JBRA Assisted Reproduction*, 18(1), 2014, pp. 27-31.

direito fundamental parece fragilizado pela ausência, em muitas ordens jurídicas, de norma expressa do texto constitucional que assim o proclame. Porém, este aparente obstáculo é facilmente contornável à luz do moderno entendimento da interpretação constitucional como uma tarefa dinâmica e aberta⁶, que não se basta com os direitos expressa e textualmente reconhecidos nos textos das Constituições, mas vai além das palavras em busca de direitos decorrentes e de direitos implícitos⁷, ou de direito na penumbra e na sombra⁸.

Em muitos ordenamentos jurídicos cabe à privacidade funcionar como fundamento jurídico do direito à reprodução, isto é, o direito no qual aquele outro está implícito. Porém, este entendimento, válido para a *privacy* do direito anglo-saxónico, soçobra no contexto do direito europeu continental, família jurídica da qual o sistema legal da RAEM faz parte, dado que entre nós o entendimento da reserva da vida privada revela-se bastante mais restrito, circunscrevendo-se a uma ideia de anonimato e de controlo da informação pessoal⁹. É neste sentido que nos parece que deve ser entendido o artigo 30, 2.º paragrafo da Lei Básica da RAEM (LB).

Resta-nos dois fortes candidatos a fundamento constitucional da liberdade reprodutiva e do direito à reprodução: o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito a constituir familiar¹⁰. Quanto ao primeiro, sublinhe-se que não consta da actual LB nem nos parece que se possa aceitar como parte do acervo constitucional do território com base no princípio da continuidade do ordenamento jurídico¹¹. Contudo, no caso de Macau a ausência deste direito não

6 Descrevendo a moderna interpretação constitucional, Raposo, 2014, pp. 193-211.

7 Seguimos aqui a terminologia avançada pelo prof. Ingo Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4.º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, pp. 97 ss.).

8 Referimo-nos à célebre teoria dos *penumbra rights*, avançada pela doutrina e pelos tribunais norte-americanos. Vide Lawrence Tribe, Michael Dorf, *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass./London, 1991, pp. 50 ss. e Ronald Dworkin, "Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled?", in *Bill of Rights in the Modern State* (Geoffrey Stone, Richard Epstein, Cass Sunstein eds.), The University of Chicago Press, Chicago and London, 1992, pp. 387 ss.

9 Paulo Mota Pinto, "O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada", *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, 1993, p. 508 (sendo certo que a interpretação avançada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, e que tem igualmente vindo a ser acolhida em algumas ordens jurídicas de direito europeu continental acaba por se aproximar bastante do entendimento dominante no direito da *common law*).

10 Uma outra possibilidade consistiria em fundamentar o direito à reprodução no direito à saúde; porém, pelos motivos expostos em Raposo, 2014, pp. 317 ss., não nos parece ser este um fundamento convincente.

11 Sobre este princípio, Jorge Costa Oliveira, "A Continuidade do Ordenamento Jurídico de Macau na Lei Básica da Futura Região Administrativa Especial", *Administração*, n.º19/20, vol. VI,

frustra o reconhecimento do direito à reprodução, não apenas porque se prevê um direito a constituir familiar mas, e sobretudo, porque a LB expressamente afirma a livre procriação dos residentes de Macau (artigo 38, 1.º parágrafo, LB), sem vincular a reprodução ao estado civil da pessoa e ao método seguido para procriar. Trata-se de uma afirmação singular no plano do direito comparado, que se justifica pelas particularidades jurídico-políticas próprias do território e pela necessidade de afirmar a não submissão dos residentes à política do filho único imposta pela República Popular da China até muito recentemente¹².

Face a este quadro legal, e tendo em consideração o papel que a reprodução desempenha para a espécie humana, para a sua realização como pessoa e para a sua relação com os outros, e ainda pela sua íntima relação com a dignidade humana, não poderá deixar de se lhe reconhecer o estatuto de direito fundamental na RAEM.

2. Acesso às técnicas de PMA

Boa parte dos regimes jurídicos restringe o acesso às técnicas de PMA a pessoas com certas qualidades, no que respeita à idade (não apenas limites mínimos, mas igualmente limites máximos), ao estado civil (em regra apenas pessoas casadas ou pelo menos em união de facto), à orientação sexual (mesmo tratando-se de pessoas legalmente casadas, pode o acesso à PMA ser proibido quando se trate de casamento do mesmo sexo, como sucede em Portugal¹³), e à motivação que justifica o uso da PMA (em regra apenas se admitindo a infertilidade e eventualmente o risco de transmissão de doença). Fácil é concluir que muitas destas restrições tornam-se difíceis de justificar face a um direito fundamental, como é o direito à reprodução.

A restrição relativa ao estado civil e à orientação sexual pretende encontrar justificação na concepção tradicional de família (matrimónio heterossexual) e na forma clássica de reprodução (coito, necessariamente entre pessoas de sexo oposto), que assim a PMA procuraria replicar. Contudo, este modelo tradicional de família já pouca correspondência encontra na sociedade complexa e multifacetada

1993-1.º e 2.º, pp. 21-60 e Miguel Manero de Lemos, “Análise da Proposta de Introdução de Dois Novos Crimes Sexuais: Prostituição de Menor e Pornografia de Menor”, *Seminário sobre a Revisão do Código Penal — Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 03 de Junho de 2016.

12 Sobre o fim desta política, Virginie Mangin, “End of an Era as China Scraps One-Child Policy; Historic Change but Economists Doubt New Policy will Quickly Redress Population Imbalance”, *The Business Times Singapore*, October 30, 2015.

13 Sobre esta incongruência da lei portuguesa, Vera Lúcia Raposo, “Crónica de um Casamento Anunciado”, *Revista do Ministério Público*, ano 30, n.º 120, 2010b, pp. 157-190.

de hoje em dia. Numa mundo em que a família nos surge de todas as cores, forma e feitios, parece que a lei quer copiar quilo que na verdade já não existe.

Outro argumento por vezes avançado para impor restrições ao uso da PMA funda-se no melhor interesse do futuro filho, na pressuposição de que existe um único modelo certo de família onde a criança possa crescer e ser amada, mito este mais uma vez desmentido pela realidade e pela emergência de novas formações familiares¹⁴.

Na verdade, a proliferação de famílias monoparentais tem levado ao reconhecimento do aceso de pessoas singulares à PMA¹⁵ (essencialmente mulheres, dado que no caso dos homens tal implicaria autorizar a gestação de substituição, o que levanta problemas acrescidos) e às uniões do mesmo sexo¹⁶.

É certo que muitas leis continuam a adoptar posições proibitivas, mas não vemos em que fundamento constitucional (porque só este releva, e não a moral ou a religião) se arvoram. Se a titularidade de direitos é universal, então, toda a pessoa é titular do direito à reprodução; sendo este um direito fundamental qualquer limitação ao seu exercício carece sempre de uma justificação constitucional bastante. Uma vez que não está provado que famílias monoparentais ou famílias de base homossexual violem os direitos de alguém (o que é diferente de ferir sensibilidades de alguém), nem mesmo da criança, semelhante restrição é infundamentada, logo, ilegítima.

No plano europeu as regulações mais abertas neste domínio são,

14 Quanto às “novas famílias”, Amanda K. Baumle, D’Lane R. Compton, *Legalizing LGBT Families - How the Law Shapes Parenthood*. New York, NYU Press: 2015 e Vera Lúcia Raposo, “The True Colours of Reproductive Rights, Especially in the Context of Rainbow Families”, in *Aspects Légaux et Éthiques du Commencement de la Vie / Legal and Ethical Aspects Regarding the Beginning of Life* (Anne Marie Duguet coord.), Les Études Hospitalières Édition, Bordeaux, 2015, pp. 123-138.

15 Advogando o direito das pessoas singulares acederem à PMA, Yolanda Gomez Sanchez, *El Derecho a la Reproducción Humana*, Marcial Pons, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 129; Vera Lúcia Raposo, “Em Nome do Pai (...E da Mãe, e de Dois Pais, e de Duas Mães) – Análise do Art. 6.º da Lei 32/2006”, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 7, 2007, pp. 37-51; Raposo, 2010c; Raposo, 2014, pp. 659 ss.; Raposo, 2015, pp. 123-138.

Em sentido contrário, fundando-se num suposto direito à dupla parentalidade, Francesco D’Agostino, *Bioética, Estudios de Filosofía del Derecho*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 1998, pp. 124 ss.

16 Sobre a irrelevância da orientação sexual para a parentalidade, Raposo, 2010b e Vera Lúcia Raposo, “Direitos Reprodutivos: Homossexualidade, Celibato e Parentalidade”, in *Familia, Consciência, Secularismo e Religião* (Centro de Direito da Família e Iuris Gentium Conimbrigae ed.). Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2010c, pp. 61-86.

Advogando a proibição do uso da PMA com base na orientação sexual, Ramón Herrera Campos, *La Inseminación Artificial: Aspectos Doctrinales y Regulación Legal Española*, Universidad de Granada, Granada, 1991, p. 60.

presentemente, as dos países nórdicos, do Reino Unido e de Espanha. Portugal - Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho - começou por adoptar uma regime moderadamente restritivo, apenas admitindo o acesso à PMA de pessoas casadas ou em união de facto, desde que de sexo oposto¹⁷. Contudo, em 2016 a norma do artigo 6.º da Lei n.º 32/2006 foi alterada e hoje permite que “todas as mulheres independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual” recorram à PMA. Estranhamente, e apesar de o casamento do mesmo sexo ser válido em Portugal desde 2010 (Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio), o referido artigo 6.º, que admite o acesso de pessoas casadas, continua a ser interpretando como apenas se aplicando a casais de sexo oposto, não obstante tal restrição não constar da Lei n.º 32/2006, nem tão-pouco da Lei n.º 9/2010¹⁸.

No caso de Macau a única conclusão possível é aceitar que qualquer pessoa pode usar a PMA. De facto, na ausência de regulamentação expressa que o proíba e seguindo o princípio jurídico básico de que qualquer restrição a direitos deve (entre outros requisitos) constar de lei expressa, não vemos como proibir qualquer mulher de usar a PMA, casada ou não, e mesmo que viva em união com pessoa do mesmo sexo, ainda que esta não seja reconhecida em Macau (no caso dos homens é mais problemático, dado que sempre careceriam de um útero externo e os contratos de gestação são expressamente proibidos pelo artigo 1726.º do Código Civil, CC).

3. A doação de gâmetas

A chamada doação de gâmetas refere-se à cedência - em regra onerosa - de células reprodutivas com vista a serem utilizadas por terceiros para fins reprodutivos. Já se vê que pouco caracteriza este negócio jurídico como doação, dado que em regra lhe falta a característica basilar da gratuitidade. Porém, esta foi a expressão que se sedimentou no mundo jurídico para a designar, com base no entendimento de que a quantia monetária recebida pelo dador não é um pagamento, mas sim uma compensação pelos incómodos. Esta é a única forma de compatibilizar tal “compensação” com a regra, presente em muitas norma internas e em diplomas internacionais, de que o ser humano não pode auferir lucros derivados do seu corpo, seus elementos, células e

17 Esta ressalva constava da norma desde o início da sua vigência, dado que já nessa altura Portugal reconhecia uniões de facto do mesmo sexo, mas não do casamento, à data restrito a pessoas do sexo oposto.

18 Sobre esta incongruência Raposo, 2010b.

fluidos¹⁹. É óbvio que este entendimento não passa de uma forma de camuflar a realidade: as pessoas auferem efectivamente lucros derivados do seu corpo, como o atesta o valor de algumas “compensações”, sobretudo no caso de ovócitos, e é inclusivamente comprovado pelo facto de na sociedade actual se admitirem lucros derivados da venda de partes do corpo (leite materno²⁰, cabelos²¹) e inclusivamente lucros auferidos pela imagem, que, na verdade, é... uma imagem do corpo²².

4. Determinação da parentalidade

O uso de gâmetas de terceiros suscita a questão de saber se estes devem ser considerados progenitores legais da criança, se devem estar envolvidos na sua vida ou, sequer, se é possível conhecer a sua identidade.

A parentalidade dos dadores é comumente afastada pela lei, inclusive em Macau (artigo 1723.º CC). Ou seja, os beneficiários das técnicas serão sempre o pai e a mãe legais, ainda que não apresentem uma ligação genética com a criança. Nomeadamente, não pode o homem aceitar que a sua mulher recorra a esperma de terceiro e depois, num autêntico *venire contra factum proprio*, rejeitar a sua paternidade (artigos 1724.º e.º do CC).

De facto, a regra de que o ADN determina a parentalidade não faz parte do ordenamento jurídico (porventura nunca fez) e mesmo para além da doação de gâmetas o direito da família sempre conferiu lastro jurídico a relações parentais não fundadas no biologismo (perfilhação e adopção, por exemplo). Logo, ao lado da parentalidade genética é possível falar em parentalidade emocional – referente àquele que deseja para si a criança, para a amar e educar -, a qual assume cada vez prevalência jurídica.

Porém, a recusa da parentalidade dos dadores de gâmetas - que defendemos

19 Artigo 21.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina; artigo 3.º/2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; artigo 4.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

20 Jon Street, “Women Are Selling Their Breast Milk for Incredible Sums of Money”, *The Blaze*, Jul. 7, 2015, at <http://www.theblaze.com/stories/2015/07/07/women-are-selling-their-breast-milk-for-incredible-sums-of-money/>

21 Erin Huffstetler, “How to Sell Your Hair for Cash”, *The Balance*, July 20, 2016, at <https://www.thebalance.com/how-to-sell-your-hair-for-cash-1388967>

22 Sobre o lucro e o corpo humano, Vera Lúcia Raposo, “O Corpo Humano, a “Nova Galinha dos Ovos de Ouro”, *Lex Medicinæ*, ano 8, n.º 15, 2011, pp. 47-64. Em particular sobre o caso dos gâmetas, Vera Lúcia Raposo, “Vende-se Gâmeta em Bom Estado de Conservação – O Obscuro Mercado das Células Reprodutivas”, *Lex Medicinæ*, ano 6, n.º 12, 2009, pp. 47-74.

- não deve implicar que a criança fique impedida de conhecer as particularidades do seu nascimento e até mesmo a identidade do dador. Desde sempre temos defendido que a responsabilidade reprodutiva, que justifica e limita o uso das técnicas de PMA, implica aceitar algumas intromissões na esfera de privacidade familiar. Algumas dessas intromissões exigem o reconhecimento da participação de terceiros - como sejam os dadores – na vida familiar, nomeadamente a possibilidade de a criança conhecer a identidade do dador²³. Mais do que uma opinião pessoal, trata-se na realidade de um mandamento constitucional em alguns países, como Portugal, que consagram o direito à identidade genética e à identidade pessoal. A suposta preservação da incolumidade familiar face à eventual perturbação causada pela intromissão do dador na família não pode prevalecer sobre o direito da criança conhecer a sua história pessoal. De resto este direito tem sido paulatinamente reconhecido no que respeita à adoção e resulta igualmente das normas que permitem a investigação da paternidade ou da maternidade a todo o momento (artigos 1677.º/1 e 1722.º do CC). Esta solução não pretende elevar a biologia acima dos afectos (até porque a recusa da parentalidade dos dadores é um dado assente), mas tão só reconhecer que a identificação da origem genética é relevante para a espécie humana.

No caso de Macau a lei afasta a parentalidade dos dadores (artigo 1723.º do CC), como é a regra, mas é totalmente omissa quanto à questão do anonimato, sendo que neste particular nem a regra de que o “não proibido é permitido” permite deduzir uma solução. Por conseguinte, incitamos o legislador a tomar uma posição a este respeito, preferencialmente seguindo a mais moderna tendência de reconhecer o direito da criança ao conhecimento da sua origem biológica.

A situação mais complexa de determinação da parentalidade ocorre nos contratos de gestação, onde nos poderemos deparar com três candidatas a “mãe legal”: a mulher contratante (mãe emocional), a gestante de substituição (mãe gestacional) e a dadora de ovócitos (mãe genética). À luz da lei existente na maior parte dos ordenamentos, incluindo o da RAEM, aquele que dá à luz (no caso, a gestante de substituição) é considerada a mãe legal (artigo 1657.º/1 CC), com base no dogma de que o parto determina a maternidade, porque de facto tempos houve em que o parto indicava sem erro a ligação genética. Porém, o progressivo avanço das técnicas médicas e o concomitante reconhecimento legal dos contratos de gestação têm levado alguns ordenamentos jurídicos a incluir uma ressalva, segundo a qual havendo um contrato de gestação legalmente válido não será o parto, mas o contrato, a determinar a maternidade legal²⁴. Um

23 Raposo, 2014, pp. 792 ss.

24 Defendendo esta solução, Vera Lúcia Raposo, *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005 e Raposo, 2014, pp. 1072 ss.

dos países que recentemente seguiu esta via foi Portugal, por força da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que veio admitir, ainda que em termos assaz estritos, alguns contratos de gestação.

5. Reprodução *post-mortem*

A reprodução *post-mortem* refere-se ao uso de gâmetas de pessoa entretanto falecida (inseminação ou FIV *post-mortem*) e à transferência uterina de embriões após o falecimento do pai (transferência uterina *post-mortem*).

Trata-se de uma prática permitida em várias leis, ainda que dentro de certos requisitos²⁵. No caso da lei portuguesa, proíbe-se a criação *post-mortem* de embriões, mas admite-se a sua transferência uterina *post-mortem*, desde que fundada num escrito prévio do pai (artigo 22.º da Lei n.º 32/2006), porventura com base no ideia de que, embora repugne ao legislador o nascimento da criança numa família onde à partida se sabe da inexistência do pai, esta solução é um “mal” aceite para evitar a destruição de embriões já criados²⁶. Contudo, a premissa base deste raciocínio – o repúdio de famílias monoparentais – claudica face à sociedade actual e inclusivamente face ao recente reconhecimento, pela Lei n.º 32/2006, de que mulheres singulares podem aceder à PMA, o que deveria levar à reformulação daquela proibição legal²⁷.

Apesar das proibições vigentes na lei portuguesa no que respeita à reprodução *post-mortem*, aceita-se que a criança nascida em contra desta proibição beneficie de direitos sucessórios sem qualquer limite temporal (artigo 23.º/1 da Lei n.º 32/2006). Esta aceitação da sucessão a todo o tempo é especialmente perigosa, dado que permite a qualquer altura alterar partilhas e sucessões aparentemente já consolidadas. Daí que as leis que admitem a reprodução *post-mortem* tendam a limitar o uso deste procedimento a um prazo delimitado, o que obviamente permite controlar as suas eventuais consequências

25 O quadro geral desta prática em Vera Lúcia Raposo e Eduardo Dantas, “Legal Aspects of Post-Mortem Reproduction: a Comparative Perspective of French, Brazilian and Portuguese Legal Systems”, *Med Law*. 31(2), 2012, pp. 181-98.

26 A defesa desta solução para os casos de morte feminina resulta mais complexo do que para os casos de morte masculina, dado que o uso dos ovócitos pelo progenitor vivo sempre careceria de uma gestante de substituição, a não ser que os pretendesse usar com a sua nova companheira. Contudo, além da estranheza que este último cenário pode suscitar, coloca-se igualmente o problema do consentimento da mulher entretanto falecida, já não apenas para o uso *post-mortem* dos seus gâmetas mas, mais do que isso, para o seu uso por parte da nova companheira do ex-companheiro.

27 A favor da reprodução *post-mortem*, Raposo e Dantas, 2012; John Robertson, “Posthumous Reproduction”, *Indiana Law Journal*, 69, 1994, pp. 1027-1065.

sucessórias.

Na verdade, o problema suscitado pela criação *post-mortem* de embriões não é, segundo cremos, a inexistência *ab initio* de um pai, tanto mais que não existe um suposto direito à biparentalidade²⁸, mas sim o risco de usar os gâmetas da pessoa contra a sua vontade. Contudo, este entrave será resolvido mediante a exigência de documento legal (ou de outro meio de prova credível) no qual a pessoa autorize o uso dos gâmetas após a sua morte, como de resto é acautelado na lei portuguesa, ao exigir “um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai” como requisito da transferência embrionária *post-mortem*.

A solução vigente em Macau é curiosa: a única norma que refere esta prática é o artigo 1728.º do CC que, embora não proíba a reprodução *post-mortem* em nenhuma das suas formas, afasta a existência de uma relação de filiação “quando tenha sido utilizado material genético de uma pessoa morta”, recusando assim qualquer efeito sucessório. Porém, não é claro se esta proibição de filiação apenas se aplica a embriões gerados com gâmetas de pessoa já falecida ou também à transferência de embriões gerados com gâmetas de pessoa entretanto falecida.

6. A selecção de embriões

A selecção de embriões resulta da possibilidade de escolher que embriões transferir para o útero, quando nem todos possam ser transferidos. De facto, no âmbito da FIV é praticamente impossível evitar a criação de um número de embriões que exceda o número daqueles que irão efectivamente ser transferidos. Esta particularidade resulta das vicissitudes da reprodução humana, nomeadamente da sua alta taxa de insucesso²⁹. Assim, após um processo de FIV a equipa confronta-se com a necessidade de excluir alguns embriões da transferência, os chamados embriões supranumerários, que em regra irão ser criopreservados para futuros usos por parte dos beneficiários das técnicas, mas que também poderão vir a ser doados a terceiros, usados em investigação científica, destruídos ou deixados perecer naturalmente³⁰. Se assim é, qual o critério de selecção dos embriões que serão efectivamente transferidos?

28 Explicando os argumentos que justificam a inexistência deste direito, Raposo, 2014, pp. 674-676.

29 Explicando a inevitabilidade de embriões supranumerários, Raposo, 2014, pp. 428 ss.

30 Sobre os possíveis destinos dos embriões excedentários, Vera Lúcia Raposo, “Embriões, investigação embrionária e células estaminais”, *Lex Medicinæ*, n.º 18, ano 9, 2012, pp. 47-70 e Raposo, 2014, pp. 430 ss.

Certamente que se poderia deixar a escolha ao azar (ou à sorte), mas esta solução terá que ser afastada face ao risco de assim transferir exactamente aqueles embriões que menos possibilidade apresentam de desenvolvimento e que irão ser naturalmente destruídos pelo corpo; ou então de embriões que nascerão vítimas de doenças e malformações graves. O destino, as estrelas, a natureza, não podem impor o nascimento de pessoas com doenças gravíssimas e que se depararão com vidas de dor e de sofrimento, especialmente quando tal pudesse ser evitado mediante um diagnóstico pré-natal realizado aos embriões *in vitro*, designado diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI)³¹. Trata-se de analisar uma célula de cada embrião, o blastómero, e assim identificar os embriões saudáveis³² e, de entre estes, os mais aptos para o desenvolvimento.

Esta prática – a melhoria do *pool* genético da humanidade, no caso, através do DGPI – pode ser incluída no conceito actual de eugenia³³, porém, para tal este conceito deveria perder o sentido pejorativo que tradicionalmente lhe anda associado³⁴. Na verdade, não me parece que o termo “eugenismo” seja o mais apropriado para descrever um procedimento médico que visa o respeito pela espécie humana e a protecção das futuras pessoas a nascer.

Porém, abre-se aqui uma caixa de Pandora. Não basta assentar na exclusão de embriões doentes, há que definir que tipo de patologias são excludentes: apenas as incuráveis, ou também as curáveis? Qual o resultado a evitar: a morte muito precoce, a diminuição da esperança da vida, a dor, as limitações na existência diária? E se existir apenas uma predisposição para a patologia? E se o embrião em si não sofrer da doença, mas a puder transmitir à descendência³⁵?

Pode-se igualmente questionar-se por outros possíveis critérios da selecção poderiam ser usados, a par da condição de saúde. O embrião com determinada cor de olhos ou de cabelo? E se for com determinada cor de pele, característica historicamente menos neutra? E que dizer de um embrião de determinado sexo, sabendo que em certos quadrantes culturais as meninas são

31 Sobre esta técnica, Vera Lúcia Raposo, “Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o Meu Embrião – Os Múltiplos Casos de Selecção de Embriões em Sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantatório”, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 59-84.

32 Aparentemente saudáveis, dado que nunca é possível garantir que o embrião não tem qualquer doença, mas apenas que não padece do leque de patologias rastreadas.

33 Emily Delk, “A Kantian Ethical Analysis of Preimplantation Genetic Diagnosis”, *CedarEthics Online* 12:2, spring, 2013.

34 Também neste sentido, Stephen Wilkinson and Eve Garrard, *Eugenics and the Ethics of Selective Reproduction*. Staffordshire: Keele University, 2013

35 Por questões de tempo e espaço não podemos aprofundar estas matérias, mas remetemos para Raposo, 2007 e Raposo, 2014, pp. 926 ss.

bebés de segunda categoria³⁶?

7. Breve reflexão final

Em tempos que já lá vão a espécie humana contentava-se com os desígnios da natureza e aceitava a infertilidade, a doença e o biologismo como um fado. Não ter filhos ou ter filhos assacados pela doença era um castigo divino. Mesmo quando a divindade saiu da equação manteve-se a ideia de aceitar passivamente o que a genética e a biologia nos ditam. Felizmente a medicina e a técnica tornaram a espécie humana descontente e o “descontentamento é o primeiro passo na evolução de um homem ou de uma nação” (Oscar Wilde).

36 Vera Lúcia Raposo, “Adão e Eva – O Milagre da Selecção de Sexo Embrião”, *Revista de Direito Médico e da Saúde*, ano III, vol. 1, 2007.

O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER NO CONTEXTO LABORAL EM MOÇAMBIQUE

Orquídea Massarongo Jona,
Assistente, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique

Sumário: O presente artigo analisa a situação da mulher no contexto laboral, sobretudo a questão da discriminação e autonomia da mulher com particular para protecção da maternidade. O artigo foca nos direitos reprodutivos da mulher e no equilíbrio e combinação desse direito com os direitos da mulher no trabalho. A análise é feita no contexto dos direitos humanos e realçada a questão da influência das relações de poder e o seu impacto no exercício dos direitos da mulher nas relações de trabalho no ordenamento jurídico moçambicano. Os direitos reprodutivos, pelo seu carácter controverso, encontram barreiras e desafios para sua implementação, não obstante o reconhecimento (*recente*) como um direito humano, no sentido em que a mulher não pode ser privada do direito ao trabalho em razão da gravidez.

Palavras-chave: Direitos reprodutivos; direito ao trabalho; discriminação; autonomia; protecção da maternidade.

Introdução

O Direito ao trabalho e sem discriminação é um direito de toda a pessoa humana, plasmado em vários instrumentos legais internacionais reconhecidos como essencial para a realização e satisfação das necessidades humanas¹. Para a mulher o reconhecimento desse direito é recente², pois em tempos a mulher

1 Declaração Universal dos Direitos Humanos, PIDESC, PIDCP, Carta Africana art. 16 estabelece que “*todas as pessoas tem direito de trabalhar em condições equitativas e satisfatórias (...)*”; CEDAW, CRM,.

2 Resultado dos Movimentos feministas, que lutaram pela igualdade do homem e mulher no trabalho.

para trabalhar precisava de autorização de uma figura masculina, partilhada entre pai, marido ou representantes deste, situação essa que evoluiu nos dias de hoje, contudo ainda apresenta desafios na realização efectiva desse direito.

O direito ao trabalho implica entre outras coisas, a protecção eficaz e reforçada da mulher no local de trabalho, incluindo a licença de maternidade³. A realização do direito ao trabalho exige que o Estado proteja a mulher e os seus direitos, tendo em consideração o seu estatuto único e a função reprodutora natural na sociedade, não devendo esta constituir um impedimento ou fundamento para discriminação da mulher no local de trabalho.

Por outro lado, existe uma preocupação universal com a população mundial para reverter o crescimento mundial e reduzir a fertilidade, por outro lado existe a preocupação com o controlo da reprodução, mas no sentido de controlo da mulher sobre o seu próprio corpo, sua sexualidade e vida reprodutiva, que marcaram os dois movimentos históricos o populacional e o das mulheres, que resultaram entre outras coisas, no reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos que tem a face, ou enfoque na mulher, por ser nela mais visível ou exteriorizada, os quais devem como princípio ser exercidos com autonomia e sem discriminação⁴.

Para a mulher, em virtude do domínio da sociedade patriarcal no mundo e normas estabelecidas, que no cômputo geral não são sensíveis ao género, consideradas neutras e objectivas, são feitas na sua maioria por homens (“*male oriented rights*”) sem tomar em consideração as especificidades da mulher⁵, resultando daí que a realização dos direitos da mulher é posto em causa e limitado (e até violado), pois está ainda patente a cultura ou princípio da inferioridade da mulher e que o trabalho fora do ambiente doméstico não é dirigido a mulher em primeira instância, mas sim destinado ao homem. Tem sido recorrente a mulher ser relegada para o segundo plano ou considerada não qualificável para um determinado trabalho, função ou benefício relacionado com o trabalho como resultado da situação de gravidez, das responsabilidades familiares ou sujeição ao assédio sexual.

A combinação da função produtiva e reprodutora da mulher, não é exercida de modo equilibrado, influenciando na liberdade e igualdade, constituindo uma limitação dos direitos da mulher e vezes sem conta a mulher tem em várias situações optado por abdicar de uma ou de outra, ou sujeitar-se a situações para

3 OUA, Comissão Africana dos Direitos Humanos (CADH), (2004), Declaração de Pretória sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais em África, art. 6.

4 Conferencia Mundial da População (UNFPA), Declaração de Beijing e Plataforma de Acção (1995) IV Conferência Mundial sobre a mulher, Declaração de Vienna.

5 A indeterminação da lei, que se diz neutra e objectiva (que não especifica a mulher) mascara as hierarquias e as distribuições de poder. Vide Cook, R. J. (1993). International human rights and women’s reproductive health. *Studies in Family Planning*, 24 (2), 73-86, p. 76.

preservar o trabalho.

A nível internacional os Estados fixaram padrões, princípios e regras relacionados com os direitos sexuais e reprodutivos e que devem ser exercidos sem prejuízo de outros direitos, em particular do direito ao Trabalho e dele resultante. Estamos aqui a referir aos direitos humanos que são direitos inerentes a qualquer pessoa humana, sem distinção do sexo e indissociáveis, devendo ser exercidos em conjunto, nenhum direito humano deve prevalecer sobre o outro.

Os Direitos Humanos são efectivados pelos Estados através da recepção desses princípios e obrigações assumidas no ordenamento jurídico interno, quer pela recepção directa, ratificação ou elaboração de leis e regulamentos com vista a implementação do Direito Humano. Será este o nosso ponto de partida na análise do Regime Jurídico do Direitos Reprodutivos da Mulher no contexto laboral em Moçambique.

1. Direito Reprodutivos e Direitos Humanos da Mulher: visão geral

A mulher é um ser humano, e como tal, possui direitos nos mesmos termos que o homem, tais como a igualdade, liberdade e não discriminação em todas as esferas da vida, quer seja no trabalho e quer seja a nível social, e nenhum desses direitos pode ser prejudicado em relação aos demais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) determinam que “*todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)*”⁶, e outros instrumentos internacionais que se seguiram, e com força legal, reforçaram o princípio da igualdade. Portanto é indiscutível que ao homem e a mulher assistem os mesmos direitos nos termos da lei⁷.

Os direitos sexuais e reprodutivos constituem um marco internacional dos direitos humanos orientados para a protecção da liberdade sexual e reprodutiva, com vista a ruptura da conservadora ordem patriarcal caracterizada pela desigualdade entre homens e mulheres na decisão sobre a sexualidade e a submissão desta com relação à reprodução. Os direitos sexuais e reprodutivos visam garantir o exercício livre e com autonomia da sexualidade e da reprodução de forma saudável, segura, responsável, sem riscos, sem discriminação, sem coacção ou violência.

6 Vide Art. 1 & 7 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (1948).

7 Referimo-nos ao Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP); Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos Sociais e Culturais (PIDESC); Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW) art. 11 (1), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) art. 2 & 3 (1), entre outros.

Os direitos sexuais e reprodutivos são direitos recentemente reconhecidos,⁸ e que se encontram plasmados num conjunto de instrumentos legais, não encontramos uma convenção única ou lei que aborda esses direitos de forma unitária.⁹ São direitos que pressupõem que a sexualidade e a reprodução só podem ser exercidos livre de discriminação, coacção e violência, sendo também extensivo ao contexto laboral, posto que a mulher não pode ser privada dos seus direitos no trabalho ou privada do acesso ao trabalho porque está grávida e nem deve estar sujeita coacção ou violência sexual em troca de trabalho ou para garantir a sua manutenção, esses factos ocorrendo, constituem um desvio ao seu direito de exercer sua sexualidade livre de coacção e discriminação.

Em termos conceituais, os direitos reprodutivos referem-se a “(...) ao direito de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como o direito a ter acesso à informação e aos meios de tomada de decisão.”¹⁰

O Direito ao trabalho é um direito fundamental consagrado a toda pessoa humana e reconhecido em diversos instrumentos legais internacionais¹¹. Este direito pressupõe que a pessoa tenha oportunidade de ganhar vida através do trabalho, a liberdade de escolha de emprego, condições justas, favoráveis, equitativas e satisfatória de trabalho. A igualdade e a não discriminação no exercício deste direito, constituem um “*must*”, que não deve ser afastado, que não seja por motivo justificado pela lei, sem violação dos direitos humanos da pessoa afectada¹².

O direito ao trabalho é essencial para a realização de outros direitos humanos e constitui uma parte inseparável e inerente a dignidade humana, daí que

8 Na Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento (ICPD) realizada em 1994 no Cairo através da Plataforma de Acção e da Declaração resultante da IV Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em 1995 em Pequim (Conferência de Beijing). O termo “direitos reprodutivos” tornou-se público em 1984 no Primeiro encontro Internacional de Saúde da Mulher (Holanda) e a desconstrução da maternidade como um dever consagrou-se na Conferência de Cairo (Egipto) em 1994.

9 Art. 7.3 do Plano de Acção de Cairo estabelece que “*Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais.(...)*”

10 Mattar, L. (2008). “Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos”. *Sur, Rev. int. Direitos Humanos*. (Impr.), 5(8), p.61.

11 Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (CDESC) Comentário Geral nº 18, para.1, UN Doc. E/C.12/2006/18, *Direito ao Trabalho*.

12 Art. 23 (1) da DUDH; Art. 6 (1), 7 (a) e 10 (2) do PIDESC; Art. 15 CADHP. Ver também CDESC Comentário Geral nº 18, para.4, UN Doc. E/C.12/GC/18/2006 que esclarece que o direito ao trabalho assegura a pessoa o direito a livre escolha e aceitação do trabalho, incluindo o direito de não ser privado ou despedido do trabalho injustamente.

todo o indivíduo tem direito ao trabalho com vista a sua dignidade e ao mesmo contribui para sobrevivência do próprio indivíduo e a da sua família¹³.

Os direitos sexuais e reprodutivos no contexto laboral giram em volta da igualdade e da não discriminação, coerção e violência dos direitos do trabalho relacionados com a reprodução e sexualidade. Os direitos sexuais e reprodutivos no contexto laboral englobam, de entre outros o seguinte:

- Direito a igualdade e não discriminação no emprego em razão da gravidez;
- Direito de opção, a liberdade e autonomia da mulher que pressupõe o direito de ter controlo sobre a reprodução que consiste em decidir ter ou não ter filhos, quando ter filhos e o seu espaçamento;
- Direito a segurança no emprego em termos de acesso e manutenção do trabalho e de não ser despedida em razão da gravidez;
- Direito à protecção social em caso em caso incapacidade (temporária) de trabalho resultante da gravidez ou após o parto;
- Direito à licença de maternidade
- Direito a dignidade humana;

2. Os Direitos da Mulher no Trabalho (Não discriminação e Igualdade)

A discriminação da mulher no mercado do trabalho tem sido discutida em vários fóruns, e porque existe o reconhecimento dessa discriminação, existe uma prática das várias ordens jurídicas de proteger a mulher no mercado de trabalho através de normas específicas aplicáveis a mulher no trabalho. Mas estas normas com objectivo de ‘proteger’ a mulher, por vezes resultam na exclusão da mulher pois trazem ao de lume, a velha ideia de que o “o verdadeiro lugar da mulher é em casa,” assumindo a gestão e responsabilidades domésticas. O homem sim, é que deve trabalhar para garantir o sustento da casa e da mulher. Este cenário da autoridade do homem (marido) e da superioridade do homem em relação a mulher é contrário ao disposto nas normas e padrões universalmente reconhecidos da igualdade entre o homem e a mulher, e a não discriminação em razão do sexo¹⁴.

Durante anos, a discussão dos direitos de igualdade e não discriminação

13 CDESC Comentário Geral nº 18, para.1, UN Doc. E/C.12/GC/18/2006, *Direito ao Trabalho*.

14 Lopes, C. M. S. (2006). Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. *cadernos pagu*, (26), 405-430. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>> [Acesso: 20/10/2016], p. 410. Ver art. 2 e & 7 DUDH, art. 3 PIDESC, art. 2 & 3 da CADHP.

da mulher no mercado de trabalho, e que se baseava na hierarquia do homem sobre a mulher,¹⁵ cingiu-se a: trabalho igual remuneração igual que resultava da diferença de remuneração do trabalho em razão do sexo, auferindo os homens salários mais elevados, trabalho nocturno que era concebido para os homens, determinados tipos de trabalho destinados ou que a mulher não podia desempenhar ou nem podia sonhar ou escolher, por ser considerado não adequado a mulheres,¹⁶ a possibilidade de trabalho da mulher casada sem a prévia autorização do marido, condições péssimas e desumanas de trabalho em particular nas fábricas. A situação hoje evoluiu, contudo o problema da desigualdade e da discriminação no trabalho continua e assumiu outros contornos,¹⁷ não obstante a evolução em termos de protecção e promoção, não reverteu a situação para a mulher trabalhadora existindo aspectos que continuam a afectar a mulher no trabalho relacionados com questões como a gravidez e a violência que mulher sofre no trabalho na forma de assédio sexual.

Poderíamos tentar ensaiar uma discussão, segundo a qual está desigualdade e discriminação começa em casa, na família onde a distribuição das tarefas, entre homem e mulher, cônjuges ou não, não existe em termos uniformes e estabelecidos, pelo menos em África, onde a mulher tem uma dupla sobrecarga de trabalho, ou trabalho não remunerado, pois além do trabalho fora de casa existe o trabalho em casa resultante das suas responsabilidades familiares, mas a extensão do presente texto não permite tal análise.

A combinação do direito ao trabalho e o direito de decidir ter filhos, devem ser exercidos em ambiente de igualdade e de não discriminação, não deve existir receio ou risco de a mulher ser despedida ou não ter acesso em razão da gravidez ou de ter acesso ao emprego ou sua promoção através da troca de favores sexuais. E deve existir um ambiente normativo que permita o direito ao trabalho da mulher em condições que possa exercer os seus direitos sexuais e reprodutivos no trabalho, a função produtiva não deve impedir a função reprodutora e esta não pode constituir motivo de discriminação da mulher.

Os direitos especiais da mulher no trabalho, devem estar em consonância e criar um ambiente favorável para que a mulher possa exercer o seu direito ao trabalho, o direito de ficar grávida, e que a gravidez não constitua motivo de discriminação no emprego e tem ainda direito a sua liberdade sexual no que concerne a autonomia na escolha do parceiro e não ser coagida ou forçada

15 Lopes, C. M. S. (2006). *Op. Cit.*, p. 417.

16 Com argumento da preservação da família, pois a responsabilidade integral pelas obrigações familiares é atribuída a mulher.

17 Como afirmam Steiner, H & Alston P., Os direitos humanos das mulheres constituem ainda um dos 'pontos cegos dos direitos humanos.

a sujeitar-se ao assédio sexual com vista ao acesso ou manutenção do emprego. Alguns estudos fazem referência de mulheres que são levadas (forçadas) a abandonar o mercado de trabalho, que não é hospitaleiro e compatível para mães trabalhadoras, pois as opções para compatibilizar a carreira familiar e profissional são mínimas e difíceis para as mulheres trabalhadoras¹⁸.

3. Quadro Normativo dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da Mulher no Trabalho

O enfoque do quadro normativo dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher é a nível direito internacional dos direitos humanos¹⁹. Pelo facto dos direitos humanos serem direitos interdependentes e interrelacionados²⁰, no sentido de que os direitos humanos não funcionam isoladamente e que todos os direitos humanos devem ser reconhecidos para satisfação de um direito humano específico, encontramos nos vários instrumentos de direitos humanos normas relacionadas com exercício dos direitos sexuais e reprodutivos aplicáveis no contexto laboral, das quais destacaremos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)²¹, a Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (CEDAW)²², a Declaração de Viena de 1993 e o Programa de Acção; o Programa de Acção de Cairo (ONU-1994) da Conferência Internacional da População e Desenvolvimento (ICPD)²³; a Declaração de Beijing (Pequim) de 1995 e o Programa de Acção; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP)²⁴, o Protocolo da Mulher em África (1981)²⁵,

18 Stone, P. (2007). *Opting out?: Why women really quit careers and head home*. Univ of California Press. p. 2.

19 Mattar, L. (2008). “Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos”. *Sur, Rev. int. Direitos Humanos*. (Impr.), 5(8), p. 62.

20 Vide Declaração de Viena e Programa de Acção (1993), Parte. I, art.º 5, ONU, Conferência Mundial dos Direitos Humanos. UN Doc. A/CONF 157/23 (1993).

21 Art. 7 alínea a), 9, 10 (2) PIDESC.

22 Art. 1, 4, 5, 11 alínea a), e) & f); Art. 12 (2) alínea a), b) & d) CEDAW.

23 Programa de Acção de Cairo (ICPD), Cap. IV, Para. 4

24 Art. 2; 3; 15 & 18 (3) CADHP, Disponível em <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_por.pdf> [Acesso:26/09/2016]

25 Art. 14 (1) alínea a) & b) Protocolo da Mulher em África (CADHP).

a Declaração e o Protocolo da SADC, Carta dos Direitos Sociais Fundamentais da SADC²⁶, entre outros.

O quadro normativo dos direitos sexuais e reprodutivos foi formalmente desenvolvido a partir da Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento - CIPD (Cairo 1994) que reconheceu os Direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos e da Declaração de Beijing e Plataforma de Acção (1995), de onde foi construído o conceito e conteúdo dos direitos sexuais e reprodutivos. Contudo, como já referimos não se trata da criação de novos direitos humanos²⁷, mas sim de direitos já existentes e proclamados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, onde existiam já referências, ainda que em termos genéricos aos direitos sexuais e reprodutivos considerados como direitos humanos²⁸.

Começamos pelo direito da mulher de decidir livremente e com responsabilidade em ter ou não ter filhos e o seu espaçamento, alavancado na autonomia e liberdade da mulher que não pode ser limitado e nem constituir uma barreira para o exercício de outro direito humano fundamental, o direito ao trabalho. Este direito da mulher ter controlo e autonomia sobre a sua reprodução está garantido na CEDAW obrigando os Estados a tomar medidas legislativas e outras apropriadas para satisfação desse direito,²⁹ no Protocolo da Mulher em África³⁰, no Programa de Acção de Cairo³¹ que fixou 15 princípios para guiar os Estados na implementação dos Direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, do qual se destaca para este direito o princípio 4 e a Plataforma de Acção de Beijing que estabelece que o direito de ter controlo sobre a sexualidade e decidir com liberdade e responsabilidade em ter ou não filhos, sem discriminação, violência e coerção, constitui direito humano da mulher³².

O direito a Licença de maternidade faz parte do conjunto de direitos que

26 Art. 12 CDSF/SADC-, Disponível em < <http://www.cedp-angola.com/data/uploads/udi/611-instrumentos-juridicos/34-charter-of-the-fundamental-social-rights-in-sadc-2003-portuguese.pdf> > [Acesso:26 de Setembro 2016].

27 Programa de Acção de Cairo 1994 (ICPD), Preâmbulo, Parágrafo 1.15.

28 Art. 2, 22, 23 (1) & 24 DUDH. Na Declaração de Beijing existe uma referência expressa (formal) segundo a qual “*os direitos das mulheres são direitos humanos*” (Vide Parágrafo 14) e que *os direitos humanos das mulheres incluem os direitos sexuais e reprodutivos*. Vide Plataforma de Acção de Cairo (1994), Parágrafo 96.

29 Art. 16 (1) alínea e) CEDAW.

30 Art. 14 (1) alínea a) & b) do Protocolo a Carta Africana dos Direitos Humanos.

31 Programa de Acção de Cairo 1994 (ICPD), Princípio 4.

32 Plataforma de Acção Beijing, Capítulo IV, Objectivos Estratégicos, Secção C. Parágrafo 96.

contribuem para a realização dos direitos sexuais e reprodutivos previsto em vários dispositivos normativos, variando a sua amplitude, duração e termos de implementação³³. Como ponto de partida na análise temos a Convenção da OIT que fixa períodos mínimos, deixando aos Estados a definição do período que lhe será aplicável na sua ordem jurídica³⁴. A Convenção reforça proibição de despedimento da mulher em virtude da ausência do local de trabalho relacionada com a gravidez, antes e depois do parto, incluindo o período de licença de maternidade e após o regresso ao trabalho, nos termos determinados pelas leis nacionais. Adicionalmente, a proibição da discriminação da mulher no trabalho com fundamento na maternidade está claramente proibida e testes de gravidez não devem ser exigidos ou aplicados como requisito para acesso ao emprego, excepto se o tipo de trabalho constituir perigo para saúde da mulher e criança³⁵.

Relativamente a mulher e o direito ao trabalho, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDESC)³⁶, refere-se a igualdade de direitos entre o homem e a mulher no gozo de todos os direitos económicos, sociais e culturais e o Comité no seu exercício interpretativo reforça a necessidade de um sistema de protecção para o combate da discriminação baseada no género e garantir oportunidades e tratamento igual entre homem e mulher com relação ao trabalho, por exemplo a gravidez não pode constituir um obstáculo ao emprego da mulher e nem deve constituir motivo para a perda de emprego³⁷.

Associado a gravidez temos por um lado, o direito a protecção especial da mulher durante a gravidez a qual não deve estar sujeita a tipos e condições de trabalho prejudiciais para a saúde da mulher e do bebé . Por outro lado o direito à segurança social para fazer face ao período em que a mulher está impossibilitada

33 Art. 11 (2) alínea a) e b) CEDAW; Art. 10 (2) PIDESC; Art. 4 (1) OIT Convenção sobre a Protecção da Maternidade C183 (2000).

34 Art. 4 (1) e (2) OIT Convenção sobre a Protecção da Maternidade C183 (Revista) (2000).

35 Art. 8 & 9, C183 OIT Convenção sobre a Protecção da Maternidade (2000).

36 Art. 3 PIDESC. O PIDESC foi adoptado em 1966 e entrou em vigor em 1976. Moçambique não é signatário do PIDESC, contudo como membro da ONU está obrigado a não tomar nenhuma medida contra a finalidade e regras plasmadas no Pacto.

Vide UN Treaty Collection: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights available at http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, [Acesso: 19 Setembro 2016]. Moçambique não é signatário do PIDESC, contudo como membro da ONU está obrigado a não tomar nenhuma medida contra a finalidade e regras plasmadas no Pacto. Vide UN Treaty Collection: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights available at http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, [Acesso: 19 Setembro 2016].

37 CDESC Comentário Geral nº 18, para.13, UN Doc. E/C.12/GC/18/2006, *Direito ao Trabalho*.

pode temporariamente desempenhar o trabalho³⁸.

3.1 A Protecção da Maternidade em Moçambique

A mulher necessita de garantias para poder exercer a maternidade livre de discriminação e para cuidar da criança nos primeiros meses de vida, em particular no que concerne à amamentação. Encontram-se consagrados em vários instrumentos internacionais e regionais de defesa dos direitos humanos no geral, e das mulheres, em particular, adoptados pelo Estado Moçambicano, nomeadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW)³⁹, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul, 1981)⁴⁰, o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativos aos direitos das Mulheres em África, referido como o Protocolo da Mulher em África⁴¹.

No que concerne à ordem jurídica interna e partindo do disposto na Constituição da República de Moçambique, segundo o qual o país “*aceita, observa e aplica os princípios da Organização das Nações Unidas e da Organização da União Africana*”⁴² e que “*as normas do direito internacional tem na ordem jurídica interna, o mesmo valor o mesmo valor que assumem os actos normativos emanados da Assembleia da República e do Governo (...)*”⁴³, o quadro normativo internacional que foi referido acima é aplicável e extensivo a Moçambique.

Da análise efectuada à legislação aplicável às relações de trabalho, em particular a Lei 23/2007, de 1 de Agosto, o legislador previu uma secção relativa aos direitos reprodutivos com protecção especial para a mulher trabalhadora relacionada com a maternidade⁴⁴.

A mulher trabalhadora tem assegurado na legislação laboral em Moçambique, durante o período de gravidez, direitos que consistem em:

- Condições de trabalho adequadas ao seu estado de gravidez, tipo e

38 Art. 11 (1) e) & f); 11 (2) c) CEDAW; art. 22 DUDH.

39 Ratificada pelo Estado Moçambicano através da Resolução nº 4/93, de 02 de Junho.

40 Ratificada através da Resolução nº 9/88, de 25 de Agosto.

41 Ratificado pela Resolução nº 28/2005, de 13 de Dezembro.

42 Art. 17 (2) da Constituição da República de Moçambique (CRM).

43 Art. 18 (2) da Constituição da República de Moçambique (CRM).

44 Art. 10 (2) da Lei do Trabalho estabelece que “*são garantidos à mãe trabalhadora, ao pai ou tutor, direitos especiais relacionados com a maternidade, a paternidade e o cuidados dos filhos na sua infância.*”

horas de trabalho que não afectem a saúde da mulher e da criança⁴⁵;
Direito a interromper o trabalho para o aleitamento e cuidar da criança⁴⁶;

- Proibição de despedimento, sem justa causa, durante a gravidez e até um ano após o parto⁴⁷;
- Proibição do empregador ocupar a mulher em trabalhos que sejam prejudiciais a função reprodutora da mulher⁴⁸;
- Protecção da dignidade da mulher trabalhadora no local do trabalho⁴⁹;
- Proibição da discriminação e exclusão da mulher trabalhadora, em particular em razão da gravidez⁵⁰;
- Direito a licença de maternidade de 60 dias consecutivos, sem prejuízo do direito a férias⁵¹.

No que concerne a licença de maternidade, o nosso quadro legal, está abaixo do padrão internacional fixado pela Convenção da OIT C 183 relativa a protecção da maternidade⁵².

Em termos gerais, pode-se dizer que no ordenamento jurídico moçambicano existem normas relacionados com direitos reprodutivos da Mulher, com a previsão legal de direitos especiais para protecção da mulher trabalhadora na Lei do Trabalho, conforme acima referido, que dispõe condições especiais de trabalho durante a gravidez e pós-parto.

Existem normas da Segurança Social⁵³, no âmbito do Direito da Segurança Social aplicáveis para a situação de incapacidade laboral resultante da gravidez, e não existindo em termos legais interferências e restrições relacionados com direitos reprodutivos.

45 Art. 11 (1) alínea a) & b) da Lei do Trabalho

46 Art. 11 (1) alínea c) da Lei do Trabalho

47 Art. 11 (1) alínea d) da Lei do Trabalho.

48 Art. 11 (2) da Lei do Trabalho.

49 Art. 11 (3) & (4) da Lei do Trabalho.

50 Art. 11 (5) da Lei do Trabalho

51 Art. 12 (2) da Lei do Trabalho.

52 Art. 4 (1) da Convenção 183 da OIT determina que a licença de maternidade deve pelo menos ser de 14 semanas.

53 Lei nº4/07, de 7 de Fevereiro, Lei de Protecção Social, que prevê a segurança social obrigatória para os trabalhadores assalariados para fazer face a situações tais como impossibilidade de trabalho por motivos de saúde, maternidade, etc.

A questão que se coloca é a sua eficácia e realização na prática, limitada pelo contexto sócio cultural e educação do empregador e da própria mulher, que muitas vezes não conhece os seus próprios direitos, relacionada com os direitos reprodutivos e direitos humanos da mulher trabalhadora

4. Conclusão

O exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher não devem constituir um impedimento ao exercício do direito ao trabalho. Quando a mulher é discriminada em razão da gravidez ou sujeita a maus tratos e sujeita ao assédio sexual para garantir o emprego, estamos perante violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e do direito ao trabalho. A mulher necessita de garantias de poder exercer a maternidade livre de discriminação, cuidar da criança nos primeiros meses de vida, destacando-se a amamentação sem que isso implique a perda do emprego ou de direitos resultantes do trabalho, pois a realização desses direitos como direitos humanos é interrelacionada.

Os direitos sexuais e reprodutivos no contexto laboral no ordenamento jurídico moçambicano estão garantidos, pelo menos em termos formais pelo legislador moçambicano através da Constituição, leis e dos vários instrumentos internacionais ratificados por Moçambique.

Contudo, existem desafios que passariam pela melhoria da protecção legal em termos mais abrangentes e concretos, reduzindo-se a generalidade e aumentando maior protecção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher nas relações laborais.

Outro desafio é a implementação do quadro jurídico existente, existem poucas normas que protegem os direitos sexuais e reprodutivos da mulher no trabalho, em particular relacionadas com a maternidade e a protecção contra o assédio sexual, que se fossem bem aplicadas garantiriam a protecção mínima à mulher.

O quadro jurídico existente, não obstante não ser ainda satisfatório, permite o exercício dos direitos e reprodutivos da mulher no contexto laboral em termos de igualdade e sem discriminação. Contudo este quadro jurídico poderia ser reforçado com a ratificação por Moçambique do Protocolo Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e com relação a licença de maternidade é essencial a ratificação por Moçambique da Convenção C183 da OIT sobre a protecção da maternidade para aumentar o período de licença de maternidade dos actuais 60 dias para 90 dias.

Referências Bibliográficas

- Alston, P. & Goodman, R., (2013). *International Human Rights: The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. England: Oxford University Press,
- Banda, F. (2005) *Women, Law and Human Rights: An African Perspective*, Oxford: Hart Publishing
- Bantekas, I. and Oette, L., (2013) *International Human Rights: Law and Practice*, New York: Cambridge University Press.
- Balogun, V. & Durojaye, E., (2011) “The African Commission on Human and Peoples’ Rights and the promotion and protection of sexual and reproductive rights” *African Human Rights Law Journal* 11 (2), 368-395.
- Cook, R. J. (1993). International human rights and women’s reproductive health. *Studies in Family Planning*, 24 (2), 73-86.
- Corrêa, S., Jannuzzi, P.M., and Alves, J.D., *Direitos e Saúde Sexual e Reprodutiva: Marco Teórico-Conceitual e Sistema de Indicadores*, available from <http://www.abep.org.br/fotos/Dir_Sau_Rep.pdf> [Acesso: 10 Outubro 2016].
- Lopes, C. M. S. (2006). Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. *cadernos pagu*, (26), 405-430. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>>[Acesso:20/10/2016]
- Mattar, L. (2008). “Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos”. *Sur; Rev. int. Direitos Humanos*. (Impr.), 5(8).
- INS (2011) Inquérito Demográfico de Saúde (IDS).
- ONU (2016) Relatório de Moçambique ao Mecanismo de Revisão Periódica Universal

FAMÍLIA HOMOAFETIVA: FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, REPRODUÇÃO ASSISTIDA E ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Kelly Cristina Canela

*Professora, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista,
Brasil*

Resumo: O presente artigo analisa o tema da filiação homoafetiva no direito brasileiro através da abordagem da homoafetividade, da reprodução assistida e da adoção homoparental. O tema é muito controvertido e tratado de forma contraditória no sistema jurídico, ora com omissão legislativa, ora com o reconhecimento de direitos pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma tema muito atual no ordem jurídica brasileira, sofrendo alterações constantes, especialmente após o reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável na relação entre pessoas do mesmo sexo e a consequente reformulação dos conceitos de família e filiação.

Palavras-chave: Homoafetividade; filiação; reprodução assistida; adoção.

Introdução

A presente pesquisa tem o escopo de analisar, no Sistema Jurídico Brasileiro, o direito à parentalidade no interior da relação homoafetiva. Diante de impossibilidade de procriação por meios naturais, casais do mesmo sexo buscam realizar o sonho de ter filhos biológicos ou adotivos, algo impossível e inimaginável no passado.

E esta busca pelo direito de ser pai ou mãe passa pela análise de três momentos: filiação homoafetiva, reprodução assistida e adoção. Entretanto, para compreender estes institutos, é importante analisar a evolução da entidade familiar homossexual até o momento do reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo, marco histórico do Direito de Família Brasileiro.

Embora ainda exista na sociedade brasileira muito preconceito¹ e crimes violentos² em relação aos homossexuais, contraditoriamente, os casais de mesmo sexo, hoje, têm reconhecidos inúmeros direitos, tais como o casamento, a união estável, o direito à adoção individual e conjunta, dentre outros.

É curioso observar que reconhecimento dos direitos ocorreu mesmo diante da omissão legislativa. Tal omissão, ainda presente, demonstra a resistência que o tema enfrenta em terras brasileiras tanto no âmbito social, quanto político³.

Coube ao Poder Judiciário consagrar, aos poucos, estes direitos. Inicialmente, coube os juízes de primeiras instância e, posteriormente, aos Tribunais Superiores. As decisões judiciais foram o produto de mudanças socioculturais. O inverso também é verdadeiro.

1. Família socioafetiva no Sistema Jurídico Brasileiro

Houve um longo percurso para reconhecimento da família homoafetiva⁴ no Sistema Jurídico Brasileiro. Todavia, o Brasil ainda não possui uma legislação que aborda expressa e sistematicamente o tema. O reconhecimento dos direitos das uniões entre pessoas do mesmo sexo é fruto da elaboração jurisprudencial.

Embora a Constituição Federal de 1988 proíba qualquer forma de

-
- 1 Em uma pesquisa realizada pela agência de pesquisa e inteligência de mercado Hello Research, em 2015, 49% dos brasileiros são contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Informação disponível em <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/quase-50-dos-brasileiros-sao-contra-casamentos-gays>>, data de acesso: 07/10/2016.
 - 2 A violência homofóbica e outros abusos contra a população LGBT é uma realidade no Brasil. Relatório governamental de 2016 comprova o grave quadro de violência contra homossexuais no país. Cf. Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2013. Brasília, 2016, disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>, data de acesso: 06/10/2016.
 - 3 Sobre a omissão legislativa em temas relativos à sexualidade, importa mencionar a observação de Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145: “as questões que dizem com a sexualidade sempre foram e ainda são cercadas de mitos e tabus, e os chamados desvios sexuais, tidos como uma afronta à moral e aos bons costumes, permanecem alvo da mais profunda rejeição social. Tal conservadorismo acaba por inibir o próprio legislador de normar situações que fogem dos padrões de moralidade aceitos no meio social. Mas fechar os olhos não faz desaparecer a realidade. E a omissão legal acaba tão só fomentando a discriminação”.
 - 4 O neologismo “homoafetividade” foi criado por Maria Berenice Dias em sua obra intitulada *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Trata-se da primeira obra, no Brasil, que abordou o tema dos direitos derivados das relações entre pessoas do mesmo sexo. Cf. Dias, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 12.

discriminação⁵, ao mencionar as formas de entidades familiares⁶, ela expressamente declara que a união estável é a união entre homem e mulher⁷. Tal circunstância, atrasou o reconhecimento dos direitos derivados das uniões homossexuais⁸.

Contudo, em razão dos movimentos sociais, da lenta, mas significativa mudança de concepção da sociedade e da alteração da interpretação dos dispositivos constitucionais, surgiu um novo paradigma neste setor.

Inicialmente, a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo era catalogada, no direito brasileiro, como um mero vínculo negocial através do instituto da “sociedade de fato”⁹. Desta forma, em caso de dissolução da união, era possível pleitear a divisão do patrimônio adquirido através de esforço em comum. Este foi o primeiro passo de uma longa trajetória e o encontramos em uma decisão do Superior Tribunal de Justiça de 1998¹⁰.

Em um julgado de 1999, os processos relativos à união homoafetiva passaram a ser analisados nas Varas de Direito de Família, amenizando o tratamento meramente patrimonial destas uniões¹¹.

Apenas dois anos após, em 2001, a união homossexual seria compreendida como entidade familiar para a finalidade de concessão de direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente¹².

5 Art. 3º, inc. IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

6 São entidades familiares, segundo a Lei Fundamental, o casamento, a união estável e a família monoparental, isto é, “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, § 4º, Constituição Federal). A ordem constitucional brasileira admite o denominado *pluralismo/polimorfismo familiar*, com *famílias multiformes*. Cf. STJ, Resp 1.183.378-RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

7 Art. 226, §3º, Constituição Federal: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

8 De qualquer forma, é importante observar que a Constituição de 1988 trouxe uma profunda transformação no Direito de Família, como bem observa Rodrigo da Cunha Pereira. A sexualidade vista pelo tribunais. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 30: “(...) a Constituição de 1988, que fez uma verdadeira revolução no Direito de Família. Igualizou os direitos entre homens e mulheres e entre cônjuges (art. 5º, I, e §5º do art. 226); o casamento deixou de ser a única forma de constituição de família, reconhecendo-se também a união estável (concubinato não-adulterino) e as famílias monoparentais, ou seja, qualquer dos pais que viva com seus descendentes (art. 226, §§ 3º e 4º); interferiu no sistema de filiação, proibindo qualquer designação discriminatória entre filhos havidos ou não na constância do casamento (art. 227, §6º) e na adoção (art. 227, §6º)”.

9 Art. 1363, Código Civil de 1916; art. 981, Código Civil de 2002 (contrato de sociedade).

10 STJ, Resp 148.897/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998.

11 TJRS, AJ 599 075 496, 8ª C. Civ., Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/06/1999.

12 TJRS, AC 70001388982, 7ª C. Civ., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001.

No âmbito da Justiça Eleitoral, o Superior Tribunal Eleitoral definiu que a companheira de mesmo sexo deveria ser considerada inelegível em razão de comprovada relação afetiva estável homossexual¹³.

Em 2010, foi conferida a possibilidade de adoção unilateral pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁴.

No ano seguinte, o Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte brasileira, reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo, em histórica decisão, proferida por unanimidade, e com efeitos *erga omnes* e vinculante¹⁵. A Corte Constitucional consagrou, desta forma, a isonomia entre a união estável de homem e mulher e a união estável de pessoas do mesmo sexo¹⁶.

No mesmo ano, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,¹⁷ foi concedido o pedido de conversão da união estável em casamento em face do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, o qual determina que a lei deve facilitar esta conversão.

Dirimindo controvérsias, ainda em 2011, o Superior Tribunal de Justiça admitiu não apenas a conversão, mas diretamente a habilitação para o casamento¹⁸. Por fim, em 2013, pela Resolução 175, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), determinou a proibição da recusa de habilitação¹⁹. Esta Resolução tem caráter administrativo, não vinculando o Poder Judiciário, nem o Ministério Público.

13 TSE, Resp Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004. Trata-se do instituto da inelegibilidade reflexa ou por parentesco, presente no art. 14, §7º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”. Como a redação faz referência expressa apenas ao cônjuge, havia controvérsia sobre a aplicação do dispositivo a outras relações familiares. Com o tempo, houve a interpretação ampliada para abarcar concubinato e união estável. Em 2004, houve outra ampliação deste rol ao reconhecer a incidência, na hipótese em tela, da relação afetiva estável entre casais do mesmo sexo.

14 STJ, Resp 889.852/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

15 Trata-se do julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

16 O Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação conforme a Constituição do art. 1723, do Código Civil de 2002, o qual possui a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

17 TJRS, AC 70048452643, 8ª C. Civ., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/09/2012.

18 STJ, REsp 1.183.378-RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

19 Art. 1º, da Resolução 175/13: “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”.

Todavia, ela tem sido amplamente aceita.

Segundo estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁰, desde a vigência da Resolução até o final de 2014, foram celebrados 8.555 casamentos entre pessoas do mesmo sexo em todo o território nacional.

Finalmente, ficou consagrado e pacificado o direito ao casamento e à união estável à união entre pessoas do mesmo sexo. Eis que se consagra definitivamente a união homoafetiva como uma verdadeira família, fazendo prevalecer ideais constitucionais como isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana e proibição de qualquer forma de discriminação.

Atualmente, ainda permanece a omissão legislativa. Porém existe a proposta do “Estatuto da Diversidade Sexual”, elaborada no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil. Este anteprojeto de lei está em processo de coleta de assinaturas para ser apresentado por iniciativa popular ao Poder Legislativo Federal. Seu objetivo é eliminar a “invisibilidade jurídica” dos direitos homoafetivos²¹.

2. Filiação Socioafetiva

A Constituição Federal brasileira, no seu art. 227, §6º, proíbe qualquer discriminação em relação aos filhos, independentemente do tipo de filiação, nos seguintes termos: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²².

Quanto à classificação, a filiação pode ser: a) matrimonial ou extramatrimonial (advinda ou não do casamento); b) resultante de procriação carnal ou de procriação assistida (derivada de relação sexual ou de intervenção médica); c) natural ou civil (resultante da consanguinidade ou adoção); e d) legal, biológica e afetiva

20 Cf. <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82813-ibge-contabiliza-mais-de-8-500-casamentos-homoafetivos-desde-regra-do-cnj>, data de acesso: 06/10/2016.

21 Consta, no Preâmbulo do Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual: “mas o Estatuto foi elaborado a muitas mãos. Contou com a efetiva participação das Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB instaladas, ou em vias de instalação, que já são mais de 50 em todo o País. Além disso, foram ouvidos os movimentos sociais, tendo sido encaminhadas mais de duas centenas de propostas e sugestões. São estes os referencias que concedem legitimidade à Ordem dos Advogados do Brasil para encaminhar ao Congresso Nacional o mais arrojado projeto legislativo apresentado neste século, quer pela sua abrangência, quer pelo seu significado de retirar da invisibilidade jurídica, do descaso social e da intransigência de muitos, pessoas que precisam ter garantido o direito de viver, de amar e de ser feliz, seja qual for a sua orientação sexual ou identidade de gênero”.

22 Esta redação é repetida no art. 1596 do Código Civil de 2002.

(proveniente do casamento, da verdade biológica ou da verdade afetiva)²³. Observa-se, como mencionado anteriormente, que a legislação brasileira proíbe qualquer discriminação quanto às hipóteses de filiação.

Com o reconhecimento jurídico das novas formas de família - além do tradicional casamento entre homem e mulher - como a família monoparental (constituída por um dos genitores com a prole) e a família homoafetiva, bem como em razão das modernas técnicas de reprodução, o conceito de filiação foi ampliado, indo muito além da simples determinação biológica.

No passado, a filiação afetiva era concebida basicamente no âmbito da adoção²⁴. Todavia, com base nos novos princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, após Constituição de 1988, como os princípios do melhor interesse da criança e adolescente, da pluralidade de formas de família e da afetividade, a filiação socioafetiva tornou-se essencial no cenário jurídico brasileiro²⁵.

A doutrina brasileira chega a falar em “esvaziamento biológico da paternidade”, pois a família, hoje, fundamenta-se muito mais em laços de afetividade e companheirismo do que no caráter socioeconômico e religioso. Toda a paternidade é socioafetiva, isto é, fundamentada em laços de afeto, na convivência familiar. Este é o gênero, o qual apresenta como espécies a paternidade biológica (vínculo de consanguinidade) e a paternidade não biológica. Desta forma, não se identificam mais as figuras do pai e do genitor. Pai é a pessoa que convive, cria os filhos. Genitor é quem gera o filho. Assim, genitor não é necessariamente o pai. E vice versa²⁶.

Como consequência, a filiação afetiva passou, segundo doutrina e jurisprudência dominantes, a ter o mesmo *status* jurídico das demais espécie de filiação, mesmo não havendo dispositivo legal expreso neste sentido. Cabe ressaltar porém que, segundo o Supremo Tribunal Federal, em decisão de setembro de 2016, o reconhecimento de paternidade socioafetiva não exige a responsabilidade do pai biológico²⁷.

O afeto, entendido não como amor, mas como cuidado, proteção,

23 Gama, Guilherme Calmon Nogueira de. A nova filiação. O biodireito e as relações de parentesco de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 466-483.

24 Gama, Guilherme Calmon Nogueira de. A nova filiação cit., p. 482.

25 Cf. Pereira, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 126-191.

26 Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., pp. 397-398. Sobre a relevância jurídica do afeto nas relações familiares, cabe destaca a obra de Rodotà, Stefano. *Diritto D'amore*. Bari: Laterza, 2015.

27 STF, RE 898060, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/09/2016.

convivência sadia, é propriamente um valor jurídico, havendo inclusive o reconhecimento, na jurisprudência, de danos morais praticado por pais por abandono afetivo em relação aos filhos²⁸.

A partir de 2013, em razão de Provimentos das Corregedorias Gerais de Justiça de alguns Estados brasileiros, passou a ser possível, apenas nestes Estados, o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, podendo ser realizado diretamente no Cartório de Registro Civil, independentemente de ação judicial²⁹.

É exatamente neste contexto que se insere a filiação homoafetiva ou homoparental.

Hoje, a capacidade para ser pai ou mãe independe da capacidade reprodutiva, pois ela pode derivar a socioafetividade, da reprodução assistida ou da adoção.

Uma situação muito comum na prática é aquela em que um genitor muda de orientação sexual, permanecendo com a guarda do filho. Quando este genitor decide restabelecer uma nova família com um novo companheiro, pode acontecer, após longa e afetiva convivência, de se criar fortes laços afetivos entre seu filho biológico e seu novo companheiro, a ponto de justificar o reconhecimento de filiação socioafetiva, mesmo mantendo a filiação com os genitores. Muitas vezes, este companheiro participa da criação, educação e sustento da criança. O reconhecimento de filiação socioafetiva, neste caso, corresponde ao melhor interesse da criança ou adolescente, pois apenas legaliza uma situação de fato, estabelecendo uma séria de deveres para aquele que exercia o poder familiar apenas de fato³⁰.

Esta circunstância descrita demonstra a possibilidade de uma pessoa possuir vários pais, vários vínculos de filiação. A noção tradicional de que um indivíduo possui um pai e uma mãe cede, agora, à possibilidade de uma pessoa ter vínculo de filiação com mais de duas pessoas: dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai, por exemplo. Este fenômeno é denominado filiação pluriparental ou multiparentalidade, sendo admitido pela doutrina e jurisprudência brasileira através da ação declaratória de multiparentalidade³¹.

No mês passado, o Supremo Tribunal Federal julgou um *leading case*³²

28 STJ, REsp 1159242, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 24/04/2012.

29 Os Estados brasileiros que atualmente admitem esta possibilidade são os seguintes: Pernambuco (Prov. 09/2013), Maranhão (Prov. 21/2013), Ceará (Prov. 15/2013), Amazonas (Prov. 234/2014) e Santa Catarina (Prov. 11/2014). Estas iniciativas, provavelmente, serão seguidas pelos demais Estados.

30 Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., p. 408.

31 STJ, REsp 1328380/MS, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/10/2014. Cf. Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., pp. 408-411.

32 Repercussão Geral 622, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/09/2016.

definindo a tese da multiparentalidade nos seguintes termos: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Esta tese marca definitivamente o reconhecimento jurisprudencial do princípio da socioafetividade, bem como a ausência hierarquia entre a filiação socioafetiva e a biológica.

3. Reprodução Assistida na Relação Homoafetiva

A modernas técnicas de reprodução revolucionaram a forma de constituição das famílias. Atualmente, diferentes técnicas são utilizadas para o exercício do direito à paternidade ou à maternidade: fecundação assistida homóloga e heteróloga, a gravidez por substituição, a comercialização de óvulos e espermatozoides etc. A ciência fornece um série de alternativas para o exercício de uma condição antes apenas sonhada para alguns e, hoje, cada vez mais possível para muitos: ser pai e/ou mãe.

Entende-se por reprodução assistida um conjunto de técnicas médicas que permitem gerar vida independentemente de ato sexual. Daí o uso de expressões como “fecundação artificial” ou “inseminação artificial”³³. A reprodução assistida pode ser homóloga ou heteróloga. O primeiro caso, há a manipulação genética do gameta masculino e o gameta feminino do próprio casal, sendo possível, portanto, apenas para casais heteroafetivos. Já a reprodução assistida heteróloga pressupõe a doação de material genético por uma terceira pessoa anônima. O vínculo de filiação fica com a parturiente³⁴.

No Brasil, não há uma legislação disciplinadora da reprodução assistida, embora existam projetos de lei sobre o tema. A única referência no Código Civil sobre essa técnica consta no art. 1597, nos seguintes termos: “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Como se observa, a disciplina civil é ainda muito restrita, pois menciona o uso da reprodução assistida apenas no âmbito do casamento tradicional, entre

33 As expressões “fecundação artificial” ou “inseminação artificial” são mais restritas que a expressão “reprodução assistida”, pois referem-se à técnica pioneira de fecundação do óvulo feminino com a introdução, de forma artificial, de gametas masculinos, nas entranhas da mulher. Cf. Boscaro, Márcio Antonio. Direito de filiação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88.

34 Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., p. 400.

homem e mulher. Todavia, ela não reflete o impacto atual da técnica médica para a construção de diferentes entidades familiares, em especial a homoafetiva.

Para sanar controvérsias e oferecer segurança a todas as partes envolvidas neste tratamento, o Conselho Federal de Medicina disciplinou a reprodução assistida através de quatro Resoluções, iniciando, em 1992, com a Resolução nº 1358, modificada posteriormente em 2010, pela Resolução nº 1957.

Cabe registrar que a permissão do uso da técnica por casais homoafetivos apenas foi admitido expressamente em 2013, pela Resolução nº 2.013³⁵, do Conselho Federal de Medicina. Esta disciplina legal foi revogada em 2015, através da Resolução nº 2.212, do Conselho Federal de Medicina, trazendo importantes novidades.

A Resolução nº 2.212/15 permite a gestação compartilhada para casais homoafetivos femininos, possibilitando a gestação compartilhada, ou seja o implante do óvulo de uma mulher, fecundado em laboratório, no útero da companheira. Trata-se do fenômeno da dupla maternidade³⁶.

Em 15 de março de 2016, a Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) publicou o Provimento nº 52, permitindo o registro civil de criança concebida através da reprodução assistida, sem a necessidade de um processo judicial prévio. Desta forma, hoje, casais homo e heteroafetivos que tenham filhos através da reprodução assistida, podem fazer o registro da criança diretamente no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente de qualquer ordem judicial³⁷.

Um interessante caso que gerou debates no país diz respeito a uma casal constituído por duas mulheres que resolveram ter um filho, através de reprodução assistida, juntamente com um amigo delas. A filiação biológica da criança é do homem e de uma das mulheres, sendo que a gestação foi realizada pela companheira desta. Porém, os três ingressaram com uma ação declaratória de multiparentalidade para serem reconhecidos como pais no registro civil da criança. Esta ação, em sede de recurso, foi julgada procedente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e no registro da criança passou a constar

35 A Resolução nº 2013/2013, no item II, referente aos pacientes que podem utilizar as técnicas de reprodução assistida, elenca a possibilidade de solteiros e casais homoafetivos, nos seguintes termos: “2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”.

36 A gravidez por substituição, tal como descrita na hipótese, não gera controvérsias sobre a maternidade em razão da Resolução nº 2.212/15. Porém, a gestação por substituição é sempre muito polêmica por romper o dogma de que *mater semper certa est*.

37 Cabe mencionar que em 2014, na I Jornada de Direito da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça, foi aprovado o Enunciado nº 40 sobre a possibilidade de constar como pais duas pessoas de mesmo sexo no registro de criança gerada por reprodução assistida. Este enunciado não tem caráter normativo, mas importância hermenêutica.

a existência duas mães e um pai³⁸.

Este caso é capaz de demonstrar a complexidade do tema e os novos desafios que vão surgindo tão rapidamente quantos os avanços tecnológicos da medicina.

4. Adoção Homoparental

Segundo o art. 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁹, pessoas maiores de 18 anos podem adotar independentemente do estado civil. Contudo, o § 2^a deste artigo determina que, para haver a adoção conjunta, é indispensável a comprovação de casamento ou união estável, comprovando-se a estabilidade da união familiar. Tanto a adoção individual, como a conjunta, apenas podem ser concedidas se houver reais vantagens ao adotando e fundamento em motivos legítimos⁴⁰. E, claro, deve-se comprovar a idoneidade do(s) adotante(s).

Em 2009, com o advento da Lei n^o. 12.010, houve uma importante alteração legislativa no tocante à disciplina da adoção no Brasil. Entretanto, mesmo diante de insistentes reclamos, não houve a menção expressa à possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo⁴¹.

O comum questionamento que se faz sobre o tema é saber se a adoção por homossexuais pode gerar algum prejuízo para o pleno desenvolvimento de uma criança, em especial, para a formação de sua identidade sexual, diante da ausência de referências dos diferentes gêneros. Além disso, alega-se que a criança, após a adoção, pode ser alvo de preconceitos, o que poderia lhe acarretar problemas psíquicos. Deve-se ressaltar, entretanto, que, a partir da década de 70, uma série de estudos comprovaram não haver prejuízo às crianças adotadas por homossexuais⁴².

38 TJRS, AC 70062692876, 8^a C. Cív., Rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015. Este julgado apresenta a expressão “rede de afetos” para indicar o fato.

39 Lei n^o 8.069, de 1990, com alteração, no tocante ao tema da adoção, pela Lei n^o 12.010, de 2009.

40 Art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

41 Zuliani, Ênio Santarelli. Adoção no ordenamento jurídico atual. In: Silva, Regina Beatriz Tavares da-Camargo Neto, Theodureto de Almeida (orgs.). Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253.

42 Dias, Maria Berenice. *União homossexual* cit., p. 115. Nesta mesma perspectiva, vide Rios, Roger Raupp. A homossexualidade no direito, 1^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 141-143, e Vecchiatti, Paulo Roberto Iotti. Manual de homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2^a ed., São Paulo: Método, 2012, p. 504. Vecchiatti (p. 507) cita a compilação de estudos realizada por Kevin F. McNeill, *The Lack of Differences Between Gay/Lesbian and Heterosexual Parents: A Review of the Literature*, a qual contribuiu para o entendimento de que não há prejuízos à criança na adoção homossexual. Esta compilação compreende uma série de estudos, de diferentes autores, realizados nas décadas de 70, 80 e 90.

A possibilidade de adoção unilateral foi reconhecida de forma não unânime pela jurisprudência muito antes da adoção homoparental em conjunto⁴³.

Quanto à adoção unilateral, é importante diferenciar duas situações. É possível que uma pessoa com orientação homossexual adote sozinha, formando uma família monoparental⁴⁴. Por outro lado, é possível que ela adote o filho do parceiro, filho este advindo ou de forma natural, ou por reprodução assistida, ou por adoção. Em tais situações, a adoção é justificada pelo vínculo socioafetivo entre a criança e o/a companheiro/a de seu pai ou mãe.

Adoção por casais do mesmo sexo, por outro lado, é ainda um tema controvertido no Brasil. Por muito tempo, esta espécie de adoção não era aceita, em razão do requisito legal do casamento e união estável. Como o reconhecimento da união estável homoafetiva só ocorreu pela Corte Constitucional brasileira, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, em 2011, havia um óbice legal para o reconhecimento deste instituto jurídico antes desta data. Contudo, pode-se afirmar que, após esta decisão Supremo Tribunal Federal, surgiram inúmeras decisões judiciais no país admitindo a dupla parentalidade homoafetiva, ou seja a adoção em conjunto⁴⁵. E hoje ela é uma realidade.

Antes desta mudança paradigmática, o que acontecia na prática, era a adoção individual por homossexuais. Apenas um dos parceiros adotava a criança e, portanto, estabelecia laços jurídicos com esta. Todavia, surgiram problemas

43 Em julgado de 1999, o magistrado já reconhecia que os requisitos para a concessão da adoção eram a idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando, não havendo qualquer obstáculo quanto à orientação sexual do adotante. Cf. TJRJ, AC 14.979/98, 17ª C. Civ., Rel. Des. Severiano Aragão, j. 21/01/1999.

44 Cf. TJSP, AP 9000003-34.2011.8.26.0576, Rel. Silveira Paulilo, j. 30/01/2012; TJSP, Vara da Infância e da Juventude, Proc. nº 0013707-43.2011.8.26.0004, Juíza de Direito Renata Bittencourt Couto da Costa, j. 17/10/2011; TJRS, AC 70033357054, 7ª C. Civ., Rel. José Conrado de Sousa Junior, j. 26/05/2010 (neste julgado, admitiu-se a adoção unilateral. Houve a recusa de adoção em conjunto sob a alegação de impossibilidade legal, em face do requisito, para a união em conjunto, de união estável ou casamento, o que até então não era reconhecido aos casais de mesmo sexo); Proc. 97/1/03710-8, Juiz de Direito Siro Darlan de Oliveira, j. 20/07/1998. Os julgados mencionados nas notas 34, 35 e 36 podem ser encontrados, inclusive em conteúdo integral, no site <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=4&p=2#t>, data de acesso: 06/10/2016.

45 Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., p. 502. Sobre adoção por casal homoafetivo, menciona-se os seguintes julgados: TJGO, Protocolo nº 201101909000, Juiz de Direito Substituto Alessandro Manso e Silva, j. 08/02/2013; RJ, Proc. nº 0001522-07.2008.8.19.0025 (2008.025.001537-1), Rel. Juiz de Direito Pedro Henrique Alves j. 31/10/2012; AM, Autos nº 0204076-78.2012.8.04.001, Rel. Juíza de Direito Rebeca de Mendonça Lima, j. 31/10/2012; RJ, Proc. nº 2011.202.034086-5, 1ª Vara Regional da Infância, da Juventude e do Idoso de Madureira, Juiz de Direito Mônica Labuto Fragoço Machado, j. 11/07/2012; TJMG, AC 1.0470.08.047254-6/001 (AC 0472546-21.2008.8.13.0470), 8ª C. Civ., Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 02/02/2012.

descorrentes deste fato. No processo de habilitação, não era feita referência à relação homoafetiva e, desta forma, não era realizado um estudo social do parceiro do adotante, o que tornava a habilitação gravemente incompleta. Além disso, diante da inexistência de vínculo de filiação com este parceiro, a criança ficava desprotegida, em relação ao parceiro não adotante, no que tange aos direitos de convivência, alimentos, sucessão etc⁴⁶.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 43, “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Quando um casal do mesmo sexo decide ter um filho por adoção, havendo plenas condições sociais, psíquicas e econômicas para tanto, como qualquer outro casal heteroafetivo, é preciso reconhecer que a plena vantagem para o adotante ocorre quando ele constrói vínculos afetivos e de filiação com as pessoas que o desejam como filho. E isto nada tem relação com a orientação sexual dos adotantes.

Conclusão

Embora o forte preconceito ainda permeie a sociedade, o tema tem sofrido radicais transformações nos últimos anos, especialmente em 2011, com o reconhecimento da união estável homossexual, em 2013, com a proibição de recusa de habilitação de casamento, e, inclusive, em 2016, com a possibilidade de registro de criança nascida através de reprodução assistida diretamente no Registro Civil.

Diante da admissibilidade, via jurisprudência, do casamento entre pessoas do mesmo sexo, variados são os desdobramentos jurídicos encontrados no âmbito da filiação, da reprodução assistida e da adoção. Os desafios a serem enfrentados hoje são grandes, mas, no futuro, certamente serão ainda muito maiores em razão do avanços tecnológicos.

A omissão legislativa permanece mesmo diante da necessidade prática e da alteração de entendimento consolidado no ambiente jurídico. É uma impasse entre o direito e a realidade. Mas este fato não tem impedido a ampla concessão de direitos, bem como a pacificação de entendimentos jurídicos, graças à forte atuação jurisprudencial e doutrinária. Atuação esta que tem colaborado para a redução da discriminação e para mudanças de comportamentos.

46 Dias, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* cit., p. 502. Cabe mencionar uma decisão que admitia a adoção por casal homoafetivo, com a autorização para a inclusão da parceira de mãe adotiva no registro civil, também como adotante: STJ, REsp 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

Bibliografia

BOSCARO, Márcio Antonio. Direito de filiação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

_____. Manual de direito das famílias, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. União homossexual: o preconceito & a justiça. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. A nova filiação. O biodireito e as relações de parentesco de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. A sexualidade vista pelo tribunais. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direito, 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODOTÀ, Stefano. Diritto D'amore. Bari: Laterza, 2015.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DAS MULHERES, DA IGUALDADE RACIAL E DOS DIREITOS HUMANOS. Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2013. Brasília, 2016, disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>, data de acesso: 06/10/2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual de homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2ª ed., São Paulo: Método, 2012.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Adoção no ordenamento jurídico atual. In: Silva, Regina Beatriz Tavares da-Camargo Neto, Theodureto de Almeida (orgs.). Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 239-265.

NONA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global»

3.^a Sessão

«Sexualidade, o Casamento e Outras Uniões»



CONFLITO DE LEIS ENTRE A MONOGAMIA E A POLIGAMIA E A LEI APLICÁVEL AO CASAMENTO POLIGÂMICO ESTRANGEIRO

Wu Kuang Ping¹

Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Kainam, Taiwan

Resumo: Com a facilitação dos transportes e o aumento das trocas internacionais, é cada vez mais frequente o fenómeno dos casamentos entre pessoas de diferentes países. Como alguns países adoptam a monogamia e outros adoptam a poligamia, a diferença dos regimes do casamento causa conflito de leis. Mesmo que as soluções do direito internacional privado possam ser utilizadas para resolver aqueles conflitos, com o mecanismo mecânico da aplicação da lei, o conflito de leis no casamento será apenas solucionado numa forma negativa, em cada caso separadamente. Além disso, a utilização de mecanismos internacionais da Ordem Pública, que adoptam o regime de monogamia como o padrão, não contribui para a reconciliação e resolução dos conflitos. O presente trabalho vai começar pela descrição da origem do sistema da monogamia e o sistema actual de poligamia no Islão, demonstrando que o conflito de leis no casamento não é simplesmente um conflito entre regimes legais de casamento, disposições legais e articulados, mas também contém conflitos históricos, étnicos, culturais, sociais e religiosos. Portanto, quando se determinar a lei aplicável ao casamento poligâmico estrangeiro, não se deve simples e mecanicamente usar os meios de determinar a lei aplicável no direito internacional privado, porque nesta situação vamos inconscientemente tomar a monogamia como o padrão e recusar, utilizando os mecanismos internacionais da ordem pública, a aplicação das leis estrangeiras que adoptam a poligamia. Este artigo argumenta que, quanto ao conflito de leis sobre a monogamia e a poligamia e à lei aplicável ao casamento poligâmico estrangeiro, é conveniente o uso dos métodos de pesquisa de antropologia jurídica; devemos

¹ Associate Professor, Department of Law, Kainan University (Taiwan). Ph.D. in Law, Fu-Jen Catholic University. e-mail: michaelwu@mail.knu.edu.tw.

prestar atenção às influências mútuas entre a cultura e a lei e conciliar os regimes de casamento formados no contexto de diferentes culturas; devemos introduzir o conceito de “consciência legal” na aplicação do mecanismo internacional da ordem pública e levar a cabo o pensamento “de modéstia” na ordem pública, tomando a tolerância e reconciliação como a atitude básica de resolver, pelo direito internacional privado, os problemas decorrentes do intercâmbio entre diferentes povos.

Palavras-chave: Casamento monogâmico; casamento poligâmico; direito internacional privado; ordem pública e bons costumes; antropologia jurídica; consciência legal; pensamento de modéstia na ordem pública.

1. Introdução

Casamento é um compromisso de viver juntos ao longo da vida, estabelecido entre duas pessoas (homem e mulher, homem e homem, mulher e mulher), protegido pelas normas da sociedade. Mudam-se as épocas, os ambientes e os costumes, variam os regimes do casamento. Sobre os tipos dos casamentos e a sua evolução, podemos observar a partir de ângulos diferentes: em termos do número das pessoas no casamento, foi de promiscuidade² (promiscuity) que se desenvolveu para casamento único (individual marriage); e no contexto de casamento único, foi do casamento por grupos³ (group marriage) que se desenvolveu para o casamento individual; em caso de casamento individual, existe casamento da poliandria (polyandry), casamento poligâmico (polygamy), casamento monogâmico (monogamy), casamento do mesmo sexo entre dois homens (same-sex marriage) e casamento do mesmo sexo entre duas mulheres (same-sex marriage). Vendo a partir do método de casamento, foi desde casamento por captura (marriage by capture) que se evoluiu para o casamento pago (marriage by consideration), tais como o casamento por troca (marriage by exchange), casamento por servidão (marriage by servitude) e casamento por compra (marriage

-
- 2 Promiscuidade denota comportamentos sexuais desregrados ou sem regras determinadas, entre todos os homens e todas as mulheres entre si. Sobre se o casamento se desenvolveu de promiscuidade para casamento indivíduo, ainda há controvérsias: nem todos acreditam que o casamento do ser humano começou por promiscuidade e terá evoluído para casamento indivíduo, algumas pessoas acham que casamento indivíduo é o início do regime de casamento enquanto a promiscuidade nunca existiu como um tipo de casamento.
 - 3 O casamento por grupos refere-se ao casamento estabelecido entre um grupo de homens e um grupo de mulheres; todos os indivíduos dentro dos dois grupos são amigos (punalua), por isso este sistema também é conhecido como o casamento entre amigos (punaluan marriage).

by purchase)⁴, e depois, de casamento pago para o casamento por dote (marriage by gift)⁵, e finalmente, do casamento por dom para o casamento por consentimento mútuo (marriage by mutual consent)⁶. Quanto à questão de saber com quem se pode casar, foi de sistema de sistema de endogamia (endogamy)⁷ que se desenvolveu para o sistema de exogamia (exogamy)⁸. Em termos da finalidade deste regime, o propósito do casamento passou por uma transformação da reprodução da raça, a continuação do gene da família e o culto dos antepassados para os fins individuais de viver juntos.

Do ponto de vista do direito comparado, os países modernos adoptam universalmente o casamento por consentimento mútuo e o sistema de exogamia e admitem a finalidade individual de estabelecer o casamento para viver juntos; no entanto, em termos do número das pessoas no casamento, o casamento individual é a forma genericamente aceite pelos países modernos, mas ainda há diferença: em alguns países existe casamentos poligâmicos, enquanto noutros só se permite casamentos de apenas duas pessoas; mesmo dentro dos países que recusam a poligamia, ainda existem diferenças: alguns países não admitem o casamento homossexual, onde o casamento de monogamia é a única forma legal, porém, o casamento homossexual é aceite nos outros países, onde existem ao mesmo tempo o casamento monogâmico, o casamento do mesmo sexo entre dois homens e o casamento do mesmo sexo entre duas mulheres. Daqui se segue que, mesmo que o desenvolvimento do regime de casamento siga certas direcções e trajectórias e que se tenha formado uma estrutura geral de casamento individual, casamento por consentimento mútuo e o sistema de exogamia, as diferenças ainda existem. Com a facilitação dos transportes e o aumento das trocas internacionais, é cada vez mais frequente o fenómeno dos casamentos entre pessoas de diferentes países. As referidas diferenças causam conflito de leis de casamento (conflict of

-
- 4 O casamento por troca refere-se ao casamento estabelecido quando uma pessoa trocar a sua filha ou irmã por a filha ou irmã da outra pessoa; o casamento por servidão refere-se ao casamento no qual o marido trabalha à servidão dos familiares da sua esposa, em compensação pelo valor correspondente ao valor dela; o casamento por compra refere-se ao casamento estabelecido através da compra de uma mulher com bens. Estes três casamentos são todos casamentos pagos, nos quais as pessoas pagavam um determinado preço para ganhar, por meios pacíficos, o casamento.
 - 5 O casamento por dote refere-se ao casamento no qual a mulher foi doada ao marido pelo seu pai ou irmão mais velho. Portanto, o regime é também conhecido como o casamento por doação. Diferente do casamento por troca, apesar de o marido entregava também bens aos familiares da mulher, a natureza destes bens não é um preço mas antes uma oferta.
 - 6 O casamento por consentimento mútuo, adoptado pelos países de civilização moderna, refere-se ao casamento estabelecido à base de mútuo consentimento dos cônjuges.
 - 7 A endogamia é um sistema em que os acasalamentos se dão apenas entre um determinado grupo de pessoas.
 - 8 A exogamia é um sistema em que os acasalamentos entre as pessoas aparentadas são proibidos.

marriage laws). Apesar das técnicas do Direito Internacional Privado poderem ser utilizadas para resolver estes conflitos, a estabilidade das relações de *status* formadas através do casamento será destruída, sem dúvida⁹.

Com as soluções do Direito Internacional Privado, o conflito de leis nos casos de casamento é apenas resolvido de uma forma negativa e em cada caso separadamente, no entanto, o conflito de leis do casamento continua a existir no mundo real. Devemos realmente fazer uma reflexão mais aprofundada sobre a causa e natureza do conflito de leis do casamento, com o propósito de encontrar o caminho de resolver activamente o conflito de leis do casamento. Dentro dos conflitos de leis do casamento, o conflito entre a monogamia e a poligamia é uma questão de longa data, enquanto a admissibilidade do casamento do mesmo sexo é um novo assunto das últimas duas décadas. O presente artigo vai analisar a causa e a natureza do conflito de leis entre as legislações que insistem na monogamia e as que admitem a poligamia e depois discutir a questão da lei aplicável ao casamento poligâmico estrangeiro e os assuntos derivados.

2. O conflito de leis entre a monogamia e a poligamia

No século I a.C., durante o período de Império Romano, já existia o regime sagrado do casamento monogâmico. Após o Império Romano, o regime dos países ocidentais caracterizava-se principalmente pela unificação política e religiosa. A Igreja não só interferia na política, mas também controlava o povo em nome da Bíblia e regulava a vida diária do povo. Por volta do século XI ou XII, a Igreja começou a intervir em matéria de casamento. Devido à sua influência naquela época, a Igreja trouxe gradualmente impactos no regime velho de casamento. Para a implementação da monogamia, a Igreja citou os conteúdos apropriados da Bíblia. Os teólogos, para coordenar com a Igreja e aumentar a importância da cerimónia

9 Para os casos civis e comerciais que tenham relação com mais de um país, o Direito Internacional Privado ou o Conflito de leis (Private International Law or Conflicts Law) oferece um conjunto de normas jurídicas para definir qual a lei aplicável ao caso: determinar a natureza do caso → aplicar as regras de conflitos → fixar a lei aplicável.

Nos casos de casamento que tenha relação com mais de um país, o juiz, segundo estas regras, escolhe a lei de um país (ou de uma região que disponha de uma ordem jurídica autónoma) como a lei aplicável e profere a sentença de mérito.

Assim, o conflito de leis nos casos de casamento que tenha relação com mais de um país é resolvido pela determinação da lei aplicável. No entanto, a lei escolhida e finalmente aplicada é a lei de um país (ou uma região que disponha de uma ordem jurídica autónoma). O conflito de leis entre os países que adoptam a poligamia e os que insistem na monogamia e o conflito de leis entre os países que admitem o casamento do mesmo sexo e os que defendem a unicidade do casamento heterossexual resultam na exclusão do regime de casamento conflitante com a lei competente ou a *lex fori*, sendo as relações de *status* formadas através do casamento directamente atacadas.

de casamento, apontou que apenas os casamentos estabelecidos sob a testemunha de Deus tinha validade, ou seja, apenas as cerimónias de casamento realizadas na Igreja eram válidas. Segundo a Bíblia, Deus criou os seres humanos, iniciando por criar apenas duas pessoas, Adão o marido e Eva a mulher, é a monogamia¹⁰. Portanto, o casamento estabelecido onde o casal tenha feito os votos de casamento diante de Deus é casamento estável e puro, é a continuação da vontade de Deus; uma vez casados, não se podiam divorciar. De acordo com a Bíblia, o principal dever da mulher é obedecer as instruções de Deus, enquanto o principal dever do marido é amar a sua esposa; a Bíblia cria o conceito de castidade; o sexo fora do casamento é considerado excêntrico, não sendo permitido, é imoral e é um pecado. Deu-se aqui o início da instituição da monogamia. Durante um concílio ecuménico da Igreja Católica - o Concílio de Trento (Council of Trent), realizado de 1545 a 1563 na cidade italiana de Trento, o casamento foi designado como um dos sete sacramentos. Desde então, foi mais difícil para as pessoas a escapar dos controlos da Igreja no casamento¹¹. A monogamia foi estabelecida e implantada através da prática religiosa e tornou-se o regime legal do casamento dos países cristãos, e mais tarde, com a difusão do cristianismo, tornou-se gradualmente a pedra angular da instituição do casamento dos países europeus. Mais tarde, a Revolução Industrial correu, a sociedade civil moderna formou-se gradualmente e foi estabelecido o regime burguês, tudo isto foi um grande golpe para o sistema familiar tradicional. Ao mesmo tempo, devido à independência económica pessoal, a base económica da autoridade parental entrou gradualmente em colapso. Estes fenómenos trouxeram grande influência na instituição do casamento, isto é, lançou-se um movimento da secularização do casamento (mouvement de la sécularisation du mariage), negando o carácter religioso do casamento. Finalmente, no Artigo 7 da Constituição francesa de 1791 (l'article 7 de la Constitution de 1791) previa-se explicitamente que "A lei considera o casamento apenas como um contrato civil" (La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil)¹²; em 1792, a Assembleia Legislativa francesa até afirmou na Declaração que "o casamento é um contrato resolúvel através do divórcio". Com o estabelecimento do absolutismo estatal, tornou-se poder do Estado a

10 Veja Marilyn Yalom, *A History of the Wife*, traduzido por Ho Ying-I, Taipei: PsyGarden Publishing Company, oct. 2003, pp. 47-48.

11 De facto, Martinho Lutero (Martin Luther · 1483~1546 A.D.), uma das figuras centrais da Reforma Protestante, permitiu que os seus seguidores a concluir casamentos poligâmicos. No entanto, como o povo se tinha acostumado e aceitado a propaganda de monogamia pela Igreja durante séculos, a defesa de poligamia por Martinho Lutero foi terminada pela oposição forte da Igreja.

12 Veja Chen Ji-Yan, Huang Zong-Le & Guo Zhen-Gong, *Civil law: family*, Taipei: San Min Book Co., Ltd., outubro de 2015, 12ª edição, segunda impressão, pp. 52-53.

regulamentação do casamento. A lei do casamento foi formulada pelo Estado e o casamento civil foi estabelecido, sendo o casamento separado da religião. Segundo o Artigo 146 do *Código Civil francês* de 1804, “Não há casamento quando não há consentimento”¹³, enquanto o Artigo 147 prevê que “Não se pode contratar um segundo casamento antes da dissolução do primeiro”¹⁴. A prática da França mostra que a secularização do casamento já foi implementada na legislação e que o casamento começou a ser considerado como um contrato, sendo o casamento aqui o casamento por forma de monograma e por consentimento mútuo. A prática da França influenciou grandemente os outros países europeus, especialmente nos meados do século XIX, com o desenvolvimento do imperialismo, o casamento por forma de monograma e por consentimento mútuo foi estendido, pela força, para todo o mundo e tornou-se a corrente principal de regime em relação ao casamento. Quanto ao casamento em regime de monogamia, o Artigo 1306 do *Código Civil alemão* prevê que “Não se pode contratar um casamento se houver um casamento ou parceria civil entre uma das pessoas que querem entrar na união e uma terceira pessoa”¹⁵; Artigo 732 do *Código Civil japonês* prevê que “quem tem um cônjuge não pode contratar um segundo casamento”¹⁶; Artigo 10, parágrafo 1 da *Lei do Casamento da República Popular da China* prevê que “em qualquer das seguintes circunstâncias, o casamento é nulo: (a) bigamia; (...)”. Artigo 985 do Código Civil de Taiwan também prevê que “qualquer pessoa que tem um cônjuge não se pode casar novamente”; além disso, nas conferências dos grandes juízes do Tribunal Constitucional, a monogamia também foi defendida por várias vezes e o regime de casamento foi considerado garantido pelo sistema constitucional (institutionelle Garantie), por exemplo: na Interpretação N.º.242 refere-se que “(...) o Artigo 985, que prevê que “Qualquer pessoa que tem um cônjuge não se pode casar novamente (...)”, é necessário para a manutenção da ordem social que admite apenas casamento monogâmico e não está em conflito com a Constituição (...)”; na Interpretação N.º.362 refere-se que “(...) O artigo 988, parágrafo 2, do Código Civil estipula que um casamento bígamo é nulo. O objectivo desta estipulação procura manter a ordem social do sistema monogâmico. Em circunstâncias gerais, esta disposição não entra em conflito com a Constituição. No entanto, um adulto solteiro está livre de contrair matrimónio e uma outra pessoa está livre de contrair matrimónio com esta. Esta liberdade de casamento,

13 Code civil, Article 146: Il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a point de consentement.

14 Code civil, Article 147: On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

15 Bürgerliches Gesetzbuch, §1306 Bestehende Ehe oder Lebenspartnerschaft: Eine Ehe darf nicht geschlossen werden, wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen, und einer dritten Person eine Ehe oder eine Lebenspartnerschaft besteht.

16 Artigo 732 配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。

prevista no Artigo 22 da Constituição, merece a protecção (...)”; na Interpretação Nº.552 refere-se que “ (...)Os objectivos do sistema monogâmico são para manter o relacionamento pessoal e ético entre o marido e a mulher, para implementar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, preservando assim a ordem social, e o sistema deve ser, portanto, protegido pela Constituição. Para este fim, o Código Civil faz um casamento bígamo nulo nos termos do Artigo 988, parágrafo 2. Mesmo que a liberdade do casamento seja uma das liberdades asseguradas pela Constituição, é sujeita à restrição colocada sobre ela pelo sistema monogâmico (...)”; na Interpretação Nº.647 refere-se que “(...) Quando uma pessoa casada que tiver conjugado com um terceiro fora do matrimónio, mesmo com uma intenção subjectiva de conviver com tal terceiro como um casal e o facto objectivo de ter coabitado e compartilhado o sustento por um longo tempo, ele / ela tem violado o casamento monogâmico e prejudicado os interesses económicos do seu / sua cônjuge. Por isso, a disposição em causa não é uma disposição arbitrariamente promulgada pelos legisladores. Uma vez que tenha uma relação racional para a manutenção da instituição do casamento, esta disposição não contradiz o princípio da igualdade previsto no artigo 7º da Constituição (...)”; etc..

Hoje em dia, a menos que hajam motivos de religião, quase todos os países adoptam a monogamia¹⁷. Os chamados motivos de religião refere-se ao islamismo, porque a lei Islâmica (Shari’ ah)¹⁸ permite o casamento de um marido e várias mulheres. No Alcorão há palavras de que “Se temerdes ser injustos no trato com os órfãos, podereis desposar duas, três ou quatro das que vos aprouver, entre as mulheres. Mas, se temerdes não poder ser equitativos para com elas, casai, então, com uma só, ou conformai-vos com o que tender à mão. Isso é o mais adequado, para evitar que cometais injustiças”¹⁹. Estas palavras foram geradas após uma grande batalha, na qual muitos homens morreram por seu país, deixando viúvas e órfãos, a responsabilidade de cuidar das quais incumbiu aos irmãos sobreviventes, e o casamento tornou-se o caminho de proteger e cuidar dessas viúvas e crianças, ou seja, a finalidade desta elaboração no Alcorão é a protecção dos órfãos que perderam o seu pai. Em face dos impactos sociais, económicos

17 Veja Lin Ju-Zhi, *Novo comentário sobre direito da família*, Taipei: Wu-Nan Book Inc., Setembro de 1996, a primeira edição, primeira impressão, p. 41.

18 Existem duas fontes principais da Shari’ ah: o Alcorão (Quran) e o Hádice (Hadith): o Alcorão prevê os direitos, responsabilidades e as regras a observar pelos seres humanos e a sociedade; o Hádice descreve as palavras, ações, ou hábitos de Maomé, mostrando como se implementa as regras do Alcorão na sociedade. O escopo da lei islâmica é bastante amplo, de assuntos nacionais como a governação, a diplomacia, a assuntos da vida diária tais como o direito de herança, o direito do casamento e outras leis, bem como o mecanismo de compensação de ferimento, assassinato e as formas de fazer jejum, caridade e adoração.

19 3º parágrafo, 4ª Capítulo do Alcorão.

e culturais derivados dos anos de guerra, o islão permitiu pragmaticamente a poligamia, que desempenhava um papel consideravelmente importante para a estabilidade da sociedade naquela época. Do exposto resulta que o islão adoptou uma prática pragmática e permitiu a poligamia, mas nem incentivou a poligamia sem princípios. Na verdade, no momento em que Profeta Muhammad fundou o islão, o casamento poligâmico já existia generalizadamente na sociedade, portanto, a atitude do “Alcorão” na poligamia era não negligenciar nem abandonar, mas também não permitir o seu desenvolvimento sem limites - tal atitude pode ser observada das regras determinadas pelo “Alcorão”. De acordo com as escrituras do “Alcorão”, o sistema de poligamia existia para cuidado das viúvas e órfãos depois da guerra. Embora já não haja nenhuma guerra, a poligamia não foi revogada no islão, principalmente porque: uma vez abolida a admissibilidade da poligamia, as regras vão se tornar vazias, porque a poligamia vai secretamente continuar na vida real; no entanto, o islão é uma religião pragmática, cuja percepções da vida melhor atendam ao pragmatismo; os ensinamentos do Islão encorajam as pessoas a praticar, colocando em acção um por um e em virtude de estar, em vez de arquivado a doutrina. Isto é a razão pela qual o Islão permite, com condições e restrições, a poligamia. No islão, para constituir um casamento poligâmico, existem cinco pressupostos; preenchidos todos os pressupostos e julgado e aprovado pelo tribunal religioso, a poligamia é admissível. Os cinco pressupostos são os seguintes: 1) o casamento de poligamia deve ser justificado e necessário; 2) o marido deve ter capacidade de suportar todas as suas esposas, filhos e outros familiares, existentes e futuros; 3) o marido deve buscar o consentimento das esposas existentes; 4) o marido deve concordar em tratar imparcialmente todas as mulheres; 5) o marido deve prometer que o novo casamento não vai trazer prejuízos para as esposas existentes. Além disso, para a poligamia, existem quatro princípios: 1) sob certas circunstâncias ou ambientes especiais, a poligamia é permitida, mas com condições, condições não-religiosas, nem obrigatório; 2) embora seja permitida a poligamia, o número de esposas não pode ser mais do que quatro; 3) se um homem casar com uma segunda ou terceira ou quarta esposa, ela deve ter exactamente os mesmos tratamentos e direitos que a primeira esposa; a segunda ou terceira ou quarta esposa deve apreciar plenamente as honras ou títulos da primeira esposa; cada esposa tem o mesmo direito ao tratamento, alimentação, vestuário e amor; 4) a poligamia é a excepção, é o meio de último recurso utilizado para resolver as questões sociais e morais e as obsessões inevitáveis, assim, é uma medida de emergência mas não é um fenómeno normal.

Da exposta origem do sistema da monogamia e do sistema actual de poligamia no Islão resulta que o conflito de leis no casamento não é simplesmente conflitos entre regimes legais de casamento, disposições legais e articulados, mas também contém conflitos históricos, étnicos, culturais, sociais e até religiosos. A

monogamia actual é o produto da civilização cristã, no contexto do imperialismo, divulgada pelos povos europeus em todo o mundo. O fenómeno do casamento poligâmico foi mais frequente no passado, por agora, os países que ainda adoptam a poligamia são principalmente produtos da civilização islâmica, a maioria dos quais é da nação árabe, mas também contém persas (Irão), turcos (Turquia), malaios (Malásia), indonésios (Indonésia), etc.. Portanto, para examinar o conflito de leis entre a monogamia e a poligamia, se apenas observar e comparar o conteúdo do sistema e o significado das disposições, mesmo que possa conhecer a diferença entre elas, não pode deixar de causar inevitavelmente a ignorância das diferenças mais profundas históricas, étnicas, culturais, sociais e religiosas, que dão origem ao fenómeno de conflito de leis. A este respeito, os métodos de investigação da Antropologia Legal (Anthropology of Law), que estão a surgir recentemente, prestam atenção à interacção entre a cultura e a lei²⁰, tomando a lei como um instrumento para controlar a sociedade, insistindo em que a lei deve ser discutida em conjunto com a base social da sua geração²¹. Assim, os métodos da Antropologia Legal são métodos adequados para o uso de analisar o conflito de leis entre a monogamia e a poligamia; em particular, a Antropologia Legal sublinha o estudo empírico e a discussão das culturas estrangeiras, por isso, é colocada no campo do direito comparado²² e é particularmente apropriada para a comparação do conflito da leis em diferentes sistemas jurídicos. Por exemplo, o antropólogo legal Sally Engle Merry disse, “o foco do nosso trabalho não é sobre o direito e a sociedade, mas sobre as formas em que a lei e a sociedade são mutuamente definidos e inseparáveis. Um ponto fundamental é que a lei está intimamente envolvida na constituição das relações sociais e a própria lei é constituída pelas relações sociais. As conversas diárias sobre a lei pelas pessoas ordinárias contribuem para definir o que a lei é e o que não é. As pessoas ordinárias compartilham os seus entendimentos da lei e da forma como isso afecta as suas vidas e define as suas relações. Esses entendimentos, que podem ser chamados de *consciência legal*, incluem as expectativas da lei pelas pessoas, o sentimento dos seus direitos legais, e o sentimento sobre os direitos”²³. O conceito de “consciência legal” é adequado para o estudo do casamento poligâmico diferente do casamento monogâmico adoptado pela maioria dos países no globo. Devemos

20 Shu-chin Grace Kuo, “A exploração das teorias e métodos de Antropologia Legal: tomando como o exemplo o cônjuge estrangeiro”, in Shu-chin Grace Kuo, *Antropologia jurídica, conhecimento jurídico e tecnologia jurídica*, Taipei: Yuanzhao Publishing Company, maio de 2016, primeira edição, primeira impressão, p. 8.

21 Shu-chin Grace Kuo, *supra*, p. 7.

22 Veja ANNELISE RILES, RETHINKING THE MASTER OF COMPARATIVE LAW 1-21(2001).

23 Veja Sally Engle Merry, Culture, Power and the Discourse of Law, 37 N.Y. SCH.L. REV. 209-210(1992).

tomar o intercâmbio entre a poligamia do islão e a cultura islâmica dinâmica como o ponto de partida, bem como ligar a poligamia ao sistema de valores básicos da comunidade muçulmana e os chamados padrões normais, para o estudo do fenómeno cultural e social do casamento poligâmico²⁴.

3. A lei aplicável ao casamento estrangeiro poligâmico

Apesar de a maioria dos países de hoje adoptar a monogamia, a poligamia é permitida pelo Islão, resultando inevitavelmente nos países que adoptam a monogamia o problema de saber como tratar e lidar com o casamento poligâmico estrangeiro. Para os países que adoptam a monogamia, o casamento poligâmico é considerado como bigamia, e a bigamia divide-se em dois tipos: a bigamia consumida (*Faktisch polygame Ehe*) e a bigamia potencial (*Potentiell polygame Ehe*). A bigamia consumida corresponde ao entendimento geral do conceito de bigamia, isto é, um homem tem relações conjugais com mais de uma mulher ao mesmo tempo, por exemplo, um homem árabe casado com simultaneamente quatro mulheres. A bigamia potencial significa que o homem tem a capacidade de casar com várias mulheres; mesmo que na verdade ele só tenha praticamente contratado a relação conjugal com uma mulher, constitui também a bigamia; ou seja, desde que o homem tenha a possibilidade de se casar com mais de uma mulher, independentemente de quantas mulheres realmente tenha, constitui a poligamia, por exemplo, quando um homem árabe for aprovado pelo tribunal religioso para constituir relações conjugais com mais de uma mulher, mesmo que ele apenas tenha uma mulher, esta situação pertence também à poligamia. Se ambas bigamias, a consumada e a potencial devem ser consideradas como bigamia? Alguns autores acreditam que sim²⁵, no entanto, no caso de bigamia potencial, o homem apesar de poder concluir casamento poligâmico, na verdade não faz isso, por isso, não se deve considerar a bigamia potencial como bigamia; apenas a bigamia consumada, ou seja, quando um homem casar ao mesmo tempo com mais de uma mulher, constitui bigamia²⁶.

24 A prática da poligamia pelo Profeta Muhammad também é vista como o modelo da comunidade muçulmana, constituindo o tipo ideal de poligamia da tradição do Islão. No “Hádice”, há registos da relação de poligamia entre o Profeta Muhammad e as suas esposas, as quais foram modelos para as mulheres muçulmanas a aprender o seu papel-playing e a sua gestão emocional.

25 See ,e.g., J.h.c. Morris Et Al., *Dacey and Morris On the Conflict of Laws* 279-85(9Th Ed. 1973).; P.m. North & J.j. Fawcett, *Cheshire and North Private Internatinal Law* 597-99(11Th Ed. 1987).

26 Os tribunais alemães tomam a mesma posição: O Supremo Tribunal do Estado de Celle, numa decisão de 27 de Setembro de 1957, afirmou que o casamento estabelecido entre um homem alemão e uma mulher muçulmana no Egito por forma islâmica é válido; mesmo que nesta

Quanto a saber se se deve reconhecer o último casamento da poligamia nulo porque constitui bigamia, deve ser determinada a lei aplicável ao casamento internacional de acordo com os mecanismos do direito internacional privado. Segundo o mecanismo de determinar a lei aplicável do Direito Internacional Privado de Taiwan, o Artigo 46 da “Lei que rege a escolha da lei em matéria civil que envolva elementos do exterior” prevê: “A formação de um casamento é regida pela legislação nacional de cada parte. No entanto, um casamento também é eficaz desde que preencha os requisitos formais previstos quer pela legislação nacional de uma das partes quer pela lei do lugar da cerimónia”. Isto é a disposição sobre as regras de conflitos da constituição do casamento: a primeira parte prevê a lei aplicável aos requisitos de substância do casamento (os requisitos de substância do casamento referem-se às condições que, conforme as disposições da lei, as partes devem ter ou devem excluir no acto do casamento) e a parte de “no entanto” prevê a lei aplicável aos requisitos de forma (os requisitos de forma do casamento referem-se às formalidades ou procedimentos que as partes devem cumprir no acto do casamento). Isto é: os requisitos de substância do casamento devem estar em conformidade com a legislação nacional de cada uma das partes, o que significa que se deve considerar, respectivamente, os pontos de vista do marido e a mulher e se aplicar a legislação nacional de cada parte, ou seja, para determinar se o casamento é estabelecido de uma forma eficaz, deve o marido cumprir a legislação nacional dele e a mulher cumprir a legislação nacional dela²⁷. Quer dizer, se a legislação nacional da mulher admite o estabelecimento ou a validade do casamento poligâmico mas a legislação nacional do marido não, este casamento poligâmico estrangeiro não está estabelecido nem está válido; igualmente, se a legislação nacional da mulher recusa admitir o estabelecimento ou a validade do

situação o homem tenha a possibilidade de casar com mais mulheres, ele não fez isso, portanto, a validade do seu casamento não foi afectada.

- 27 Segundo o Artigo 988 do Direito Civil: “Um casamento é nulo se verificada qualquer uma das seguintes circunstâncias: (1) Nos casos em que não se conforma com as formalidades previstas pelo artigo 982; (2) Quando viola o impedimento matrimonial previsto no artigo 983, ou (3) Quando viola o impedimento matrimonial previsto no artigo 985. Excepto quando as partes do casamento bigamo se casarem em boa fé e sem negligência, baseando-se na dissolução do casamento anterior resultante de um acordo ou uma decisão irrevogável”. Portanto, ainda há diferença entre a nulidade do casamento e a inexistência do casamento. Ambas a nulidade e a inexistência não produzem efeitos jurídicos, no entanto, segundo a teoria geral, a inexistência de um negócio jurídico significa a não satisfação dos requisitos de existência, enquanto a nulidade significa a satisfação dos requisitos de existência mas não satisfação dos requisitos de validade, e por isso, não produz efeitos jurídicos. Por outras palavras, apenas precisamos considerar a validade dos negócios jurídicos já existentes. Na interpretação do direito civil de Taiwan, o casamento que não se encontre em conformidade com os procedimentos legais é inexistente. Veja Lin Hsiu-Hsiung, *Manuel do direito de família*, Taipei: Yuanzhao Publishing Company, março de 2013, 3ª edição, 1ª impressão, p. 89.

casamento poligâmico mas a legislação nacional do marido aceita a poligamia, este casamento poligâmico estrangeiro ainda não está estabelecido nem está válido. Para os requisitos de forma do casamento, deve-se escolher a lei do lugar da cerimónia e a legislação nacional das partes como a lei aplicável, ou seja, os procedimentos ou formas do casamento devem estar em conformidade com os requisitos e regulamentos de quer a lei do lugar da cerimónia quer a legislação nacional das partes; o casamento existente ou valorizado em conformidade com os elementos substanciais previstos na lei aplicável aos requisitos de substância do casamento deve ser considerado existente ou válido. Quanto a saber se se deve reconhecer o último casamento da poligamia nulo porque constitui uma situação de bigamia, a lei aplicável deve ser a lei aplicável aos requisitos de substância do casamento, isto é porque, o princípio é determinar a natureza segundo a *lex fori*, mas de acordo com “Direito Civil” de Taiwan, a disposição não ser bigamo nem existir casamentos simultâneos (Artigo 985) é um requisito de substância do casamento (em caso de excluir o casamento por causa disso, o casamento é nulo segundo o Artigo 988 mas não é não existente)²⁸. Existem cinco situações: 1) o país do marido é país árabe que admite a poligamia e o marido foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, ao mesmo tempo, o(s) país(es) da(s) mulher(es) é também país árabe que admite a poligamia, então, todos os casamentos envolvidos são existentes ou válidos; 2) o país do marido é país árabe que admite a poligamia e o marido foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, enquanto o país da primeira mulher é país que adopta a monogamia, então, o casamento entre o marido e a primeira mulher é existente ou válido; 3) o país do marido é país árabe que admite a poligamia e o marido foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, enquanto o país da segunda ou terceira ou quarta mulher é país que adopta a monogamia, então, o casamento entre o marido e a segunda ou terceira ou quarta mulher não é existente nem é válido; 4) o país do marido é país árabe que admite a poligamia mas o marido não foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, ou o país do marido é país que adopta a monogamia, então, independentemente de se o país da primeira mulher é país árabe que admite a poligamia ou é país que adopta a monogamia, o casamento entre o marido e a

28 Segundo o Direito Civil de Taiwan, os outros requisitos de substância do casamento são os seguintes: um homem e uma mulher, o consentimento para casar, não existência de fraude ou coação, idade núbil (18 para o homem e 16 para a mulher, Artigo 980), o consentimento do representante legal no caso do casamento de menor (Artigo 981), não violação dos impedimentos matrimoniais (o parentesco na linha recta e afinidade na linha recta; dentro do sexto grau da linha colateral; excepto o quarto grau da linha colateral e o sexto grau da linha colateral constituído pela adopção e o homem e a mulher na mesma antiguidade; o quinto grau da linha colateral e o homem e a mulher na diferente antiguidade, alínea a do Artigo 983), sem tutela (Artigo 984), não desumanidade, etc..

primeira mulher é existente ou válido; 5) o país do marido é país árabe que admite a poligamia mas o marido não foi aprovado pelo tribunal religioso a constituir casamento poligâmico, ou o país do marido é país que adota a monogamia, então, independentemente de se o país da segunda ou terceira ou quarta mulher é país árabe que admite a poligamia ou é país que adota a monogamia, o casamento entre o marido e a segunda ou terceira ou quarta mulher é existente ou válido.

Nisto está em questão na primeira situação: todos os casamentos são existentes ou válidos segundo respectivamente a lei nacional do marido e da(s) mulher(es), no entanto, este resultado viola a monogamia adoptada pelo Direito Civil de Taiwan; além disso, nas conferências dos grandes juízes do Tribunal Constitucional, a monogamia também foi defendida por várias vezes e o regime de casamento monogâmico foi considerado ser garantido pelo sistema constitucional. De acordo com o Artigo 8 da “Lei que rege a escolha da lei em matéria civil que envolva elementos do exterior”, “se esta lei prevê que o direito de um Estado estrangeiro é aplicável, mas o resultado de tal aplicação conduz a uma violação da ordem pública ou bons costumes da República da China, não é aplicada essa lei do Estado estrangeiro”, então, podemos aplicar a *lex fori*, ou seja, a lei nossa, em vez de aplicar a lei nacional do Estado estrangeiro que faz todos os casamentos existentes ou válidos porque este resultado ofensa a ordem pública e bons costumes da nossa sociedade? Na nossa opinião, considerando a protecção de “direitos adquiridos”, o casamento de bigamia em caso de poligamia, embora viole a ordem pública e os bons costumes da nossa sociedade, não é necessariamente nulo. Isto é porque, a chamada “violação da ordem pública ou bons costumes da República da China”, do Artigo 8 da “Lei que rege a escolha da lei em matéria civil que envolva elementos do exterior”, refere-se à ordem pública internacional aceite por nós, mas não se limita à ordem pública interior de Taiwan. A ordem pública internacional toma a lei natural como ponto de partida, explora os diferentes ambientes de vida das pessoas e a condição moral da sociedade, é um conjunto das ordens públicas sobre as relações privadas Internacionais dos Estados soberanos; o princípio da ordem pública internacional é excluir as relações no âmbito do direito internacional privado envolvidas na ordem pública interior de um certo Estado, por isso, é uma ordem relativa a ordem pública internacional, cujo conteúdo e o conteúdo da ordem pública nacional têm algo em comum, mas o âmbito do primeiro é sempre menor do que o do último²⁹. Portanto, se a matéria civil que envolva elementos do exterior viola a ordem pública interior de Taiwan, não é necessariamente nula, mas devemos analisar se esta matéria civil que envolva elementos do exterior viola a ordem pública internacional: é nula quando violar

29 Tse-Tung Ko, Direito Internacional Privado, actualizado por Wu KuangPing, Taipei: Yuanzhao Publishing Company, setembro de 2016, 5ª edição, 1ª impressão, p. 153.

a ordem pública internacional; se violar só a ordem pública interior mas não a ordem pública internacional, o Tribunal não deve aplicar o Artigo 8 da “Lei que rege a escolha da lei em matéria civil que envolva elementos do exterior” para rejeitar a aplicação do direito de um certo Estado estrangeiro. Isto é, porque, nos casos civis estrangeiros relacionados, é necessário considerar os elementos tais como a conciliação das relações e a salvaguarda dos “direitos adquiridos” (vested right), diminuindo a aplicação dos conteúdos da ordem pública nos casos de matéria civil que envolva elementos do exterior, para beneficiar do efeito atenuado (l’effet atténué) da ordem pública internacional³⁰. Como o antropólogo legal Sally Engle Merry disse, quando falando do método de etnografia (ethnography) da Antropologia Legal e dos fenómenos jurídicos transnacionais, “para a compreensão do conhecimento jurídico e a estrutura de prática jurídica bem como os fenómenos jurídicos gerais, é consideravelmente importante o estudo da consciência legal das pessoas normais e as tecnologias legais (legal technologies) com o método de etnografia, por exemplo, os fluxos transfronteiriços podem afectar a sucessão ou transformação estruturais das disposições legais de direitos humanos e o direito internacional privado”³¹. Devemos iniciar a nossa análise do caminho e trajecto (trajectory) da formação do casamento poligâmico do islão, compreender a lei do interior (within law), então, ao buscar a formação do processo do casamento poligâmico do islão, podemos observar como o casamento poligâmico do islão foi abstractamente estabelecido e reconhecido. Isso ajudar-nos-á a fazer um auto-exame e observação, de diferentes ângulos, da instituição do casamento conhecida e tida como certa (casamento monogâmico), e ajudar-nos-á a abandonar a opinião de que a poligamia viola certamente a ordem pública da sociedade que adopta a monogamia. Devemos partir da “consciência legal” dos muçulmanos e proteger os seus “direitos adquiridos”, considerando a monogamia como a transformação estrutural dos casamentos internacionais, para exercer o efeito atenuado (l’effet atténué) da ordem pública internacional.

4. Conclusão

O conflito de leis no casamento não é simplesmente conflito entre regimes legais de casamento, disposições legais e articulados, mas também contém conflitos históricos, étnicos, culturais, sociais e religiosos. Com as soluções do Direito Internacional Privado, o conflito de leis nos casos de casamento é apenas

30 Tse-Tung Ko & Wu KuangPing, *supra*, p. 163.

31 Veja Sally Engle Merry, *New Legal Realism: New Legal Realism and the Ethnography of Transnational Law*, 31 LAW & SOC. INQUIRY. 975-77(2006).

resolvido de uma forma negativa e em cada caso separadamente; no entanto, o conflito de leis do casamento continua a existir no mundo real. A utilização de mecanismos internacionais da ordem pública, com a aplicação da *lex fori* em vez da aplicação da lei nacional que admite a poligamia, não contribui para a reconciliação e resolução dos conflitos. Em face destes conflitos históricos, étnicos, culturais, sociais e religiosos, é conveniente o uso dos métodos de pesquisa de antropologia jurídica; devemos prestar atenção às influências mútuas entre a cultura e a lei e conciliar os regimes de casamento formados no contexto de diferentes culturas; devemos introduzir o conceito de “consciência legal” na aplicação do mecanismo internacional da ordem pública, em vez de tomar o regime de monogamia como o padrão e excluir cegamente a aplicação das leis estrangeiras que admitem a poligamia; devemos ainda levar a cabo o “pensamento de modéstia” na ordem pública, tomando a tolerância e reconciliação como a atitude básica de resolver, pelo Direito Internacional Privado, os problemas decorrentes do intercâmbio entre diferentes povos, para melhorar a justiça transnacional.

RE-CONSTRUCTION OF PARENTAL RESPONSIBILITY: PROTECTION OR MARGINALIZATION OF CHILDREN?

Chiu Man-Chung Andy

Head of department of Law and Business, Associate Professor, Shue Yan University,
Hong Kong

Abstract: The consultation paper and a related bill was issued by the Hong Kong Government in 2015. They discussed, in the context of child custody, the possibility of replacing the traditional concept of parental rights with parental responsibility, aiming to construct and provide stronger entrenchment of the best interests of children. This paper investigates whether the proposal can manufacture better protection on the one hand, while on the other, genuinely enhancing children's rights, by using four different jurisprudential paradigms – Deleuze, Zizek, Buddhist and Daosit. The author argues that only by de-aging law, can children's rights and voices be respected.

Keywords: De-aging; schizophrenia; hysteria; transformation; reversion

In 2005, the Law Reform Commission香港法律改革委員會 of Hong Kong published a Report on Child Custody and Access, and after shelving the report for a decade, in 2015, the Labour and Welfare Bureau of the Hong Kong SAR Government issued a consultation paper, titled *The Proposed Legislation to Implement the Recommendations of the Law Reform Commission Report on Children Custody and Access* ('Consultation Paper' hereafter) together with a Bill titled 'Children Proceedings (Parental Responsibility) Bill' ('the Bill'). The Bureau agree that under the current regime, the courts always award one parent, after divorce, sole custody rights. This phenomenon has resulted in 'dwindling contact between the child and non-custodial parent'.¹ The Consultation Paper

1 Labour and Welfare Bureau, Consultation paper titled *The Proposed Legislation to Implement the Recommendations of the Law Reform Commission Report on Children Custody and Access* (Hong Kong: Printing Department, 2015). Available at: [http://www.lwb.gov.hk/parentalresponsibility_consult/doc/Consultation_Paper_\(Eng\).pdf](http://www.lwb.gov.hk/parentalresponsibility_consult/doc/Consultation_Paper_(Eng).pdf) (visited 3 Sept 2016).

proposes the following major recommendations:

1. [B]oth parents retain the parental responsibility... The newly introduced range of court orders (including: child arrangements order, prohibited steps order and special issue order), simply regulate the exercise of particular aspects of parental responsibility. (emphasis added, para 13, 19, 24, 35 and 46)
2. The removal of the limitation on the rights of third parties (such as grandparents) to apply for court orders in relation to the child. (para 13, 33)
3. A “child” is proposed to be a person under the age of 18 years. (para 16)
4. The Bill proposed a check list of ‘best interest of the child’²:
 - 4.1 *‘the views of the child’*;
 - 4.2 the child’s physical, emotional and educational needs;
 - 4.3 the nature of the relationship of the child with each of the child’s parents and with other persons;
 - 4.4 the child’s age, maturity, sex, social and cultural background, as well as any other relevant characteristics;
 - 4.5 any harm or family violence that the child has suffered or is at risk of suffering; and
 - 4.6 the practical difficulty and expense of a child maintaining contact with a parent.’ (emphasis added, para 19)
5. ‘[A] child should not be required to express his or her views as to do so would place the child under pressure by one or both parents to take sides in a dispute concerning the child’s best interests.’ (para 39)
The Bill proposes that a court may make an order for the independent representation of a child’s interests by a solicitor, or by a solicitor and counsel in any dispute relating to parental responsibility for, or guardianship of, a child, with the following persons being entitled to apply for such a court order –
 - 6.1 the child;
 - 6.2 a parent or guardian of the child;
 - 6.3 a person who is named as the person with whom the child is to live in a child arrangements order which is in force; and
 - 6.4 persons who are entitled to apply for a child arrangements order in respect of the child as provided in the proposed legislation. (para 43)

2 The welfare principle, i.e. the best interest of children, is always the paramount consideration in cases involving child custody. See *Re Y (minors)* [1984] HKLR 204.

‘It is then up to the court to determine the weight to be given to such views.’ (emphasis added, para 40)

As the Law Society of Hong Kong (‘Law Society’ hereafter) comments in their response paper: “the current law on child custody dates back to 1970s and is ‘highly undesirable’, as the law *commodifies* ‘children’, emphasizing the parents’ ownership of their children,³ yet fails to encourage separating parents to ‘act in a manner which is in the best interests of their children.’⁴ (emphasis added) The Law Society also points out that the title of the Bill is very misleading as it does not only cover the proceedings or parental responsibilities, but ‘a wide range of children-related matters’.⁵ The Law Society, agreeing with most of the recommendations, urges the Government to enhance and to strengthen the social service and support available for families, parents and children. (Part 8) While the Law Society simply states that ‘solicitor advocate’ should be added to the list of people who can represent children,⁶ the Hong Kong Bar Association explicitly supports the provision of independent legal representatives for children.⁷

The gist of the Consultation Paper and the Bill is the introduction of the concept ‘of parental responsibility’, which means ‘the right and duty to look after a child during childhood. It includes...the right to give consent to a child’s medical treatment and to take decisions about their education.’⁸ The shift of paradigms (from parent-centred to child-focused, and from ‘parental ownership’

3 According to Mr. Justice Moylan, the concept of parental rights comes from two cases tried in England, 19th Century: *R v. Gyngall* [1893] 2 QB 232 and *Handley v. Handley* [1891], p 124. For details, please see Moylan, “England & Wales: A Paradigm Shift from Custody, Care & Control to Shared Parental Responsibility” in Lynch, Katherine and Scully-Hill Anne (eds) *International Perspectives on Disputes about Children and Child Protection* (Hong Kong: The Chinese University of Hong Kong Press, 2015), p 20.

4 Law Society of Hong Kong, Response paper: *The Proposed Legislation to Implement the Recommendations of the Law Reform Commission Report on Child Custody and Access: Submissions*. (Hong Kong: Law Society of Hong Kong, 2016), para 7. Available at: http://www.hklawsoc.org.hk/pub_e/news/submissions/20160329.pdf (visited 3 Sept 2016).

5 *Ibid.*, para 13.

6 *Ibid.*, para 48.

7 Hong Kong Bar Association, Response paper: *Response on Children Proceeding (Parental Responsibility) Bill* (Hong Kong: Hong Kong Bar Association, 2016), para 47. Available at: <http://www.hkba.org/sites/default/files/Children%20Proceedings%20%28Parental%20Responsibility%29%20%20Bill%20-%202016%20%28final%29.pdf> (visited 3 Sept 2016).

8 Diduck and O’Donovan, “Feminism and Families: Plus Ça Change?” in Diduck, Alison and O’Donovan, Katherine (eds), *Feminist Perspectives on Family Law* (New York: Routledge-Cavendish, 2006), p 69.

to ‘parental responsibility’) and the invention of ‘parental responsibility’ are in fact a transplantation of law -- the concept originates in England and Wales, where the Law Commission, in 1988, stated that the traditional concept of ‘parental rights’ ‘appears more concerned with whether one parent can *control* what the other parent does...*than* with ensuring that each parent properly meets his [/her] responsibilities while the child is with him [/her]’, and hence introduced the concept of parental responsibility.⁹ (emphasis added)

Children would seem to be de-commodified under the transplanted concept during divorce proceedings, and their voice and ideas can be more respected by the court and legal assemblages. 紐結: ‘[I]f the child were of any reasonable age, the court would hardly desire to determine that question without seeing and speaking to the child and ascertaining its own views on the matter.’¹⁰

If children really become the focus of the proposal, as pointed out by the Law Society, then why does the Bill suggest independent legal representation of children on the one hand, while on the other, re-emphasizing that whether children can enjoy the service of independent legal representation and whether children’s views will be accepted totally depends on the courts’ decisions? The reason is obvious: ‘children’ remain second-grade human subjects.

Children, as a legal-medical-philosophical concept, was devised in the 17th century, and was (still is) defined as the Others to adults, so children are constructed as immature, innocent, irrational, emotional and dependent.¹¹ Children then become outsiders of the legal system / assemblage, where independence, logicity and reasoning (the marks of adults) are the key markers of maturity and competency, and children thus need to be protected and controlled, as they can be easily influenced and can become dangerous:

It (i.e. children) is a body said to need protections more than freedoms. And it is a creature who cannot consent to its sexual pleasure, or divorce its parents, or design its education – at least not by law.¹²

What is paradoxical and ironic is that there is no scientific or universal definition of childhood: should it refer to biological age and / or mental

9 Moylan, “England & Wales: A Paradigm Shift from Custody, Care & Control to Shared Parental Responsibility” in Lynch, Katherine and Scully-Hill Anne (eds), *International Perspectives on Disputes about Children and Child Protection* (Hong Kong: The Chinese University of Hong Kong Press, 2015), p 27, p 28.

10 In *re McGrath* [1893] 1 Ch. 143, per Kay LJ.

11 Stockton, Kathryn Bond, *The Queer Child* (Durham and London: Duke University Press, 2009), p 40- 41.

12 *Ibid.*, p16.

sophistication, there is no certain answer.¹³ The dilemma is best demonstrated in *Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA*,¹⁴ where the court decided that a competent child is a person of sufficient age and understanding so that s/he could be responsible for the consequences of her / his actions, it seems that the legal assemblages decided to use maturity and rationality as a reference to define a person. Nonetheless, the court also indicated that the definition of maturity and rationality would still be decided by a court, made up only by adults, and age remains a vital decisive factor.

The problem is: does law really need to reproduce a category of fragile human subjects titled ‘children’? If yes, why? If it is impossible to define clearly a category of human subjects, why do we have to insist in manufacturing such a concept. In the following, I will use poststructural concepts, re-engineered by Deleuze and Žižek, and traditional Han-Chinese concepts – Buddhism and Daoism, to investigate the questions.

Deleuzian Schizophrenia 精神分裂of Law: Becoming Children 孩子轉化生成

When discussing the formation of human subjects (for example: children and adults), schizophrenia is a term frequently used and referenced by Deleuze (and Guattari). Schizophrenia, according to Deleuze and Guattari, is not apropos of, in terms of psychology, types of disabilities, defects, craziness, out-of-mindness, lack, deficiency or alienation from common sense reality; it refers to a dynamic experience and destabilizing strategy, in the socio-cultural-legal milieu, by which normal and common sense worldviews are being or can be challenged and antagonized, so that a more categorized, intensive and delusional real can be revealed and subverted.¹⁵ In other words, schizophrenia is a machine, that produces, motivates and transforms desire, with a vision of radical freedom, so as to replace the paranoia of heritage with a vision of radical freedom. As Holland

13 Gillespie, Alisdair, *Child Pornography: Law and Policy* (New York: Routledge, 2011).

14 *Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA* [1986] AC 112.

15 Schuster, Aaron, *The Trouble with Pleasure: Deleuze and Psychoanalysis* (London: The MIT Press, 2016), p 157. Deleuze and Guattari do not agree with Lacan / Žižekian theory of psychosis, that assumes schizophrenia results from disturbance of the interaction between a subject and symbolic order / law-of-the-father. As Schuster properly points out: both Freud and Lacan seems to advocate that there can be a complete and smooth access of the subject to the language order. For details, see Schuster, Aaron, *The Trouble with Pleasure: Deleuze and Psychoanalysis* (London: The MIT Press, 2016).

argues, '[s]chizophrenia is the potential for revolution'.¹⁶ By 'revolution', Guattari means:

...something of the nature of a process, a change that makes it impossible to go back to the same point... A process that produces history, taking us away from a repetition of the same attitudes and the same significance.¹⁷

Deleuzeans contend that capitalism, through the internet, globalization and commodification, questions the essentiality of borders and citizenship; on one hand it attaches and fixates desire with specific areas of the body, law and society (including family), i.e. re/territorialization; while on the other hand, it releases and decodes desire which it itself fails to re-capture, i.e. deterritorialization. The reason and logic are straight-forward: Capitalism needs to stabilize societies and subjects (including human subjects) as it has to intensify and smooth the flow of capital, hence rendering familial solidity essential. In the process of re/territorialization再/轄域化 human subjects are defined and organized with reference to hierarchies of consciousness, rationality and self-regulation (for example: law and morality).¹⁸ Through re/territorialization, Chiang 張小虹 argues that: substances can be codified and reduced to commodity, and the surplus value will become as capital accumulation.¹⁹ Nonetheless, capitalism simultaneously reduces all connections to flux of money, and inevitably 'provokes a generalized dissolution of social bonds'.²⁰ Deterritorialization非轄域化(for example: deconnecting children-adult / parent(s) bonding, debonding age-human qualities relation) thus makes recoding possible. The loop of 'territorialization -> deterritorialization -> reterritorialization -> deterritorialization' is thus created, whose non-stop repetition re-generates and reproduces the schizophrenia of the (human) subject (including, of course, children and adults).²¹ Please note: this cycle would not generate or repeat itself, but create differences; Holland uses the metaphor of jazz improvisation to describe the mechanism:

...since a composed piece is supposed to be performed more or less the

16 Holland, Eugene, *Deleuze and Guattari's A Thousand Plateau* (London and New York: Bloomsbury, 2013), p 100.

17 Guattari, Felix and Rolnik, Suely (trans., Clapshow, Karel and Holmes, Brian) *Molecular Revolution in Brazil* (London: Semiotext(e), 2008), p 258.

18 Braidotti, Rosi, "Feminist Philosophy: Coming of Age" in Braidotti, Rosi (ed) *After Poststructuralism: Transitions and Transformation* (Durham: Acumen, 2010), p 229.

19 Chiang, Hsiao-hung (2016) *Fashioning Modernity*. P. 354.

20 Schuster, Aaron, *The Trouble with Pleasure: Deleuze and Psychoanalysis* (London: The MIT Press, 2016), p 171.

21 Holland, Eugene, *Deleuze and Guattari's Anti-Oedipus Introduction to Schizoanalysis* (London and New York: Routledge, 1999), p 93.

same way every time, with only a small degree of ‘expressive freedom’ allowed to the performer...however, improvisation becomes possible and there the ration of difference to repetition increases exponentially, so that creative repetition replaces bare repetition.²²

Deleuze and Guattari both agree that the family is the machine where fixed subjectivities (including childhood and adulthood) are produced and desires are institutionalized. So, ‘one of the principal aims of schizoanalysis...is to free schizophrenic desire from the nuclear family.’²³ Simply put, schizoanalysis understands that desire operates under familial hegemony and thus aims to liberate desire from that machine.

Legal Line of Flight* 逃逸线: *Deterritorializing Child-Adult / Parent Spectre

Deterritorialization always happens, but how and when it is going to occur could not be prefixed, since when desire is decoded, a consequence of such debonding, that goes back and initiates (another) deterritorialization, is always ferocious and creative. Despite the fact that deterritorialization is never complete, as a trace of re/territorialization exists,²⁴ revolution (or transformation) ignited by desire decoded by deterritorialization, according to Guattari, will therefore ‘rupture radically with the forms they had yesterday!’²⁵ As unruly desire cannot be directed and pre-programmed intentionally, pragmatic strategies that are open-ended and diversified need to be developed and devised so as to orchestrate desire and related energy, otherwise transformation would not be engineered and desired goals cannot be accomplished.²⁶

The groundbreaking book of Deleuze and Guattari, *What is Philosophy?*, proposes that there are two stages of deterritorialization – relative and absolute.²⁷ Relative deterritorialization is the condition of the latter, which concerns historical connection and physical format. In the history of family law in Hong Kong, there were several occasions of relative deterritorialization – the

22 Holland, Eugene, *Deleuze and Guattari's A Thousand Plateau* (London and New York: Bloomsbury, 2013), p 8-9.

23 See n 20 above, p 19.

24 Gashé, Rodolphe, *Géophilosophy: On Gilles Deleuze and Félix Guattari's What Is Philosophy?* (Evanston, IL: Northwestern University Press, 2014), p 19.

25 Lorraine, Tamsin, *Deleuze and Guattari's immanent ethics* (New York: State University of New York Press, 2011), p 67.

26 Braidotti, Rosi, *The Posthuman* (Cambridge, UK: Polity Press, 2013), p 140.

27 Deleuze, Gilles & Guattari, Felix, *What is Philosophy?* (New York: Columbia University Press, 1994).

establishment of an opposite sex monogamous system (which abandoned and replaced the traditional polygamous marriage format. For details see section 5, Marriage Reform Ordinance (Cap 178, LHK).), the enactment of Human Reproductive Technology Ordinance (Cap 561, LHK), the amendment of domestic violence law (which accepts same sex cohabitation. For details see the Domestic and Cohabitation Violence Ordinance (Cap 189, LHK)) and recognition of transgender marital rights (*W v. Registrar of Marriages*)²⁸. Absolute deterritorialization is a creation of concepts, based on the material foundation constructed by relative deterritorialization; examples include same sex marriage, parental responsibilities and children's rights, which are initiated by different desires and not yet actualized (in legal assemblages). Concepts created by deterritorialization do not run in a working order, or will be incarnated in an avowed channel. Concepts, at this stage, do not only produce indeterminacies, characterized by multiple possible connections that are not accepted by the existing socio mega stratum',²⁹ but also balance the paradox of forces and start to design possible actualization strategies.

Only if we can design and implement strategies (of war machine) by which ideas and concepts generated during absolute deterritorialization can be optimized and reoriented, will socio-legal transformation and social revolution become commendable. In other words, what a strategy has to do is to bridge and link up the ideas created by desire and decoded by deterritorialization, with the machine constructed by reterritorialization. Only through this strategy, can ideas, which were virtual, be actualized via retuning the political and the legal. Reterritorialization (both relative and absolute) in this context, can thus manufacture and enjoin machines and assemblages so as to substantiate and actualize the concepts and recode the desire.³⁰ Legal reterritorialization always happens when ideas constructed by absolute deterritorialization are becoming perceptible through legislative procedure, or succumbing to the judiciary, and become part of the authoritative law machine. The issue of the Consultative Paper and the Bill illustrate how reterritorialization kicks off and works.

Strategizing Becoming = Deageization?

Deleuze and Guattari state that deterritorialization has to kick-start and

28 *W v Registrar of Marriages* (2013) 16 HKCFAR 112.

29 Braidotti, Rosi, "Becoming-world" in Braidotti, Rosi, Hanafin, Patrick and Blaagaard, Bolette (eds) *After Cosmopolitanism* (New York: Routledge, 2013), p 15.

30 Schuster, Aaron, *The Trouble with Pleasure: Deleuze and Psychoanalysis* (London: The MIT Press, 2016), p 93.

go through a process of becoming.³¹ According to them, due to the non-stop (not repetitive) cycle of re/decoding desire and the resulting schizophrenic cycle of de/re-territorialization, the human subject will inexorably undergo a process of becoming other / powerless.³² Becoming contains two parts: the destruction of the dominant subject position; and the possible construction of new subject positions, which also means new possible futures.³³ Becoming children then, I argue, is necessary to deterritorialize familial hegemony and the children-adult dichotomy that silence the non-adult powerless, if children are to be totally de-commodified and respected in and by legal assemblages.

Becoming children means the annihilation of monolithic and omnipotent subjectivity, and the disavowal of an ossified understanding of the body and aging. It is not easy and can be painful: it does not simply mean an unlearning of adulthood and parenthood;³⁴ it is the opening of oneself to impact from an unknown and perhaps threatening ‘outside’: a person needs to feel, and sustain the influence of that impact. As Braidotti rightly puts it: ‘Becoming is a personalized overthrowing of the internal simulacra 擬真 of the self’.³⁵ Becoming is hence a shift of parameters and destabilization of subjectivity’s boundaries; and becoming children should start with mutating and dissolving the legal definition of children and adults.

Becoming children thus provides us with a theoretical framework by which multiple and shifting identities are respected, and a rigid adulthood-childhood dichotomy can be thwarted. But how can this line of flight be formulated and permeated in legal assemblages and the machine of family law?

Body with Organs (BwO hereafter) 無器官身體 is the philosophical perspective, exhorted by Deleuze and Guattari, by which bodies can be affectively connected and problematized. Different body organs are always traditionally assigned with certain functions, and consequentially, create grudging social strata. BwO subverts that mega social-biological project and ‘launch(es) forth on the thread of a tune to self-organize in a multitude of different ways.’³⁶ Schuster asserts that BwO starts with repelling the usage of any particular body organs

31 Braidotti, Rosi and Dolphijn, Rick (eds), *This Deleuzian Century* (Leiden: Brill, 2014), p 30.

32 Braidotti, Rosi, “Nomadic European Identity” in Gielen, Pascal (ed) *No Culture, No Europe: On the Foundation of Politics* (Amsterdam: Valiz, 2015).

33 Braidotti, Rosi, *Transpositions* (Cambridge, United Kingdom: Polity, 2006), p 77.

34 Blaagaard, Bolette and Van Der Tuin, Iris (eds), *The Subject of Rosi Braidotti: Politics and Concepts* (United Kingdom: Bloomsbury, 2014) p 85.

35 Braidotti, Rosi, *Transpositions* (Cambridge, United Kingdom: Polity, 2006), p 169.

36 Holland, Eugene, *Deleuze and Guattari’s A Thousand Plateau* (London and New York: Bloomsbury, 2013), p 94.

as a mirage of human subjects (for example, sex organs, skin and DNA); it then appropriates and re-arranges body organs on its own surface, creating another mark of multiple and temporary identities. BwO makes a body submitted to:

...a further development, becoming a field of intensities. These intensities are based on gradients of attraction and repulsion...the repulsion of the partial objects...and their attraction on to a recording surface...³⁷

Following this line of argument, ignited by BwO, we should then ask: why do we have to rely on body and age, as a reference, to define a human subject? What are the connections between age with independent thinking, critical rationality, passion for justice and a sense of care – the attributes that are assumed to be found in a mature adult? If there is no such natural connection, should we simply de-age the legal assemblages? Legal deageization will not have an immediate impact on the body organization of the subject (i.e. children in this case), but will affect the social edifice assigned to human subjects (by the familial and parental hegemonic machine).

Breakdown of Fantasy 幻想 – Žižekian *Jouissance* 暗爽

Like Deleuze and Guattari, Žižek also finds that capitalism, in the age of internet and globalization, has become so powerful and dominant as it, like law, becomes part of the symbolic order. In order to maintain the inexorable operation of capitalism, ideologies (part of the Lacanian fantasy) continue to flourish and grow in power.³⁸ Capitalism, through telling human subjects, what symbolic order 符號界 / Big Others 大寫他者 (including law and norms) wants from them, with the assistance of super-ego 超我 (Foucaultian Discourse of Discipline)³⁹ instructs people to enjoy consumerism and family life:

The good of the ‘family’ is put forward as the rationale and justification for increasingly extreme measures: since the ‘family’ is sacred, everything can be done in its name, including killing.⁴⁰

Happy family life and a harmonious children-adult / parent relationship work as a Lacanian 拉康 / Žižekian 齊澤克 fantasy – the (seemingly) formidable formula of (opposite sex) ‘marriage → natural birth of offspring’ continues to be glorified and become emblematic of a ‘perfect’ and good life plan – they promise happiness

37 Schuster, Aaron, *The Trouble with Pleasure: Deleuze and Psychoanalysis* (London: The MIT Press, 2016), p 167.

38 McMillan, Chris, Žižek and Communist Strategy (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012), p 102.

39 Wells, Charles, *The Subject of Liberation* (New York: Bloomsbury, 2014), p. 89.

40 Aristodemou, Maria ‘The pervert’s guide to the law’ in De Sutter, Laurent (eds) (2015) 13-31, 25.

so a human subject has to follow their scripts. However, failure to achieve the goals of an ideal family life (for example: divorce and infertility) is not taken as a total failure, as the desire will be deferred to the next stage (for example: the arrangement in regard to custody and care of children after divorce, the artificial reproduction of the next generation). Legal assemblages can hover to continue the fantasmatic picture of happy family life. Family law, under the parental-adult-centric 成年家長本位 symbolic constellation, is always patronizing and commanding, as it can merge multiple conflicts and possible challenges into the tautology of power – even where there are all sorts of conflicts (for example: domestic child abuse, transgender / same sex marriage), they are reduced to legal issues which can be settled in the courtroom – as a consequence, law is becoming more and more powerful and grandiose. Divorce and child custody like class struggle within global capitalism, therefore becomes the modality of the Real 真实界, operating to provoke the defense machine of familial-parent-adult-centric order. The Consultation Paper and the Bill, which advocates that both parents, after divorce, should still have to work together, so as to pursue the best interests of the children, is a good example.

Harmonious family life (i.e. caring opposite-sex parents plus natural-born children, and a pseudo-perfect family life promised after divorce), as a fantasy, can work smoothly and properly only by reproducing and relying on *jouissance*, which ironically itself will start self-transformation / revolution:⁴¹ after a human subject enters the symbolic order through castration, s/he would always want to fill up that particular lack and retain fullness of body, and this longing creates *jouissance* – a substitute satisfaction and excessive enjoyment in this process. This satisfaction can also be conducted and enacted through fantasy by being instructed to achieve ‘impossible yet ideal’ life targets – the construction and conduct of a perfect and peaceful familial life (even after divorce) is definitely one of them. *Jouissance*, the product of following and obeying a (dominant) ideology (for example: heterosexual family life), hence makes us happy with the current situation (the idiosyncratic familial life formula), but less happy with any (possible) changes (for example: same-sex marriage and transgender partnerships);⁴² the natural consequence is that human subjects will indulge more and more in *jouissance*. In the contemporary familial-child-adult / parent politics of Hong Kong, *jouissance* means the noncompromising obedience of the patriarchal spectre of family life: if one cannot enjoy family life, that is because s/he does not work hard enough – no matter whether a person really desires to follow it, or whether obediently following it can bring pleasure initially (being appraised as

41 Wells, Charles, *The Subject of Liberation* (New York: Bloomsbury, 2014), p. 31.

42 Rickert, Thomas, *Acts of Enjoyment: Rhetoric, Žižek, and the Return of the Subject* (Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press, 2007), p 20.

a good and co-operative parent, even after divorce) - it nevertheless transforms into pain in the end: the burden of maintaining a harmonious familial life and working with a divorced ex-marital partner is inevitably difficult and heavy to bear, but people are still instructed to enjoy it, following the scripted formula. We all understand that family life can only be a consistent background of a quasi-universal life style, which itself is full of inconsistencies and conflicts – different forms of domestic violence and erotic partnerships do exist. Žižek gives a very good example, showing how family life can be *jouissance*:

[I]n the private sphere, I am unhappily married, I mock my wife all the time, declaring my intention to abandon her for my mistress whom I really love, and while I get small pleasures from invectives against my wife, the enjoyment that sustains me is generated by the indefinite postponement of really leaving my wife for my mistress.⁴³

Children Act – Hysteric 精神失常 Construction of a New Future

Jouissance also engineers a Žižekian act – the starting point of transformation / revolution. As argued by Žižek –human subjects, after being part of symbolic order, start to understand Big Others is always divided, and no one can completely understand what the Others exactly want from human subjects,⁴⁴ so their lives are only curtailed and controlled completely by an illusorily consistent symbolic order, they will start an act naturally, so as to revoke the instruction to enjoy and make responsible decision. The aim is to create a possibility of constructing / articulating another Master Signifier, so they can enter (and produce) a symbolic order via a different pathway. An act, as Žižek argues, always starts at the unexpected location of a dominant rhizomic Real, challenging the way the symbolic network is reproduced (i.e. the transformation / revolution).⁴⁵ A Žižekian act is a voluntary, ‘groundless’, violent, excessive and ‘transstrategic’ intervention towards a symbolic order,⁴⁶ which redefines what is possible and

43 Žižek, Slavoj, *Event* (London: Penguin, 2014), p 78.

44 Charles Wells explains: ‘The true answer to the question ‘*Che vuoi?*’ What does the Other want from me?’ is that the Other *doesn't know*. To be more precise, insofar as they are expressions of the parent’s unconscious sexual desire, the enigmatic messages received by the child concern precisely the parent’s primordial traumatic encounter with his her or her *own* parent’s unconscious desire.’ (Emphasis original) Wells, Charles, *The Subject of Liberation* (New York: Bloomsbury, 2014), p. 50.

45 McMillan, Chris, *Zizek and Communist Strategy* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012), p 138.

46 Sharpe, Matthew and Boucher, Geoff, *Zizek and Politics: An Critical Introduction* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2010), p 185; Žižek, Slavoj, “From Politics to Bio politics...and

creates the enigma where the impossible can be possible.⁴⁷ A Žižekian act does not mean the total destruction of a symbolic order, it only ‘does the impossible within the *existing* order.’⁴⁸ (emphasis original) An act, therefore, is always taken and viewed as a moment of hysteria, an echo of Deleuzean schizophrenia – it is always unplanned and is never well scheduled.⁴⁹ An act (行動), breaking out during an event,⁵⁰ can disturb the fantasy and subvert the Master Signifier (for example: parent-adulthood), which is why an act will always end up with a reconstitution of subjectivity and politics.⁵¹ An act starts as a risk, without any legitimatization, but will retroactively create its own justification.⁵²

Zizekian hysteria does go further than Deleuzean schizophrenia: it will identify a suitable agent and the possibility of making law right.⁵³ An act in family law is likely to be initiated by children, as they are the only agent that is at the same time the most powerless and yet the most ‘dangerous’ -- they occupy only peripheral subject positions in the familial rhizome, but they are the natural and biological element of a healthy and harmonious family pattern. Like the lumpenproletariat (缺乏階級意識的無產階級) in a class struggle, who are warded off by (‘authentic’) Marxists, children are often proscribed and remained as powerless, in the name of the ‘best interest of children’, a concept that is defined repetitively by adult-centric courts and lawyers.

If children want their views and voices to be respected and heard in legal assemblages, a strategic act must be employed and must operate. In order to fully utilize an act, we always need to prepare a possible framework, otherwise political intervention and ultimately revolution / total transformation cannot happen. It is in this context that deageization is, again, a possible framework. Through deageization, whether a subject’s views and will are respected in legal

Back” (2004b), 103 (2/3) “The South Atlantic Quarterly” 511.

47 Žižek, Slavoj, *Iraq: The Borrowed Kettle* (London: Verso, 2004c), p121.

48 Devenney, Mark, Žižek’s Passion for the Real (New York and London: Continuum, 2007); Paul Bowman (Editor) and Richard Stamp (Editor), *The Truth of Žižek* (New York and London: Continuum, 2007), p 64-81.

49 Zizek, Slavoj, *The Ticklish Subject: The Absent Center of Political Ontology* (London: Verso, 1999), p 374.

50 Event must be a shocking incident, totally unprepared, and disrupts the order. All parties involved will be affected, and will not remain idle. They affect and are affected. For details, please see Hazma, Agon “A Plea for Žižekian Politics” in Hamza, Agon (ed) *Repeating Zizek* (Durham and London: Duke University Press), p 232.

51 Butler, Judith; Laclau, Ernesto and Zizek, Slavoj, *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left* (London and New York: Verso, 2000), p 123-124.

52 Žižek, Slavoj, *Disparities* (London: Bloomsbury, 2016), .p. 249-250.

53 Wells, Charles, *The Subject of Liberation* (New York: Bloomsbury, 2014), pp. 28, 31.

assemblages should no longer depend on age, as age has no univalent and natural relationship with the attributes law is looking for – put simply, children should no longer be defined by age, but by their position in an interpersonal network, and the adult-centric courts should have no discretion other than to accept and consider all affected children’s views.

Karmic因果 destabilization of subjectivity and hierarchy: Buddhist *Vijnanamatra*唯識

Buddhism, like Euro-American poststructuralism, problematizes the enigma of hierarchical metaphysics through its axiom of karma. Karma, one of the universal Buddhist principles, focuses on the constitution of subjectivities; it discusses meticulously and critically ‘what is inherent to them, what is coproduced with others, and what is conditioned generally about this “self”.’⁵⁴ Karma enlightens us with the interactive connections between subjectivities and the action / effects cycle: human subjects’ actions, performed in response to the *samskaras* (impulses業報), resulting from the dialogue between pre-existing causes and conditions, will produce karmic effects on the subjects themselves; these impacts and affects will further re-produce pre-existing causes and conditions for future actions. There are two aspects of karma: predetermination, and free will; a subject can always choose to create and plant *bija*, thus producing new karma.⁵⁵

The concept of Karma is further elaborated by *Mahayana Vijnanamatra* (the consciousness-only school of philosophy), which holds that *samskaras*業報 arise with *vijnana* (consciousness識). As Vasubandhu 世親 advocates, there are eight *vijnana*: the five *vijnana* in response to visual, auditory, olfactory, gustatory and tactile perception (the five senses), *mano-vijnana* (mind-consciousness意識), *mana-vijnana* (ego-consciousness末那識) and *alaya-vijnana* (storehouse-consciousness阿那耶識). *Samdhinirmocana-sutra*⁵⁶ 解密深經 states that the first five elements are indeed the consciousness of the senses which constitute the biological human body, and *mano-vijnana* is responsible for moral determination and interconnects with the existing external world order. A mental representation of reality and a temporary ‘I’ image are created when the five senses connect with the material world and are given meaning by *mano-vijnana* – the machine titled *paratantra-svabhāva* 依他起自性. The images then work with *mana-vijnana* and

54 Kyabgon, Traleg, *Karma* (Boston and London: Shambhala, 2015), p 9.

55 Coleman, James William, “Toward a Non-Eurocentric Social Psychology: the Contribution of the Yogacara” 8(1) (2010) *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self Knowledge*, p 102.

56 Powers, John (trans.), *Wisdoms of Buddha: Samdhinirmocana-sutra* (Berkeley: Dharma Publishing, 1995).

formulate an imaginary ideology of firm 'I'. This 'I', intertwining with a 'strong sense of grasping and desire'⁵⁷ in this matrix, does not only mean 'myself', but 'my idea and my experience' (*abhūta* 虛妄), which is a part of history and / or (by imagination and assumption) what will happen in the future: idea and I are never a kind of binarism; a permanent self can only be constituted if s/he assumes that s/he can possess identify with a permanent concept or substance.⁵⁸ When this machine of '*paratantra-svabhāva*' is connected with *mana-vijnana* and an insistence on an illusory real is manufactured, then the machine is also called '*parikalpita-svabhāva*' 遍計所執性. The illusory *abhūta* is stored as *bija* in *alaya-vijnana*.⁵⁹ *Alaya-vijnana* which 'collects and stores the effects or seeds (*bija*) of experience until they mature and give rise to new experiences'⁶⁰, is the impetus underlying the exercise of above seven *vijnana*.

According to the teaching of *vijnanamatra*, we can ask these questions: Is the children / immature vs. adults / sophisticated binarism a precipitated parallax only created by *parikalpita-svabhāva*? Would a daughter / son be the father / mother, in a previous life, of the father / mother in their current life? If identity (for example: children) is only a temporary veneer, does it have any natural connection with abstract attributes (for example: maturity, reasoning and logical thinking?) As Ng 吳汝鈞 argues, *vijnana* altogether can create and project the universe and all the imaginary insistencies – that is why human subjects always resist changes and that causes suffering -- this economy of misrepresentation lies at the root of all vulnerable strata and inequalities.⁶¹ Lusthaus summarizes the argument accurately:

Since Buddhism rejects the notion of the metaphysical self entailed in the self / other, self / transcendent etc, dichotomies, alterity, for Buddhists, means the perpetual, moment-by-moment 'becoming other-than-it was' of a self, which is to say, a non-self, since this becoming other precludes the possibility of an

57 Coleman, James William, "Toward a Non-Eurocentric Social Psychology: the Contribution of the Yogacara" 8(1) (2010) *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self Knowledge*, p 103.

58 Lusthaus, Dan (2002) *Buddhist Phenomenology* (London: Routledge), p.539.

59 Ng, Yu-kwan 吳汝鈞, *Concepts and Philosophical Methods in Buddhism* 佛教的概念與方法 (修訂本) (Taipei: The Commercial Press, 2000), p 108.

60 Koller, John, *Asian Philosophies*, (New Jersey: Prentice Hall, 4th edn, 2002), p 222; Yang, Wai-zhong 楊維中, *Research into the Nature of Mind in Chinese Buddhism* 中国佛教心性论研究 (Beijing: Religious Culture 宗教文化, 2007), p 288.

61 Gross, Rita, *Buddhism after Patriarchy: A Feminist History, Analysis and Reconstruction of Buddhism* (Delhi, India: Sri Satguru, 1993), p 158; Ng, Yu-kwan 吳汝鈞, *Concepts and Philosophical Methods in Buddhism* 佛教的概念與方法 (修訂本) (Taipei: The Commercial Press, 2000), p 101, p 106.

invariant identity.⁶²

Transmutation of Vijnana to Jnana: Beyond a monolithic world view

Through the teaching and enlightenment of *vijnanamatra*, Buddhist philosophers derive the following three immanent rules: The Dependent Arising of *alaya-vijnana* 賴耶緣起, Non-Insistence 諸法無我 and Non-Permanence 諸行無常. The Dependent Arising of *alaya-vijnana* describes the mental constitutive reception of every activity and phenomenon that can never be a fixed and universal essentiality, but is a virtuality recreated and renewed by the non-stop *vijnana* and *bija* 種子 activities in a milieu (for example: marriage is the guarantee of a happy life and the start of child bearing). This rule also indicates that a forever mutating set of connections between different subjectivities and social force (for example, enactment of new law) itself can be a (new) product of *bija* activity. This principle devises the other two rules: Non-Insistence, or ‘Self-less-ness’ (*anātman*) – i.e. absence of universal truth;⁶³ and Non-Permanence: since subjectivities are never stable, due to the *vijnana* and *bija* exercise, there is no forever eternity and essentiality in the common sense world. In other words, since the compositions of *bija* keep on changing, it is impossible to have any monolithic and universal subjectivity or social structure; and if the common sense world, the related activities and phenomena are only and partly a psychological illusion, initiated by a set of *bija* and ending up with the production of another cluster of *bija*, all grand narratives are then only virtualities.

In order to rebut monolithic essentiality in the common sense world and leave the karmic cycle of *bija* activities, *Mahayana* Buddhism and *vijnanamatra* suggest ‘transmutation of *vijnana* to *jnana*’ 轉識成智, which will be followed by the acceptance of multiplicities and the elimination of fixed subjectivity. It, in short, means the elimination of dichotomous dualism:

[T]he contemporary psychoanalytic fascination with self-multiplicity appears to stem at least in part from a desire to challenge monolithic views of mental health that are implicitly conformist in nature. The emphasis in the Buddhist conception of no-self is on decreasing the sense of existential isolation, by emphasizing the constructed nature of the boundary between self and others

62 Lusthaus, Dan (2002) *Buddhist Phenomenology* (London: Routledge), p.428.

63 Chan, Stephen 陳佐人, “Buddhism and Human Rights” in Smith, Rhona & Van Den Anker, Christien (eds) *The Essentials of Human Rights* (Spain: Hodder Arnold, 2005), p 25. According to Jiang, selflessness does not mean solely no self, but *not* self also. Buddhism, in short, opposes all kinds of metaphysicality. Jiang Tao, *Contexts and Dialogue: Yogacara Buddhism and Modern Psychology on the Subliminal Mind* (Honolulu: University of Hawai’i Press, 2006).

and the interdependence of all living beings.⁶⁴

This transmutation, which is also a type of ‘*paratantra-svabhāva*’, certainly needs two essential elements (so as to differentiate itself from ‘*parikalpita-svabhāva*’): *bija*, which desires the change, and an appropriate material environment. Only when such *bija* is perfumed (*vāsanā*薰習) by the environment, can the machine of transmutation start and work continuously.

From this perspective, we can therefore understand that any revision of law (for example: the suggestions tabled by the Consultation Paper and the Bill) would definitely impact / perfume the livelihood of the people (for example: the living environment of children, and the emotional relationship between children and parents), and consequently their perceptions of world and life, which may be carried forward into the next life. Law as a term and word which reveals perceptual fields is a very perfume instrument. It can construct the perspective of experience and vision. In order to leave this cycle, people have to start giving up and letting go the fixed and universal worldview (for example: children would always be constructed as too immature to choose their own lifestyles), and everyone (children and adults) is becoming respected equally under all circumstances (including in the courts). When the *bija* perfumed and changed overweigh the *bija* which insist fossilized subjectivity and support discriminatory hierarchies, each *vijnana* will be transformed into *jnana*, and the subject can understand the three ultimate Buddhist rules and act accordingly. This transformation will subvert the monolithic worldview. The problems of this theory are: (1) Where can a human subject locate and develop the *bija* that are willing to be perfumed? (2) Where can we find and produce such an appropriate material environment? (3) If such *bija* and environment exist already, why do we still need transmutation? The answers take us back to *bija* itself.

According to Coleman, there are three types of *bija* in *alaya-vijnana*: (1) common *bija* 本有種子 that come from primordial time;⁶⁵ (2) uncommon 習氣種子 *bija* that are contemporary and instantaneous, since they are caused by current decisions and actions, and thus produce a flow of new *bija* and the karma of freewill; and (3) independent *bija* 自緣種子, that do not only respond to external circumstances, are always changing and interacting within themselves, and that

64 Safran, Jeremy, “Psychoanalysis and Buddhism as Cultural Institutions” in Safran, Jeremy (ed), *Psychoanalysis and Buddhism: An Unfolding Dialogue* (Boston, MA: Wisdom Publication, 2003), p 23.

65 According to Ng, this creates the origin of an individual’s consciousness in her / his current life – which comes from when the life is formed in the mother’s body. For details, please see Ng, Yu-kwan 吳汝鈞, *Concepts and Philosophical Methods in Buddhism* 佛教的概念與方法 (修訂本) (Taipei: The Commercial Press, 2000), p 2.

create corresponding manifestations, ideas and actions.⁶⁶ It is the independent *bija* that can themselves initiate the transmutation; and the ripple effect is that other *bija* (like uncommon *bija*) will also start becoming perfumed. In other words, independent *bija* can themselves construct an environment (for example: making new laws) and start transmutation. However, even when all human subjects have independent *bija*, whether the independent *bija* of a subject tend to transmute and whether they are powerful enough after transmutation to outweigh the *bija* which hold opposite views, cannot be preprogrammed, and perhaps is a matter of accident. As every living (including human) subject is different and therefore has a different combination of *bija*, in order to empower and enhance the *bija* which are willing to change, human subjects need non-stop practice in the environment where equality and Non-Insistence are reconstructed and stressed.⁶⁷

The machine of perfume starts with the five senses, *mano-vijnana* and *mana-vijnana*, and finally *alaya-vijnana*; and then *alaya-vijnana*, will in turn influence the seven *vijnana* when energizing them:

1. Five senses → *Krtyanusthana-jnana* (Wisdom of Successful Performance 成所作智): the biological body would be equipped with adequate knowledge, skills and technique which help in abandoning hierarchies and maintaining equality and justice.
2. *Mano-vijnana* → *Pratyaveksana-jnana* (Wisdom of Wonderful Contemplation 妙觀察智): this engineers the emergence of the ability to conduct critical examination and self reflection.⁶⁸ It assists us to explore and respect differences and particularities.
3. *Mana-vijnana* → *Samata-jnana* (Wisdom of Equality 平等性智): This transformation marks the disappearance of the rigid 'I' (i.e. a rigid subjectivity and insistencies) and the wisdom of going beyond the self / others split. It sensitizes human subjects towards equality and justice, and helps in constructing a perspective of equality.⁶⁹ It can see the same emptiness in all being.
4. *Alaya-vijnana* → *Adarsana-jnana* (Wisdom of Great Mirror 大圓鏡

66 Coleman, James William, "Toward a Non-Eurocentric Social Psychology: the Contribution of the Yogacara" 8(1) (2010) *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self Knowledge*, p 101.

67 Ng, Yu-kwan 吳汝鈞, *Concepts and Philosophical Methods in Buddhism* 佛教的概念與方法 (修訂本) (Taipei: The Commercial Press, 2000), p 163-165.

68 Zheng, Shi-yan 鄭石岩, "Vijnanamatra and Psycho-Health" 唯識法門與心理健康 Available at: http://www.unigate.com.tw/print_one.php?paper_16=168 (visited 2 Feb 2004).

69 Taisho Tripitaka Editorial Committee 大藏經刊行委員會, *Vijnaptimatratasiddhi-sastra, Taisho Tripitaka* 大正新修大藏經 (Taipei: XinWenFeng 新文豐, 1985), Chapter 31.

智): This stage means the complete disappearance of *vijnana*. Human subjects reaching this level will ignore all kinds of physical differences and discriminatory strata.⁷⁰

The machinic process of transmutation, as shown above, is complicated and extensive, so the environment must be omnipotent. Ng argues that such an environmental machine should best be the words and teaching of Buddhism. I argue that law, a powerful structure, that respects the powerless and the concept of equality, developed from the Buddhist teaching, can join hands with the preaching of Buddhist principles and formulate a powerful assemblage.⁷¹ If the Consultation Paper and the Bill can create the effect of perfume, like I argue above, certainly law which substantiates the concept of equality can have the same impact in this context. The proposed law can perfume independent *bija*, the *bija* perfumed can create a new *bija* with the same nature, which will then create new law, that is similar (perhaps not identical though) to the nature of the law of the preceding moment. In short, law can turn negative / good desire into positive / bad desire: ‘[d]epending on the seeds [*bija*] of good or evil that have already been planted, various real and concrete good and evil activities occur’.⁷²

This explains why we have to de-age family law soonest – only when age is no longer a definitive factor, can courts and lawyers understand and realize that attributes of human subjects (for example: critical and logical reasoning) have no natural connection with the physical / biological condition, thus destabilizing the imaginary children / immature vs. adults / sophisticated binarism. Moreover, only with such new law, can more *bija* be perfumed and the transmutation of *vijnana* to *jnana* (inadvertently) start, thus recognizing that subjects are psychological illusions, and hence fissuring the rigid binarism and transubstantiating equality among human subjects.

Daoist principle of Actionless: Active elimination of the Fixed Mind

成心:

Lao Zi 老子 and Zhuang Zi 莊子, two profound Daoists, like the poststructuralists and Buddhist philosophers, expose the impossibility of a universal metaphysics. According to Lao Zi and Chuang Zi, *Dao* is the origin of

70 Hung, Te-jen 洪德仁, “Buddhist Doctrine of Equality” 佛教的平等觀, 7 *BeiYe* 貝葉 43, Available at: file://C:\WINDOWS\TEMP\K0N3C66H.htm (visited 27 June 2004).

71 Ng, Yu-kwan 吳汝鈞, *Concepts and Philosophical Methods in Buddhism* 佛教的概念與方法 (修訂本) (Taipei: The Commercial Press, 2000), p 103.

72 Jiang Tao, *Contexts and Dialogue: Yogacara Buddhism and Modern Psychology on the Subliminal Mind* (Honolulu: University of Hawai’i Press, 2006), p 37.

the universe, including humanity, law and society.⁷³ To quote Lao Zi:

The Great *Tao* [*Dao*] flows everywhere.

It may go left or right.

All things depend on it for life, and it does not turn away from them.

大道汜，其可左右。萬物恃之以生而不辭。⁷⁴

Liao (廖咸浩) further elaborates that *Dao* is ‘both an immanence that underlies all beings and the source of all becomings. The relationship between the Tao [*Dao*] and the world can be summarized as: if people in influential positions attains to Tao [*Dao*], the world will become of itself.’⁷⁵ *Dao* is mobile and full of aesthetic creativity; It is always changing and it is always everywhere.⁷⁶ *Dao* also has the power and authority to rule and control. From this perspective, Daoism, like Buddhism, also emphasizes Non-Permanence, the only essentiality in the universe.⁷⁷ If human subjects cannot understand the status and nature of *Dao* rationally, they are not able to *feel* the exercise and nature of *Dao*, and will be suffering from a ‘Fixed Mind’ 成心— Fixed Mind is a product of consciousness, from which human subjects project a self image of well-equipped individuals, who can survive and exist on their own, and are able to therefore leave *Dao* and be independent of *Dao*. Human subjects, with Fixed Minds, firmly believe that they are always correct and perfect, so there is no problem when imposing their own value judgement on others, resulting in the construction of discriminatory social hierarchy. Daoist concept of Fixed Mind, as Wang 王汎森 argues, is hence the equivalent of Buddhist concepts of *mana-vijnana* and related insistencies.⁷⁸

Levelling All Things 齊物論, written by Zhuang Zi, attempts to construct

73 Wang, Ze-ying 王澤應, *ZiRan Yu DaoDe* 自然與道德 (Changsha: HuNan University Press, 2003), p 98; Wang, Qing-jie 王慶節, *Heidegger and a Hermeneutical Interpretation of Confucianism and Daoism* (Beijing: RenMin University Press, 2004), p 149; Fei, Xiao-bing 費小兵, *Research on Lao Zi's Legal Perspective* <老子>法觀念探微 (Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2013), p 4, p 75.

74 *Lao Zi* 老子, Chapter 34. See Chan, Wing-tsit 陳榮捷, *A Source Book in Chinese Philosophy* (Princeton: Princeton University Press, 1963), p 157.

75 Liao, Xiao-ping 廖小平, “Filial Piety and the Moral Situation of Minors in Chinese Culture” (2008) 32 (4) *Journal of Xiangtan University* (Philosophy and Social Sciences), p 129-134.

76 Schwartz, Benjamin, *The World of Thought in Ancient China* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985), p 225.

77 Zhan, Kang 詹康 *Zhenglun zhong de zhuangzi zhutilun* 爭論中的莊子主體論 (Taipei: Xue sheng shuju 學生書局, 2014), p 9.

78 Wang, Fan-sen 王汎森 (2010) *Zhangtaiyan de sixiang* 章太炎的思想 (Taipei: HUA-MU-LAN CULTURE PUBLISHING COMPANY, 2010), p 14; Mou, Zong-san 牟宗三, *Zhuangzi qi wulun yili fenxi* 莊子齊物論義理分析 (Taipei: Bookman Books Co., Ltd., 1999), p 65.

a philosophical framework, by which Fixed Minds can be dissolved; only when all Fixed Minds disappear, multiplicities can be accepted and ultimate equality can be actualized:

Heaven, Earth, and I are simultaneously produced, and the myriad creatures and I are one. 天地與我並生，而萬物與我為一。⁷⁹

The attempt, with what is not even, to produce what is even will only produce an uneven result; the attempt, with what is uncertain, to make the uncertain certain will leave the uncertainty as it was. 以不平平，其平也不平；以不徵徵，其徵也不徵。⁸⁰

In order to eliminate the influence of Fixed Mind, Zhuang Zi suggests that human subjects should go beyond the closure of ‘self’ (not abandonment of ‘self’, as *anātman* proposes), and be receptive towards different and possible connections between the self and others, and the resulting becomings.⁸¹ In the language and linguistic machine of familial legal politics, according to the philosophical perspectives of Zhuang Zi, no one should exploit or impose any perspective on others, and everyone should respect the differences among people and accept the singularities of others on an equal footing.⁸² Going back to the Consultation Paper and the Bill, a Daoist would argue that the new law should not impose any hegemony (i.e. adult-centric socio-legal structure), by privileging the parents / adults over the underage in law suits related to custody, for example: law should make adults (court and parents) listen to the voices of children.

Zhuang Zi 莊子, according to Mou 牟宗三, further elaborates the line of argument that the universe and the common sense world are already full of biases, so human subjects should be ‘actionless’ 无為. ‘Actionless’ does not mean ‘no action’ – contrarily, it means human subjects must take action to put aside (undo) their existing (attached) insistencies / monolithic worldview, a result of consciousness, and merge again with the origin of the universe, i.e. *Dao*: ‘letting things work to their perfection naturally’ without any additional value judgements.⁸³ This however does not mean that human subjects cannot hold any

79 *Chuang Zi*, Available at: http://users.wfu.edu/moran/zhexuejialu/Zhuang_Zi_2.html (Visited 18 April 2014).

80 *Chuang Zi* 莊子 · 列禦寇, Chapter 32. Available at: <http://nothingistic.org/library/chuangtzu/chuang49.html> (visited 14 May 2006).

81 Wang, You-ru, *Linguistic Strategies in Daoist Zhuangzi and Chan Buddhism* (London: RoutledgeCurzon, 2003), p 40-42.

82 Wang, Qing-jie 王慶節, *Heidegger and a Hermeneutical Interpretation of Confucianism and Daoism* (Beijing: RenMin University Press, 2004), p 144.

83 Koller, John, *Asian Philosophies*, (New Jersey: Prentice Hall, 4th edn, 2002), p 288; also see Mou, Zong-san 牟宗三, *Zhuangzi qiwulun yili fenxi* 莊子齊物論義理分析, (Taipei: Bookman Books Co., Ltd., 1999), p 46.

viewpoints or make any decisions, but they have to admit that there is an absence of a single and universal paradigm which can be applied in all circumstances. Human subjects, therefore, according to Liao, should therefore ‘relinquish the goal-oriented or destination-bound mindset...and “settle oneself in one action”’. For only then can they see “the unadorned nature of things””.⁸⁴ Applying this theory in analyzing the Consultation Paper and the Bill, we can therefore ask, if age has nothing to do with human attributes, then should age be a kind of ambivalent insistency which should be undone?

Mou also uses the principle of ‘actionlessness’ in analyzing our understanding of the human body – with the concept of fixed mind, human subjects always want to know and locate the authentic understanding of the body. But the body is simply a lump sum of different organs, and the importance and vitality of organs depends on our changing and contextual understanding and evaluation of them. So, is there really any authentic understanding?⁸⁵ This perspective echoes perfectly with the Deleuzean BwO. Embedding the principle of actionlessness in investigating the family law reform proposal, we can then argue that Daoists would also agree with the strategy of deageization, by which law can be made simpler, by not privileging a particular set of ideologies and age-related politics, i.e. an adult-centric socio-legal structure.

Conclusion: addressing the needs and rights of the individual, not adults or children

Juxta-positioning the theories constructed by Deleuze, Žižek, Buddhism and Daoism, we can understand why any philosophy insisting on a universal metaphysic (including opposite-sex marriage and adult hegemony) is doomed to failure. It is impossible to have a forever-unchanged concept that can remain unmutated. But whether the destabilization can be complete and successful depends on whether a sufficiently critical and meticulous strategy can be devised and designed. It is in this context where I again propose that legal deageization is a possible stratagem. The approach in fact is very simple and straightforward: law should not control or consider the elements and factors that it can never define – the desexualization of marriage law and law controlling sexual assault are other

84 Liao, Xiao-ping 廖小平, “Filial Piety and the Moral Situation of Minors in Chinese Culture” (2008) 32 (4) *Journal of Xiangtan University (Philosophy and Social Sciences)*, p 129-134.

85 Mou, Zong-san 牟宗三, *Zhuangzi qiwulun yili fenxi* (莊子齊物論義理分析) (Taipei: Bookman Books Co., Ltd., 1999), p 37.

examples, which I have explored and discussed elsewhere.⁸⁶ De-aging law means that law, including family law and law controlling the custody of children, should put the focus on the needs and rights of individuals. This approach is partially accepted by the European Court of Human Rights, where comparison of human rights, not welfare principles, is used as the ultimate principle, which in the eyes of academics, means that the right to pursue children's vision of a good life should be privileged:⁸⁷

Children are individual citizens, and governments have a moral obligation to recognize their human rights.⁸⁸

This also implies that fairness, within a familial interpersonal network, should be addressed – and that the dignity and self determination of both adults and children must be respected.⁸⁹ Children in a family should no longer be defined with reference to age, but by their positions within the interpersonal network.

In addressing the agency of transformation / revolution in this article, I suggest that children themselves have the agency and power to start the change. Like the lumpenproletariat, as McMillan suggests, children are positioned at the margin of the (socio-familial-legal) rhizome, and cannot be ignored, as they are always the topic of legal arguments. Children, like LesBiGay and Transgender, who are also peripheralized, are powerful enough to bring different transmutations to family law – for example, Transgender have the right to form legally-recognized erotic partnerships / families and can be quality parents: the Hong Kong Bar Association, when responding to the Consultation Paper and the Bill, pointed out that the Bureau failed to recognize the marital rights of transgender (recognized

86 Chiu, Man-chung, “Beyond colonialism: osmotic reconstruction of gender / sexual justice” (2009)

10(3) *Inter-Asia Cultural Studies*, p 399-421;

Chiu, Man-chung, “Going Beyond Globalization and Localization: Articulating a Theory of Justice in Han-Chinese Culture” (2010) 21 *Law and Critique*, p 93-110;

Chiu, Man-chung, “Un/Controlling Desire, Becoming Others: Negotiating Justice in the Hong Kong milieu of Mainland Pregnant Women Influx” (2012) 3(3) *Beijing Law Review*, p 92-102;

CHIUI, Man-chung (ed) “Resisting and Reproducing: Reconstructing the matrix of sexual politics in Greater China and Singapore” (2015) 15.2 *Reconstruction*.

87 *Re S (A Child)* (Identification: Restrictions on Publications) [2005] 1 AC 593. Please also see Choudhry, Herring and Wallbank, “Welfare, rights, care and gender in family law” in Wallbank, Julie; Choudhry, Shazia and Herring, Jonathan (eds) *Rights, Gender and Family Law* (London and New York: Glasshouse, 2010), p 5.

88 Seneviratne, Mary (2001) ‘Ombudsman for Children’ 23(2) *Journal of Social Welfare and Family Law* 219-221, 217.

89 Ribot, “How much Family Conduct do we need to Regulate through Family Law?” in Maclean, Mavis and Eekelaar, John (eds), *Managing Family Justice in Diverse Societies* (Oxford: Hart, 2013), p 289.

in *W v. Registrar of Marriages*),⁹⁰ which means that they could be parents and have children.⁹¹

But what is the next step after de-aging family law? If children cannot express and construct their views in a legal discourse effectively and accurately, how can adult-centric courts make acceptable and just judgements? No strategy can be implemented effectively without affecting others and being affected.⁹² Adults, not only children, must take part in implementing the strategy. A successful deageaization policy, accordingly, will not only have an impact on children, but on parents / adults, and it will start with legal assemblages and will impact everyone. How people react will certainly affect the influences and consequences of the policy, which will then start deterritorializing the temporary connections between the law and related stakeholders, acting to replace age as the Master Signifier and constructing a possibility to construct a new Master Signifier.

As I argue above, the machinic process starts with becoming children, which means having to unlearn ‘becoming adults’ (for example: giving up the privileges enjoyed by adults); so, if children are not capable of articulating their positions in a court room or other legal context, it is not for them to have to learn the legal language, or receive assistance. Adult judges and lawyers should also be trained and assisted by different professionals (for example: psychologists and counselors) so that they can understand the language and views of children. While the children’s view will be translated and mediated to the court, can the court also make sure that the discussion and the decision will be translated fully for the children affected? Becoming children thus is not merely empowering the underage (though this is not an either-or dichotomy), but becoming powerless. It does not simply mean listening to children but, when deciding their future, the court is becoming children, take into account their concerns, assume their perspectives, and balance their rights with those of others when making decisions. The best practice example lies in Belgian law, that respects the rights of people under 18 in relation to Euthanasia, the first such case being tried in 2016.⁹³

90 *W v Registrar of Marriages* (2013) 16 HKCFAR 112.

91 Hong Kong Bar Association, Response paper “Response on Children Proceeding (Parental Responsibility) Bill” (Hong Kong: Hong Kong Bar Association, 2016), para 12, 13. Available at: <http://www.hkba.org/sites/default/files/Children%20Proceedings%20%28Parental%20Responsibility%29%20%20Bill%20-%2024%204%2016%20%28final%29.pdf> (visited 3 September 2016).

92 Massumi, Brian, *Politics of Affect* (Cambridge, United Kingdom: Polity, 2015), Ix; Nail, Thomas *Returning to Revolution: Deleuze, Guattari and Zapatismo* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2015) p 127.

93 Available at: http://news.mingpao.com/pns/dailynews/web_tc/article/20160918/s00014/1474133961844 (visited 18 September 2016).

Two laws have been passed in Greater China, signifying the first time in the respective jurisdictions' history that a legal effort has been made to tackle and control family violence on the mainland: these are the Anti-Domestic Violence Law in Mainland China (enacted in 2015) and the Law on Preventing and Combating Domestic Violence in Macao (enacted in 2016). While the former does not put any emphasis on the protection of children, the latter contains a number of articles (articles 3(1), 6, 14(2), 16(1), 18(3)(1) and 24(4)) which address the case of child victims particularly. While the approach adopted by the Mainland Chinese has been criticized,⁹⁴ the foci of the law are put on the levels of violence involved and on the weakness of the victims: articles 16, 21 and 23 offer examples of the different court orders and approaches that could be adopted in response to different levels of seriousness of violence. From the perspective of deageization, the fact that the Mainland Chinese Law does not use 'age' as a reference perhaps is a good starting point, but the question is: do the courts provide sufficient and adequate mechanisms by which the voices and will of children can be presented and listened? The Macao law, on the other hand, in providing different kinds of protection, may be able to offer better all-round protection, perhaps, because of the singular situation in Macao. Although becoming a child underpins any framework for bringing equality before the law for children, how the strategy is devised and realized depends on the particular context, and there is an absence of a universal timeline.

References

English

Blaagaard, Bolette and Van Der Tuin, Iris (eds), *The Subject of Rosi Braidotti: Politics and Concepts* (United Kingdom: Bloomsbury, 2014) p 85.

Braidotti, Rosi (ed) *After Poststructuralism: Transitions and Transformation* (Durham: Acumen, 2010), p 229.

Braidotti, Rosi, *The Posthuman* (Cambridge, UK: Polity Press, 2013), p 140.

Braidotti, Rosi, Hanafin, Patrick and Blaagaard, Bolette (eds) *After Cosmopolitanism* (New York: Routledge, 2013), p 15.

Braidotti, Rosi and Dolphijn, Rick (eds), *This Deleuzian Century* (Leiden: Brill, 2014), p 30.

Braidotti, Rosi, *Transpositions* (Cambridge, United Kingdom: Polity,

94 "Expert Suggestion: an independent chapter on special protection for the underage" (tran., 專家建議：應設專章強調未成年人特殊保護) Available at: <http://npc.people.com.cn/BIG5/n/2015/0507/c14576-26962900.html> (visited 8 Sept 2016).

2006), p 77, p 169.

Butler, Judith; Laclau, Ernesto and Žižek, Slavoj, *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left* (London and New York: Verso, 2000), p 123-124.

Chiu, Man-chung, “Beyond colonialism: osmotic reconstruction of gender / sexual justice” (2009)10(3) *Inter-Asia Cultural Studies*, p 399-421.

Chiu, Man-chung, “Going Beyond Globalization and Localization: Articulating a Theory of Justice in Han-Chinese Culture” (2010) 21 *Law and Critique*, p 93-110.

Chiu, Man-chung (ed) “Resisting and Reproducing: Reconstructing the matrix of sexual politics in Greater China and Singapore” (2015) 15.2 *Reconstruction*.

Chiu, Man-chung, “Un/Controlling Desire, Becoming Others: Negotiating Justice in the Hong Kong milieu of Mainland Pregnant Women Influx” *Beijing Law Review*, 3(3) (2012) p 92-102.

Chuang Zi, Chapter 32.

Coleman, James William, “Toward a Non-Eurocentric Social Psychology: the Contribution of the Yogacara” *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self Knowledge*, 8(1) (2010), p 101, p 102, p 103.

De Sutter, Laurent (ed) (2015) *Zizek and Law* New York: Routledge

Dean, Jodi, *Žižek’s Politics* (New York: Routledge, 2006), p 12.

Devenney, Mark, *Žižek’s Passion for the Real* (New York and London: Continuum, 2007)

Diduck, Alison and O’Donovan, Katherine (eds), *Feminist Perspectives on Family Law* (New York: Routledge-Cavendish, 2006), p 69.

Gashé, Rodolphe, *Géophilosophy: On Gilles Deleuze and Félix Guattari’s What Is Philosophy?* (Evanston, IL: Northwestern University Press, 2014), p 19.

Gielen, Pascal (ed) *No Culture, No Europe: On the Foundation of Politics* (Amsterdam: Valiz, 2015).

Gillespie, Alisdair, *Child Pornography: Law and Policy* (New York: Routledge, 2011).

Gross, Rita, *Buddhism after Patriarchy: A Feminist History, Analysis and Reconstruction of Buddhism* (Delhi, India: Sri Satguru, 1993), p 158.

Guattari, Felix and Rolnik, Suely (trans., Clapshow, Karel and Holmes, Brian) *Molecular Revolution in Brazil* (London: Semiotext(e), 2008), p 258.

Hamza, Agon (ed) *Repeating Žižek* (Durham and London: Duke University Press), p 232.

Holland, Eugene, *Deleuze and Guattari’s A Thousand Plateau* (London and New York: Bloomsbury, 2013), p 8-9, p 94, p 100.

Holland, Eugene, *Deleuze and Guattari’s Anti-Oedipus Introduction to*

Schizoanalysis (London and New York: Routledge, 1999), p 93, p 19.

Hong Kong Bar Association, Response paper *Response on Children Proceeding (Parental Responsibility) Bill* (Hong Kong: Hong Kong Bar Association, 2016), para 12, para 13, para 47.

Jiang Tao, *Contexts and Dialogue: Yogacara Buddhism and Modern Psychology on the Subliminal Mind* (Honolulu: University of Hawai'i Press, 2006), p 37.

Koller, John, *Asian Philosophies*, (New Jersey: Prentice Hall, 4th edn, 2002), p 222.

Kyabgon, Traleg, *Karma* (Boston and London: Shambhala, 2015), p 9.

Labour and Welfare Bureau, Consultation paper titled *The Proposed Legislation to Implement the Recommendations of the Law Reform Commission Report on Children Custody and Access* (Hong Kong: Printing Department, 2015).

Law Society of Hong Kong, Response paper *The Proposed Legislation to Implement the Recommendations of the Law Reform Commission Report on Child Custody and Access: Submissions*. (Hong Kong: Law Society of Hong Kong, 2016), para 7, para 13, para 48.

Lorraine, Tamsin, *Deleuze and Guattari's immanent ethics* (New York: State University of New York Press, 2011), p 67.

Lynch, Katherine and Scully-Hill Anne (eds) *International Perspectives on Disputes about Children and Child Protection* (Hong Kong: The Chinese University of Hong Kong Press, 2015), p 20, p 27, p 28.

Maclean, Mavis and Eekelaar, John (eds), *Managing Family Justice in Diverse Societies* (Oxford: Hart, 2013), p 289.

Massumi, Brian, *Politics of Affect* (Cambridge, United Kingdom: Polity, 2015), ix.

McMillan, Chris, Žižek and Communist Strategy (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012), p 102, p 138.

Nail, Thomas, *Returning to Revolution: Deleuze, Guattari and Zapatismo* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2015), p 127.

Paul Bowman (Editor) and Richard Stamp (Editor), *The Truth of Žižek* (New York and London: Continuum, 2007), p 64-81.

Powers, John (trans.), *Wisdoms of Buddha: Samdhinirmocana-sutra* (Berkeley: Dharma Publishing, 1995).

Rickert, Thomas, *Acts of Enjoyment: Rhetoric, Žižek, and the Return of the Subject* (Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press, 2007), p 20.

Safran, Jeremy (ed), *Psychoanalysis and Buddhism: An Unfolding Dialogue* (Boston, MA: Wisdom Publication, 2003), p 23.

Schwartz, Benjamin, *The World of Thought in Ancient China* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985), p 225.

Schuster, Aaron, *The Trouble with Pleasure: Deleuze and Psychoanalysis* (London: The MIT Press, 2016), p 93, p 157, p 167, p 171.

Seneviratne, Mary (2001) ‘Ombudsman for Children’ 23(2) *Journal of Social Welfare and Family Law* 219-221, 217.

Sharpe, Matthew and Boucher, Geoff, Žižek and Politics: An Critical Introduction (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2010), p 185.

Smith, Rhona & Van Den Anker, Christien (eds) *The Essentials of Human Rights* (Spain: Hodder Arnold, 2005), p 25.

Stockton, Kathryn Bond, *The Queer Child* (Durham and London: Duke University Press, 2009), p16, p 40- 41.

Wallbank, Julie; Choudhry, Shazia and Herring, Jonathan (eds) *Rights, Gender and Family Law* (London and New York: Glasshouse, 2010), p 5.

Wang, Qing-jie, *Heidegger and a Hermeneutical Interpretation of Confucianism and Daoism* (Beijing: RenMin University Press, 2004), p 144.

Wang, You-ru, *Linguistic Strategies in Daoist Zhuangzi and Chan Buddhism* (London: RoutledgeCurzon, 2003), p 40-42.

Wells, Charles, *The Subject of Liberation* (New York: Bloomsbury, 2014).

Žižek, Slavoj, *Event* (London: Penguin, 2014), p 26, p 78.

Žižek, Slavoj, “From Politics to Bio politics...and Back” (2004b), 103 (2/3) “The South Atlantic Quarterly” 511.

Žižek, Slavoj, *Iraq: The Borrowed Kettle* (London: Verso, 2004c), p121.

Žižek, Slavoj, *The Ticklish Subject: The Absent Center of Political Ontology* (London: Verso, 1999), p 374.

Žižek, Slavoj, *Disparities* (London: Bloomsbury, 2016).

Chinese

Chuang Zi, Chapter 32. (莊子 · 列禦寇)

“Expert Suggestion: an independent chapter on special protection for the underage” (tran., 專家建議：應設專章強調未成年人特殊保護) Available at: <http://npc.people.com.cn/BIG5/n/2015/0507/c14576-26962900.html> (visited 8 Sept 2016).

Fei, Xiao-bing (費小兵), *Research on Lao Zi’s Legal Perspective* (<老子>法觀念探微) (Beijing: China University of Political Science And Law Press, 2013), p 4, p 75.

Hung, Te-jen (trans., 洪德仁), “Buddhist Doctrine of Equality” (trans., 佛教的平等觀), 7 BeiYe (貝葉) 43. Available at: file://C:\WINDOWS\TEMP\K0N3C66H.htm (visited 27 June 2004).

Lao Zi (老子), Chapter 34. See Chan, Wing-tsit (陳榮捷), *A Source Book in Chinese Philosophy* (Princeton: Princeton University Press, 1963), p 157.

Liao, Xiao-ping (廖小平), “Filial Piety and the Moral Situation of Minors

in Chinese Culture” (2008) 32 (4) Journal of Xiangtan University (Philosophy and Social Sciences), p 129-134.

Mou, Zong-san (牟宗三), *Zhuangzi qi wulun yili fenxi* (莊子齊物論義理分析) (Taipei: Bookman Books Co., Ltd., 1999), p 37, p 46, p 65.

Ng, Yu-kwan (吳汝鈞), *Concepts and Philosophical Methods in Buddhism* (佛教的概念與方法(修訂本)) (Taipei: The Commercial Press, 2000), p 2, p 101, p 103, p 106, p 108, p 163-165.

Taisho Tripitaka Editorial Committee (trans. 大藏經刊行委員會), *Vijnaptimatratasiddhi-sastra, Taisho Tripitaka* (大正新修大藏經) (Taipei: XinWenFeng (新文豐), 1985), Chapter 31.

Wang, Fan-sen (王汎森) (2010) *Zhangtaiyan de sixiang* (章太炎的思想) (Taipei: HUA-MU-LAN CULTURE PUBLISHING COMPANY, 2010), p 14.

Wang, Qing-jie (王慶節), *Heidegger and a Hermeneutical Interpretation of Confucianism and Daoism* (Beijing: RenMin University Press, 2004), p 149.

Wang, Ze-ying (王澤應), *ZiRan Yu DaoDe* (自然與道德) (Changsha: HuNan University Press, 2003), p 98.

Yang, Wai-zhong (杨维中), *A Research of the Nature of Mind of Chinese Buddhism* (trans., 中国佛教心性论研究) (Beijing: Religious Culture (宗教文化), 2007), p 288.

Zhan, Kang (詹康) *Zhenglun zhong de zhuangzi zhutilun* (爭論中的莊子主體論) (Taipei: Xue sheng shuju (學生書局), 2014), p 9.

Zheng, Shi-yan (鄭石岩), “Vijnanamatra and Psycho-Health” (trans., 唯識法門與心理健康). Available at: http://www.unigate.com.tw/print_one.php?paper_16=168 (visited 2 Feb 2004).

Zhuang Zi (莊子), Available at: http://users.wfu.edu/moran/zhexuejialu/Zhuang_Zi_2.html (Visited 18 April 2014).

DEVERES CONJUGAIS, OS DEVERES DE FIDELIDADE E DE COABITAÇÃO EM ESPECIAL: UMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO

Paula Correia

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: O trabalho que a seguir se apresenta consiste numa breve análise dos deveres que reciprocamente vinculam os cônjuges no âmbito dos efeitos pessoais emergentes do casamento, mediante a comparação entre os regimes jurídicos vigentes em Macau e no continente Chinês.

Palavras-chave: Deveres conjugais; deveres familiares; dever de acordar sobre a orientação da vida em comum; dever de fidelidade; dever de coabitação; dever de respeito; dever de cooperação; dever de assistência.

1. Introdução

Le coeur du mariage ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité, afirmava Jean Carbonnier em 1994. É certo que, de então para cá, perante o movimento crescente rumo à dissociação entre sexualidade e procriação, a asserção perdeu o seu peso inicial. Ainda assim cremos que o seu sentido essencial permanece, na medida em ela nos remete para os deveres conjugais que radicam na intimidade sexual do casal, nos quais a presunção *pater is est* encontra o seu fundamento último¹. Na verdade, de entre as várias obrigações conjugais, os

¹ Aquilo que designamos por “presunção forte” [art. 1685.º do Código Civil de Macau (CCM)], porém já não a presunção justiniana, uma “presunção fraca” com fundamento num *favor matrimonii* (art. 1687.º do CCM). Para mais desenvolvimentos, Paula Nunes Correia, *La Présomption de Paternité: Comparaison entre le Droit Belge et le Droit Portugais*, in *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Institut Belge de Droit Comparé, 80^e année, premier

deveres de coabitação e de fidelidade são os únicos necessariamente centrados no relacionamento íntimo do casal, constituindo, eles sim, a essência do casamento, não sendo, por isso, passíveis de ser confundidos com outros deveres familiares, como parece, de certa forma, resultar no âmbito do Direito Chinês, conforme explicaremos mais adiante.

2. Efeitos Pessoais do Casamento: Deveres Conjugais. Os Deveres de Fidelidade e de Coabitação, em especial

O casamento, enquanto estado (no sentido do regime associado à qualidade de casado que se adquire com o casamento)², esgota-se nos efeitos que dele decorrem, sejam de natureza pessoal ou patrimonial. Os deveres conjugais emergentes do casamento integram, por sua vez, uma parte fundamental dos efeitos pessoais³ do casamento.

Vamos, de seguida, apresentá-los no âmbito do Direito de Macau e do Direito Chinês, respectivamente.

2.1 No contexto do Direito vigente na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM)

Em sede de efeitos matrimoniais governam dois princípios: igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e direcção conjunta da família [art. 1532.º, n.º 1 e 2 do Código Civil de Macau (CCM)⁴].

O princípio fundamental da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, embora já previamente consagrado, só se tornou realidade a partir da Reforma de 1977⁵, enterrando-se, desde então e para sempre, o denominado poder marital.

trimestre 2003, Bruylant, Bruxelles, pp. 43-91.

2 Neste sentido, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª edição, Almedina, 2016, p. 368.

3 Embora os deveres conjugais sejam, normalmente, analisados no âmbito dos efeitos pessoais do casamento, a sistematização não é rigorosa. Na verdade, com excepção dos deveres de fidelidade e de coabitação, podem estar, ou estão efectivamente em causa também efeitos de natureza patrimonial. Neste sentido, ainda Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, pp. 377-391 e pp. 370 e 392.

4 Daqui para a frente os artigos citados, salvo indicação em contrário, pertencem ao CCM, vigente no território a partir de 1 de Novembro de 1999.

5 Introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25-11, publicado no Boletim Oficial de Macau (BOM), em Suplemento, no dia 13 de Abril de 1978. Na verdade, o diploma em causa, dando cumprimento ao objectivo de ajustar o Código Civil à Constituição Portuguesa de 1976 em matérias de direitos, liberdades e garantias, o mínimo por ela exigido, conforme se pode ler no seu preâmbulo, veio introduzir importantes modificações no Direito Civil, sendo que “foi no domínio do direito da família que os novos princípios proclamados pela Constituição impuseram

A Lei Básica de Macau (LBM) limita-se a enunciar o princípio geral da igualdade de todos (os residentes de Macau) perante a lei, sem discriminação em razão de nacionalidade, ascendência, raça, sexo, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução e situação económica ou condição social (art. 25.º). Já o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) determina que “[o]s Estados Partes no presente Pacto tomarão as medidas necessárias para assegurar a igualdade dos direitos e das responsabilidades dos esposos em relação ao casamento, durante a constância do matrimónio e aquando da sua dissolução” (art 23.º, n.º 4).

O princípio da direcção conjunta da família, de natureza imperativa, decorre do princípio da igualdade dos cônjuges, compreendendo o dever de os cônjuges acordarem sobre a orientação da vida em comum, tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro (art. 1532.º, n.º 2). Esta obrigação, de natureza pessoal, vincula ambos os esposos de idêntico modo, devendo acrescentar-se aos cinco deveres catalogados no preceito seguinte⁶. O acordo, geralmente tácito, deve incidir sobre a orientação da vida em comum, não sobre a sua execução, nem sobre a vida privada de cada um dos cônjuges. A natureza jurídica do acordo é porém controversa, sendo dominante a tese da sua qualificação como negócio jurídico. Todavia, atento o carácter pessoal das obrigações em causa, está afastada a possibilidade da sua execução em forma específica, podendo, além disso, operar-se a revogação unilateral do dito acordo, por qualquer dos cônjuges e a todo o tempo⁷. Em caso de desacordo sobre a orientação a dar à vida em comum, a intervenção judicial só é admitida em situações excepcionais^{8/9}.

alterações mais vastas e profundas”, constatando-se as alterações mais significativas “no domínio dos efeitos do casamento”. Veja-se ainda a Lei de Bases da Política Familiar (Lei n.º 6/94/M, de 1 de Agosto, arts. 1.º, n.º 1 e 2, n.º 2). No entanto, segundo opina Jorge Duarte Pinheiro, o princípio da igualdade dos cônjuges não é “um mero símbolo da Revolução de 25 de Abril de 1974 no Direito da Família”, constituindo antes “uma trave mestra do casamento ocidental moderno” (*op. cit.*, p. 371).

- 6 Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família, vol. I, Introdução, Direito Matrimonial*, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 400.
- 7 Neste sentido, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, sem prejuízo de a revogação do acordo, verificadas que sejam certas circunstâncias, poder constituir um “*abuso de direito* que responsabilize o cônjuge que o revogou”, *op. cit.*, 5.ª edição, 2016., pp. 404-405. Em sentido idêntico, Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, pp. 372-373. Segundo o autor, estes acordos estão “submetidos a um regime particular de modificação e extinção, menos rígido do que o regime geral: não têm que ser acatados por um cônjuge sempre que determinem o sacrifício irrazoável dos seus interesses individuais ou que não prossigam o bem da família” (*op. cit.*, p. 373).
- 8 Não nos esqueçamos que estamos no âmbito das relações pessoais entre os cônjuges. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 5.ª edição, 2016., pp. 405-406.
- 9 Uma dessas situações encontra-se prevista no art. 1534.º, n.º 3, na ocorrência de desacordo sobre a fixação ou alteração da residência da família, caso em que, pela necessidade e urgência na

Para além deste, os outros deveres que, recíproca e explicitamente¹⁰, vinculam os cônjuges no âmbito dos efeitos pessoais do casamento constam do art. 1533.º, como segue: deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Passemos à sua análise, segundo a ordem por que vêm enunciados pelo legislador.

Aos direitos de personalidade, na medida em que são direitos absolutos, contrapõe-se um dever geral (uma obrigação universal) de respeito. Complementarmente, cada um dos cônjuges encontra-se, especialmente, vinculado a respeitar os diferentes modos de ser da pessoa do outro¹¹.

solução do diferendo, o tribunal decidirá, a requerimento de qualquer dos cônjuges. *Vide infra*.

10 A enunciação não é taxativa. Para além dos deveres explícitos enunciados nos arts. 1532.º, n.º 2 e 1533.º, existem deveres implícitos. Neste sentido, Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões* (policopiadas), Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016, pp. 554-555.

11 Concordantemente, Jorge Duarte Pinheiro refere que o dever conjugal de respeito se trata de uma “especificação de um dever geral”. Porém, enquanto tal, “o dever conjugal de respeito encerra (...) uma particularidade: se, por um lado, não obstante o casamento, garante a vigência dos direitos individuais, pessoais ou patrimoniais, por outro, limita o respectivo exercício em função da preservação da vida em comum. Ao cônjuge não é lícito agir sistematicamente como se estivesse sozinho. Em várias circunstâncias, o estado de casado exige a um cônjuge que seja prudente no exercício dos seus direitos gerais” (*op. cit.*, p. 378).

Aproveitamos ainda a oportunidade para, desde já, esclarecer que na relação jurídica conjugal, aos deveres conjugais que vinculam, reciprocamente, ambos os cônjuges no lado passivo da respectiva relação, correspondem direitos subjectivos (propriamente ditos, bem entendido) no lado activo da mesma relação, não se tratando de poderes-deveres ou poderes funcionais, como pretendem alguns autores (designadamente Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões*, 3.ª edição, 2016, pp. 21-23). São, porém, direitos subjectivos “peculiares”, uma vez que, sendo embora direitos relativos, e desta feita diversamente dos direitos de crédito, são “direitos de comunhão”, “instrumentos concedidos para a realização da finalidade do casamento”. “O cônjuge pode optar entre o exercício ou o não exercício”, característica que, claramente, o demarca de um poder-dever, todavia “quando decida agir tem de proceder de forma a criar, manter e aprofundar os laços de comunhão de vida com o outro”. Quer isto dizer que, tratando-se de direitos subjectivos relativos, são “especialmente marcados por uma vertente funcional comunitária”, o que faz deles direitos subjectivos “peculiares” (Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, pp. 392-393). Para além da “acentuada funcionalidade”, o autor enuncia outras características dos direitos conjugais: “têm carácter estatutário, durabilidade virtual e carácter *erga omnes*; são típicos, indisponíveis e gozam de uma tutela comum” (*op. cit.*, p. 393).

Relativamente ao seu carácter *erga omnes*, Jorge Duarte Pinheiro defende que “os terceiros estão obrigados a não contribuir para o incumprimento ou para a impossibilidade de cumprimento dos deveres dos cônjuges”, citando a propósito uma “recente decisão judicial portuguesa” (Acórdão do STJ de 26/05/2009) “que concedeu a um cônjuge um direito a indemnização contra terceiro por danos não patrimoniais associados ao acidente de viação que levou à impotência sexual do outro”, considerando que “o acto ilícito de terceiro que impossibilita uma pessoa casada de ter relações sexuais viola direitos de duas pessoas que são eficazes *erga omnes*: o direito à integridade física, de que é titular a ‘vítima principal’, e o direito de coabitação sexual, pertencente ao cônjuge da vítima da lesão corporal” (*op. cit.*, pp. 393 e 397).

Estamos ainda de acordo com o autor quando afirma que aos direitos conjugais se aplica a

Em que consiste o dever conjugal de respeito¹²? Pois bem, no limite, a violação de qualquer um dos outros deveres conjugais constitui, também, um desrespeito pela pessoa do outro cônjuge. Assim sendo, o conteúdo do dever de respeito apresenta-se-nos com um âmbito residual, podendo considerar-se violado quando o comportamento em causa não tiver infringido, directa e autonomamente, nenhum dos outros deveres conjugais¹³.

O dever de respeito tanto assume um sentido negativo, como positivo. Enquanto dever de abstenção, de *non facere*, significa, desde logo, a obrigação de não violar, de modo directo, as várias facetas da personalidade do outro cônjuge, designadamente a sua integridade física e psíquica, liberdade, honra, privacidade. O cônjuge que humilha o outro ou que viola a sua correspondência, por exemplo, infringe o dever de respeito. Mas significa ainda o dever de se abster de comportamentos susceptíveis de afectar ou ofender a pessoa do outro cônjuge, de forma indirecta: o cônjuge que maltrata os filhos ou outros familiares, viola (também) o dever conjugal de respeito; aquele que se conduz publicamente de forma indecorosa, viola o dever de respeito devido ao outro cônjuge (por ofensa do seu direito à honra, desta feita enquanto projecta externamente uma imagem de pessoa casada¹⁴).

Na sua vertente positiva, o dever de respeito significa, essencialmente, o dever de adoptar comportamentos que expressem respeito, deferência, interesse pelo outro cônjuge como pessoa e pela família que com ele constituiu. O cônjuge que pura e simplesmente ignora o outro ou a família, viola o dever de respeito.

Já o dever de fidelidade tem um conteúdo estritamente negativo, obrigando cada um dos cônjuges a ser leal para com o outro mediante a abstenção de relações sexuais com terceiros, consumadas (infidelidade consumada ou material) ou

garantia comum, não se tratando portanto de uma garantia frágil (tal como defende também Jorge Augusto Pais de Amaral, *op. cit.*, pp. 22-23), “cumulável com uma tutela especificamente familiar” (Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 394). Para mais desenvolvimentos acerca desta e das demais características enunciadas dos direitos conjugais, Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, pp. 392-398.

- 12 Sobre o conteúdo e violação do dever de respeito, *vide* ainda Acórdão do TUI, de 8 de Julho de 2011 (Processo n.º 28/2011).
- 13 Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 5.ª edição, 2016, pp. 409-410. Manuel Trigo, *op. cit.*, p. 571. Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 378. Jorge Augusto Pais de Amaral considera-o “o mais importante dos deveres conjugais”, sendo que “na sua amplitude não seria difícil incluir todos os restantes” (*op. cit.*, p. 107). Paula Nunes Correia: *Marriage in China within the Civil Law – Marriage in Macau*, in *Cadernos de Ciência Jurídica*, vol. 1, 2005, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, pp. 83-84; *Basics on Macanese Matrimonial Finances*, in *Pravni Život – Legal Life, Journal for Legal Theory and Practice of The Jurists Association of Serbia – 10/2008*, volume II, Belgrado, Sérvia, pp. 291-292; *Matrimonial Finances in the Context of the Macanese Legal System: General Principles and Issues*, in *Family Finances*, Bea Verschraegen (ed.), Jan Sramek Verlag (pub.), Wien, Austria, 2009, pp. 418-421.

14 Chamemos-lhe honra conjugal.

apenas tentadas, quer sejam de natureza heterossexual ou homossexual. Para além disso, uma ligação íntima de um dos cônjuges com outra pessoa que faça supor a existência de relações sexuais entre ambos, apesar da inexistência das mesmas nem sequer na forma tentada, constitui ainda violação do dever de fidelidade (infidelidade moral)¹⁵. Contudo, quando assim se não entenda, sempre haverá, residualmente, violação do dever de respeito. Do exposto resulta que o adultério¹⁶ constitui uma inequívoca violação do dever de fidelidade, é mesmo “a violação mais grave desta obrigação”¹⁷, porém sem esgotar outras possibilidades, segundo o nosso entendimento¹⁸.

A vinculação ao dever de fidelidade implica uma autolimitação do direito à liberdade, designadamente enquanto liberdade sexual na sua manifestação positiva (arts. 67.º, 69.º, 72.º e 1533.º)¹⁹. Apesar disso, ninguém pode ser coagido à fidelidade pela força, sem prejuízo das sanções a que haja lugar (*nemo praecise ad factum cogi potest* – art. 72.º, n.º 5) que, presentemente, assumem natureza

15 A admissibilidade de uma relevância positiva do dever de fidelidade é, porém, defendida por alguns autores. Manuel Trigo, designadamente, entende este dever ainda como um dever de sinceridade, como um especial dever de lealdade que vincula cada um dos cônjuges a informar o outro acerca da “infidelidade comprometedora da possibilidade e de exigibilidade de vida em comum” (*op. cit.*, p. 559). Salvo o devido respeito, permitimo-nos duvidar da juridicidade de um tal dever de informação, excepto na medida em que o mesmo consubstancie uma violação do dever de respeito, bem entendido.

16 Por adultério costuma entender-se a prática de relações sexuais consumadas (elemento objectivo) com outra pessoa que não o cônjuge. Todavia, a existência da “intenção ou, pelo menos, a consciência de violar o dever de fidelidade” (elemento subjectivo) integra ainda o conceito. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 5.ª edição, 2016., pp. 411-412. O cônjuge, vítima de um crime de violação [art. 157.º do Código Penal de Macau (CPM)], não comete adultério, não infringe o dever de fidelidade, bem entendido. Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos definem adultério como a “manutenção de relações sexuais consumadas entre um dos cônjuges e terceira pessoa” [*A Comunidade Familiar, in* Textos de Direito da Família, Guilherme de Oliveira (coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 14-15].

17 Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *op. cit.*, p. 14.

18 Para Jorge Duarte Pinheiro, “o dever de fidelidade resume-se à proibição do adultério. O alegado dever de fidelidade moral está directamente associado ao dever de não ‘injuriar’, ao domínio mais restrito do dever conjugal de respeito, onde se enquadra”, acrescentando que “a construção da fidelidade moral”, dominante na doutrina portuguesa, “foi importada do direito francês, ordenamento que a criou para superar a falta de consagração legal de um dever conjugal nominado de respeito” (*op. cit.*, p. 380 e nota 794). Porém, o autor considera que, para este efeito, o adultério “compreende todos os actos sexuais realizados com outra pessoa que não o cônjuge” (*op. cit.*, p. 380).

19 Para mais informação, entre outros, Paula Nunes Correia, *Da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos no âmbito do ordenamento jurídico-civil da RAEM, in* A China, Macau e os Países de Língua Portuguesa, XX Encontro da Associação das Universidades de Língua Portuguesa, Volume II, China, Macau 2010, pp. 339-353.

exclusivamente civil: a violação culposa, grave ou reiterada, do dever de fidelidade, que comprometa a possibilidade da vida em comum, é fundamento de divórcio (art. 1635.º)²⁰, constituindo um ilícito civil susceptível de gerar uma obrigação de indemnização para o cônjuge declarado único ou principal culpado que deve compensar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento (art. 1647.º)²¹.

O dever conjugal de coabitação não se restringe à obrigação de habitar conjuntamente o mesmo espaço. Para além da comunhão de habitação, implica ainda o dever de viver em comunhão de leito e de mesa. É, pois, um dever tridimensional que obriga à comunhão de *tori, mensae et habitationis*.

No que diz respeito à obrigação de comunhão de leito, o dever de coabitação vincula os cônjuges a uma partilha mútua da sua intimidade pessoal, consiste numa “obrigação de comunhão sexual”, vinculando os cônjuges à prática de actos sexuais entre si, *maxime* a terem relações sexuais um com o outro (ao denominado “débito conjugal”). Nessa medida, o cumprimento deste dever, de natureza pessoalíssima diríamos, implica uma limitação, lícita, do direito à liberdade (da liberdade física, enquanto liberdade sexual, na sua expressão negativa)²². Todavia, cada um dos cônjuges pode, ainda no exercício do seu direito à liberdade (negativa), recusar-

20 Aliás, a violação culposa, grave ou reiterada, dos deveres conjugais, em geral, é fundamento de divórcio.

21 Acerca dos efeitos da dissolução do casamento por divórcio e do papel da culpa na produção dos mesmos, *vide*, designadamente, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 5.ª edição, 2016., p. 743 ss e Manuel Trigo, *op. cit.*, p. 824 ss.

Jorge Duarte Pinheiro, entre outros, defende que “a violação de deveres conjugais, incluindo deveres distintos do de respeito e de feição mais íntima, como os de fidelidade e de coabitação, pode acarretar responsabilidade civil, ao abrigo das regras gerais”, independentemente do divórcio. Para o autor, essa possibilidade “decorre claramente do art. 1792.º, n.º 1, na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro”, embora a solução já fosse por ele anteriormente defendida, apesar da versão “mais ambígua” do preceito do Código Civil Português antes da mencionada alteração, coincidente, aliás, com a versão constante do art. 1647.º, n.º 1 do CCM. “O casamento não cria uma área de excepção. A responsabilidade civil é um instrumento de protecção de todos os direitos subjectivos e não apenas de garantia de certos direitos, como os direitos reais, de crédito ou de personalidade” (Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 395 e nota 830). Corroborando a mesma posição, o Acórdão do STJ, de 12/05/2016. Estamos em total sintonia com tal entendimento, ao arrepio daqueles que são a favor da fragilidade da garantia dos direitos conjugais (*supra*, nota 11), pelo que defendemos que o disposto no art. 1647.º não prejudica a possibilidade de existir uma responsabilidade civil (extracontratual) nos termos gerais, desde que se encontrem preenchidos os pressupostos da mesma, bem entendido. Note-se que não está também afastada a eventual responsabilidade criminal, designadamente nos termos da Lei n.º 2/2016, de 6 de Junho [art. 4.º, n.º 1 e 2-1) e art. 18.º e ss].

22 Tal como acontece com o cumprimento do dever de fidelidade, aliás, mas desta feita configurando uma limitação à liberdade sexual positiva (*supra*).

se a cumprir o mencionado dever²³, sem prejuízo das sanções a que haja lugar (art. 72.º, n.º 5). À semelhança do que acontece perante a violação do dever de fidelidade, a recusa em ter ou manter relações sexuais com o outro cônjuge é fundamento de divórcio, por violação culposa dos deveres conjugais nos termos do art. 1635.º, para além da aplicabilidade de outras sanções²⁴.

Porém, razões de saúde, entre outras, são susceptíveis de, dentro de certos condicionalismos, justificar aquela recusa. Aliás, “a obrigação de comunhão sexual só se entende violada após recusa sistemática, injustificada e prolongada”²⁵. Uma vez precludido o direito ao divórcio com fundamento em violação culposa dos deveres conjugais, não fica todavia afastada a possibilidade de o casamento vir a ser dissolvido por ruptura da vida em comum, com fundamento em separação de facto por 2 anos consecutivos, sendo o caso naturalmente [arts. 1637.º, al. a) e 1638.º]²⁶.

Este dever compreende, em segundo lugar, a comunhão de mesa, no sentido em que os cônjuges estão, reciprocamente, obrigados a viver em economia comum, a uma “comunhão de vida económica”. Esta obrigação de viver em economia comum, de levar uma vida familiar em comum, pressupõe a existência de uma residência comum, a residência da família de que falaremos já a seguir. Comunhão de mesa significa (con)vivência familiar em comum, não restrita à (con)vivência dos cônjuges entre si, mas alargada à (con)vivência dos cônjuges com a restante família. A vivência em economia comum implica a obrigação de os cônjuges contribuírem para os encargos da vida familiar. A manifesta afinidade desta faceta do dever de coabitação com outros deveres conjugais, designadamente com os deveres de cooperação e assistência conforme veremos a seguir, retira-lhe relevância enquanto tal, em favor da comunhão de leito e de habitação²⁷.

Em terceiro lugar, a comunhão de habitação implica que os cônjuges devem escolher, de comum acordo, a residência da família, “ou seja, a terra e o local onde vão viver”²⁸, para cujo efeito devem atender, nomeadamente, às exigências

23 De tal forma que a prática forçada de acto sexual exercida por um cônjuge sobre o outro, pode configurar um crime de violação, ou de coacção sexual (arts. 157.º e 158.º do CPM). “É totalmente vedada a satisfação do débito conjugal mediante o emprego da força, pública ou privada” (Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 382).

24 *Supra*, designadamente nota 21.

25 Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 382.

26 Aliás, a violação do dever de coabitação, em qualquer das suas dimensões, quando não releve para efeitos do art. 1635.º, é ainda causa de divórcio por ruptura da vida em comum, com fundamento em separação de facto.

27 Ainda no mesmo sentido, Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 381.

28 Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 5.ª edição, 2016., p. 414.

da vida profissional de um e de outro, aos interesses dos filhos e à protecção da unidade da vida familiar (art. 1534.º, n.º 1).

“A residência da família é o lugar do cumprimento do dever de coabitação”²⁹, onde os cônjuges, salvo motivos ponderosos em contrário³⁰, têm a obrigação de viver.

Na falta de acordo sobre a fixação da residência de família, o tribunal intervirá a requerimento de qualquer dos cônjuges. A alteração ou a revogação do acordo exige o mútuo consentimento dos cônjuges³¹, caso contrário o tribunal decidirá igualmente (art. 1534.º, n.º 3)³².

O dever de cooperação desdobra-se em dois aspectos: a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a obrigação de assumpção, em conjunto, das responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram (art. 1535.º).

A obrigação de socorro e auxílio mútuos, conforme a própria expressão sugere, “equivale ao dever de cooperação na vida do outro cônjuge”³³, estando intimamente ligada a uma das facetas do dever de respeito³⁴. Na verdade, a lei não pode obrigar os cônjuges a amarem-se, mas pode, e impõe³⁵, um dever (positivo) de respeito, bem como um dever de se ampararem e apoiarem mutuamente, nos bons e nos maus momentos, na saúde e na doença, na abundância e na carência. “Socorro” sugere cooperação em situações “de crise ou emergência”, não normais portanto, enquanto “auxílio” sugere a cooperação “destinada a fazer face aos problemas do quotidiano”. Todavia, este dever de cooperação não é exclusivamente pessoal, na medida em que ele se traduz também num dever de “ajuda e protecção” relativo ao “património do outro cônjuge”³⁶.

O segundo aspecto mencionado significa que ambos têm o dever de assumirem, em conjunto, as responsabilidades próprias da família que ambos criaram, referindo-se ao “domínio mais genérico da família, tendo como

29 Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 5.ª edição, 2016., p. 414.

30 Como será o caso do cônjuge, vítima de violência doméstica, que “abandone” a casa de morada da família. Motivos diversos, de ordem profissional nomeadamente, podem ser considerados igualmente ponderosos.

31 Trata-se de uma exigência excepcional. *Vide supra*.

32 Num processo de jurisdição voluntária, para fixação ou alteração da residência da família [arts. 1206.º-1209.º e 1239.º do Código de Processo Civil de Macau (CPCM)].

33 Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 383.

34 *Vide supra*.

35 Não coercivamente, bem entendido, porém imperativamente.

36 Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 383.

beneficiários, em primeira linha, os parentes dos cônjuges e o colectivo familiar”³⁷. Os cônjuges assumem, reciprocamente, esta obrigação de apoio à família que ambos fundaram e pela qual ambos são responsáveis. A indiferença ou desapego do cônjuge relativamente aos filhos, manifestada através da falta de cooperação na sua manutenção, guarda e educação, constitui uma violação do dever de cooperação. Este dever de cooperação manifesta-se ainda no auxílio que é devido por um dos cônjuges ao outro que tem responsabilidades próprias relativamente a outros familiares (como seja o caso de filhos não comuns) que façam parte da família que ambos fundaram. Acontece que o dever de contribuir para os encargos da vida familiar, em que normalmente se traduz o dever de assistência, pode ser cumprido pelo trabalho despendido na manutenção e educação dos filhos, como veremos já a seguir. Daí a existência de “uma certa afinidade entre a obrigação de assunção em conjunto das responsabilidades familiares e a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar”³⁸. Todavia, a primeira é “mais rica”, pois que “vincula também os cônjuges a trabalharem para a prosperidade comum, a criarem riqueza para os dois, dando expressão a um dever de cooperação patrimonial”³⁹.

O dever de assistência compreende duas obrigações (alternativas): a de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar (art. 1536.º, n.º 1). Trata-se assim de um dever de assistência material, com expressão patrimonial⁴⁰, distinguindo-se do dever de assistência moral que integra o dever de cooperação.

A obrigação conjugal de alimentos só se autonomiza do dever de contribuir para os encargos da vida familiar em caso de separação, de facto ou de direito⁴¹. Na verdade, se os cônjuges não estão separados, se eles vivem juntos, se existe vida familiar, tal como é suposto acontecer numa “situação de normalidade conjugal”, o dever de assistência esgota-se na obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar. Tal como exprime Jorge Duarte Pinheiro, “o que separa a obrigação de alimentos e o dever de contribuir para os encargos é tão-só a ausência de

37 Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 383. Pese embora a circunstância de este dever se referir ao “domínio mais genérico da família”, beneficiando, em primeira linha, outros familiares que não o cônjuge, não o descaracteriza enquanto dever conjugal, bem entendido.

38 Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 384.

39 Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 385.

40 Um dever “estruturalmente patrimonial” que envolve “prestações susceptíveis de avaliação pecuniária” (Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 385).

41 Tendo sido eliminada a separação judicial de pessoas e bens no ordenamento jurídico da RAEM, a obrigação conjugal de alimentos só se autonomiza em caso de separação de facto (sem prejuízo do disposto na norma transitória constante do art 32.º do Decreto-Lei n.º 39/99/M, acerca das separações de pessoas e bens existentes em 1 de Novembro de 1999, ou sujeitas a processo pendente nessa data).

economia comum”⁴².

No que diz respeito à primeira, que vincula exclusivamente um dos cônjuges perante o outro⁴³, quanto à questão de saber quem é que se encontra vinculado pelo dever de prestar alimentos, rege o seguinte: se a separação de facto não for imputável a qualquer dos cônjuges, ou se ela for imputável igualmente a ambos os cônjuges, mantém-se a obrigação recíproca de prestar alimentos (art. 1536.º, n.º 2)⁴⁴; se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos mas desigualmente, ou seja, quando for mais imputável a um do que a outro, a obrigação de alimentos só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado, a favor do outro cônjuge (art. 1536.º, n.º 3)⁴⁵.

Quanto à medida ou montante dos alimentos, regem as disposições gerais, ou seja, está dependente das necessidades de quem os pede e das possibilidades ou meios de quem os presta (art. 1845.º, n.º 1). Dúvidas existem porém sobre se as referidas necessidades estarão aqui circunscritas a tudo o que for indispensável ao sustento, habitação, saúde, vestuário e lazer do alimentado (nos termos gerais do art. 1844.º, n.º 1), ou se terão em vista assegurar ao alimentado, na medida das possibilidades do devedor bem entendido, o mesmo nível de vida que tinha antes da separação. Pois bem, o art. 1856.º, ao remeter para o art. 1536.º, sugere que a obrigação alimentar relativamente a cônjuges seja governada por um regime próprio⁴⁶.

42 *Op. cit.*, pp. 385 e 386.

43 Ou seja, na obrigação conjugal de alimentos o único credor é o outro cônjuge, podendo, em situação de falta de vida em comum, surgir “outra obrigação de alimentos, autónoma”, não conjugal, a cargo de cada um dos cônjuges relativamente a outros familiares, aos filhos designadamente. Já na obrigação conjugal de contribuir para os encargos da vida familiar, cada um dos cônjuges encontra-se vinculado perante todos aqueles que vivem em economia comum, ou seja, perante o outro cônjuge e demais familiares a seu cargo (Jorge Duarte Pinheiro, *op. cit.*, p. 385).

44 A situação enunciada em segundo lugar não se encontra prevista na lei, devendo a lacuna ser integrada por analogia [*analogia legis*, a partir do disposto no art. 1857.º, n.º 1, al. c) e ainda art. 9.º, n.º 1 e 2]. Neste sentido, entre outros, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2003, p. 396.

45 Porém, o tribunal pode, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge (único ou principal culpado) tenha prestado à economia do casal (art. 1536.º, n.º 3, *in fine*).

46 Neste sentido, Manuel Trigo, *op. cit.*, p. 567, ou Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 3.ª edição, 2003, p. 397. Já em sentido diverso, defendendo agora um mesmo regime para a obrigação de alimentos na sequência de separação de facto, separação de pessoas e bens e divórcio, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira: “Julgamos que não há razão para adoptar um padrão diferente daquele que preferimos no caso da obrigação de alimentos na sequência de divórcio ou de separação de pessoas e bens: o cônjuge separado de facto poderá aspirar a um socorro que o coloque numa *situação razoável* acima do limiar de sobrevivência, ‘nos limites de uma vida sóbria’, provavelmente abaixo do padrão de vida que o casal atingiria” (*op. cit.*, 5.ª edição, 2016, p. 418).

Do que afirmámos mais acima resulta que o dever de assistência assume, normalmente, a forma de obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar. Este dever conjugal de contribuir para os encargos da vida familiar compreende todos os encargos daqueles que vivam em economia comum (cônjuges e restante família, designadamente dos filhos), “segundo o padrão ou nível económico e social da família”⁴⁷. A obrigação incumbe a ambos os cônjuges, sem distinção, de acordo com as possibilidades de cada um, podendo ser cumprido, por qualquer deles, de duas formas: mediante a afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos (art. 1537.º, n.º 1). Quer isto dizer que pode acontecer que um dos cônjuges cumpra a obrigação de uma forma e o outro da outra, ou que ambos a cumpram das duas formas. A forma como a obrigação deve ser cumprida depende do que houver sido acordado pelos cônjuges (art. 1532.º, n.º 2)⁴⁸.

O legislador prevê ainda a possibilidade de o contributo para os encargos da vida familiar por parte de um dos cônjuges ir além, ou ficar aquém do devido: pois bem, na primeira eventualidade, presume-se (*juris tantum*) a renúncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação (art. 1537.º, n.º 2)⁴⁹; na segunda hipótese, pode o outro cônjuge exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do cônjuge que o tribunal fixar (art. 1537.º,

47 Manuel Trigo, *op. cit.*, p. 568. Jorge Duarte Pinheiro refere-se às “necessidades dos membros do agregado familiar de base conjugal que vivam em economia comum”, necessidades que “podem ser dos cônjuges, filhos e até de outros parentes ou afins associados à mesma economia doméstica”. Contudo, nem todas as necessidades representam encargos da vida familiar, para este efeito, mas apenas aquelas que se “coadunam com a condição económica e social de um determinado núcleo familiar em concreto”. O autor afirma mesmo que “o único tipo de encargos inequivocamente estranhos ao dever conjugal de contribuição acaba por ser o daqueles que colidem com a própria ideia de vida em comum, materializando uma violação de outros deveres conjugais” (*op. cit.*, pp. 387 e 388).

48 Recorde-se o que anteriormente expusemos acerca do dever de os cônjuges acordarem sobre a orientação da vida em comum. “A contribuição para os encargos da vida familiar é, assim, um domínio privilegiado dos acordos sobre a orientação da vida em comum”, salienta ainda Jorge Duarte Pinheiro (*op. cit.*, p. 389).

49 A presunção *juris tantum* de renúncia do cônjuge a tal direito foi eliminada em Portugal com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que deu nova redacção ao art. 1676.º, n.º 2 do Código Civil Português (CCP), segundo a qual, “[s]e a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação”. Jorge Duarte Pinheiro considera que este direito à compensação é reconhecido “de modo muito vago e impreciso” (*op. cit.*, p. 390). *Vide* ainda os comentários de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira às alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008 ao art. 1676.º do CCP (*op. cit.*, 5.ª edição, 2016, pp. 420-424)

n.º 3)⁵⁰ 51.

Por fim, pode-se considerar ainda a existência de um dever conjugal recíproco de prestação de “informação correcta sobre os seus rendimento e proventos”⁵², para que cada um saiba quanto pode exigir ao outro como contribuição para os encargos da vida familiar. Este dever, que consideramos implicitamente consagrado nos arts. 1533.º, 1536.º, n.º 1 e 1537.º, resulta também da boa fé, um dos princípios fundamentais do nosso Direito Civil, do qual decorre que “os contraentes devem agir de modo honesto, correcto e leal, não só impedindo assim comportamentos desleais como impondo deveres de colaboração entre eles”⁵³, determinando-se, designadamente, que “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé” (art. 752.º, n.º 2), surgindo tal obrigação como um dever acessório do dever de contribuir para os encargos da vida familiar⁵⁴.

2.2 No âmbito do Direito Chinês

De acordo com o estipulado na Lei do Casamento (LC)⁵⁵, a obtenção da certidão de casamento na sequência do respectivo registo equivale ao estabelecimento da relação entre marido e mulher (art. 8.º).

O princípio constitucional da igualdade de direitos entre marido e mulher constitui a orientação base nesta matéria [art. 48.º da Constituição da República Popular da China (CRPC)⁵⁶].

Para além disso, vigora ainda uma limitação fundamental à liberdade de procriação ditada pela política de planeamento familiar, também conhecida pela política de filho único (arts. 25.º e 49.º da CRPC)⁵⁷.

50 Trata-se de um processo de jurisdição voluntária, de contribuição para os encargos da vida familiar, que segue, com as necessárias adaptações, os termos do processo para a fixação dos alimentos provisórios (art. 1240.º do CPCM).

51 Sem prejuízo de poder constituir causa para divórcio, nos termos do art. 1635.º, sendo o caso.

52 Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 5.ª edição, 2016, pp. 424-425.

53 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 125.

54 Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, 5.ª edição, 2016, p. 425. No mesmo sentido ainda, Manuel Trigo, *op. cit.*, p. 570.

55 Lei do Casamento da República Popular da China (RPC), de 10 de Setembro de 1980, revista em 28 de Abril de 2001. O registo do casamento encontra-se disciplinado no Regulamento do Registo de Casamento da RPC, de 8 de Agosto de 2003.

56 Constituição da República Popular da China, de 4 de Dezembro de 1982, revista em 14 de Março de 2004.

57 Limitação essa que, conforme anunciado pelas autoridades Chinesas a 29 de Outubro de 2015, se reverte substancialmente, na medida em que os casais passarão a poder procriar dois filhos,

Os citados princípios constitucionais são reiterados e desenvolvidos pelas disposições constantes da Lei do Casamento (designadamente pelos arts. 2.º, 13.º e 16.º da LC).

Conforme anunciado, marido e mulher gozam de igual estatuto familiar (art. 13.º da LC). Ambos têm a liberdade de participar em actividades de natureza produtiva, laboral, de estudo ou de natureza social. Nenhuma das partes pode limitar ou interferir com as actividades desenvolvidas pela outra parte (art. 15.º da LC).

Marido e mulher estão igualmente vinculados pela obrigação resultante da política de controlo de natalidade (art. 16.º da LC).

Os deveres conjugais recíprocos de respeito e fidelidade resultam, explícita e inequivocamente, do art. 4.º da LC. O dever de respeito, bem como o dever de cooperação aliás, não surgem porém devidamente autonomizados, enquanto deveres conjugais, constituindo, mais genericamente, obrigações familiares, vinculando todos os membros da família ao respeito pelos idosos, a cuidar dos menores e a amparar-se uns aos outros, de modo a manter uma relação matrimonial e familiar igual, harmoniosa e cultivada (art. 4.º da LC).

O dever conjugal recíproco de assistência encontra-se consagrado no art. 20.º da LC, no âmbito do Capítulo Terceiro da lei dedicado às relações familiares (art. 13.º – art. 30.º), enquanto obrigação de prestar alimentos, aí se preceituando que, se alguma das partes deixar de cumprir o dever de assistência à outra parte, tem esta o direito a alimentos a prestar pela parte em falta.

Todavia, e tal como acontece com os deveres de respeito e cooperação, o dever de assistência, enquanto obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, não se nos apresenta devidamente autonomizado enquanto obrigação conjugal, mas surge-nos antes indistintamente associado ao dever de assistência emergente da filiação: os pais têm a obrigação de prover ao sustento e educação dos filhos, e os filhos têm igual obrigação de sustentar os pais, estipula de seguida o art. 21.º da LC. Em caso de incumprimento da obrigação de assistência aos filhos menores e dependentes por parte dos pais, os filhos podem exigir-lhes a prestação de alimentos. Por filhos “dependentes” entende-se aqueles que, embora maiores, sejam incapazes de manter a sua vida normal: ou porque ainda frequentam o ensino secundário ou primário, ou porque perderam, total ou parcialmente, a capacidade para trabalhar, ou devido a qualquer outra razão de natureza objectiva (art. 20.º da Interpretação I do Supremo Tribunal do Povo à LC). O pedido de alimentos deve ser aceite pelo Tribunal do Povo, ainda que o incumprimento do dever de assistência por parte dos pais ocorra na constância do casamento (art.

e não um apenas, consoante a regra vigente nos últimos 35 anos, pese embora as numerosas excepções que a mesma já conhecia.

3.º da Interpretação III do Supremo Tribunal Popular à LC).

Da mesma forma, havendo incumprimento do dever de assistência por parte dos filhos em relação aos pais incapazes para o trabalho ou que estejam a passar dificuldades financeiras, têm os pais direito a alimentos a prestar pelos filhos (art. 21.º da LC). A prestação de alimentos compreende, nomeadamente, despesas com sustento de vida, educação, cuidados médicos (art. 21.º da Interpretação I do Supremo Tribunal do Povo à LC). A obrigação de assistência dos filhos em relação aos pais não termina com uma eventual alteração da relação matrimonial entre os pais. Os filhos têm, antes de mais, o dever de respeitar os direitos matrimoniais dos pais, não podendo interferir com a celebração de um segundo casamento e com a vida dos pais após o novo casamento (art. 30.º da LC).

A obrigação familiar de assistência estende-se ainda aos avós capazes e aos avós maternos, em relação aos netos e netos pela via materna cujos pais tenham falecido ou sejam incapazes de prover à assistência dos filhos menores. Inversamente, os netos capazes e os netos pela via materna têm o dever de assistência em relação aos avós e avós maternos cujos filhos tenham falecido ou sejam incapazes de lhes prestar assistência (art. 28.º da LC).

De forma idêntica, os irmãos mais velhos, sem distinção de sexo, têm o dever de assistência relativamente aos irmãos mais novos cujos pais hajam falecido ou sejam incapazes de lhes prestar a assistência devida. Os irmãos mais novos que tenham sido educados e sustentados pelos irmãos mais velhos têm o dever de assistência em relação aos últimos caso estes se revelem incapazes para o trabalho e sem meios de subsistência (art. 29.º da LC).

Por fim, embora não resulte explicitamente da lei, existe um recíproco dever conjugal de coabitação. Por um lado, o dever conjugal recíproco de controlo da natalidade é inerente ao débito conjugal. Por outro lado, a separação de facto devida à falta de afecto mútuo que constitui fundamento para divórcio quando dure há pelo menos dois anos [art. 32.º, al d) da LC], pressupõe designadamente a existência de um dever de coabitação entre os cônjuges. Para além disso, o pedido dirigido ao Tribunal do Povo, por qualquer dos cônjuges, para pôr termo à coabitação deve ser recusado [art. 1.º, primeira parte, da Interpretação II do Supremo Tribunal do Povo (STP) à LC].

3. Síntese Comparativa

O princípio fundamental da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges governa ambos os ordenamentos em sede de efeitos matrimoniais.

Já o princípio da direcção conjunta da família, que decorre do princípio da igualdade dos cônjuges, e do qual resulta o dever de ambos os cônjuges

acordarem sobre a orientação da vida em comum, tendo em conta o bem da família e os interesses de um e de outro (art. 1532.º, n.º 2 do CCM), não se encontra consagrado, ao menos de modo explícito, no Direito Chinês.

Por outro lado, a obrigação fundamental da prática conjugal do planeamento familiar, ditada pela política de planeamento familiar, que impõe um dever conjugal recíproco de controlo da natalidade (art. 16.º da LC), prejudicando, nessa medida, o princípio da liberdade de procriação, é exclusivo do Direito Chinês.

A vinculação recíproca dos cônjuges aos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência é comum a ambos os ordenamentos jurídicos.

Para uma análise mais rigorosa do tema, e por razões que melhor se compreenderão a seguir, propomos uma classificação bipartida: num primeiro grupo incluímos o dever de fidelidade e o dever de coabitação, os únicos que radicam na intimidade do casal⁵⁸; num segundo grupo colocamos os restantes deveres conjugais. Estas obrigações, diversamente das primeiras, não são necessariamente conjugais. Ao lado dos deveres conjugais de respeito, cooperação e assistência, o nosso direito consagra também deveres familiares de respeito, de cooperação e de assistência, posto que a sua fonte não seja o casamento, mas antes o parentesco ou a afinidade. Na verdade, deveres conjugais não se confundem com outros deveres familiares, ainda que cônjuges e restante família partilhem uma vida em comum: não apenas provêm de fontes diversas, como ainda se distinguem no plano substancial. Designadamente, os deveres familiares configuram sobretudo poderes-deveres ou poderes funcionais, diversamente do que acontece no âmbito restrito da relação jurídica conjugal, na qual, pese embora o carácter funcional dos direitos conjugais, a sua “vertente funcional comunitária” se quisermos, estes se qualificam como verdadeiros direitos subjectivos, ainda que “peculiares”⁵⁹. Além de que só a violação de deveres conjugais constitui fundamento de divórcio. Todavia, no âmbito do Direito Chinês parece resultar uma certa confusão, ao menos no plano formal e sistemático, entre deveres conjugais e outras obrigações familiares, no que concerne, precisamente, os deveres de respeito, de cooperação e de assistência (arts. 4.º, 20.º, 21.º, 28.º, 29.º e 30.º da LC), conforme tentaremos justificar a seguir. Passemos então à comparação entre cada um dos consagrados deveres matrimoniais no âmbito dos ordenamentos jurídicos em questão, mantendo-se a classificação proposta.

No primeiro grupo, ou núcleo íntimo do casamento, o dever de fidelidade

58 São “deveres jurídicos de índole sexual, que são inderrogáveis e conferem identidade própria ao casamento”, formando “o núcleo intangível da comunhão conjugal”, tal como defende Jorge Duarte Pinheiro em *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal: os Deveres Conjugais Sexuais*, Almedina, 2004, p. 763.

59 *Supra* nota 11.

encontra-se explicitamente consagrado em ambos os sistemas (art. 1533.º do CCM e art. 4.º da LC). O dever de fidelidade, tal como o entendemos, tem um conteúdo estritamente negativo, impondo a cada um dos cônjuges uma obrigação de abstenção de actos ou comportamentos de natureza sexual (ou de actos que sugiram a existência de comportamentos dessa natureza) com terceiros. O adultério constitui uma manifesta violação do dever de fidelidade.

O dever de coabitação (arts. 1533.º e 1534.º do CCM), caracterizado como uma obrigação tridimensional, recorde-se, não encontra expressa consagração no Direito Chinês. Todavia, o seu reconhecimento decorre, implícito, de várias disposições, designadamente: do dever recíproco de controlo de natalidade previsto no art. 16.º da Lei do Casamento, no que especificamente diz respeito ao débito conjugal; da recusa, por parte dos tribunais, em aceitar o pedido, formulado por qualquer dos cônjuges, para pôr fim à coabitação, devendo entender-se aqui a expressão no seu mais amplo sentido de comunhão de leito, mesa e habitação (*tori, mensae et habitationis*), nos termos da Interpretação II do STP à LC (art. 1.º); ainda em sentido amplo, da circunstância de a separação de facto, devida à falta de afecto mútuo, que dure há, pelo menos, dois anos, constituir causa de divórcio, segundo o art. 32.º, al. d) da Lei do Casamento.

No âmbito do segundo grupo, começemos pelo dever de respeito. O Direito Chinês reconhece, inequivocamente, um dever de respeito mútuo entre os cônjuges (art. 4.º, 1.ª parte, da LC). Todavia, na 2.ª parte do mesmo artigo, determina que os membros da família devem respeitar os idosos, cuidar dos menores e amparar-se mutuamente, de forma a manter uma relação matrimonial e familiar igualitária, harmoniosa e cultivada. Daqui resulta, sem dúvida, uma obrigação familiar de respeito, quer de forma directa quer residual. Porém, e salvo melhor opinião, também daqui decorre uma certa confusão entre o dever conjugal de respeito e o dever familiar de respeito. Não tanto pelo facto de ambas as obrigações se encontrarem previstas no mesmo articulado. Na verdade, a denominada Lei do Casamento contém os princípios básicos do casamento e das restantes relações familiares, conforme logo se dispõe no seu artigo 1.º. Em termos sistemáticos, o artigo 4.º integra-se no Capítulo I da Lei, não titulado, de natureza genérica portanto. Daí que o dilema decorra, sobretudo, de razões de natureza substancial que não de ordem estritamente formal, designadamente do facto de se determinar que o dever familiar de respeito é, também ele, condição para uma relação matrimonial igualitária, harmoniosa e cultivada (art. 4.º, 2.ª parte da LC).

O dever familiar de respeito é, igualmente, inequivocamente consagrado na RAEM [designadamente, o dever de respeito mútuo entre pais e filhos (art. 1729.º, n.º 1 do CCM) e o dever de respeito mútuo entre todos os membros da

família (art. 2.º, n.º 1 da Lei de Bases da Política Familiar⁶⁰). Porém, jamais se confunde o dever conjugal de respeito, com o dever familiar de respeito, ainda que o mesmo comportamento seja susceptível de violar deveres de uma e de outra natureza. Aliás, e em termos genéricos, jamais se confunde dever conjugal com outro dever familiar.

O que dissemos sobre o dever de respeito valerá, *mutatis mutandis*, para o dever de cooperação. No Direito Chinês o dever de cooperação é explicitamente reconhecido como um dever familiar. Na verdade, conforme acabámos de constatar, os membros da família devem, designadamente, cuidar dos menores e amparar-se mutuamente, de forma a manter uma relação matrimonial e familiar igualitária, harmoniosa e cultivada (art. 4.º, 2.ª parte da LC). No entanto, na medida em que este dever é exercido de forma a também manter uma relação matrimonial igualitária, harmoniosa e cultivada, entendemos que resulta, igualmente e implicitamente, consagrado um dever conjugal de cooperação. Porém, a confusão entre dever familiar e conjugal de cooperação é patente, parece-nos. Além de que o conteúdo deste último nos é sugerido em termos quicá demasiado ambíguos ou indeterminados, como um dever de cuidar (dos menores) e de mútuo auxílio. Ao invés, na RAEM, o dever conjugal de cooperação, pese embora a sua formulação legal mediante a utilização de um conceito indeterminado, comporta ainda assim algum grau de precisão, desdobrando-se numa obrigação de socorro e auxílio mútuos e numa obrigação de assumpção, em conjunto, das responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram (art. 1535.º do CCM).

Para além disso, e uma vez mais, o legislador de Macau não deixa ainda de reconhecer um dever familiar de cooperação [designadamente, o dever de auxílio mútuo entre pais e filhos (art. 1729.º, n.º 1 do CCM), bem como o dever de cooperação, responsabilidade e solidariedade entre todos os membros da família (art. 2.º, n.º 1 da Lei de Bases da Política Familiar)].

Por fim, no que diz respeito ao dever de assistência, e de um ponto de vista não substantivo, o legislador da RPC separa, e bem, o dever conjugal de assistência (art. 20.º da LC) do dever familiar de assistência [entre pais e filhos, entre avós e netos, entre irmãos (arts. 21.º, 28.º e 29.º da LC)]. Todavia, ainda no aspecto formal e sistemático, entendemos que há espaço para melhorar. Na verdade, as referidas obrigações constam, todas elas, do Capítulo Terceiro da Lei, consagrado às relações familiares, conforme reza a respectiva epígrafe. Ainda do mesmo Capítulo Terceiro fazem parte, designadamente, as regras sobre a igualdade

60 Na verdade, a Lei n.º 6/94/M, de 1 de Agosto, ou Lei de Bases da Política Familiar, determina que “[a] instituição familiar assenta na unidade, estabilidade, igual dignidade de todos os membros, no respeito mútuo, cooperação, responsabilidade e solidariedade para a prossecução plena dos seus fins” (art. 2.º, n.º 1).

do estatuto familiar entre os cônjuges (art. 13.º), os efeitos do casamento sobre o nome (art. 14.º), o dever recíproco de controlo da natalidade (art. 16.º) e o regime de bens e convenções matrimoniais (arts. 17.º a 19.º).

Quanto ao conteúdo da obrigação conjugal de assistência, o legislador Chinês não procedeu, como devia, a uma distinção entre a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar. Da redacção do art. 20.º da LC, segundo o nosso entendimento, apenas decorre, ao menos explicitamente, o dever conjugal de assistência na forma de uma obrigação de alimentos, o que se nos afigura manifestamente insuficiente, porquanto é, precisamente, enquanto dever de contribuir para os encargos da vida familiar que a obrigação recíproca conjugal de assistência ganha o seu sentido habitual e a sua normal relevância.

Essa carência no respeitante ao dever conjugal de assistência fomenta ainda a confusão entre o mesmo e o dever familiar (parental) de assistência em relação aos filhos, designadamente. Na verdade, enquanto houver vida em comum, o dever de assistência em relação aos filhos ou constitui uma obrigação conjugal, compreendendo-se no dever de contribuir para os encargos da vida familiar (art. 1537.º do CCM), ou uma obrigação parental de contribuir, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar (art. 1729.º, n.º 2, 2.ª parte do CCM). A obrigação de prestar alimentos aos filhos só ocorre quando (já) não existe vida em comum, constituindo então um dever unicamente resultante da “mera relação de filiação e dos efeitos decorrentes do exercício do poder paternal”⁶¹.

Pelo seu lado, um dever familiar de assistência não deixa de ser, igualmente, consagrado no ordenamento jurídico da RAEM, manifestando-se de formas diversas. Na verdade, para além de um recíproco dever de assistência entre pais e filhos (art. 1729.º, n.º 1 e 2 do CCM, que compreende, para além da obrigação de prestar alimentos, a de contribuir, durante a vida em comum e de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar, como sabemos), o legislador obriga determinadas pessoas à prestação de alimentos [tratando-se, para lá do cônjuge⁶² ou do ex-cônjuge, dos descendentes, ascendentes, padrasto e madrasta (não separados de facto, relativamente a enteados menores que estejam a cargo do cônjuge, ou que o estivessem no momento da morte deste), e irmãos (durante a menoridade do alimentando), segundo a ordem indicada (art. 1850.º do CCM)].

61 Conforme se pode ler no Acórdão do TSI n.º 202/2012, de 5 de Julho (cit. em Manuel Trigo, *op. cit.*, p. 571).

62 Referindo-se à obrigação alimentar conjugal (arts. 1856.º e 1536.º do CCM). *Supra*.

4. Comentário final

Constatadas as divergências assinaladas entre os dois sistemas jurídicos no que diz respeito aos deveres conjugais, importa encontrar os motivos para as mesmas para posterior reflexão. Pois bem, genericamente, diríamos o seguinte: por um lado, as dissimilaridades mais significativas ocorrem, compreensivelmente, no âmbito do segundo grupo de deveres, pois que as obrigações que radicam na intimidade do casal não são passíveis de se mitigar ou confundir com outros deveres familiares de natureza e fonte diversas; por outro lado, as causas para as diferenças verificadas parecem residir, sobretudo, no facto de o ordenamento jurídico Chinês se encontrar ainda em fase de consolidação e maturação, particularmente tratando-se de matérias tradicionalmente subtraídas ao *Fa*.

A terminar, não nos surpreende que as similitudes encontradas entre os dois sistemas, indiciadoras de constância e essencialidade, ocorram no núcleo mais íntimo da relação conjugal onde os deveres conjugais recíprocos de fidelidade e de coabitação consubstanciam a essência do casamento, tal como decorre do dito de Jean Carbonnier.

DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE: A LEALDADE EM CADA ACTO SEXUAL?

Zhang Zhihan,

Advogado Sênior, Shanghai All bright Law Office, (Xiamen) Fujian, PRC

Resumo: Com base no controle social e consenso moral, o dever conjugal de fidelidade é confirmado na legislação da maioria dos países e regiões. A lei chinesa também determina o dever conjugal de fidelidade. Na prática judicial, o sexo extraconjugal é geralmente reconhecido como a violação do dever conjugal de fidelidade. Com base nas tendências sociais, tais como a abertura das atitudes sexuais e a diversificação da moral, alguns países responderam na lei e adaptaram o dever conjugal de fidelidade e os regimes em causa. Acredito que, com base no equilíbrio entre o controle social e os direitos da liberdade individual, a regulação do sexo extraconjugal deve começar pelas ideias da contratualização da coabitação não marital e a humanização da fidelidade sexual conjugal. Para reconhecer o dever conjugal de fidelidade nos casos concretos, deve-se considerar, além dos valores morais tradicionais ou as necessidades de controle social, os motivos que fazem ocorrer a sexualidade extraconjugal, bem como o impacto produzido pelos comportamentos na ruptura do relacionamento conjugal.

Palavras-chave: Dever conjugal de fidelidade; controle social; consenso moral; direitos individuais.

1. A natureza do dever conjugal de fidelidade: a necessidade comum baseada em controle social e consenso moral

Os gregos antigos acreditavam que o casamento tinha uma dupla função: reproduzir e estabelecer uma comunhão de vida. Quando se aproximam um homem e uma mulher, a natureza implanta um forte desejo entre eles, o desejo de “ter relação sexual” e “estabelecer um casamento”. O primeiro é a tendência física e

sexual, enquanto o segundo é a tendência racional e social¹. Isto é, o casamento, desde o início, assume ambas as características de atributos naturais e de atributos sociais. A propriedade social do casamento faz ele tornar-se naturalmente objecto de regulamentação e de ajuste pela lei, assim, formando-se logicamente uma série de normas de direito familiar que regem e regulam a relação entre cônjuges, o parentesco, a afinidade e outras relações sociais. No entanto, como a propriedade natural do casamento, a sexualidade entra sempre em conflitos com o atributo social do casamento. Como refere Prof. Fei Xiaotong, “pode-se dizer que a sexualidade é um impulso desesperado e esse impulso forte é susceptível de destruir todas as identidades supervenientes e formadas pela força social”². Por outras palavras, as forças destrutivas dos impulsos sexuais vão fazer a sociedade de identidade criada pelo casamento desaparecer, tal como o que sucede com o incesto. Do ponto de vista das necessidades de controle social, gera-se a necessidade e legitimidade de incluir a sexualidade, como o tributo natural do casamento, no âmbito de regulamentação das normas de casamento. “É por isso que, desde os tempos antigos, em todas as sociedades, a sexualidade tem sido, e deve sempre ser - mesmo que possa mudar a forma - um domínio do direito muito relevante”³.

Por outro lado, tanto na sociedade oriental quanto na ocidental, existe sempre um consenso moral da corrente principal de opinião em relação à fidelidade sexual entre marido e mulher. “Baseado no céu, na terra, em *yin, yang* e na natureza, o casamento chinês é fundamento das relações humanas, à base do qual se estabelecem a família, a pátria e todos os regimes sociais”⁴. Na China antiga, onde a filosofia de Confúcio já estava integrada, o casamento era o ponto de partida de patriarcalismo (*zong fa*) e ética (*li jiao*): Primeiro há casamento, em seguida, a família, então, a estirpe; a seguir, as ordens internas das estirpes foram promovidas para a sociedade e formaram-se ordens sociais. O dever da fidelidade sexual, como o núcleo da manutenção da instituição do casamento, é indubitavelmente muito importante. Na sociedade ocidental moderna, onde os dogmas cristãos dominam, o matrimónio é um dos sacramentos religiosos, o casamento estabelecendo-se sob a testemunha do pastor, a cerimónia de casamento realizando-se na igreja, enquanto o casal jurando, um para com o outro, amor

1 Li Yinhe, *Foucault e a sexualidade: a leitura explicativa de <Histoire de la sexualité> de Foucault*, Inner Mongolia University Press, 2009, p. 200.

2 Jin Mei, *A transformação moderna do direito da família da China: de <Projecto do Direito Civil do Grande Qing - Parte da Família> para <Lei do Casamento da República Popular da China>*, Law Press, 2010, p. 21.

3 Richard Posner, *Sex and Reason*, traduzido por Suli, China University of Political Science Press, 2002, prefácio pelo tradutor, p. 5.

4 Chen Peng, *História Chinesa de Casamento*, Zhonghua Book Company, 1990, p. 16.

e fidelidade sexual.⁵ Do exposto resulta que a fidelidade sexual entre marido e mulher é sempre o consenso moral da sociedade humana ao longo dos tempos, independentemente da base ideológica da sociedade humana. Entretanto, “O bom funcionamento da ordem jurídica pressupõe que ela atinge o limite mínimo das normas de ética consideradas como vinculativas”.⁶ Por isso, com base nas necessidades objectivas de funcionamento ou execução, o consenso social formado no nível moral irá, inevitavelmente, evoluir como parte integrante da ordem jurídica.

2. O dever conjugal de fidelidade nos regimes jurídicos vigentes: uma perspectiva no âmbito do direito da China continental

É certo que, à base da consideração dos factores históricos, religiosos, morais ou de controle social, o dever conjugal de fidelidade, como a pedra angular da monogamia, já foi aceite pela generalidade dos regimes jurídicos modernos.⁷ Depois de o dever conjugal de fidelidade se ter desenvolvido de um consenso moral para um dever legal, a lógica interna da lei irá contribuir para que o dever conjugal de fidelidade evolua para um conjunto de sistemas jurídicos claros e precisos, operacionais e executáveis.

No contexto do Direito da China continental, por exemplo, o art. 4 da Lei do Casamento confirma explicitamente que “cada parte do casal deve ser fiel ao seu conjugue”⁸, enquanto a fidelidade sexual entre o marido e a mulher é considerado como

5 Jin Mei, *A transformação moderna do direito da família da China: de <Projecto do Direito Civil do Grande Qing - Parte da Família> para <Lei do Casamento da República Popular da China>*, Law Press, 2010, p. 14 e p. 17.

6 Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, traduzido por Ding Xiaochun e Wu Yue, Law Press, 2007, p. 180.

7 Por exemplo, o Artigo 213 do *Código Civil francês* afirma claramente: “Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l’éducation des enfants et préparent leur avenir.”; o Artigo 159 do *Código Civil suíço* estabelece que “Sie schulden einander Treue und Beistand (Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de fidelidade e assistência)”; o Artigo 1353 do *Código Civil alemão* confirma: “Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung. (O casamento é celebrado por toda a vida. Os cônjuges têm um dever mútuo de comunidade conjugal; eles são responsáveis para o outro.)”; Da mesma forma, o artigo 143 do *Código Civil italiano* afirma que “Dal matrimonio deriva l’obbligo reciproco alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e alla coabitazione”; o Artigo 1533 do *Código Civil de Macau* prevê que: “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.”; ainda segundo a lei da RAEHK, Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelo dever de lealdade. Citado em Huang Lei & Yu Laide, “Do dever conjugal de fidelidade”, in *Political Science and Law*, 6.º de 2007.

8 A natureza desta disposição ainda permanece controversa na doutrina. Alguns autores

o sentido próprio desta disposição⁹. A bigamia ou a coabitação entre uma pessoa casada e um terceiro constitui a violação grave do dever conjugal de fidelidade e constitui um dos fundamentos legais para divórcio (Art. 32 da Lei do Casamento); enquanto isso, esta violação do dever constitui um facto culposo, tendo o cônjuge inocente o direito à indemnização (Art. 46 da Lei do Casamento). Embora a lei só preveja dois tipos de comportamentos sexuais extraconjugal – a bigamia e a coabitação entre uma pessoa casada e um terceiro – pelos quais incorre a responsabilidade civil da indemnização, na verdade, de acordo com as decisões dos tribunais proferidas nos últimos anos, o reconhecimento da violação do dever conjugal de fidelidade já não se limitou às circunstâncias previstas no Artigo 46, mas também contém a relação de adultério entre uma pessoa casada e um terceiro, a prostituição, o sexo casual (sexo por uma noite) e outros comportamentos sexuais extraconjugais; o autor dos tais comportamentos vai ser considerado como o cônjuge culpado e será responsável pelos danos daí resultantes para o seu parceiro¹⁰. Por outras palavras, quando reconhecem o dever conjugal de

acreditam que esta disposição é apenas termo de iniciativa e não tem força obrigatória, ou seja, o dever conjugal de fidelidade é actualmente ainda um dever de ordem moral; para mais desenvolvimentos, veja Ma Yinan, “Discussão do desenvolvimento de direitos e deveres dos cônjuges no âmbito dos efeitos pessoais e o aperfeiçoamento da nossa <lei do casamento>”, in *Law Science Magazine*, 11.º de 2014. No entanto, outros autores acreditam que esta disposição significa o “dever legal entre os cônjuges”; para mais desenvolvimentos, veja Yang Lixin, *Direito da Família*, Law Press, 2013, p. 229.

- 9 Sobre o significado do dever conjugal de fidelidade, a doutrina divide-se em sentido estrito e sentido amplo; o sentido estrito do dever da fidelidade refere-se apenas à fidelidade sexual entre os cônjuges, enquanto no sentido amplo, o dever conjugal de fidelidade não se limita à fidelidade sexual mas ainda significa a proibição de abandonar o cônjuge e a proibição de prejudicar os interesses do cônjuge em benefício dos interesses do terceiro. Para mais desenvolvimentos, veja Lu Wenjie, *Estudos do regime do dever conjugal de fidelidade*, China University of Political Science Press, 2016, pp. 7-8.
- 10 Quanto à indemnização dos danos causados pela violação do dever conjugal de fidelidade, mas fora dos casos previstos de bigamia ou de coabitação entre uma pessoa casada e um terceiro, existe principalmente dois caminhos na prática judicial: (1) Alguns juízes acham que os danos sofridos neste caso não está em conformidade com os requisitos previstos no Artigo 46 e por isso não aceitam os pedidos de indemnização; por exemplo, na sentença civil de segunda instância (2014) San Min Zhong Zi No. 256, o Tribunal Popular Intermediário de Sanming aponta que “ponderando as provas nos autos, não resta dúvida para afirmar que existe uma relação extraconjugal especial entre o autor e uma outra mulher e que o autor é culpado da deterioração das relações conjugais entre ele e o réu; no entanto, o critério objectivo para identificar a existência de coabitação extraconjugal com os outros é “convivência sustentada, estável e em nome de marido e mulher”, ou seja, não é suficiente para constituir a coabitação extraconjugal viver juntos, mas exige ainda o requisito das condições sustentáveis e estáveis no tempo. Olhando para os factos nos presentes autos, as provas existentes é insuficiente para provar a existência de uma vida comum sustentada e constante entre o autor e uma outra pessoa, que é dizer, o acto do autor ainda não constitui a circunstância de “coabitação entre uma pessoa casada e um terceiro” prevista no Artigo 46 da Lei do Casamento, de modo que indeferimos o pedido de indemnização do réu contra o autor pelos danos sofridos no casamento”. (2) Uma prática mais universalmente aceite pelos tribunais de base e intermediários é a seguinte: para tratar dos comportamentos que violam o dever conjugal de fidelidade, decide de acordo com

fidelidade, os tribunais de base e os tribunais de segunda instância da China continental, como as organizações judiciárias que tratam os casos de casamento em primeira linha, adoptam critérios de decisão moderadamente extensos em comparação com os critérios estabelecidos na legislação actualmente vigente. Quando decidem segundo a sua convicção acerca deste tipo de causas, os juízes consideram mais de um nível moral e do aspecto da orientação social dos efeitos da decisão, enquanto consideram menos a aplicabilidade das disposições da lei; eles preocupam-se mais com os resultados objectivos da violação do dever conjugal de fidelidade, mas quase nunca perguntam quais são as causas que levaram a acontecer os casos extraconjugais, causas tais como casamento sem sexo, desarmonia sexual entre os parceiros ou apelo emocional, das quais derivam os casos extraconjugais. Pois bem, genericamente, diríamos que esta ideia judicial concorda substancialmente com o ponto de vista do casamento e ponto de vista moral da corrente principal, defendidos e promovidos pelas entidades oficiais.

3. O dever conjugal de fidelidade numa perspectiva de direito comparado: ajuste de resposta do mecanismo social no contexto de pluralismo moral

Observando o estado actual do dever conjugal de fidelidade no direito da China continental, parece que o sexo extraconjugal entre uma pessoa casada e outras é absolutamente inadmissível pela corrente principal de opinião em relação à moral e ao casamento. Este conceito desempenha um papel positivo na protecção e orientação da manutenção de toda a ordem social existente, portanto, deve ser aprovado. No entanto, devemos também ter plena consciência de que o ponto de partida lógico do regime do dever conjugal de fidelidade é para atender às necessidades de controle social ou de manutenção da ordem – essas necessidades arraigam no “colectivismo da natureza humana”, enquanto o “individualismo da natureza humana”¹¹ recebe menos atenção aqui. Isto é porque, além de não sem nenhuma contradições entre a fidelidade sexual conjugal e a liberdade sexual individual, as relações sexuais extraconjugais em qualquer momento nunca extinguíram por causa das punições legais ou morais - este facto objectivo também mostra que as relações sexuais fora do casamento têm a base de sobreviver na

as normas sobre a indemnização dos danos morais e defere os pedidos de indemnização pelos danos psíquicos. Por exemplo, na sentença civil de segunda instância (2014) Shen Zhong Fa Min Zhong Zi No. 2007, o Tribunal Popular Intermediário de Shenzhen aponta que “é certo que a parte A não cumpriu o dever conjugal de fidelidade e trouxe indubitavelmente danos à parte B, por isso, incumbe à parte A compensar os danos sofridos da parte B. O tribunal recorrido condenou a parte A na indemnização de ¥ 30,000. Este julgamento não encontra inadequado e deve ser suportado.” As sentenças citadas estão disponíveis em: <http://wenshu.court.gov.cn>.

11 Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, traduzido por Deng Zhenglai, China University of Political Science Press, 2007, p. 7.

realidade. É verdade que este solo na realidade inclui a ganância sexual que deve ser controlada pelo raciocínio, mas também contém a liberdade sexual que necessita de ser racionalmente liberada. Assim, se, antes de identificar ou demonstrar os limites razoáveis da liberdade sexual, a desconsiderar ou ignorar na constituição da teoria do dever conjugal de fidelidade, mau efeito será produzido, que é dizer, o juiz no exercício de poder decisório no caso concreto é susceptível de ignorar os factores de personalidade individual, como assim, irá resultar em injustiça significativa na última preocupação com o caso concreto.

3.1 O pluralismo moral trazido pela mudança do conceito de sexualidade

Há um velho ditado que diz: “A busca de alimentos e a busca de relações relações homem-mulher são os dois desejos humanos mais básicos”. O sexo é sempre uma das necessidades humanas instintivas. No entanto, o sexo não se transformou de um tabu para uma coisa secular até o Séc. XX. Após a Segunda Guerra Mundial, com os desenvolvimentos de medicina, psicologia e sociologia, a sexualidade tornou-se o objecto da investigação científica. Especialmente na década de 1960, nos Estados Unidos e os países europeus, estoirou um movimento de libertação sexual com “sexo livre” como o slogan. Mesmo esta campanha tendo trazido vários tipos de problemas sociais, tais como questões de educação e de desenvolvimento das crianças das famílias monoparentais, o surgimento da sida, etc., esta revolução sexual também contribuiu para o sexo se livrar dos grilhões religiosos e voltar de um tabu para uma coisa ordinária, enquanto as pessoas começaram a conseguir enfrentar a sua busca legítima de prazer sexual. Enquanto isso, a revolução sexual também levou objectivamente mudanças das atitudes sexuais das pessoas: as pessoas começaram a aceitar o controle da natalidade, aborto, sexo antes do casamento, a coabitação não conjugal, divórcio, homossexualidade e outros conceitos ou comportamentos sexuais; os assuntos extrajudiciais, embora ainda não sejam socialmente promovidos, começaram a ter uma figura neutra por causa da tolerância legal¹².

Esta mudança de atitudes sexuais, apesar de não subverter a corrente principal de opinião em relação à ética moral familiar, resultou seriamente no enfraquecimento dos elementos de moral no relacionamento conjugal: pelo menos, dos comportamentos que violam a ética moral do casamento, as pessoas começam a ter um novo ângulo de pensar racionalmente, em vez de condenar cegamente. No Relatório Kinsey apresenta-se que “a sociedade tenta controlar as actividades sexuais através do casamento mas nunca consegue sucesso completo. Desde que uma pessoa esteja numa situação cheia de estimulação sexual, especialmente quando houver

12 Zhang Hong, *De um tabu para se liberar: a evolução de atitudes sexuais ocidentais no Séc XX*, Chongqing Publishing House, 2006, p. 182 e p. 210.

factores românticos e factores de segurança elevados, ela terá sempre reacções sexuais e envolverá sempre em actividades sexuais”¹³. Neste caso, é pouco provável que seja sujeito a uma condenação moral. Alguns autores acreditam que “no começo do Séc XXI, as pessoas começaram a ser mais racionais em face das alterações introduzidas na sociedade ocidental pelo movimento de libertação sexual e tentaram gradualmente compreendê-las com uma atitude mais tolerante. As pessoas pensam que tudo o que aconteceu não é inteiramente por causa da corrupção de moral, mas é por causa da mudança de conceito moral; também não é a mudança de família, mas é a mudança da forma de família”¹⁴. Para além disso, o pluralismo de conceito moral também contribui objectivamente para a mudança do regime do casamento - a pedra angular da estrutura social -, que originalmente estava na posição de consenso moral.

3.2 O ajuste de resposta do mecanismo social no contexto de pluralismo moral

As mudanças sociais trazidas pela libertação sexual para a sociedade ocidental podem ser descritas como sem precedentes: a taxa de casamento e a taxa de fertilidade diminuíram dramaticamente, enquanto o número de coabitação pré-marital e de divórcio está em ascensão; comportamentos e conceitos tais como a doutrina de celibato, famílias monoparentais, famílias Dink e contratos de coabitação estão a gradualmente aumentar; a homossexualidade é considerada como um comportamento pessoal sem relevância moral; os assuntos extrajudiciais, embora ainda não sejam permitidos pela lei, existem em algumas ocasiões fechadas; o reconhecimento da importância do casamento é ainda corrente principal de opinião, mas já está gradualmente a enfraquecer. Estas mudanças no comportamento reflectem que os indivíduos da sociedade moderna estão cada vez mais preocupados com a sua auto-satisfação individual na sua vida privada. Enfrentando a relação tensa entre o regime tradicional de monogamia e a liberdade individual da orientação sexual, a liberdade da demanda sexual, a liberdade reprodutiva, a liberdade da diversidade de experiências sexuais, as pessoas fazem uma opção realista de evitar o casamento. O sociólogo francês Alain Touraine refere essa mudança como “de-casamento”: o casamento não é mais a representação pública do ideal da sociedade, mas é um assunto privado.¹⁵

Esta mudança social também contribuiu para a mudança na lei. Na França, a lei começa a reconhecer duas novas formas fora do casamento, das quais duas pessoas vivem juntas e organizam uma vida comum: uma é concubinato (*concubinage*), a outra é pacto civil de solidariedade (*pacte civile de solidarite, pacs*), que é uma comunhão

13 Alfred Charles Kinsey, *Kinsey Reports*, traduzido por Pan Suiming, China Youth Press, 2013, p. 81.

14 Zhang Hong, *De um tabu para se liberar: a evolução de atitudes sexuais ocidentais no século 20*, Chongqing Publishing House, 2006, p. 216.

15 John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, traduzido por Shi Lei, Law Press, 2015, p. 29.

de habitação onde os direitos e deveres que reciprocamente vinculam as partes são decididos por forma de contratos civis¹⁶. Nos Estados Unidos, disposições legais sobre a punição do adultério ainda estão preservadas nos Códigos de uma pequena maioria dos Estados, mas raramente implementadas¹⁷. Na prática judicial, até há opinião de que já não é de interesse do poder público para imputar a pessoa casada que tem relações sexuais naturais e espontâneas com as outras¹⁸. Na Suíça, o Artigo 159 do *Código Civil suíço* estabelece ainda que “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de fidelidade e assistência”, enquanto as disposições sobre o adultério e a indemnização pelo culpado já foram revogadas. Autor britânico John Eekelaar aponta a razão que acha desta mudança: a legislação velha tentou recompensar os comportamentos conformes a certa estrutura social e punir os comportamentos desviados desta estrutura social, e por conseguinte, manter ou até mesmo criar um tipo certo de estrutura social; enquanto a lei actual se vira para resolver os problemas pessoais com base na individuação ou apenas os gerenciar¹⁹.

A partir das observações acima é genericamente possível argumentar que o liberalismo pessoal desperta a consciência dos direitos sexuais, porém, é difícil para o regime de casamento com base na monogamia para resolver as relações tensas entre as necessidades da vida privada trazidas pela autoconsciência individual e o regime de casamento; portanto, a lei teve de fazer as adaptações necessárias, enquanto o ponto de partida das decisões dos tribunais também teve de mudar do controle social ou da manutenção da ordem para a resolução personalizada dos problemas.

4. A direcção de desenvolvimento do dever conjugal de fidelidade: a contratualização da coabitação não marital e a humanização da fidelidade sexual conjugal

Quanto à relação entre o instinto sexual humano e a civilização humana, Freud acredita que a história da civilização humana da sexualidade é a história de repressão da pessoalidade e que os instintos ficam opostos à civilização, enquanto a história do desenvolvimento da sexualidade é um processo da liberdade à repressão. A repressão sexual é o preço que os humanos tinham de pagar para

16 Xie Xiao, “As tendências de desenvolvimento do dever de fidelidade na França: contratualização?”, in *Social Sciences in Ningxia*, 3.º de 2005, No. 130.

17 Richard Posner, *Sex and Reason*, traduzido por Suli, China University of Political Science Press, 2002, p. 347.

18 Lin Hsiu-Hsiung, *Estudos do Direito da Casamento e da família*, China University of Political Science Press, 2001, pp. 168-170.

19 John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, traduzido por Shi Lei, Law Press, 2015, p. 28.

obterem a civilização. No entanto, sobre o mesmo assunto, Marcuse acredita que numa sociedade e tempo com a escassez de recursos, as pessoas tinham de pagar para a civilização e ser reprimidas, porém, numa sociedade e tempo de época de abundância e prosperidade, o conflito entre os instintos humanos e a civilização vai ser superado e o amor e desejo serão libertados²⁰. Do ponto de vista da evolução da sociedade de hoje, gostaríamos de dizer que as opiniões de Marcuse parecem mais convincentes. A relação tensa entre a liberdade sexual individual e o regime da monogamia caracteriza-se pelas relações tensas entre o instinto e a civilização, entre a humanidade e a moralidade, entre a liberdade individual e o controle social, entre a liberdade e a ordem; no entanto, no processo de mudança social, esta tensão já está a ser lenta e gradualmente ajustada e aliviada. De notar que este processo de mudança social não se limita a sociedade ocidental, mas também ocorre na China, onde uma série de valores pluralistas sociais está gradualmente a tomar forma e a autoconsciência dos direitos individuais está a despertar; ao mesmo tempo, as pessoas começam a concentrar-se gradualmente na manifestação da personalidade e a satisfação própria, designadamente para a geração de jovens nascidos nos anos 1990s e 2000s, que está a experimentar o baptismo da cultura da liberdade individual.

No entanto, quer na sociedade chinesa quer na sociedade ocidental, este ajustamento e amortecimento espontâneo ainda precisam de que os mecanismos sociais fazerem adaptações em resposta, de maneira que a tensão dos conflitos sempre se mantenha num escopo adequado e que se mantenha o equilíbrio entre a liberdade individual e os requisitos de controle social, evitando que “a moral da geração da sociedade está cada vez pior”. Quanto às respostas do mecanismo social, a solução mais simples será adaptar adequadamente a aplicação do dever conjugal de fidelidade na legislação ou na prática judicial.

4.1 A contratualização da coabitação não marital

Posner na sua obra “Sex and Reason” aponta que, desde que os comportamentos sexuais extraconjugais não constitua nenhuns escrúpulos religiosos fortes, é difícil encontrar apoios a resistir ao movimento do status para o contrato – um movimento que parece incongruente com o século que vivemos. Nos países escandinavos, já está muito bem desenvolvida a relação contratual de coabitação em alternativa ao casamento. Formalizada esta forma de convivência, com a conveniência de procedimentos de divórcio e com o término de diminuir os direitos dos filhos “ilegítimos”, o casamento já tem, em grande medida, a natureza do contrato. Se o casamento dar lugar aos arranjos puramente contratuais com o objectivo de realizar actividades sexuais e reprodutivas, então, podemos esperar alguns sistemas semelhantes a este surgirem na nossa sociedade. A maior invasão

20 Li Yinhe, *Sentimentos e sexo das mulheres chinesas*, Inner Mongolia University Press, 2009, p. 321.

do casamento formal pela liberdade contratual, é mais difícil para a sociedade a não admitir na lei as relações voluntárias mas de formas incomuns, incluindo as relações sexuais com base na poligamia e na homossexualidade. Apenas eles não vão ser considerados como casamentos²¹.

Sobre o assunto do regulamento dos comportamentos sexuais extraconjugais, Posner propôs uma nova abordagem de pensamento, isto é, é praticamente impossível de desarraigar o fenómeno de sexo extraconjugal, mas podemos criar separadamente uma instituição semelhante ao regime do casamento, de modo a se livrar dos grilhões morais e legais nas relações conjugais. A chamada “instituição semelhante ao regime do casamento” é um regime de coabitação, fora do casamento, estabelecido pelos legisladores, que funciona através de um contrato. As referidas comunhões de habitação na lei francesa, por forma de *concubinage* ou *pacte civil de solidarite*, são produtos específicos deste conceito.

4.2 A humanização da fidelidade sexual conjugal

Na verdade, segundo o quadro legislativo actual da China, nem todas as violações do dever conjugal de fidelidade são praticamente incluídas no âmbito da avaliação legal; apenas os factos da bigamia ou da coabitação que violam seriamente o dever de fidelidade – nem mesmo fixar disposições diversas –, constituem causas culposas da ruptura do casamento ou fundamentos da indemnização por danos e são classificados no âmbito da avaliação legal. Por outras palavras, os legisladores tinham, na verdade, uma análise completa e limite entre a ética e a lei na lei do casamento. No entanto, devido às necessidades de promover a mobilidade social e orientar a opinião pública, os juízes têm de considerar mais. É verdade que, com a diversificação da vida social, o pluralismo moral e até mesmo o surgimento da diversificação das estruturas familiares, devemos não apenas manter firmemente a monogamia ou a ordem moral tradicional, mas também examinar ou prestar atenção às dimensões razoáveis dos direitos individuais da liberdade sexual; além disso, devemos ainda fazer reflexões racionais sobre as causas do sexo extraconjugal, bem como o grau de influência, nos casos concretos, do sexo extraconjugal sobre a continuação ou ruptura do casamento.

4.2.1 Preste atenção à influência sobre o casamento da constituição física humana

A desarmonia sexual entre os cônjuges é uma razão importante para se divorciar. A desarmonia sexual reflecte-se principalmente como a seguir: as diferenças na orientação sexual ou atitudes sexuais entre os cônjuges trazem a incompatibilidade

21 Richard Posner, *Sex and Reason*, traduzido por Suli, China University of Political Science Press, 2002, pp. 353-354.

no grau de prazer sexual; as diferenças no desejo sexual entre o casal causam a desarmonia da vida sexual, tal como quando uma parte tenha um desejo sexual fisiológico mais intenso mas o seu parceiro seja relativamente frio. Esses factores resultantes em desarmonia sexual são todos susceptíveis de representar um desafio para a guarda do dever conjugal de fidelidade. Especialmente no caso do casamento sem sexo quando uma parte do casal ficar a padecer de disfunção sexual - isso pode ser porque não se conheciam a perturbação fisiológica do seu parceiro porque influenciados pelos conceitos tradicionais não tiveram sexo antes do casamento, mas também pode ser por causa das mudanças objectivas aparecidas após o casamento, tal como a disfunção sexual de uma parte resultante do aumento da idade ou da fadiga de longo prazo -, a disfunção sexual de uma parte e a necessidade razoável de liberar o desejo sexual da outra parte entram praticamente em conflito. Na verdade, a partir de um ponto de vista humano, esses factores podem ser considerados pelos julgadores nos casos concretos e constituem requisitos para identificar a culpa do divórcio e a indemnização.

4.2.2 Preste atenção à influência sobre o casamento dos factores emocionais humanos

O casamento é formado e composto por não só o sexo mas também por sentimentos. No casamento moderno, a vida espiritual entre os parceiros é dada cada vez mais atenções. Se existir grandes diferenças entre os cônjuges nas necessidades de valores, orientação estética, filosofia ou emocionais, é também bem possível causar violações do dever conjugal de fidelidade. Na nossa opinião, a impossibilidade de satisfazer os sustentos emocionais e as buscas espirituais, em muitas situações, também faz com que uma pessoa casada tenha comportamentos sexuais extraconjugais. Na decisão dos casos concretos, deve-se também prestar atenção às influências dos factores emocionais humanos sobre a continuidade da relação conjugal.

4.2.3 Outros factores que devem ser considerados

Além disso, se receber perdão do cônjuge inocente, a culpa do seu parceiro que viola seriamente os deveres conjugais pode ser reduzida ou até omissa? Durante o processo de divórcio ou de separação, ou durante a separação, o dever de fidelidade ainda vincula reciprocamente os cônjuges? Se o casal tiver celebrado um contrato e concordar a exclusão do dever de fidelidade, este acordo pode ser directamente aplicado no caso? Acreditamos que estes factos devem ser considerados como critérios para julgar. Além da percepção moral objectiva ou as necessidades do controle social, deve-se também considerar, concretamente em casos particulares, os impactos destes factos que violam o dever conjugal de fidelidade na ruptura do casamento.

NONA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global»

4.^a Sessão

**«Sexualidade e a Responsabilidade
Civil e Criminal»**



VIOLENCE WITHIN THE FAMILY: CIVIL PROTECTION AND CRIMINAL RESPONSIBILITY IN HONG KONG

Ho Chi Kuen (Dennis)

Lawyer, Chairman of Hong Kong Law Society of Domestic Violence, Chairman of Hong Kong Family Law Committee, Hong Kong

Abstract: In Hong Kong, there has been an increasing number of domestic violence cases involving child abuse and spouse battering. This paper explores Hong Kong's legal redress in dealing with problems of domestic violence by way of criminal prosecution and civil redress for protection under the relevant legislation and the common laws.

There is no specific criminal offence of domestic violence in Hong Kong. If the act of domestic violence involved a criminal element, it would be dealt with under the general criminal legislation. Marital rape is now included as a criminal offence after the law amendment in 2002. While physical violence can be a criminal offence, there is difficulty in prosecuting verbal abuse. Sentencing of domestic violence is also a challenging task as imprisonment is not an appropriate choice in most cases.

Victims of domestic violence may also seek protection from civil proceedings. On application for protection, the court may grant the necessary injunctions provided that it has the jurisdiction to make the orders, namely non-molestation order, ouster order and entry order. The court may also grant an injunction for same sex couples if it is satisfied that the applicant has been molested by the other party to the cohabitation relationship.

Domestic violence is not only damaging to individuals and families, but also to society as a whole by being a serious economic burden. More funding should be granted to cover legal costs for victims in need of assistance, supporting services and public education on domestic violence.

Keywords: Violence in family; criminal prosecution; marital rape; civil remedy; injunction; molestation; ouster order; cohabitation relationships; same sex couples; variation of existing custody and access orders; batterer intervention

programme; legal assistance for injunction; public education.

Introduction

There are many attempts to define “domestic violence” or “family violence”. Various countries have provided a definition for “domestic violence” in their legislation. So, what is domestic violence? The Social Policy Section of the Parliament of Australia defined domestic violence in general terms as “(...) acts of violence that occur between people who have, or have had, an intimate relationship in domestic settings. These acts include physical, sexual, emotional and psychological abuse. (...) Domestic violence is most commonly perpetrated by males against their female partners, but it also includes violence against men by their female partners and violence within same-sex relationships.”¹

In Hong Kong statistics on cases involving child abuse and spouse battering captured by the Child Protection Registry (CPR) and the Central Information System on Battered Spouse Cases and Sexual Violence Cases (CISBSSV) provide the astonishing figures of 875 cases in child abuse and 3,382 cases in spouse battering for the year of 2015 (Social Welfare Department, 2015).

Domestic violence is occurring every minute and second and everywhere in the world. Different country is finding ways to tackle the problem of domestic violence which could be very devastating to a person in a domestic relationship with grave consequence. The legal redress in dealing with such issue is by way of criminal prosecution and civil redress for protection under the relevant legislation and the common laws.

Criminal Prosecutions on Domestic Violence

In Hong Kong, there is no specific criminal offence of domestic violence. Recommendations have been put forth to the Hong Kong government by different sectors of the society for criminalization of domestic violence, especially following the Tin Shui Wai incident in 2004, in the aftermath of which the public called for immediate revamp of the antiquated Domestic Violence Ordinance (Cap. 189) (“1986 DVO”). The incident caught the public’s attention when on 12 April 2004, Madam Jin and her twin daughters were stabbed to death by her husband, who then committed suicide. In a report called “Peace at Home”, the writers suggested criminalization of domestic violence saying “... we should consider making breach

1 Domestic violence in Australia—an overview of the issues, 22 November 2011.

of a non-molestation order and exclusion order a criminal offence”². Margaret Ng, a barrister and a former legal sector lawmaker said, “Domestic violence can be treated seriously after a criminal remedy is inserted in the ordinance. The public will understand it clearly, including police. The whole mindset can therefore be changed”³.

In the Preliminary Proposed Amendments to the 1986 DVO prepared in May 2006, the Health, Welfare and Food Bureau (“Bureau”) of the Government of Hong Kong rejected the call for criminalization of domestic violence, and explained that the 1986 DVO was there to provide for civil remedy for the protection of victims of domestic violence. If the act of domestic violence involved a criminal element, it would be dealt with under other legislation such as the Crimes Ordinance (Cap. 200) and the Offence Against Persons Ordinance (Cap. 212). Another piece of legislation called Protection of Children and Juveniles Ordinance (Cap. 213) provided the necessary protection for children and young persons under the age of 18. The Bureau explained that domestic violence was in essence just another form of violence, whereas the present criminal law in the area is structured on criminal acts, regardless of whether such acts take place at home or in the public. The Bureau therefore concluded by saying that “to include in the DVO legal provisions dealing with identical criminal acts may give rise to unnecessary duplication and complication in our current law. We therefore consider the proposal undesirable and result in no practical advantages”⁴.

Hence, in dealing with criminal sanction on domestic violence there was no proposal to introduce any changes. Hong Kong has been satisfied to rely on existing frameworks comprising the Offence Against the Persons Ordinance (Cap. 212) stopping criminal acts such as murder, manslaughter, attempts to murder, wounding or inflicting grievous bodily harm, exposing child whereby life is endangered, ill-treatment or neglect by those in charge of child or young person, assaults occasioning actual bodily harm and common assaults; and the Crimes Ordinance (Cap. 200), dealing with acts of intimidation, arson, destroying or damaging property, and sexual offences including rape, incest, indecent assaults etc..

In 2002, Hong Kong amended its law to include marital rape. Under section 118 of the Crimes Ordinance, a man who rapes a woman shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for

2 Chan, K. L., Chiu, M. C., & Chiu, L. S., “*Peace at home: Report on the review of the social and legal measures in the prevention and intervention of domestic violence in Hong Kong*”, para 8.54 and Recommendation 17(b).

3 Lau, M., & Wong, A. (January, 2006). Crimes push over domestic violence. *The Standard*.

4 Health, Welfare and Food Bureau - The administration’s review on domestic violence ordinance – Preliminary proposed amendments (LC Paper No. CB(2)2132/05-06(01)).

life. In section 117(1B) it provides that for the purposes of sections 118 without affecting the generality of any other provisions, unlawful sexual intercourse does not exclude sexual intercourse that a man has with his wife. The change had removed the outdated marital immunity under common law and allows the conviction of a husband of the offence of rape. As a matter of public policy, Hong Kong has given greater protection to woman in marriage which reflected the modern view of sexual equality.

In 2005, three years after the change in laws on rape, Norman Connolly reported and said, “Since the rape laws were changed, not a single marital rape case has been prosecuted. Police say their officers are made aware of changes to the Crimes Ordinance through memos or the force’s internal website. However, according to Amanda Whitford, assistant professor at the University of Hong Kong’s law faculty, the lack of prosecutions reflects a worldwide trend. She said reluctance among police to become involved in domestic disputes - even those in which rape or sexual assault is alleged - and the difficulty in prosecuting marital rape meant cases simply did not make it to court.”⁵

Physical violence within the family can be a criminal offence, however, it is difficult to bring about prosecution for verbal abuse which can be a serious form of domestic violence. The offence of intimidation provides for criminal liability for threatening any person with any injury to the person with intent, reputation or property of the person⁶. It is rare to see a member of a family to pursue a charge against someone in the family for criminal intimidation not to mention that the police may find it unrealistic. Very often this does not cover verbal abuses within the family. Coercive and controlling behaviour can be harder to recognize but this can have a devastating impact on the victims. At present, there is no criminal offence in Hong Kong for domestic abuse involving coercive and controlling behaviour in an intimate relationship.

It should be noted that England and Wales has enacted a new offence of controlling or coercive behaviour in an intimate or family relationship. Section 76 of the Serious Crime Act 2015, which takes effect from 29 December 2015, provides that if a person repeatedly or continuously engages in behaviour towards another person that is controlling or coercive he or she would have committed an offence.

When it comes to sentencing a defendant committed a crime connected to violence with the family, Patrick Li, Chief Magistrate of Hong Kong (as he then was), shared his view on the dilemmas that courts face in sentencing domestic violence offenders and said, “In cases of domestic violence, the sentencing court

5 Norman Connolly, “Marital rape victims ignorant of law change” SCMP, 17 October 2005.

6 Section 24 of Crimes Ordinance, Cap. 200.

is often caught in a dilemma”⁷. He said in the article, “For most cases of domestic violence, imprisonment is not the most appropriate choice. To put a parent or spouse in prison would probably add further tension to the family. Imprisonment sometimes worsens the situation and creates hostility in the family. Having said that, we do acknowledge that a domestic setting for violence should not make it a lesser offence. Where there are circumstances that warrant imprisonment, a court will have no hesitation in making the order”⁸. He found that the sentence in this sort of cases must reflect the culpability of the offence and send the right message to the public. Yet, he cannot ignore the personal problems of the defendant and family. He feels this is not only difficult but sometimes also disturbing because to impose an inappropriate sentence may mislead potential offenders and cause grievance to the victims or even serious consequences. He agreed with Judge LJ of the Court of Appeal in England who commented in the case of *R v Hegarty* [2004] EWCA Crime 1693, that “The fact that violence occurs in a domestic situation may require the court to examine with as much sensitivity as it can a good deal of background material. That may provide mitigation: it may aggravate the offence. It should be clearly understood – and sentencing judges up and down the country do fully understand – that the fact that there is a domestic background to violence does not of itself begin to diminish or reduce, let alone extinguish, its criminality, and on some occasions indeed the background may itself accentuate the criminality”⁹.

Civil Protection Against Domestic Violence

Apart from charging a perpetrator of a criminal offence, the other way to stop a perpetrator from committing another act of violence against the victim is for the victim to take legal action in the civil proceedings. This is entirely in the hands of the victims and it is for the victims to decide whether or not to proceed with such application. On an application for protection, the court may grant the necessary injunctions provided that it has the jurisdiction to make the orders. The court derives its powers to grant the injunctions from the Domestic and Cohabitation Relationship Violence Ordinance (Cap. 189) (“DCRVO”).

The first legislation on domestic violence in Hong Kong was the 1986 DVO. This legislation went through a major amendment in 2008 and then on 1 January 2010 with the new name DCRVO. This piece of legislation provides protection

7 Patrick Li, *Sentencing in cases of domestic violence*. Retrieved from Hong Kong Lawyer website: http://www.hk-lawyer.com/InnerPages_features/0/1765/2006/2, page 60

8 *Ibid*, page 59

9 *Ibid*, page 60

to spouse and ex-spouse¹⁰, relatives¹¹ and cohabittees whether of the same sex or of the opposite sex¹². The court may grant an injunction on the application of a victim containing any or all of the following provisions under s.3 :-

(1) A non-molestation order – s.3(1)(a)(b), s. 3A (4)(a) and s.3B (1)(a)(b)

Restrains the respondent from molesting the applicant, the specified minor or the cohabitee

(2) An ouster order – s.3(1)(c), s.3A(4)(b) and s.3B(1)(c)

- (i) Prohibiting the respondent from entering or remaining in the residence, a specified part or area
- (ii) Whether or not the residence is the common residence or matrimonial home of the applicant/the specified minor and the respondent

(3) An entry order – s.3(1)(d), S.3A(4)(c) and s.3B(1)(d)

The respondent to permit

- (i) The applicant to enter and remain in the common residence or matrimonial home of the applicant and the respondent or in a specified part of such common residence or matrimonial home; or
- (ii) The minor to enter and remain in the common residence of the minor and the respondent or in a specified part of such common residence

Unlike some other countries, there is no definition given to domestic violence in DCRVO and in fact no such words can be found in the legislation. The only word which bears reference to domestic violence in the DCRVO is “molestation”. The use of the word “molestation” is deliberate because it gives the court a wide discretion to interpret what is “molestation”. Family Judge Sharon D. Melloy in her judgment *P v C*¹³, with reference to the English case laws, explained the meaning of “molestation” and the grant of ouster order as follows,

“Molestation has been defined widely (...) :

“..... molestation may take place without the threat or use of physical violence and still be serious and inimical to mental and physical health”
(Viscount Dilhorne in Davis v Johnson [1979] AC 264)

“It applies to any conduct which can properly be regarded as such a degree

10 Section 3 of the DCRVO.

11 Section 3A of the DCRVO.

12 Section 3B of the DCRVO.

13 *P v C*, FCMC 9655 / 2005, paras. 22 - 27.

- of harassment as to call for the intervention of the court”.*
 (Ormrod LJ in *Horner v Horner* [1982] Fam 90)
 “Molest is a wide, plain word which I would be reluctant to define or paraphrase. If I had to find one synonym for it, I would select ‘pester’.”
 (Stephenson LJ in *Vaughan v Vaughan* [1973] 3 All ER 449)
23. In Hong Kong “scolding” has been found to be sufficient for both a non molestation and an ouster order. (See *Chan Chun Hon v Chan Lam Lai Bing Shirley* [1994] 3 HKC 196).
24. In addition, there usually has to be a form of intent.
 “Harassment, it has to be said, of course, includes within it an element of intent, intent to cause distress or harm”.
 (Donaldson J in *Johnson v Walton* [1990] 1 FLR 350)
- Ouster orders*
25. Ouster orders are viewed seriously. It has often been said that it is a draconian order. It should only be granted in “extreme circumstances”.
 (See *Davis v Johnson* [1979] AC 264)
26. In determining whether an ouster order should be made the court must have regard to
- the conduct of the parties,
 - their respective needs,
 - their financial resources,
 - the needs of any child living with the applicant,
 - and to all the circumstances of the case.
27. All of these elements are of equal importance. The welfare of the child is not of paramount consideration.”

The DCRVO also provides protection against violence between relatives. The meaning of “relatives” for the purpose of DCRVO is defined in s. 3A(2), which covers,

- “(a) the applicant’s father, mother, grandfather or grandmother (whether natural or adoptive);
- (b) the applicant’s step-father, step-mother, step-grandfather or step-grandmother;
- (c) the applicant’s father-in-law or mother-in-law who is the natural parent, adoptive parent or step-parent of the applicant’s spouse;
- (d) the applicant’s grandfather-in-law or grandmother-in-law who is the natural grandparent, adoptive grandparent or step-grandparent of the applicant’s spouse;
- (e) the applicant’s son, daughter, grandson or granddaughter (whether

- natural or adoptive);
- (f) the applicant's step-son, step-daughter, step-grandson or step-granddaughter;
 - (g) the applicant's son-in-law or daughter-in-law who is the spouse of the applicant's natural child, adoptive child or step-child;
 - (h) the applicant's grandson-in-law or granddaughter-in-law who is the spouse of the applicant's natural grandchild, adoptive grandchild or step-grandchild;
 - (i) the applicant's brother or sister (whether of full or half blood or by virtue of adoption);
 - (j) the brother or sister (whether of full or half blood or by virtue of adoption) of the applicant's spouse;
 - (k) the applicant's step-brother or step-sister;
 - (l) the step-brother or step-sister of the applicant's spouse;
 - (m) the applicant's uncle, aunt, nephew, niece or cousin (whether of full or half blood or by virtue of adoption);
 - (n) the uncle, aunt, nephew, niece or cousin (whether of full or half blood or by virtue of adoption) of the applicant's spouse; or
 - (o) the spouse of any person mentioned in paragraph (i), (j), (k), (l), (m) or (n)."

When it comes to the protection for same sex couples, section 3B(1) of the DCRVO provides that if there is a relationship between two persons (whether of the *same sex or of the opposite sex*) who live together as a couple in an intimate relationship, the court may grant an injunction if it is satisfied that the applicant has been molested by the other party to the cohabitation relationship. However, it should be noted that DCRVO does not give protection to dating couples, lodgers, domestic helpers and flat mates.

When an ouster order is granted and if there is in force a custody or access order concerning a child in favour of the perpetrator, the court may vary or suspend the court order for giving effect to the injunction. However, when considering such variation/suspension of the custody/access order, the court shall have regard to the welfare of the minor as first and paramount consideration and give due consideration to the wishes of the child as well as any material information including any social welfare report. The duration of the variation/suspension shall not exceed the expiry of the validity period of the injunction¹⁴.

On granting the injunction under sections 3, 3A or 3B, the court may include a provision requiring the perpetrator to participate in any programme to change the

14 Section 7A DCRVO.

attitude and behaviour that lead to the granting of such injunction¹⁵. If there is a breach of an injunction order, this may be dealt with by way of contempt of court where the court may order the defendant to pay a fine or serve a prison sentence¹⁶.

Conclusion

Any case of domestic violence could involve a lot of people and organizations and these could be: the victim, the perpetrator, children of the family, police, doctors, hospital, social workers, temporary refuge, housing department, prosecution department, legal aid service, judiciary, lawyers, organizations providing counseling or other services, employers of the victim and the perpetrator and the children's schools. No doubt, one would appreciate the involvement of the above list of people and organizations would mean a substantial amount of public fund has to be spent. If one could work out an annual spending on domestic violence, one can imagine that this could be a huge sum of money from the public fund. We should be aware that not only domestic violence hurts people and destroys family, it also has a serious economic impact on society as a whole.

The civil redress should be in most cases a better remedy to deal with domestic violence. Once an injunction order is granted by the court, most perpetrators will stop in fear of involvement in court proceedings which may lead to imprisonment and the need to pay legal costs. Unfortunately, the low utilization rate of civil redress as discovered by Chan K.L., Chiu M.C. & Chiu L.S. in the Consultants' Report¹⁷ appears to remain the same despite reform has been done. It is time to review the reasons for this phenomenon if the stakeholders concur that the use of civil redress is a better way to deal with domestic violence.

One of the reasons for the few use of the civil protection could be the legal costs for applying for an injunction and the difficulty to obtain legal aid assistance. To deal with domestic violence, more funding to cover legal costs should be made available for those in need of assistance. It should also provide better understanding of the use of civil remedy to victims and frontline professionals dealing with domestic violence. Hence, a holistic approach to resolve domestic violence always involves better investment in supporting services and public education.

15 Sections.3(1A), 3A(5) or 3B(3) DCRVO.

16 *H v O* (Contempt of Court: Sentencing).

17 Chan, K. L., Chiu, M. C., & Chiu, L. S., "*Peace at home: Report on the review of the social and legal measures in the prevention and intervention of domestic violence in Hong Kong*", para 4.73.

OS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA, EM PARTICULAR CONTRA A MULHER: VELHOS E NOVOS PROBLEMAS

Mário Monte

*Professor, Director do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos,
Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal*

Resumo: O tema que tratamos é o da responsabilidade criminal por comportamentos contra a família e, em particular, contra a mulher, a partir do direito português, com o objectivo de contribuir para a compreensão da revisão, que está em curso, do código penal de Macau.

A abordagem seguirá duas vias: uma, a que se relaciona mais diretamente com a família, destacando aqui os crimes de *violência doméstica*, *bigamia* e *casamento forçado*; a outra, que terá a mulher como principal preocupação, analisará os crimes de *mutilação genital feminina* e de *perseguição* (“Stalking”).

Alguns destes crimes são recentes no ordenamento jurídico português e são fruto do cumprimento da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011; outros são mais antigos. Mas uns e outros levantam velhos e novos problemas que são neste estudo estudados à luz de três premissas: a) o direito penal é a *ultima ratio* na proteção dos respetivos bens jurídicos; b) não só não deve intervir quando não é necessário, mas também quando não cumpre a sua função – por isso, não deve proteger condutas puramente imorais se estas não comprometem bens jurídicos dignos de tutela máxima que é a penal, mas não pode deixar de o fazer quando em causa estão valores de elevada importância na sociedade; e c), finalmente, qualquer intervenção jurídico-penal, norteada pela comprovada dignidade penal e necessidade de pena, deve apelar a uma visão própria da “ciência conjunta do direito penal”, no sentido de que o fenómeno criminógeno, por um lado, e as proposições político-criminais adequadas a esse fenómeno, por outro, hão de ser tão ou mais relevantes que premissas de natureza dogmática.

Estando em curso a revisão do Código Penal de Macau, tentamos sempre e na medida do possível estabelecer relações entre os tópicos que abordamos e

as propostas de revisão anunciadas.

Palavras-chave: Crimes contra a família; crimes contra a mulher; violência doméstica; bigamia; casamento forçado; mutilação genital feminina; perseguição.

1. Foi-me proposto tratar o tema da responsabilidade criminal por comportamentos contra a família e, em particular, contra a mulher, a partir do direito português, com o objectivo de contribuir para a compreensão da revisão, que está em curso, do Código Penal de Macau. A minha intervenção, procurando dar resposta a este honroso e aliciante convite, focará a atenção em três novos crimes que foram introduzidos em 2015 no Código Penal português e convocará outros dois claramente relacionados com estes e com o tema desta intervenção.

2. Começemos por sublinhar algumas premissas que enquadram o nosso entendimento sobre os assuntos que vamos tratar.

À cabeça, convém lembrar que o direito penal, nesta matéria como em outras, não pode deixar de ser a *ultima ratio* na proteção dos respetivos bens jurídicos. Uma visão que transforme a intervenção penal na *prima* ou *sola ratio* naturalmente que violaria princípios básicos do direito penal, entre os quais, os da subsidiariedade, intervenção penal mínima e proporcionalidade.

Sendo função do direito penal, em geral, a de proteger subsidiariamente bens jurídicos, não pode prestar-se a tutelar outras realidades. Por exemplo, na matéria que tratamos, assume capital importância a ideia de que o direito penal não deve proteger condutas puramente imorais se estas não comprometem bens jurídicos dignos de tutela máxima que é a penal¹. Este ponto é importante porque algumas das condutas que vamos tratar podem suscitar problemas de legitimidade penal – embora infundados, como veremos.

Finalmente, qualquer intervenção jurídico-penal, norteadada pela comprovada dignidade penal e necessidade de pena², deve apelar a uma visão própria da “ciência conjunta do direito penal”, no sentido de que o fenómeno crimínógeno, por um lado, e as proposições político-criminais adequadas a esse fenómeno, por outro, hão de ser tão ou mais relevantes que premissas de natureza dogmática³. Veremos

1 Nesse sentido, Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, T. I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 124.

2 Sobre os critérios da dignidade e da necessidade penal, veja-se, por todos, Costa Andrade, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-criminal do crime», in *RPCC*, Ano 2, Fasc. 2, abril-junho 1992, *passim*.

3 Sobre este assunto já nos pronunciámos detidamente no *nosso* «Da realização integral do direito

que algumas novidades introduzidas no Código Penal português, para além de terem em conta considerandos de natureza criminológica, atinentes aos fenómenos em causa, suportam-se em claras estratégias político-criminais, tão legítimas quanto seriam outrora os fundamentos meramente dogmáticos. A tal ponto que provocam alterações na tipicidade penal, à primeira vista incompreensíveis, quando a análise se fica por uma visão dogmática, mas perfeitamente justificadas quando se buscam razões de política criminal.

3. Dito isto, é tempo de passarmos em revista os principais crimes. Vamos começar pelo novo crime de *casamento forçado*. A liberdade pessoal é o bem jurídico protegido, mas os efeitos de um casamento forçado não são, para o sistema jurídico, menos relevantes que aquele bem jurídico individual. Estes efeitos, sobretudo mediatos, situam-se na ordenação jurídico-familiar e nos vínculos que a permitem constituir.

Independentemente da concepção que se tenha de família – e do casamento, como um dos seus pressupostos possíveis –, com as incidências que as variáveis de tempo e de lugar podem assumir e que sempre condicionam culturalmente o entendimento que se tenha desta instituição, a verdade é que se não duvida que ela assume importância cimeira na vida em sociedade. A demonstrá-lo, do ponto de vista jurídico, está o valor que os instrumentos jurídicos internacionais ou nacionais concedem. A título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 16.º, n.º 3, afirma: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”. Igual determinação surge no artigo 23.º, n.º 1, do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos. Por sua vez, ao nível estadual, só para citar dois exemplos, a Constituição da República Portuguesa proclama, no artigo 36.º, n.º 1, que “[t]odos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade” e, no artigo 67.º, n.º 1, que “[a] família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

É sabido que existe, entre o direito penal e a Constituição, uma “relação de mútua referência”⁴. Esta surge como referência axiológico-normativa para o direito penal. E, se bem que não existe “uma obrigação de criminalizar actos

penal», in Figueiredo Dias *et. al.*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 742 e ss., para onde remetemos agora.

4 Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 120. O Autor precisa em que termos seria esta relação: “que não será de ‘identidade’, ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundada numa essencial *correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins*” – negrito e itálico do Autor.

ofensivos de bens constitucionalmente protegidos”⁵, a verdade é que, na matéria que cuidamos agora, falamos de direitos fundamentais e sociais que não podem deixar de merecer tutela penal quando e onde se verificar a sua necessidade. O que acabamos de dizer tem aplicação nos crimes contra a família: o crime de bigamia (artigo 247.º do CP), o crime de falsificação de estado civil (artigo 248.º do CP português), o crime de subtração de menor (artigo 249.º do CP português) e o crime de violação e obrigação de alimentos (artigo 250.º do CP português).

O crime de casamento forçado levanta acima de tudo, antes ainda de afetar a família e a própria noção de casamento, um problema de relação entre *liberdade e responsabilidade*.

Ninguém é obrigado a casar. O casamento é uma opção inteiramente livre. Mas, uma vez assumido, gera nas pessoas que o contraem um conjunto de direitos e deveres jurídicos, cuja violação gera responsabilidade, inclusivamente penal.

Só assim se compreende o crime de bigamia⁶. O que se destaca neste crime também é um problema de *liberdade e de responsabilidade* que melhor permite compreender o crime de casamento forçado. Sem dúvida que com a incriminação da bigamia se protege a família. E, porque em Portugal – e outros países onde está consagrado⁷ –, secularmente, se assumiu um determinado modelo, é a família monogâmica que se tutela. Assume-se, deste modo, uma visão personalista, mas não individualista, que elege a família, naquele que é o modelo tradicional – o monogâmico –, como interesse de natureza supra-individual de forte referência antropocêntrica a proteger. Outros interesses individuais podem ser reflexamente protegidos com este tipo. Por exemplo, os direitos pessoais e patrimoniais que decorram do casamento para o cônjuge lesado⁸. Mas é a família, na sua feição monogâmica, enquanto valor supra-individual que merece tutela penal.

5 Como explica Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta Iuris Poenalis). *Introdução. A Doutrina Geral da Infracção [A Ordenação Fundamental da Conduta (facto) Punível; A Conduta Típica (O tipo); a Conduta Ilícita (o Ilícito); a Conduta Culposa (a Culpa)]*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra editora, 2015, p. 115. Mas o Autor também explica que no texto constitucional é possível descortinar-se imposições constitucionais de criminalização, proibições constitucionais de penalização e limites à criminalização. Em sentido contrário ao das imposições implícitas de criminalização vai, contudo, Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 129 e s.

6 Está previsto no artigo 247.º do CP português, remonta ao Código Penal de 1886, e tem inspiração em outros ordenamentos jurídicos: o artigo 215.º do *StGB* suíço, o § 171 do *StGB* alemão e o § 192 do *StGB* austríaco – cfr., Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 909.

7 Veja-se nota anterior.

8 No mesmo sentido, Damião da Cunha, “Artigo 247.º (Bigamia)”, in Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, T. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 603.

Afastada fica assim a tentação de considerar este tipo desnecessário, por se tratar da tutela de uma opção individual relativamente ao tipo de casamento ou considerar ilegítima uma opção “imposta”, afastando outras, quando em outras culturas estas opções seriam possíveis. Uma tal visão, assente no subjetivismo e na relatividade dos interesses, tornaria ilegítima a intervenção jurídico-penal. Uma tal visão, a nosso ver, estaria errada.

Veja-se⁹ que a revisão do Código penal de 1995, em matéria de crimes contra a família, entre outras coisas, reduziu o leque de condutas puníveis, passando a tutelar praticamente aquelas que afetam bens jurídicos supra-individuais. E este é o *punctum crucis* da questão. Não que os interesses individuais fossem irrelevantes. Pelo contrário, o Estado deve garantir aos seus cidadãos o direito de fazer opções individuais e de as colocar em prática. Mas a verdade é que estamos a falar da proteção de um bem jurídico supra-individual antropocentricamente fundado: a família (monogâmica), “base de toda ordenação jurídico-familiar”¹⁰. E como o tipo objectivo consiste na realização de um casamento, por quem já é casado, ou na realização de um casamento com pessoa casada, vem a ser o casamento como base da instituição da família que vem a ser o objecto da proteção, sendo o bem jurídico, como já se disse, a família (neste caso, a monogâmica). Por isso está justificada a intervenção e a responsabilidade penal nos casos de bigamia.

Mas esta responsabilidade pressupõe, como se disse já, uma total liberdade de decisão e de opção¹¹ quanto à vontade de casar. É muito simples: se há total liberdade quanto à opção de casar ou não, deve haver máxima responsabilidade por essa opção, atento o interesse supra-individual em jogo.

Por isso, é tão valioso que a decisão de casar ou não casar seja uma opção inteiramente livre. A falta de liberdade torna o casamento inválido. E, quando o casamento é forçado, em determinados termos, é agora crime. É tão grave violar o casamento que foi realizado em inteira liberdade, contraindo um novo casamento, como obrigar alguém a casar sem vontade de o fazer.

Dito isto – para além de outras razões –, já se percebe que se tornava inevitável a incriminação do casamento forçado. Se se responsabiliza quem, sendo casado, não respeita o casamento, casando com outra pessoa ou simplesmente casando com pessoa casada, como se poderia responsabilizar quem o faz se na base estivesse um casamento putativo e indesejado? Além disso, em termos puramente fenomenológicos, o facto de a vítima do casamento forçado ser normalmente a mulher precipitou a sua incriminação. Já lá iremos.

9 Como enfatiza Damiano da Cunha, *op. cit.*, p. 599 e ss.

10 *Idem*, p. 603.

11 De decisão – querer casar ou não – e de opção – saber qual o regime jurídico a adoptar no casamento civil, i. é, comunhão geral de bens, comunhão de bens adquiridos, separação de bens.

O crime de casamento forçado surge assim no artigo 154.º-B do CP e foi introduzido pela Lei 83/2015, de 5 de agosto, em cumprimento da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011 (doravante, Convenção de Istambul).

Trata-se de um crime contra a *liberdade pessoal*, neste caso, de se autodeterminar no que se refere ao celibato e à vida conjugal. Se à violação do vínculo (casamento) corresponde a responsabilidade (inclusive penal), esta deve pressupor a liberdade. A falta de liberdade aqui é tão séria como é a violação do vínculo. Não pode esquecer-se que a nova tipicidade objectiva consiste em *forçar outra pessoa a casar ou a viver em situação análoga à do casamento*. Certo que no crime de casamento forçado está na mira, também, a união de facto. E, por isso, faz todo o sentido que o crime seja considerado, antes de tudo, um crime contra a liberdade pessoal. Mas, reflexamente, seja pelo casamento, seja pela união de facto, acabam por estar protegidos estes vínculos jurídicos e, como é evidente, a família.

Andou bem o legislador. Não só cumpriu um compromisso assumido na ratificação da Convenção de Istambul, mas também constatou que o recurso a outros tipos legais de crime – como o do 154.º do CP (crime de coação) – não concedia a mesma tutela que agora se oferece, como não autonomizava as situações como agora se faz.

A nosso ver, o legislador, ao proteger a liberdade pessoal, reforça a importância do carácter livre da opção de casamento e situações análogas e da responsabilidade que estes vínculos geram. Assim se percebe melhor – se dúvidas existissem – a relevância da responsabilidade penal das situações de violação do casamento quando este é contraído livremente. E sendo a liberdade o pressuposto do casamento e da responsabilidade penal nos casos da sua violação, compreende-se agora, com mais clareza, que na bigamia se tutele um bem jurídico supra-individual – porque não é a liberdade que é posta em causa, mas a família monogâmica – e no casamento forçado se tutele um bem jurídico individual – a liberdade pessoal, não só pelo valor intrínseco desta, mas porque ela vem a ser a base de toda uma concepção que, arrancando no casamento, permite chegar à tutela da família. Na bigamia, tutela-se um bem jurídico supra-individual e reflexamente interesses individuais; no casamento forçado, tutela-se um bem jurídico individual e reflexamente a família e o modo de a constituir. Os dois crimes, agora, como que se complementam.

Por fim, mas não em último¹², embora se admita que qualquer pessoa

12 Como já referimos mais aprofundadamente no *nosso* “O resgate político-penal da vítima (mulher) em matéria de direitos humanos. Considerações em torno da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada

possa ser vítima do crime de casamento forçado, é evidente que a realidade fenomenológica evidencia que são as mulheres quem normalmente sofrem este tipo de coação. Por isso, a *especial condição da vítima* foi aqui tida em conta para fundamentar e impor a nova incriminação típica¹³. De tal sorte que não foi indiferente ao legislador a peculiar censurabilidade destas condutas, porquanto a moldura penal do artigo 154.º-B é de prisão até cinco anos, ao passo que a do artigo 154.º (Coação) seria de apenas até três anos.

4. Passemos agora a outra inovação da Lei 83/2015, de 5 de agosto, que deu origem ao artigo 144.º-A do CP: o crime de *mutilação genital feminina*. Sabendo que a base típica da ilicitude já estava protegida por outro tipo legal de crime – o artigo 144.º do CP –, os elementos inovadores do tipo fundamentam-se na *especial condição da vítima*, e não necessariamente no bem jurídico.

O bem jurídico é *integridade física de outra pessoa* que tem como objecto específico o *aparelho genital feminino*. O tipo está inserido nos *crimes contra a ofensa à integridade física* e o legislador aparentemente circunscreveu a ofensa à mutilação corporal, independentemente de qualquer outra intencionalidade ou resultado dessa ofensa. Por isso, o artigo 144.º do CP poderia dar resposta adequada.

A verdade é que a sua autonomização se justifica, não só pelo cumprimento da Convenção de Istambul, mas também porque em termos materiais se terá *pretendido* proteger a integridade psíquica, mental e sexual das vítimas e, mediatamente, a igualdade¹⁴. Tratando-se, portanto, de um crime de ofensa à integridade física (psíquica, mental e sexual) *especialmente grave*, o que agora releva é a necessidade de proteger a mulher de um modo assumidamente especial

em Istambul, a 11 de maio de 2011, e da Lei 83/2015, de 5 de agosto”, no prelo e a ser editado na comemoração do décimo aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho.

- 13 Como salienta o Preâmbulo da Convenção de Istambul, reconhece-se “com profunda preocupação, que mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados «crimes de honra» e a mutilação genital, os quais constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e das raparigas e um obstáculo importante à realização da igualdade entre mulheres e homens” – negrito é nosso.
- 14 Neste sentido, com o qual concordamos, veja-se Maria Clara Sottomayor, “Assédio sexual nas ruas e no trabalho. Uma questão de direitos humanos”, in Conceição Cunha (Org.^a), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 72. Em idêntico sentido, Paula Ribeiro de Faria, “A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina”, in Conceição Cunha (Org.^a), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 105.

perante situações de particular vulnerabilidade e desigualdade¹⁵. Este tipo de tutela é inquestionavelmente legítimo, porquanto as proposições de política criminal muitas vezes justificam a incriminação e algumas vezes sobrepõem-se a puras questões dogmáticas. Problema que ainda assim se poderia colocar seria o de saber se tal tutela não deveria estar acompanhada de outro tipo de medidas. *Brevitatis causa*, não o faremos aqui.

5. Inovador foi a introdução no CP, em 2015, do crime de *perseguição* (“Stalking”), através do artigo 154.º-A, tendo como fonte a Convenção de Istambul.

Apesar da sua importância, este tipo legal de crime também suscita problemas de pertinência (dogmática). Por que razão se autonomizaram as situações de *Stalking* quando para as tratar havia já um conjunto de tipos que, de um modo ou de outro, lhes davam resposta?¹⁶ Há quem entenda curiosa e paradoxalmente – mas corretamente – que esta pode ter sido uma das razões que justificou a autonomização¹⁷.

Aqui também topamos com um problema de *liberdade pessoal*, por isso se compreendendo que seja um crime semipúblico¹⁸. O bem jurídico protegido é tanto a *paz pessoal* como a *liberdade de decisão e ação*, que de algum modo já estava protegido em muitas outras normas.

Só que, bem vistas as coisas, há razões, para além do compromisso emergente da Convenção de 2011, que impunham a sua autonomização. E entre estas, sem dúvida que estão duas que devem ser consideradas: por um lado, a *especial condição da vítima*; por outro, o modo como, em função disso,

15 Veja-se o que se diz no Preâmbulo da Convenção de Istambul, *supra*, nota.

16 Nesse sentido, Rita Braga da Cruz, “O crime de perseguição e a Convenção de Istambul”, in Conceição Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 94 e s. E para o comprovar é só atender a algumas normas: nomeadamente, o 153.º (ameaça), o artigo 154.º (coação), o artigo 190.º (perturbação da vida provada), o artigo 192.º (devassa da vida privada), o artigo 193.º (devassa por meio de informática), os artigos 180.º e 181.º (difamação ou injúrias), o artigo 199.º (gravações e fotografias ilícitas), os artigos 163.º, 164.º e 170.º (coação sexual violação e importunação sexual) e o artigo 152.º (violência doméstica).

17 Rita Braga da Cruz, “O crime de perseguição...”, p. 94 e s.

18 Não era esta a solução pretendida por uma parte do Parlamento português – cfr. Rita Braga da Cruz, “O crime de perseguição e a Convenção de Istambul”, in Conceição Cunha (Org.ª), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 95. Mas, atendendo ao bem jurídico em causa, cremos que a solução vertida no tipo é a que melhor se adequa aos interesses em crise. Sobretudo porque um crime de natureza pública poderia projetar situações de dupla vitimização quando a vítima não está preparada para enfrentar as implicações do processo penal.

os comportamentos acontecem, causando alarme social e insegurança¹⁹. São, portanto, legítimas e ponderadas razões de política criminal: não há novos bens jurídicos a proteger; não havia propriamente uma lacuna na proteção das situações em causa; portanto, dogmaticamente, podia dizer-se que não havia razões para criar um novo tipo legal de crime. Só que, como já enunciámos, as razões de política criminal – a especial condição da vítima e o especial modo de realizar o crime – são suficientemente fundadas para se proceder a uma autonomização destas situações. Ao direito penal é legítimo operar segundo estratégias político-criminais, quando deste modo o que faz é cumprir (melhor) a sua função: proteger subsidiariamente os bens jurídicos.

Estas razões, a nosso ver, são suficientemente fortes para levar a uma ponderação idêntica na revisão do Código Penal de Macau. *Brevitatis causa*, a proposta de revisão, acertadamente, propõe a criação de um *crime qualificado de coação sexual* e a introdução de um novo *crime de importunação sexual*. Na fundamentação deste novo crime também está o “assédio sexual”. No entanto, se virmos bem, as duas propostas, em particular a última, de algum modo já existiam no Código Penal português. E, no entanto, como vimos, isso não inibiu o legislador português de criar um novo tipo legal de crime – “perseguição” – que é também uma forma de assédio, mas com dimensões distintas da importunação ou da coação sexual. Não vamos aqui aprofundar a questão, mas cremos que a revisão do Código Penal de Macau poderia de algum modo contemplar as situações que levaram à autonomização da perseguição no Código Penal português.

6. E, finalmente, vamos abordar aquele que nos parece ser o crime mais pluriofensivo de todos, com afectação imediata de certas pessoas, a começar na mulher, e de modo, ao menos mediato, a família: o crime de violência doméstica.

Tal como no Código Penal de Macau, no artigo 146.º, o CP português desde 1982 até 2007 previu apenas o crime de maus tratos. Só em 2007 é que se autonomiza o crime de violência doméstica, através do artigo 152.º Além disso, alargou-se a tipicidade objectiva e aumentou-se a severidade das sanções, continuando o crime a ser público. Semelhante solução foi agora adoptada em Macau, através da Lei de Prevenção e Combate à violência doméstica n.º 2/2016. Começamos pelo tipo legal português para finalmente irmos à solução de Macau.

O CP português adoptou-o enquanto crime contra as pessoas e, dentro destes, contra a integridade física. É altamente discutível esta inserção. Justamente porque este crime tem como bem jurídico, não só a integridade física, mas também a integridade psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual,

19 Veja-se o Preâmbulo da Convenção de Istambul, *supra*, nota.

a honra²⁰ e, em geral, a família ou unidade doméstica (quando realizado no seio destas). Compreende-se que não seria fácil outra inserção no Código Penal. Mas, então, por esta e outras razões, poder-se-ia ter seguido a solução de Macau, de o determinar em lei especial.

Note-se que a Convenção de Istambul de 2011 destacou este como um dos crimes que mais necessitava de uma intervenção por parte dos Estados, uma vez que em causa estava, especialmente, a mulher enquanto vítima. Sucede que, em grande parte, as situações de violência doméstica acontecem no seio familiar, independentemente da sua forma. Veja-se que a Convenção, no seu artigo 3.º, define a violência doméstica como “todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem na família ou na unidade doméstica, ou entre cônjuges ou ex-cônjuges, ou entre companheiros ou ex-companheiros, quer o agressor coabite ou tenha coabitado, ou não, com a vítima”. É, digamos assim, um crime com efeitos diversos uma vez que pode atingir não só a vítima direta como toda a estrutura familiar ou doméstica. Quantas vezes, ao menos indiretamente, os filhos não são vítimas traumatizadas deste tipo de crime... E isto não passou despercebido à Convenção de Istambul. O preâmbulo destaca o facto de que “as crianças são vítimas de violência doméstica como testemunhas de violência na família”.

A sua consagração, antes ainda da Convenção, prenunciava já a importância dos bens jurídicos em causa e de razões *político-criminais*. Por ele se pugna pela igualdade entre mulheres e homens²¹, se afirma que “a natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres é baseada no género, e que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens”²², justamente porque “as mulheres e as raparigas estão expostas a um maior risco de violência de género que os homens”²³, e que efetivamente este tipo de violência “afeta as mulheres de forma desproporcional”, apesar de “que os homens também podem ser vítimas de violência doméstica”²⁴.

Ora, se se aspira a “criar uma Europa livre de violência contra as mulheres e de violência doméstica”, então, duas consequências seriam inevitáveis: uma, a consagração autónoma do crime de violência doméstica; a outra, a determinação

20 Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, p. 591.

21 Assim se escreve no Preâmbulo da Convenção de Istambul: “a realização de jure e de facto da igualdade entre mulheres e homens é um elemento-chave na prevenção da violência contra as mulheres”.

22 Cfr., Preâmbulo da Convenção de Istambul.

23 *Idem*.

24 *Idem*.

da sua natureza pública. Hoje, em Portugal, o crime é – irrevogavelmente, diríamos – público. Só assim se consegue travar o bom combate. E o bom combate é erradicar o fenómeno da violência doméstica, diminuindo as cifras negras, mas, ao mesmo tempo, procurando ressocializar os ofensores. Afinal, convém não esquecer que, neste crime, como todos, o artigo 40.º do CP continua a impor que as finalidades das penas sejam, não só a de “protecção de bens jurídicos”, como a da “reintegração do agente na sociedade”. Este tópico é muito relevante. Vejamos.

A abordagem deste fenómeno no âmbito da ciência conjunta do direito penal impõe que a criminologia nos ajude a compreender as causas deste crime. Para além de que “a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que conduziram à dominação e discriminação contra as mulheres pelos homens, o que as impediu de progredirem plenamente”²⁵, há, muitas vezes, por detrás deste crime, situações de desestruturação psíquica, moral, familiar, profissional, conduzindo a certos tipos de dependência (álcool, droga, etc.), que necessitam de uma intervenção a um outro nível que não o penal. Reconhecendo isto, o legislador português entendeu por bem que, apesar de o crime ser público, “[e]m processos por crime de violência doméstica não agravado pelo resultado, o Ministério Público, mediante requerimento livre e esclarecido da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que se verifiquem os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1”²⁶. A suspensão provisória do processo permite a aplicação ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre com vista à reintegração do agente. E pode dizer-se que, em grande parte, o legislador foi sensível a situações em que uma pena de prisão teria efeitos mais nocivos que benéficos para a situação das próprias vítimas, atendendo a que – este ponto é muito relevante – seria a própria família a estar em causa. Certamente que em muito casos a pena será, aplicada ainda na perspectiva do artigo 40.º do CP, a reacção criminal mais adequada. Mas quando se percebe que outra solução pode ajudar a resolver o problema da violência doméstica e até, quando for caso disso, a restabelecer os laços familiares, pessoais, então, a suspensão aparece como o meio mais indicado. E não se podia ter ido mais longe?²⁷

25 *Idem*.

26 Artigo 281.º, n.º 7, do Código de Processo Penal português.

27 O artigo 16.º da Convenção de Istambul exorta os Estados signatários, por um lado, a “adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para criar ou apoiar programas cujo objetivo é ensinar os perpetradores de violência doméstica a adotar um comportamento não violento nas relações interpessoais, a fim de evitar mais violência e mudar padrões de comportamento violento”, e, por outro, a “adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para criar ou apoiar programas de tratamento cujo objetivo é prevenir a reincidência de agressores e em particular de agressores sexuais”.

É aqui que entra a solução de Macau como um bom exemplo. A Lei n.º 2/2016 de Macau aposta não só no regime sancionatório, penal, mas em outras medidas – preventivas, protecionistas e restaurativas – para prevenir e reprimir a violência doméstica. Nestas últimas está uma preocupação vincada pelo “restabelecimento das (...) relações e da paz social”. Não é aqui o lugar para falar dos méritos da justiça restaurativa. Mas temos para nós que, não sendo de modo algum uma solução que substitua o direito penal, sobretudo na função que este desempenha, ao menos nas relações interpessoais, ela tem um mérito que o direito penal nem sempre consegue atingir: restabelece, não só a paz jurídica, mas acima de tudo a paz social. E, por isso, contrariamente aos que entendem que neste tipo de crime não deve haver lugar à justiça restaurativa, à conciliação, nós dizemos que para erradicar o fenómeno da violência doméstica, o direito penal continuará a ser sempre e só a *ultima ratio*. Antes dele, certamente que deve haver lugar a outras medidas que promovam as pessoas enquanto tais, e não que as tratem como criminosos irreversíveis. Neste sentido, a solução legal de Macau consegue ir mais longe do que a de muitos países europeus, incluindo a portuguesa, pelo que é de saudar.

7. É tempo de concluir com duas reflexões.

Uma para dizer que os passos que foram dados em 2015 em Portugal, no sentido de promover a igualdade de género, protegendo a mulher e a família em certos crimes – ainda que já tivessem anteriormente alguma proteção penal –, de modo especial e autónomo, são soluções que, fundamentando-se essencialmente em proposições político-criminais, devem ser tida como legítimas e boas, porque melhoram o cumprimento da função jurídico-penal. Por isso, estando em curso a revisão do Código Penal de Macau, e sendo alguns dos crimes que aqui analisámos os que estão na mira do legislador, podemos dizer que pode a Convenção de Istambul servir de inspiração e a solução portuguesa de modelo, porque se trata de um passo importante para a modernização da sociedade macaense.

Por outro lado, no entanto, entendemos que a opção seguida pelo legislador português, de simplesmente incorporar as novas situações no Código Penal, pode não ser sempre a melhor solução se, para além do regime sancionatório penal, se apostar também em outras medidas preventivas, protecionistas e restaurativas que em cada caso persigam os mesmos objetivos do sistema jurídico-penal, mas eventualmente com menos perdas e mais ganhos axiológicos. Sirva de exemplo, aqui, a solução que Macau adoptou para a prevenção e repressão da violência doméstica.

Anexo

(normas referenciadas do Código Penal português)

Artigo 144.º-A (Mutilação genital feminina)

- 1 - Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.
- 2 - Os atos preparatórios do crime previsto no número anterior são punidos com pena de prisão até 3 anos.

Artigo 154.º-A (Perseguição)

- 1 - Quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.
- 2 - A tentativa é punível.
- 3 - Nos casos previstos no n.º 1, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima pelo período de 6 meses a 3 anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição.
- 4 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.
- 5 - O procedimento criminal depende de queixa

Artigo 154.º-B (Casamento forçado)

Quem constranger outra pessoa a contrair casamento ou união equiparável à do casamento é punido com pena de prisão até 5 anos.

Artigo 154.º-C (Atos preparatórios)

Os atos preparatórios do crime previsto no artigo anterior, incluindo o de atrair a vítima para território diferente do da sua residência com o intuito de a constranger a contrair casamento ou união equiparável à do casamento, são punidos com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

Artigo 247.º (Bigamia)

Quem:

- a) Sendo casado, contrair outro casamento; ou
- b) Contrair casamento com pessoa casada;

é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 248.º (Falsificação de estado civil)

Quem:

- a) Fizer figurar no registo civil nascimento inexistente; ou
- b) De maneira a pôr em perigo a verificação oficial de estado civil ou de posição jurídica familiar, usurpar, alterar, supuser ou encobrir o seu estado civil ou a posição jurídica familiar de outra pessoa;

é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 249.º (Subtracção de menor)

1 - Quem:

- a) Subtrair menor;
- b) Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou
- c) De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento;

é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

2 - Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos.

3 - O procedimento criminal depende de queixa.

Artigo 250.º (Violação da obrigação de alimentos)

1 - Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação no prazo de dois meses seguintes ao vencimento, é punido com pena de multa até 120 dias. 2 - A prática reiterada do crime referido no número anterior é punível com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

3 - Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de

multa até 240 dias.

- 4 - Quem, com a intenção de não prestar alimentos, se colocar na impossibilidade de o fazer e violar a obrigação a que está sujeito criando o perigo previsto no número anterior, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.
- 5 - O procedimento criminal depende de queixa.
- 6 - Se a obrigação vier a ser cumprida, pode o tribunal dispensar de pena ou declarar extinta, no todo ou em parte, a pena ainda não cumprida.

A VIOLÊNCIA SEXUAL ENTRE CÔNJUGES OU UNIDOS DE FACTO NO ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DE MACAU

Teresa Lancry Robalo

Assistente, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Resumo: A Lei de prevenção e combate à violência doméstica veio prever no n.º 1 do seu artigo 18.º que “quem, no âmbito de uma relação familiar ou equiparada, infligir a outra pessoa maus tratos físicos, psíquicos ou sexuais é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”. Neste contexto, será desenvolvida a problemática dos “maus tratos sexuais” entre cônjuges ou unidos de facto.

Tratando-se o Direito de um “sistema de normas dotadas de coercibilidade”, cumpre começar por questionar como podemos relacionar o dever de coabitação de onde deriva o dever de ter relações sexuais com o cônjuge - o que não se aplica a unidos de facto - com a responsabilização pela prática de um crime de violação por parte do cônjuges que forçar o seu consorte a manter consigo um relacionamento sexual contra a sua vontade. Faremos, por isso, uma incursão pelos ramos do Direito da Família e do Direito Penal, procurando alcançar a devida harmonia intra-sistemática que permita entender como se compatibilizam ambas as questões.

Neste contexto, será importante dar nota dos efeitos psicológicos derivados da sujeição da vítima a qualquer tipo de violência inter-relacional, onde se inclui a violência sexual, nomeadamente quando cometida no âmbito de uma relação sentimental como seja o casamento ou a união de facto.

Palavras-chave: Violência doméstica; violência sexual; dever de coabitação; violação; efeitos psicológicos; vítima.

*“The most dangerous
place for a woman in this
country [U.S.A.] is her own
home”*

Gloria Steinem, 2015

I. Introdução

O tema que nos propomos desenvolver prende-se com a problemática da violência doméstica e, neste contexto, começamos por colocar a seguinte questão: será o lar um lugar seguro ou, como alguns autores advogam, um dos lugares mais perigosos onde a mulher se possa encontrar? De facto, este deveria ser um espaço de afecto e consolidação da personalidade de cada ser humano. Porém, alguma doutrina reitera que a violência sexual sobre as mulheres resulta de uma tendência de controlo da mulher pelo homem. A mulher seria vista por este como um ser vulnerável, mais fraco fisicamente, sendo reduzido a mero objecto de satisfação dos desejos sexuais masculinos e encontrando-se, portanto, à sua mercê. Daí a necessidade desenfreada dos movimentos feministas no sentido de chamarem a atenção do Mundo para o facto de a sociedade, e do próprio lar, não serem os locais mais seguros para a mulher, estando, tal como a presa para com o predador, a correr um risco constante de ser atacada.

Iremos, pois, apreciar a questão da responsabilização criminal dos maus tratos sexuais no contexto familiar, nomeadamente contra a mulher numa relação matrimonial ou de união de facto, à luz da Lei n.º 2/2016, a Lei da Prevenção e Combate à Violência Doméstica.

De facto, nos termos do artigo 18.º, n.º 1 da mesma Lei decorre a tipificação de tais actos de violência sexual como aptos a preencher o tipo de crime de violência doméstica simples. Porém, cumpre indagar da efectiva responsabilização do agente que pratique actos sexuais de relevo contra a vontade do seu cônjuge sendo certo que, noutra ramo do Direito – o da Família -, encontramos o dever dos cônjuges manterem entre si relações sexuais. Pergunta-se, pois, como poderemos conciliar, por um lado, este último dever com a possibilidade do cônjuge “credor” ser responsabilizado por um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual do outro elemento da relação matrimonial caso o force a ter consigo relações sexuais.

Por último, responderemos à questão de saber se o cônjuge ou unido de facto que tenha cometido um acto sexual de relevo apto a integrar os crimes de violação ou de coacção sexual, previstos e punidos pelos artigos 157.º e 158.º do Código Penal, deverá ser responsabilizado por um crime de violência doméstica

ou por um crime de violação/coacção sexual, questão que será resolvida atendendo às regras que dispõem sobre concurso de normas.

II. A Lei n.º 2/2016 de Prevenção e Combate à Violência Doméstica

No dia 5 de Outubro de 2016, entrou em vigor na RAEM a Lei de Prevenção e Combate à Violência Doméstica, Lei n.º 2/2016.

Segundo o artigo 4.º, n.º 1 deste diploma, “(...) considera-se violência doméstica quaisquer maus tratos físicos, psíquicos ou sexuais que sejam cometidos no âmbito de uma relação familiar ou equiparada”.

O n.º 2 do mesmo preceito legal esclarece que “(...) considera-se que as relações familiares ou equiparadas abrangem: 1) as relações familiares constituídas por casamento, parentesco ou afinidade na linha recta, e adopção; 2) as relações familiares constituídas por parentesco ou afinidade na linha colateral até ao quarto grau quando exista coabitação; 3) as relações existentes entre pessoas que vivam em situação análoga à dos cônjuges; 4) as relações existentes entre ex-cônjuges; 5) as relações existentes entre pessoas que tenham descendentes comuns em primeiro grau e que não estejam abrangidas pelas alíneas anteriores; 6) as relações de tutela ou curatela; 7) as situações de cuidado ou guarda de pessoas menores, incapazes ou particularmente vulneráveis em razão de idade, gravidez, doença ou deficiência física ou psíquica, não abrangidas pelas alíneas anteriores, quando exista coabitação”.

Por seu turno, e agora a propósito do tipo de crime de violência doméstica simples, dispõe o n.º 1 do artigo 18.º da mesma Lei que “Quem, no âmbito de uma relação familiar ou equiparada, infligir a outra pessoa maus tratos físicos, psíquicos ou sexuais é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”.

Estão, assim e entre outros, abrangidos pela norma incriminadora, conjugada com o disposto no supra mencionado artigo 4.º, n.º 2, os maus tratos sexuais cometidos entre cônjuges ou unidos de facto, sendo ainda de referir que se trata de um crime específico impróprio visto que e.g. a sujeição de outrem à prática de actos sexuais de relevo contra a sua vontade resulta já das normas incriminadoras previstas no nosso Código Penal, nomeadamente nos seus artigos 157.º e 158.º. A responsabilização do agente será, pois, feita, em princípio, pelo crime de violência doméstica graças à especificidade que daí decorre, derivada de uma maior ilicitude da conduta quando praticada por quem se encontre no âmbito de uma relação familiar, o que nos conduzirá às questões relativas ao concurso de normas, o que desenvolveremos adiante.

III. A problemática da violência sexual entre cônjuges

Atento o facto de o Direito ser um “sistema de normas”¹— um “sistema”, portanto - e não olvidando o princípio da unidade do ordenamento jurídico que, em sede penal e conforme dispõe o n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal de Macau, faz com que uma conduta lícita num qualquer ramo do direito também o seja para efeitos jurídico-penais², somos de imediato impelidos para a questão de determinar como podem conciliar-se o dever de manter relações sexuais com o cônjuge e, por outro, a possibilidade do detentor do direito em causa ser responsabilizado por violação caso force o seu consorte a manter consigo relações sexuais.

1. Débito conjugal vs crime de violação

De facto este problema, com tais contornos, não se verifica se estivermos perante uma relação de união de facto pois que esta não acarreta a produção de deveres jurídicos *de per se*, ao invés do que sucede com o casamento³. Aliás, como claramente salienta Jorge Duarte Pinheiro, “quem decide casar rejeita não só a opção de viver sozinho, mas também a opção de viver numa forma de coabitação legalmente relevante e isenta de constrangimentos jurídicos a nível da dimensão pessoal da comunhão”⁴.

De entre os diversos deveres que emergem do casamento, encontra-se o dever de coabitação que tradicionalmente se subdivide na comunhão de “leito, mesa e habitação” e, para o que ora nos interessa abarca, pois, o chamado “débito

-
- 1 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 31.
 - 2 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 387 e 403.
 - 3 Atente-se, neste contexto, ao disposto no artigo 1471.º do Código Civil de Macau, nos termos do qual “união de facto é a relação havida entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges” e, ao invés, às disposições sobre o casamento. Por um lado, dispõe o artigo 1462.º do mesmo diploma (equivalente ao artigo 1672.º do Código Civil português) que “casamento é o contrato (...)” e, por outro, reza o artigo 1533.º segundo o qual “os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”, tudo sem olvidar os ensinamentos de FRANCISCO PEREIRA COELHO e de GUILHERME DE OLIVEIRA, quando os autores referem que “os membros da união de facto não estão vinculados por qualquer os deveres pessoais que o artigo 1672.º do CCiv impõe aos cônjuges” ou ainda, de modo ainda mais expresso para a questão que ora nos ocupa, quando esclarecem que “(...) da união de facto não resulta aquela limitação (...)”, reportando-se à limitação ao direito à liberdade sexual devido ao dever de manter relações sexuais com o cônjuge, *in Curso de Direito da Família*, volume I, *Introdução; Direito Matrimonial*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2001, p. 100 e 356, respectivamente.
 - 4 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 24.

conjugal”⁵. Este dever materializa-se no dever de a pessoa casada ter relações sexuais com o seu cônjuge, traduzindo-se numa limitação lícita ao direito à liberdade sexual. E isto numa dupla vertente: na do dever de ter relações sexuais com o cônjuge e na do dever de não ter relações sexuais com terceiro, aqui se cristalizando o cerne do dever de fidelidade.

Este tipo de intervenção do Direito em áreas tão sensíveis como a sexualidade, limitando a liberdade das pessoas, é questionado, impedindo ou impondo condutas que acarretam uma limitação à liberdade sexual de cada um poder escolher o parceiro sexual que lhe aprouver, bem como de ter ou não ter relações sexuais.

2. Finalidades do dever de ter relações sexuais, ínsito no dever de coabitação

De modo a compreendermos a amplitude e os limites do dever de ter relações sexuais, cumpre começar por entender por que motivo passam duas pessoas, a partir do momento em que se casam, a estar obrigadas a manter relações sexuais uma com a outra, sendo certo que seguiremos de perto os ensinamentos de Jorge Duarte Pinheiro, para onde remetermos, neste particular⁶.

Uma primeira finalidade a apontar poderia ser a de procriação, conforme o faz o Direito Canónico⁷ - porém, esta não consubstancia um desiderato do casamento aos olhos do Direito Civil, como explica o autor supra citado, salientando que o casamento já é, em si mesmo, fonte de relações familiares. Aliás, desde 2010 a lei portuguesa já admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pelo que esta finalidade tem naturalmente de decair.

Poderá, ainda, perguntar-se se esta exigência se prende com um dever de cooperação, no sentido de o cônjuge ter de socorrer o seu consorte satisfazendo-o nos seus desejos sexuais. Esta concepção é de rejeitar, pois como tão bem refere Jorge Duarte Pinheiro, o acto sexual deve derivar da vontade conjunta de ambos os intervenientes. O oposto feriria decerto a própria dignidade da pessoa humana⁸.

Uma terceira alternativa seria a de contrabalançar o débito conjugal com o dever de fidelidade. Ou seja, se por um lado recai sobre os cônjuges o dever de não terem relações sexuais com terceiros, seria necessário assegurar a possibilidade

5 FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família cit.*, p. 356.

6 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 254-310

7 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 254-255.

8 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 259-267.

de terem relações sexuais com o seu consorte até para, assim, se evitar a violação do direito de fidelidade⁹. Na nossa modesta opinião uma tal solução faria sentido em termos sistemáticos.

A *ratio* para um tal dever será, porém, encontrada no facto de as relações sexuais entre os cônjuges serem um importante factor de união entre o casal, sendo certo que a sua ausência levará a uma separação física entre ambos o que, amiúde, dará origem ao divórcio¹⁰.

3. Limites ao dever de ter relações sexuais com o cônjuge

Pergunta-se, ainda, se o dever de ter relações sexuais com o cônjuge implica a concessão de uma *carte blanche*¹¹ ao cônjuge que, não vendo satisfeito esse seu direito, poderia então ir até ao ponto de forçar licitamente, porque à luz de um tal direito, o seu consorte a ter consigo relações sexuais. Ao que se responde pela negativa.

Comecemos por uma óptica civilística. Tratando-se o casamento de um contrato gerador de relações jurídicas entre os cônjuges, a questão poderá começar a pôr-se no sentido de determinar se podemos afirmar estar perante um cônjuge titular de um direito subjectivo e de outro adstrito ao cumprimento de um dever. Caso se concorde com esta posição, o direito de ter relações sexuais com o seu consorte deverá ser definido como um direito subjectivo *stricto sensu*, isto é, um “poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão)”¹² e não como um direito potestativo.

Por conseguinte, do outro lado da relação jurídica teremos um dever e não uma sujeição, o que significa que o cônjuge obrigado a uma tal conduta poderá livremente recusar-se a prestá-la, arcando com as devidas consequências jurídicas

9 Não tanto neste sentido, mas a propósito, há que referir que alguma doutrina procurou aglutinar sob o dever de fidelidade todas as obrigações sexuais que recaem sobre os cônjuges, evitando-se assim de algum modo a dispersão desta matéria sob diferentes deveres previstos na lei. Para mais desenvolvimentos sobre este tópico, vide JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 256-258, onde o autor rejeita esta opção atentas nomeadamente as diferenças entre os respectivos deveres de *facere* e *non facere* em questão, bem como a gravidade que é associada à sua respectiva violação.

10 JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 307.

11 Recordando os ensinamentos de VERA LÚCIA RAPOSO, *As 50 sombras do Código Penal: A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais*, comunicação apresentada no Seminário sobre a Revisão do Código Penal – Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 3 de Junho de 2016, p. 3 da versão policopiada.

12 CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2005, p. 178-179.

dessa sua rejeição, as quais podem desembocar no término da relação jurídico-matrimonial por via do divórcio – este, sim, um direito potestativo – questão aparentemente pacífica mas bastante polémica do ponto de vista doutrinário. Sem querermos entrar nesta questão doutrinária, somos tentados a concordar com esta solução.

A questão que nos norteia é, recorde-se, saber se decorre de outro ramo do direito, nomeadamente o direito civil, alguma causa de exclusão da ilicitude do comportamento do cônjuge que força o seu consorte a ter consigo relações sexuais. Existe algum limite ao dever de ter relações sexuais? A resposta a esta questão não pode deixar de ser afirmativa. Esse limite existe e encontra-se, portanto, na vontade do cônjuge vinculado a esse dever.

Por conseguinte, e sendo a liberdade e autodeterminação sexual um bem jurídico-penalmente tutelável, se o cônjuge insatisfeito com a recusa do seu consorte acabar por forçá-lo a manter consigo uma relação sexual contra sua vontade, estará a invadir um espectro de tutela intocável e da qual não se abdica quando se assina o contrato de casamento.

Deste modo, salvaguarda-se a harmonia do sistema sob o pano de fundo da tutela da dignidade da pessoa humana, direito fundamental reconhecido pela nossa Lei Básica no seu artigo 30.º. Mal se compreenderia que, à luz dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, pudesse o Direito aceitar como lícita a violação do cônjuge que se recusasse a ter relações sexuais com o seu consorte. Mal se entenderia uma tal solução, tal como mal se compatibilizariam, no seio do próprio Direito da Família, os deveres de coabitação e de respeito.

O casamento, embora envolva a comunhão de vida, não implica que os cônjuges percam alguns dos seus direitos fundamentais. Se assim fosse, e tendo eles a opção de se manterem numa união de facto, mais-valia daí não saírem.

Porém, nem sempre foi assim. Tempos houve em que, à luz do poder marital, cabia ao marido a função de chefe de família de onde derivada o poder de decidir sobre os assuntos do dia-a-dia familiar, competindo-lhe autorizar a esposa a exercer uma profissão ou estando legitimado a abrir a correspondência que lhe era endereçada, devendo ainda acrescentar-se que lhe cabia o poder paternal, sendo que a mãe apenas tinha o direito de “ser ouvida”, poder marital esse que desapareceu do Código Civil português em 1977, graças à introdução do princípio da igualdade entre cônjuges na Constituição da República Portuguesa¹³.

Conclui-se então que, se por um lado os cônjuges estão vinculados ao dever de ter mutuamente relações sexuais, por outro esse dever não legitima a contraparte a recorrer a soluções que impliquem a violação de qualquer direito de personalidade atento o dever que lhe incumbe, a seu turno, de respeitar o seu

13 FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família cit.*, p. 147-148.

consorte.

Passemos agora a outro fundamento, nesta sede de cariz jurídico-penal, no sentido de justificar por que razão o exercício do direito a ter relações sexuais com o cônjuge se encontra limitado pelo respeito da liberdade sexual do outro cônjuge.

O conceito de liberdade e autodeterminação sexual deverá ser integrado pela “liberdade de autoconformação da vida e da prática sexual da pessoa”, segundo Anabela Miranda Rodrigues¹⁴. Ainda, segundo Jorge de Figueiredo Dias, todos os tipos de crime constantes da secção “crimes contra a liberdade sexual” visam a tutela do bem jurídico “autoconformação da vida e da prática sexuais da pessoa”, acrescentando que “cada pessoa adulta tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento ou ao lugar em que a elas se entrega ou ao(s) parceiro(s), com quem as partilha – pressuposto que aquelas sejam levadas a cabo em privado e este(s) nelas consinta(m)”¹⁵, culminando com esta intervenção em tudo esclarecedora: “se e quando esta liberdade for lesada de forma importante a intervenção penal encontra-se legitimada e, mais do que isso, torna-se necessária”¹⁶.

O bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual é de tal forma relevante que legitima a intervenção do Direito Penal o qual, à luz do princípio da subsidiariedade, apenas pode intervir quando nenhum outro ramo do Direito se mostre suficientemente capaz de tutelar eficazmente um determinado bem jurídico-penal, que só assim será entendido atenta a relação de analogia material ou de mútua referência face à Lei Fundamental¹⁷.

Uma questão recorrente em sede de violação prende-se com o consentimento feminino. Alguns autores, a propósito da dificuldade de discernir se se verifica uma verdadeira vontade por detrás deste consentimento ou, antes, uma situação de coacção moral, têm vindo a afirmar que “sim significa sim”, adoptando portanto uma interpretação formalista literal¹⁸. Não concordamos com esta afirmação, nesta perspectiva. Diríamos, antes, o oposto: “não é não” mas um “sim” tanto pode ser um sim, em circunstâncias normais, como um consentimento viciado por coacção. De facto, o próprio Código Penal integra

14 ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 168.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Artigos 131.º a 201.º*, 1999, Coimbra Editora, p. 501.

15 Ideia igualmente defendida por VERA LÚCIA RAPOSO, *As 50 sombras do Código Penal: A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais cit.*, p. 5.

16 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Anotação ao artigo 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Artigos 131.º a 201.º*, 1999, Coimbra Editora., p. 445.

17 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral cit.*, p. 113-127.

18 HAAG, *Consent, Sexual Rights and the Transformation of American Liberalism*, Ithaca/London, Cornell University Press, 1999, p. XV-XVI, apud JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 304, nota de rodapé n.º 704.

como meios aptos para considerarmos estar perante coacção sexual ou violação a “ameaça grave”. Portanto, se a mulher afirma pretender ter relações sexuais com o receio de perder a afeição do companheiro, não consideramos estar perante uma falta de consentimento. Mas, se aceitar para evitar ser alvo de agressões físicas, já estaremos perante uma ameaça grave e esse consentimento estará ferido de um vício que impede que seja levado em consideração para efeitos de exclusão do tipo.

Portanto, e focando-nos na comissão do crime de violação entre cônjuges, unidos de facto, namorados ou outros, a partir do momento em que um expressa ao outro que não quer ter relações sexuais, faltará o consentimento. Se, apesar disso, este último insistir, forçando-o portanto a tal “por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, o/a ter tornado inconsciente ou na impossibilidade de resistir”, já estamos perante a prática de actos jurídico-penalmente relevantes.

É, pois, chegada a hora de apresentarmos as nossas primeiras conclusões face ao exposto. Se estivermos perante uma relação matrimonial, o dever de ter relações sexuais como cônjuge tem como limite a vontade de cada cônjuge. Se um deles rejeitar, ao outro apenas restará o direito de pedir o divórcio e/ou uma indemnização pelos danos emocionais causados pela recusa, nomeadamente se for uma recusa prolongada¹⁹. A partir do momento em que um deles força o outro a ter consigo relações sexuais, através de um dos meios previstos nos tipos de crime supra mencionados, já estará a cometer um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. No mesmo sentido salientava Maia Costa, já em 1985, que “na óptica da CRP não existe um interesse familiar que deva ser prosseguido à custa dos interesses dos seus membros (...)”. Ou seja, “(...) a protecção da família não significa de forma alguma contemporização com situações de violência e exploração entre os cônjuges (...)”²⁰.

Atendendo ao princípio da unidade do ordenamento jurídico ínsito no n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal de Macau, conclui-se que a sujeição de um dos cônjuges à prática de actos sexuais contra a sua vontade, pela força física, ameaça grave ou após ter colocado a vítima numa situação em que fica impossibilitada de reagir, não se encontra justificada pelo dever de coabitação constante do artigo

19 Sobre a questão do amor-próprio e da sua relevância para efeitos civis, vide JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal cit.*, p. 271. Somos da opinião que esses danos serão atendíveis, tais como a tristeza ou os sentimentos de repúdio e desamor que, em elevado grau, poderão levar à aceitação de danos morais relevantes para efeitos de responsabilização civil do outro cônjuge.

20 MAIA COSTA, “O crime do art.º 153.º, n.º 3 do Código Penal de 1982” in *Tribuna da Justiça* n.ºs 8 e 9, Agosto/Setembro de 1985, p. 17, *apud* RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, “Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?” in *Revista do Ministério Público*, n.º 107, Ano 27, Julho-Setembro 2006, p. 96.

1533.º do Código Civil de Macau.

IV. Responsabilização pelo crime de violação ou pelo crime de violência doméstica?

Dita o n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 2/2016 que “quem, no âmbito de uma relação familiar ou equiparada, infligir a outra pessoa maus tratos físicos, psíquicos ou sexuais é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos”. Porém, nos termos do artigo 157.º do Código Penal quem cometer o crime de violação é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

Significará isto que a violação cometida no âmbito de uma relação familiar ou equiparada deva ser vista como menos grave do que outra qualquer? A resposta a esta questão não pode deixar de ser negativa. Ora vejamos.

Decorre da análise das normas em apreço que nos encontramos perante duas relações de concurso: por um lado, entre o crime de violência doméstica tipificado no n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 2/2016 e o crime de violação ora em análise, tipificado no artigo 157.º do Código Penal de Macau existe uma relação de especialidade, sendo aquele especial face a este último. De facto, ao integrar a conduta de “maus tratos sexuais” praticada “no âmbito de uma relação familiar ou equiparada” que, nos termos do artigo 4.º daquele diploma inclui as relações entre cônjuges e aqueles que vivam em situação análoga à dos cônjuges, entre outros, o tipo incriminador engloba os actos integrantes dos tipos de crime de coacção sexual e de violação, aos quais acresce uma especial relação entre os sujeitos.

O que significa, acompanhando a doutrina, que “*a punição do crime de violência doméstica afasta a destes crimes*” (itálico nosso)²¹.

Porém, graças ao disposto no artigo 21.º da Lei n.º 2/2016, “o crime de violação [*rectius*, violência] doméstica está numa relação de concurso aparente (subsidiariedade expressa) com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual que sejam puníveis com pena mais grave do que prisão de 5 anos. Isto é, *a punição destes crimes afasta a da violência doméstica*” (itálico nosso)²², sendo portanto o caso do crime de violação ou de coacção sexual cujas molduras penais são mais elevadas do que a prevista no artigo 18.º, n.º 1 da Lei n.º 2/2016.

Em suma, se existirem maus tratos sexuais na relação conjugal ou equiparada, preenchendo os tipos de violência doméstica e de coacção sexual ou

21 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015., p. 598.

22 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal cit.*, p. 598.

de violação, o agente deverá ser responsabilizado à luz destes últimos na medida em que as respectivas molduras penais, no que ao Código Penal de Macau diz respeito, situam-se entre os 2 e os 8 anos e os 3 a 12 anos de prisão, superiores portanto aos 5 anos previstos no n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 2/2016, ficando porém ressalvada a aplicação das penas acessórias previstas nos artigos 19.º e 20.º da Lei n.º 2/2016.

V. Notas conclusivas

O legislador macaense veio, deste modo, apresentar uma correcta articulação entre os diversos ramos do Direito - no caso, o Direito da Família e o Direito Penal - de modo a que haja um efectivo respeito dos direitos fundamentais de personalidade onde se incluem, entre outros, o direito à integridade física e psíquica e o direito à liberdade e autodeterminação sexual. O casamento acarreta deveres, mas esses deveres têm limites quando outros, superiores, se lhes impõem. Conseguiu-se, assim, alcançar uma verdadeira harmonia sistemática, sem prejuízo da *ratio* de tutela subsidiária de bens jurídico-penais que é levada a cabo pelo Direito Penal.

Este é, portanto, mais um motivo que nos leva a expressar a nossa satisfação pelo leque de soluções encontradas pela Lei n.º 2/2016, desde as previsões típicas constantes dos números 1, 2 e 4 do artigo 18.º, à sua articulação com outras normas do Código Penal ou de outros ramos do direito, nunca esquecendo a abordagem multidisciplinar que passa por uma intervenção penal, preventiva, protecionista e restaurativa, não pondo de parte um conjunto de soluções que demonstram um maior e efectivo empenho na tutela a vítima de violência doméstica.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CÔNJUGES ENTRE SI POR VIOLAÇÃO DE DEVERES CONJUGAIS NO DIREITO MOÇAMBICANO

Adelino Muchanga

Professor, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique

Resumo: O presente artigo versa sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si por violação de deveres conjugais, sobretudo no tocante à ressarcibilidade dos danos morais, no quadro jurídico moçambicano. Sendo um tema que divide a doutrina, a análise do mesmo é feita analisando as diferentes posições (argumentos a favor e contra). Sendo certo que o tema é abordado na perspectiva do quadro legal vigente em Moçambique e numa visão do direito a constituir.

Palavras-chave: Casamento; deveres conjugais; cônjuges; responsabilidade civil; dever de Indemnizar.

Introdução

O casamento é definido no artigo 7.º da Lei n.º 10/2004, de 25 de Abril (Lei da Família), como “*a união voluntária e singular entre homem e mulher, com o propósito de constituir família, mediante comunhão plena de vida*”¹.

Do casamento decorrem efeitos de natureza pessoal e não pessoal, avultando neste último caso os deveres recíprocos dos cônjuges enumerados no artigo 93.º da Lei da Família, que, sendo impostos por lei, não podem ser alterados pelos nubentes ou pelos cônjuges (artigo 119.º da Lei da Família).

A violação dos deveres conjugais, verificados determinados pressupostos previstos por lei, nomeadamente, de gravidade e impossibilidade (não exigibilidade) de vida em comum, pode constituir fundamento da separação

1 Artigo 7.º da Lei n. 24/2004, de 25 de Agosto.

judicial de pessoas e bens ou divórcio.

Tão importante é o casamento que merece tutela constitutiva, tal como sucede com a família, de que aquele constitui fonte privilegiada.

Coloca a doutrina a questão de saber se o regime da responsabilidade civil² é ou não aplicável ao instituto do casamento; se a violação dos deveres conjugais tem como “sanções” únicas a possibilidade de separação ou divórcio e a aplicação de medidas de natureza penal ou, também, o cônjuge ofendido pode lançar mão do instituto da responsabilidade civil e exigir o pagamento de indemnização por violação de deveres conjugais.

E a questão ganha relevo porque o foro familiar, para além de ser íntimo, exige paz e harmonia entre os cônjuges. E facilmente, pelo senso comum, percebe-se o constrangimento que seria, na vigência do casamento (que tem por finalidade a comunhão plena de vida), um dos cônjuges exigir judicialmente o pagamento de indemnização ao outro por violação dos deveres conjugais.

Sabe-se que a violação dos deveres conjugais, designadamente o adultério dum dos cônjuges, pode causar no outro profunda dor, sofrimento (que pode até levar à perda de vontade de viver ou patologia depressiva que carece de acompanhamento clínico e terapêutico), vexame, desconsideração social, prejuízo na afirmação profissional, familiar ou afectiva, atingindo os valores e interesses da personalidade física e moral do ofendido, como a sua honra, reputação ou saúde.

O próprio divórcio, e deixando de parte as causas que o fundamentam, significa destruição de um projecto comum de vida em que os cônjuges legitimamente acreditavam.

Problematiza-se, pois, se a consideração da essência ética do casamento e a necessidade de preservação da harmonia e paz dos cônjuges (ditando limitações de intervenção do Estado no foro íntimo da família) deve justificar uma interpretação restritiva do artigo 483.º do Código Civil, afastando a sua aplicação aos casos de violação dos deveres conjugais ou de divórcio, ou, pelo contrário, tal como noutros ramos do Direito, o regime geral da responsabilidade civil tem aplicação no Direito Matrimonial. Esta é a principal questão a analisar no presente relatório.

Constitui objectivo do presente artigo percorrer, de forma crítica, as várias correntes de opinião e posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, enquadrando os argumentos apresentados, contra e a favor, no contexto do quadro legal vigente em Moçambique e também numa perspectiva de direito a constituir.

Delimitando, fica fora do âmbito de análise deste artigo a responsabilidade civil pela dissolução do casamento, que é diferente da responsabilidade civil pela violação dos deveres conjugais. Na verdade, uma coisa é saber se o sofrimento

2 É designada responsabilidade civil aquela em que incorre uma pessoa (agente) que, por ter provocado danos, é obrigada a indemnizar o lesado.

ocasionado pelo divórcio com culpa de um dos cônjuges gera responsabilidade civil e outra (que nos interessa neste relatório) é saber se a violação do dever conjugal, independentemente de ser seguida de divórcio, ocasiona responsabilidade civil.

A metodologia usada foi essencialmente “*library based*”, com recurso à doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras sobre a matéria.

E fazendo uma revisão bibliográfica, notamos que dos autores moçambicanos, não se pode apontar uma obra de referência e de análise profunda sobre a questão específica da responsabilidade civil dos cônjuges entre si. Embora não seja um tema comumente discutido entre nós, ainda prevalece a ideia de que não pode haver responsabilidade civil dos cônjuges entre si por violação de deveres conjugais, o que fica a dever-se, não apenas à influência da doutrina tradicional portuguesa sobre a matéria (que era contrária à responsabilidade dos cônjuges entre si), como ainda ao facto da organização familiar ainda prevalente favorecer certa ascendência marital sobre a mulher, sendo esta normalmente a vítima da violação de deveres conjugais e educada tradicionalmente para “tolerar e suportar”, em nome da estabilidade do lar. Isso pode, aliás, explicar o facto de nenhum processo sobre responsabilidade civil dos cônjuges entre si ter subido ou apreciado pelo Tribunal Supremo de Moçambique desde a sua criação, e passam já 25 anos.

De qualquer modo, já abundam nos tribunais de distrito sentenças de condenação no pagamento de indemnização nos processos de violência doméstica, mas quase sempre por iniciativa dos próprios tribunais (e não dos cônjuges ou companheiros da união de facto) e porque a Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro (Lei da Violência Doméstica) prevê expressamente tal possibilidade. As sentenças em questão não chegam a discutir as várias posições doutrinárias que avultam sobre a matéria, sendo ditadas mais pela simples possibilidade que a Lei da Violência prevê, quase sempre numa perspectiva de medida compulsória.

A doutrina estrangeira sobre a matéria também é escassa, mas já se pode falar de obras de referência de autores como Ângela Cerdeira (*Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000); Francisco Pereira Coelho e Oliveira Guilherme (*Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2008); HOSTER, Heinrich Ewald Hoster, (“A Respeitos da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia sera Válida?”)”, *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Janeiro-Junho de 1995 – Tomo XLIV – Números 253/255); Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, (*Direito das Famílias*, 2ª Edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010); Rolf Madaleno, (*Curso de Direito da Família*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008); Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro, (*O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004) e Fernando Pires Veríssimo, (“Do Problema de Saber se são Aplicáveis, em Matéria de Violação dos Deveres Recíprocos dos

Cônjuges, os Princípios Gerais sobre Responsabilidade Civil”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 8.º, n.ºs 1 e 2, 1.º e 2.º Semestres, Lisboa, 1948).

Podem, os autores em questão, serem agrupados em aqueles que simplesmente negam a possibilidade de indemnização, como são os casos de Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald e Pires Veríssimo, quer com fundamento na unidade dos cônjuges (de que deriva a imunidade – interspousal immunity), quer com fundamentos como a necessidade de preservar a paz familiar, a natureza ética dos direitos e deveres conjugais ou, até, a não verificação dos requisitos de responsabilidade civil.

Outros aceitam a responsabilidade civil dos cônjuges entre si, mas admitem o adiamento do momento para o pedido de indemnização, também em nome da paz familiar, como é o caso de Francisco Pereira Coelho e Oliveira Guilherme, ou só aceitam em certos casos em que o ilícito conjugal é associado a outros ilícitos, como é o caso de Rolf Madaleno. Note-se que o Professor Pereira Coelho era inicialmente contrário à admissão da responsabilidade civil entre os cônjuges por violação de deveres conjugais, tendo mais tarde mudado de posição.

As posições mais permissivas são defendidas Ângela Cerdeira e Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro.

Capítulo I - Posições e argumentos contra e a favor da responsabilidade civil dos cônjuges entre si

I.1. A doutrina do “*interspousal immunity*”

A “*interspousal immunity*” é uma doutrina com raízes nos sistemas da common law nos termos da qual nenhum dos cônjuges responde pelos ilícitos cometidos contra o outro e, por isso, está excluída a possibilidade de intentarem acções entre si, com excepção das acções de responsabilidade criminal.

É uma doutrina baseada na ficção jurídica da unidade dos cônjuges, isto é, na ficção de que os cônjuges partilham a mesma identidade jurídica, considerando-se inaceitável, quer do ponto de vista moral quer conceitual, que um cônjuge possa demandar o outro ou que os dois possam celebrar contratos entre si. A propósito das implicações da doutrina da imunidade entre os cônjuges, Ângela Cerdeira explica que “...na common law, até há bem pouco tempo...após o casamento a mulher perdía a sua capacidade de exercício, embora pudesse agir por conta de outrem, incluindo o marido. Em resultado, os cônjuges não podiam celebrar contratos entre si. Se o fizessem, esses contratos eram considerados nulos, porque

*se tratavam de negócios que o marido celebrava consigo mesmo*³”.

As origens da doutrina não são claras; alguns acreditam que tenha origem no direito romano e outros associam-na à Bíblia⁴, porquanto, em Gênesis 2:21 a 24, relata-se que o Senhor Deus tomou uma das costelas de Adão e dela formou uma mulher; ao ver a mulher, Adão terá dito que *“esta agora é osso dos meus ossos e carne da minha carne: esta será chamada varoa, porquanto do varão foi tomada.”* No mesmo relato bíblico acrescenta-se o seguinte: *“Portanto, deixará o varão o seu pai e a sua mãe e juntar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma só carne”*.

A doutrina da imunidade interconjugal com fundamento no princípio da unidade dos cônjuges (*unity of spouses*), que teve consagração legal em vários países que adotam o sistema da common law, foi, com o tempo, sendo abolida ou modificada. Na generalidade dos casos em que se nega responsabilidade civil dos cônjuges entre si, são usados outros fundamentos, como o da paz familiar, da inaplicabilidade dos pressupostos de responsabilidade civil, do *ne bis in idem*.

No caso de Moçambique, a doutrina da *“interspousal immunity”* não tem consagração legal e nem faz sentido num quadro que reconhecendo a dignidade da pessoa humana, tutela os direitos de personalidade de cada cônjuge, que não ficam prejudicados pelo simples facto de ter contraído casamento.

I.2. A necessidade de preservar a paz familiar

Em favor da exclusão da responsabilidade civil entre os cônjuges tem-se usado o argumento da necessidade da preservação da paz familiar. Acções de indemnização por ilícitos civis de um cônjuge contra o outro, na constância do casamento, dizem os que defendem tal posição, *“podem perturbar seriamente, quando não irremediavelmente, as relações entre os cônjuges... facilmente se podem converter numa devassa à vida conjugal, cuja intimidade a lei procurou acautelar”*⁵. *“A responsabilidade civil entre os cônjuges por ilícito conjugal pessoal aumentaria a conflitualidade, agravaria a desunião do casal, impossibilitando a reconciliação.”*⁶

3 CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 21.

4 Ver COMBIS, J. Michael, “Comment: Interspousal Tort Immunity: An Analysis of a Dying Doctrine and Its Status in Tennessee”, 47 Tennessee Law Review 123, 1979 Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com>>, acesso em 5 de Março de 2014.

5 LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 296 (anotações ao artigo 1681.º do Código Civil português).

6 PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 670.

O argumento de que as acções de responsabilidade civil podem perturbar a paz familiar não pode ser usado, no quadro legal vigente em Moçambique, para afastar a responsabilidade civil dos cônjuges entre si.

É verdade que, como política legislativa, nota-se o cuidado em preservar a estabilidade e, conseqüentemente, a paz familiar.

Desde logo, a lei impõe à família o dever de assegurar a unidade e estabilidade próprias [artigo 4.º, al. b) da Lei da Família].

Os prazos para anulação do casamento foram reduzidos consideravelmente, face à necessidade de preservação da estabilidade da família (artigos 67.º, 68.º, 69.º e 70.º, todos da Lei da Família); quando por dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges tenha que responder a sua meação nos bens comuns, a lei prevê uma moratória legal, só sendo exigível o cumprimento depois de dissolvido ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens (artigo 116.º, n.º 1, da Lei da Família); no âmbito do direito de regresso, o cônjuge só pode exigir judicialmente ao outro a compensação devida pelo pagamento das dívidas do casal no momento da partilha, excepto se vigorar o regime da separação (artigo 117.º, n.º 1, da Lei da Família).

As situações acima mencionadas denotam, claramente, a preocupação do legislador em rodear o ambiente familiar de estabilidade, paz e harmonia. Mas não se pode, pelas mesmas razões, negar a possibilidade de serem intentadas acções de responsabilidade civil dos cônjuges entre si.

Há, com efeito, muitas circunstâncias em que, na constância do casamento, os cônjuges são legalmente autorizados a intentar acções entre si, podendo ser citados como exemplos os seguintes: o suprimento judicial do consentimento conjugal para alienação dos bens do casal (artigo 105.º, n.º 3, da Lei da Família); a anulação dos actos de disposição dos bens do casal (artigo 107.º da Lei da Família); a simples separação judicial de bens por má administração imputável ao outro cônjuge (artigos 170.º e ss da Lei da Família).

Mais ainda, por situações que consubstanciam violação de deveres conjugais, como os de respeito, coabitação e assistência, a Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro (Lei sobre a Violência Doméstica), prevê a aplicação, por via judicial e na vigência do casamento, de penas pelos crimes nele previstos, incluindo penas privativas de liberdade que vão até 12 anos de prisão.

A mesma Lei prevê a aplicação de medidas cautelares (artigo 6), que incluem a proibição do agressor celebrar contratos sobre bens comuns, prestação de caução económica e pensão alimentar a ser paga pelo agressor.

Ora, se é possível, no quadro legal vigente, a aplicação de medidas tão pesadas na vigência do casamento, medidas essas com um elevado potencial de agravar a tensão no seio familiar, não se compreenderia que o mesmo sistema

negasse a possibilidade de responsabilidade civil entre os cônjuges.

I.3. Da natureza dos direitos e deveres conjugais e responsabilidade civil

Para afastar a responsabilidade civil dos cônjuges entre si, é igualmente usado o argumento da natureza dos deveres familiares⁷, alegando-se a sua

- 7 Os deveres recíprocos dos cônjuges vêm previstos no artigo 93.º da Lei da Família, sendo os de respeito, confiança, solidariedade, assistência, coabitação e fidelidade.
- Nos termos do n.º 1 do artigo 94.º, o dever de respeito *“importa para os cônjuges a obrigação recíproca de valorizarem e dignificarem a personalidade de cada um, através do diálogo e da tolerância”*. Sendo certo que, apesar do casamento, cada cônjuge mantém os seus direitos de personalidade, impõe-se que cada um se abstenha de praticar violência física, psicológica ou moral contra o outro; também constituirá violação do dever de respeito a adopção de conduta socialmente reprovável, designadamente, aquela que é incompatível com a condição de casado e homem de família ou que, de alguma forma, possa afectar a honra, a dignidade e consideração social do outro cônjuge. Por exemplo, o marido que, por consumo excessivo de bebidas alcoólicas envolve-se sistematicamente em acidentes de viação, passa as noites nos bares, é visto sistematicamente deitado e inconsciente no meio da via pública, viola o dever de respeito, pois a mulher dele passará a ser vista como *“a esposa do bêbado”*. A violação do dever de respeito pode, assim, resultar de acções praticadas directamente contra o outro cônjuge ou que, não o sendo, afectam a sua integridade psicológica, moral e social.
- O dever de confiança, tal como determina o n.º 2 do artigo 94.º, traduz-se na imposição dos cônjuges acreditarem um no outro. Baseia-se, como todos os outros deveres, no respeito que cada um deve ao outro. Viola o dever de confiança, por exemplo, aquele que, desconfiando existir infidelidade, coloca escutas no telefone do outro cônjuge para gravar todas as conversas ou aquele que, segue sistematicamente o outro às escondidas, vigiando-o à distância, para ver com quem se encontra.
- A Lei não define o dever de fidelidade, mas a doutrina o tem caracterizado como o dever que, resultando da exclusividade que deve existir nas relações sexuais entre os cônjuges, impõe-se a cada um dos cônjuges para não manter relações sexuais com terceiros. Embora exista uma relação entre a exclusividade no trato sexual e a fidelidade, o dever de fidelidade deve ser visto na perspectiva negativa de não praticar o sexo com terceiros. O cônjuge que não mantém relações sexuais com o outro cônjuge, sem motivos fundados, não viola o dever de fidelidade, mas sim o de coabitação. Só viola o dever de fidelidade aquele que, independentemente de manter relações com o seu cônjuge, mantém relações sexuais consentidas com uma terceira pessoa de sexo oposto. Porque a violação do dever de fidelidade pressupõe conhecimento e intenção, não viola tal dever o que se envolve em relações sexuais com terceiro de forma inconsciente ou involuntária. O adultério (que pressupõe cópula) é a forma mais comum de violação do dever de fidelidade; porém, o envolvimento em actos que, pelas suas características, uma pessoa casada só possa os praticar com o seu cônjuge (por exemplo, certos beijos, correspondência amorosa e sexo oral). Prevê também a Lei o conteúdo do dever de solidariedade no artigo 95.º, importando este a obrigação recíproca de entreaajuda, apoio e cooperação. Cada cônjuge deve prestar ao outro auxílio, colaboração e o apoio possíveis, designadamente, na condução dos assuntos da família, na formação, nos negócios, nos momentos de doença e de aflicção. O cônjuge que injustificadamente não visita o outro no hospital onde se encontre internado por doença ou não aceita cuidar dos filhos no período em que o outro se encontra a frequentar um curso superior ou que, sendo florista, recusa-se a prestar qualquer colaboração na ornamentação do escritório do outro, viola o dever de solidariedade.
- O dever de coabitação importa a obrigação recíproca de comunhão de cama, mesa e habitação (n.º 1 do artigo 96.º). Ou seja, os cônjuges devem viver em economia comum, devem adoptar a mesma residência e devem partilhar o leito e manter o *“débito conjugal”* (relações sexuais).

dimensão ética, a sua não juridicidade ou o seu carácter não creditício.

Argumenta-se que no Direito da Família operam normas consuetudinárias, religiosas e morais, cuja violação resulta na aplicação de sanções previstas nessas ordens normativas, ou seja, sem natureza jurídica. Neste sentido se posiciona Fernando Pires Veríssimo, com o argumento de que a família é, “...antes de ser um organismo jurídico, ... um organismo ético ... como organismo social, encontra o seu fundamento na natureza”⁸. O mesmo autor arrasta o seu raciocínio nos seguintes termos: “...a natureza especial dos direitos familiares, intensamente influenciados por princípios de ordem moral; o facto do casamento, como acto através do qual se constitui a família legítima, e os efeitos que do mesmo emergem se encontrarem igualmente dominados por princípios da mesma natureza; ...levam-nos a afirmar ser inaplicável um pedido de indemnização por perdas e danos na hipótese de violação de qualquer dos deveres recíprocos dos cônjuges.”⁹

Para Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, não pode haver responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais porque “afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto ...seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.”¹⁰

Os argumentos apresentados também são de refutar.

Não restam dúvidas que o direito da família é, por característica, permeável às realidades sociais, culturais, económicas e até políticas. Muitas das normas do Direito da Família, incluindo as referentes aos deveres e direitos conjugais, são influenciadas pela religião ou pela moral predominante em cada sociedade e Moçambique não é uma excepção. Porém, pode afirmar-se que, com maior ou menor intensidade, todos os ramos do Direito, incluindo o direito das obrigações, sofrem influência de outras ordens normativas, havendo muitas soluções influenciadas por razões de ordem moral. A própria obrigação de indemnizar, não

Por último, o dever de assistência, nos termos do n.º 1 do artigo 97.º, importa para os cônjuges a obrigação de prestar alimentos, de contribuir para as despesas domésticas e de participar na gestão da vida familiar. Na constância da comunhão conjugal a contribuição para as despesas domésticas, cobre, em parte, os alimentos devidos na relação entre os cônjuges. Mas, na relação bilateral dos cônjuges, a obrigação de prestar alimentos é mais abrangente, pois abrange tudo o que é indispensável à satisfação das necessidades de vida do alimentado (artigo 407.º da Lei da Família).

8 VERÍSSIMO, Fernando Pires, “Do Problema de Saber se são Aplicáveis, em Matéria de Violação dos Deveres Recíprocos dos Cônjuges, os Princípios Gerais sobre Responsabilidade Civil”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 8.º, n.ºs 1 e 2, 1.º e 2.º Semestres, Lisboa, 1948, p. 254

9 Idem, p. 255.

10 FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, 2ª Edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 89.

deixa de ter uma dimensão ética.

A juridicidade dos deveres conjugais não pode ser posta em causa pois a sua violação acarreta consequências que a ordem jurídica prevê. Por exemplo, a violação do dever de respeito pode fundamentar o pedido de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio, ao mesmo tempo que pode constituir crime de violência psicológica ou de violência moral¹¹.

Outro exemplo é da violação do dever de assistência, que tanto pode dar lugar à acção judicial de condenação para contribuição nas despesas domésticas e posterior execução ou ao pedido de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio e ainda pode constituir crime de violência patrimonial¹². Assim sendo, a violação dos deveres conjugais pode acarretar consequências civis e penais, daí a sua inquestionável juridicidade.

Não se pode, portanto, afastar a responsabilidade civil dos cônjuges entre si por violação de deveres conjugais com o fundamento na não juridicidade de tais deveres (pelo menos no plano do direito constituído).

Quanto à dimensão ética dos deveres conjugais (que não afasta a sua juridicidade), há quem, até, encontre nesta característica mais um motivo para que a sua violação acarrete responsabilidade civil.

Para Jorge Pinheiro, apresentando os direitos conjugais “...*cumulativamente cariz jurídico, é de supor que esses direitos beneficiam de uma protecção maior do que aquela que é conferida aos “direitos sem fundo ético”*”¹³; o autor apresenta ainda um argumento de ordem moral, entendendo ser injusto que o cônjuge lesado tenha de suportar “...*os danos que lhe foram causados pelo comportamento censurável do outro*”¹⁴.

Entendemos nós que a ideia de excluir a responsabilidade civil por ilícito matrimonial com fundamento da particular natureza dos direitos e deveres conjugais até repugnaria ao Direito, tendo em conta a progressiva protecção da

11 O artigo 15 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, tipifica o crime de violência psicológica nos seguintes termos “aquele que ofender voluntariamente e psiquicamente, por meio de ameaças, violência verbal, injúria, difamação ou calúnia, a mulher com quem tem ou teve relação amorosa duradoura, laços de parentesco ou consaguinidade ou mulher com quem habite no mesmo tecto, é condenado na pena de seis meses a um ano de prisão e multa correspondente; o artigo 16 da mesma Lei tipifica o crime de violência moral: “aquele que por escrito, desenho publicado ou qualquer publicação, imputar um facto ofensivo à honra e carácter da mulher, é punido nos termos do artigo 7 da presente Lei”. Note-se que, em igualdade de circunstâncias, e por força do artigo 36 da mesma Lei, as mesmas disposições são aplicáveis à violência contra o homem.

12 On.º 2 do artigo 19 da Lei 29/2009, estabelece que “é punido com pena de prisão até seis meses aquele que deixar de prestar alimentos a que está obrigado, por um período superior a sessenta dias privando, deste modo, os beneficiários de sustento e pondo em risco a sua saúde, educação e habitação.”

13 PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, ob.cit. p. 667.

14 Idem.

dignidade da pessoa humana.

Por último, o argumento do carácter não creditício dos direitos conjugais não pode passar de uma falácia, pois a responsabilidade civil não é um instituto exclusivo para os direitos de crédito. Partilhamos a posição de HOSTER, quando afirma que “... os direitos familiares são concebidos como direitos privados, o que significa que lhes subjaz o binómio ‘liberdade-responsabilidade’. Quem lesar o direito subjectivo de outrem responde pelos danos causados.”¹⁵

I.4. Auto-regulação do Direito da Família, Fragilidade da Garantia e o princípio de “ne bis in idem”

Também se argumenta que, no silêncio das normas que integram o Direito da Família, designadamente, da Lei da Família, não há como admitir a responsabilidade civil dos cônjuges entre si por violação de deveres conjugais, visto que:

primeiro, as normas do Direito da Família já fazem a previsão das sanções para a violação dos deveres conjugais, ao prever o direito ao divórcio e separação judicial de pessoas e bens, com as implicações decorrentes da declaração de culpa no tocante à partilha de bens, benefícios recebidos ou a receber e alimentos; cumular tais “sanções” com a possibilidade de responsabilidade civil consubstanciaria violação do princípio do “ne bis in idem”, pois, pelo mesmo ilícito, a mesma pessoa seria punida mais que uma vez.

segundo, as normas especiais (do Direito da Família) derogam as normas gerais sobre responsabilidade civil; o facto dos direitos familiares pessoais terem a característica da fragilidade da garantia e não haver uma previsão especial sobre o direito à indemnização por ilícito conjugal denota que é inadmissível a responsabilidade civil.

Contra os argumentos mencionados, pronuncia-se o Professor Jorge Duarte Pinheiro, que entende que “...a escassa tutela especificamente familiar dos deveres conjugais não contraria a responsabilidade civil comum. O princípio de ne bis in idem não é atingido, porque as sanções familiares são destituídas de natureza indemnizatória”¹⁶. No mesmo sentido se posicionam os Professores Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, para quem não se justifica a interpretação restritiva do artigo 483.º do Código Civil, pois “...o divórcio, como a separação de pessoas e bens, não pretendem ser sanção contra o não cumprimento dos deveres conjugais, mas remédio para uma situação de vida matrimonial intolerável ou, mais exactamente,

15 HOSTER, Heinrich Ewald, “A Respeitos da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia será Válida?”)”, *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Janeiro-Junho de 1995 – Tomo XLIV – Números 253/255, p. 117

16 PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2009, p. 491.

constatação da ruptura do casamento”¹⁷.

Não podem, com efeito, vingar os argumentos da “*lexis specialis derogat lex generali*”, do silêncio da lei ou do “*ne bis in idem*”.

O Direito da Família, não sendo fechado e auto-suficiente, integra o conjunto mais amplo e sistemático de regras que regem relações jurídicas privadas, incluindo as regras gerais sobre responsabilidade civil.

Há, efectivamente, situações em que as normas do Direito da Família afastam as normas gerais; por exemplo, o casamento anulado contraído de boa fé por ambos os cônjuges (designado por casamento putativo), produz efeitos até ao trânsito em julgado da sentença de anulação¹⁸, não se aplicando o regime geral da destruição retroactiva dos efeitos previsto no n.º 1 do artigo 289.º do Código Civil.

O silêncio da Lei da Família não pode ser interpretado no sentido de que o legislador não quis que fosse aplicável o regime geral da responsabilidade civil. Muitas são as situações em que se recorre ao regime geral para tratar de questões não especialmente reguladas na Lei da Família; para citar um exemplo, a Lei da Família só estabelece algumas limitações no exercício do direito à indemnização por rompimento da promessa de casamento, o que significa que, quanto aos demais pressupostos, é aplicável o regime geral de responsabilidade civil; outro exemplo, de vários, é o da forma de alienação dos bens imóveis do casal, que a Lei da Família não prevê especificamente, porque desnecessário, já que tal matéria se acha regulada no Direito das Obrigações.

Quanto ao princípio do “*ne bis in idem*”, embora a tendência recente seja de admitir, em termos limitados, uma componente punitiva da responsabilidade civil, esta continua tendo por base uma função indemnizatória ou compensatória. Tendo em conta esta natureza da responsabilidade civil, ela não se confunde com a responsabilidade penal, como sucede com os crimes de violência doméstica.

Também não se confunde a responsabilidade civil, pela sua natureza, com as consequências que a Lei da Família prevê para os casos de violação de deveres conjugais, como são os casos de simples separação judicial de bens, de separação judicial de pessoas e bens e de divórcio; nestes últimos casos, não se tem por finalidade a indemnização ou compensação pelos danos sofridos pelo cônjuge inocente.

Nos casos de alimentos, em princípio¹⁹, o cônjuge considerado exclusivo ou principal culpado não tem direito a alimentos em casos de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio, tal como estabelece o artigo 420.º da Lei da Família.

17 COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 155

18 Os efeitos do casamento putativo estão previstos no artigo 71.º da Lei da Família.

19 Excepcionalmente, nr. 2 do artigo 420 da Lei da Família admite que o tribunal possa, por motivos de equidade, conceder alimentos ao cônjuge que a eles não teria direito, tendo em conta vários factores enumerados exemplificadamente naquela disposição legal.

Mas esta consequência negativa nada tem de compensatório ou indemnizatório, fundando-se, pelo contrário, em razões de ordem moral, porque se entendeu que o cônjuge culpado pela separação é indigno (por desmerecer pelo seu comportamento) do benefício dos alimentos por conta do inocente.

A culpa não prejudica o direito à meação relativamente aos bens comuns adquiridos na constância do casamento (artigo 187.º da Lei da Família), o que significa que o cônjuge culpado não pode reclamar meação nos bens trazidos pelo inocente ao casamento, o que sucederá nos casos de casamentos celebrados segundo o regime de comunhão geral ou mesmo nos casos em que, no âmbito da liberdade de estipulação das convenções antenupcias, estipula-se a comunicabilidade de alguns bens adquiridos antes do casamento.

A Lei da Família também prevê, no artigo 188.º, a perda dos benefícios que o culpado tenha recebido ou haja de receber do cônjuge inocente.

Nas duas situações anteriores, também razões de ordem moral ditaram a solução legal, por ter parecido injusto aos olhos do legislador que o responsável pela destruição do projecto comum do casamento ainda tivesse ganhos sem esforço seu. Não obstante as situações mencionadas poderem ter uma certa carga punitiva, não existe qualquer pretensão indemnizatória ou compensatória.

Podemos, pois, afirmar que a natureza da responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais difere da subjacente à responsabilidade penal pelos mesmos factos ou das “sanções” civis previstas na Lei da Família, não se podendo falar de violação do princípio do “*ne bis in idem*”.

A fragilidade da garantia, sendo considerada como característica dos direitos familiares pessoais, deve ser vista apenas na perspectiva da impossibilidade de execução específica de alguns deveres – não se pode recorrer à execução específica para obter, como resultado, o cumprimento do dever de fidelidade, por exemplo. A fragilidade da garantia não deve ser vista como ausência de tutela jurídica dos direitos familiares pessoais, incluindo os dos cônjuges, pois existem sanções de natureza diversa para a sua salvaguarda²⁰.

20 A este respeito, ver, também Horster, Henrich Ewald, A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida), ob. cit., para quem: “Por outro lado, é comumente aceite que uma violação de um deveres conjugais pode implicar, ao mesmo tempo, uma violação de um outro bem jurídico, p.ex., a violação de um direito de personalidade. Esta violação de um direito autónomo – que vai para além de um “simples” direito familiar pessoal – já faz incorrer o lesante, o cônjuge faltoso, em responsabilidade civil e – ser for caso disso – ainda em responsabilidade criminal, como acontece com lesões corporais...Nestes casos, a “fragilidade da garantia” é, por assim dizer, contornada por força da sanção provocada pela violação simultânea de um outro direito subjectivo privado em relação ao qual a garantia funciona, como deve ser, sem restrições.

I.5. Da Verificação dos Pressupostos de Responsabilidade Civil

Os pressupostos gerais da responsabilidade civil são: o facto, a Ilícitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Há casos em que alguns pressupostos não serão exigíveis (por exemplo, na responsabilidade objectiva).

Certa doutrina é contrária à aplicação do regime da responsabilidade civil na relação entre os cônjuges invocando impossibilidade de verificação dos pressupostos dos pressupostos de ilicitude²¹, culpa²² e nexo de causalidade entre o facto e o dano²³.

I.5.1. Dos pressupostos da ilicitude, culpa e nexo de causalidade

Argumenta-se, quanto aos pressupostos da ilicitude e culpa, que não se pode construir um padrão de bom marido ou boa esposa, na base do qual se poderia aferir a ilicitude a censurabilidade do comportamento. Argumenta-se ainda que, mesmo que se admitisse a verificação da ilicitude e da culpa, seria difícil estabelecer um nexo de causalidade entre a conduta do pretendo violador e o dano, já que são geralmente os dois cônjuges os responsáveis pela ruptura da harmonia conjugal.

Como diz Rolf Madaleno, *“...o fracasso da convivência afetiva obedece geralmente à causas sentimentais e íntimas, muito difíceis de elucidar e geralmente atribuídas à atitudes matrimoniais recíprocas...a experiência judicial invariavelmente aponta como causa finita do casamento uma sucessão recíproca de atitudes, todas dificultando ao decisor concluir quando e onde exatamente*

21 A ilicitude pode ser definida como a inobservância da lei ou o incumprimento da obrigação a que o sujeito está adstrito. Olhando para o que dispõe o artigo 483.º do Cciv., podemos retirar que a actuação ilícita pode consistir na violação de um direito de outrem ou de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

Poderão ocorrer situações em que a ilicitude é afastada (causas de justificação da ilicitude), como são os de acção directa, legítima defesa, estado de necessidade, consentimento do lesado e exercício de um direito. A responsabilidade objectiva pode existir mesmo ocorrendo situações que excluem a responsabilidade subjectiva.

22 Age com culpa aquele que, de forma consciente e intencional (dolo) ou por desleixo, imprudência ou inaptidão (negligência) adopta uma conduta que é sensurável, por se entender que o agente poderia e deveria ter adoptado comportamento diferente. A sensurabilidade pressupõe que o agente seja imputável, daí o afastamento da culpa nos casos de inimputabilidade e desculpabilidade.

23 O nexo de causalidade é a ligação entre um facto e o dano. Exige-se, para que haja responsabilidade civil, que o comportamento do agente seja a causa do dano (uma relação de causa-efeito). Existem várias teorias sobre a causalidade, mas aquela que goza de aceitação mais generalizada é a doutrina da causalidade adequada: a causa adequada é aquela que constituiu a condição relevante, de acordo com as regras da experiência, para produzir o resultado danoso. O dano é supressão de qualquer vantagem juridicamente protegida.

*iniciou o fracasso e a culpa na derrocada conjugal..."*²⁴

Cippitani, citado por Jorge Pinheiro, entende que:

*"O nexa causal previsto no regime da tutela indenizatória ordena comportamentos e situações sequencialmente (primeiro surge o comportamento do agente; depois, a lesão do direito subjectivo)...a relação conjugal forma um quadro diverso de situações jurídicas recíprocas e móveis, em que é difícil isolar comportamentos, quando mais dispô-los numa sequência lógico-jurídica precisa. A complexidade e multiplicidade de circunstâncias com repercussão na vida do casal é tal que se não vislumbra um critério que permita seleccionar este ou aquele comportamento. Portanto, o modelo teórico da causalidade adequada, que geralmente se tem por recebido pela disciplina civil do nexa da causalidade, não é aplicável na matéria de que aqui se trata."*²⁵

Beherens, citado pelo mesmo autor, diz que:

*"é impossível idenficar, num caso concreto, as condições que causaram a ruptura do casamento. De acordo com a teoria sociológica da interacção no conflito, a causalidade das perturbações na relação conjugal assume uma forma circular e não linear: o comportamento de cada parte depende directamente do comportamento da outra e este influi, por seu turno, no comportamento da primeira como acontece num processo de retroalimentação...cada comportamento é simultaneamente causa e efeito...neste contexto, é impensável a causalidade que orienta a sanção, porque não se consegue apurar com rigor qual o contributo de cada cônjuge na crise matrimonial. Numa ordem circular de causas e respectivas consequências, a análise de circunstâncias isoladas revela-se ineficaz."*²⁶

Sem dúvidas que a vida em comum propicia situações de divergências entre os cônjuges – a convivência diária e a necessidade de alinhar consensos para a gestão da vida familiar, arrastam consigo riscos de conflitos conjugais. Tais situações podem ser toleradas e relevadas por um período mais ou menos longo e podem, num momento de saturação, resultar em actos que constituem violação dos deveres conjugais. Tudo isso compreende-se perfeitamente. Mas o argumento de que não existe um padrão de bom marido e de boa esposa, para afastar a possibilidade de responsabilidade civil, não colhe, simplesmente porque, do ponto de vista legal, o *standard* já se mostra estabelecido e corresponde ao cumprimento dos deveres conjugais que a lei enumera.

A nosso ver, a dinâmica da vida familiar deve ser, apenas, um dado importante na determinação do grau de censurabilidade da violação dos deveres conjugais. O julgador terá sempre que se preocupar em compreender as

24 MADELENO, Rolf, *Curso de Direito da Família*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 300.

25 PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *ob.cit.*, p. 673.

26 *Idem*, p. 674.

circunstâncias em que a violação ocorreu e, em função disso, graduar a eventual medida sancionatória a aplicar.

Aceitar que os cônjuges não devem ser sancionados porque *“cada comportamento é simultaneamente causa e efeito”*, seria o mesmo que regredir para os tempos da *lex talionis*; seria o mesmo que aceitar que, na relação entre os cônjuges, vale a lei de olho por olho, dente por dente; cada cônjuge estaria autorizado a retribuir a violação dos deveres conjugais por uma outra violação, o que é inaceitável no quadro legal vigente, assente no princípio de que ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos. O facto do comportamento dum cônjuge ser a causa do do outro não deve, só por isso, afastar a responsabilidade, a menos, claro, que ocorram causas de justificação da ilicitude ou de exclusão de culpa.

E dir-se-á o mesmo em relação à dificuldade de estabelecimento do nexo de causalidade entre o comportamento e o dano, resultante da complexidade e influência recíproca de comportamentos. Tal dificuldade não deve ser fundamento para que seja afastado o instituto da responsabilidade civil na relação entre os cônjuges. Num acidente de viação pode haver contribuição de vários intervenientes; a complexidade que envolve o acidente não serve de fundamento para afastar a admissibilidade de responsabilidade civil, devendo o julgador apurar o grau de culpa de cada interveniente e determinar a sua quota na responsabilidade pelos danos. Como este, podiam ser citados vários exemplos de situações complexas resultantes de entroncamentos de comportamentos; mas é mesmo por isso que se recorre à doutrina da causalidade adequada para se determinar em que medida cada comportamento influi e releva para o resultado danoso.

1.5.2. Da indemnizabilidade dos danos não patrimoniais

Como é sabido, um dos pressupostos da responsabilidade civil é o dano, que na linguagem do Professor Pedro Romano Martinez, “corresponde à supressão de uma vantagem, mediante perda de um direito subjectivo ou não aquisição de um direito. Trata-se da supressão de um bem juridicamente protegido”²⁷

No que tange à responsabilidade civil por ilícito conjugal, não se levantam grandes objecções quanto a indemnizabilidade dos danos de natureza patrimonial, não sucedendo o mesmo no tocante aos danos não patrimoniais, também designados por danos morais.

Há quem entenda que o dano moral é irreparável pois *“o dinheiro, de um lado, e as dores físicas ou morais, os vexames, as inibições, os complexos criados por certas deformações estéticas, do outro, são grandezas heterogêneas. Não há possibilidade de pagar (indemnizar) com dinheiro os malefícios desta natureza... ainda que se pretendesse, não indemnizar, mas compensar, estes*

27 MARTINEZ, Pedro Romano, ob.cit. p. 98.

danos não patrimoniais, dir-se-á ser sempre muito difícil, senão praticamente impossível, fixar, sem uma larga de arbítrio, a compensação correspondente a cada caso concreto”²⁸.

No campo específico do ilícito matrimonial, entendem alguns que admitir a indemnização seria monetarizar o casamento, o que não é de admitir porque imoral. Argumenta este segmento de opinião que *“o dano moral nas relações erótico-afetivas, principalmente quando é tomada como ponto de partida a ocorrência de uma infração de deveres próprios do casamento ou da união estável, seria fazer prosperar o exagero, e toda a ação de separação judicial ensejaria pedido cumulado de perdas e danos morais, numa inaceitável e perniciosa monetarização dos relacionamentos*”²⁹.

No Acórdão da Comarca de Porto Alegre (ApCiv. 70015627979)³⁰ encontramos um posicionamento simplesmente limitativo do dano moral. A posição tomada foi a seguinte: *“...mesmo havendo denúncia de descumprimento dos deveres maritais, não há que falar em reparação por dano moral. O fim do casamento, qualquer que seja o motivo, gera intensos e profundos sentimentos. Todavia, não há reparação possível, de ordem económica, para curar estas dores...”*³¹.

Contra as posições acima, são vários os argumentos apontados pela doutrina³². É verdade que, regra geral, a indemnização visa deixar o lesado indemne (na situação em que se encontraria se não fosse o dano); porém, nos casos de danos morais, o que se pretende é apenas uma compensação que serve para atenuar o sofrimento da vítima ao mesmo tempo que, de alguma forma, se prossegue uma função punitiva.

A dificuldade de determinação do montante exacto da indemnização,

28 VARELA, José de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 625.

29 PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral no Direito de Família: Perigos e excessos, in *Grandes temas da atualidade, dano moral, aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas*, Coord. LEITE, Eduardo de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 407.

30 A jurisprudência brasileira ainda é nebulosa na matéria relativa à responsabilidade civil por ilícito conjugal, havendo posições amplamente permissivas, outras restritivas e outras contra o dano moral.

31 FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, ob.cit. p. 89. ROLF MADALENO também cita a decisão judicial por um tribunal brasileiro com o seguinte conteúdo *“...não caberia frente a atos e modos de conduta que são, simplesmente, expressões de desamor, de perda de vínculo afetivo e a certo momento(...); o desamor não se indeniza, os sentimentos e a sua evolução são ingovernáveis, de maneira que representaria uma aplicação excessiva dos princípios gerais impor o pagamento de indenização frente a atos que...na sua essência não podem ser considerados mais do que expressões de perda do vínculo afetivo (Curso de Direito da Família, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 298).*

32 Ver VARELA, José de Matos Antunes, ob.cit. ps. 626 e 627 e MARTINEZ, Pedro Romano, ob.cit. P. 99

embora exista, não pode ser usada para afastar a indemnização. Aliás, mesmo no campo dos danos patrimoniais também se experimentam dificuldades no cálculo da indemnização, sendo disso exemplos paradigmáticos os da indemnização de clientela ou pela paralização de viatura que era usada para actividade comercial.

Contra o argumento moral de “monetarização do casamento” também se apresenta outro argumento moral – deixar impune o lesante, seria estimulá-lo a praticar novos actos violadores de direitos e interesses alheios, seria admitir uma injustiça maior.

Por último, e tendo em conta o disposto no n.º 1 do artigo 496.º do Código Civil, sempre se diria que os danos morais são indemnizáveis desde que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito.

Certamente que não serão as pequenas contrariedades decorrentes de qualquer violação de deveres conjugais que justificarão o direito à indemnização. A gravidade da violação e dos danos dela decorrentes é que, numa apreciação objectiva, poderão determinar que sejam atendidos os danos não patrimoniais.

Sabe-se que, nos termos do n.º 3 do artigo 496.º do Código Civil, na fixação da indemnização devem ser tomados em consideração critérios de equidade. Neste exercício, há que ter em conta a especificidade do casamento, designadamente, a necessidade de preservar a harmonia e paz conjugais.

Capítulo II - Da natureza da responsabilidade civil dos cônjuges por violação de deveres conjugais: trata-se de responsabilidade contratual ou extracontratual?

Uma coisa é saber se por violação dos deveres conjugais há ou não lugar à indemnização nos termos gerais. Sendo a resposta positiva, surge a questão da natureza da responsabilidade civil em questão: se se trata de responsabilidade civil extracontratual ou contratual. Não está em questão o enquadramento da responsabilidade tendo por critério o pressuposto da culpa, pois na relação directa entre os cônjuges tal responsabilidade só pode ser tida como subjectiva³³.

A questão de saber se a responsabilidade civil (subjectiva) é contratual ou

33 No âmbito das modalidades de responsabilidade civil, também é feita a distinção entre responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva, a primeira pressupõe uma actuação culposa do agente causador do dano e a segunda, que é excepcional, opera independentemente de culpa. Ou seja, a responsabilidade civil diz-se subjectiva quando, reunidos os outros pressupostos, aquele que é obrigado a indemnizar age com culpa, ou seja, com dolo ou de forma negligente, enquanto que na responsabilidade objectiva é dispensado o pressuposto culpa.

A responsabilidade objectiva também se subdivide em responsabilidade pelo risco (por exercício de actividades especialmente geradoras de danos) e responsabilidade por actos lícitos (o agente é obrigado a indemnizar, apesar da sua conduta não ser contrária à lei).

extracontratual é de uma importante relevância prática, dadas as diferenças de regimes existentes entre as duas modalidades de responsabilidade civil.

II.1. Responsabilidade civil contratual e responsabilidade extracontratual

A responsabilidade contratual, também designada por obrigacional ou negocial, é aquela que decorre de violação de uma obrigação, que pode resultar dum negócio jurídico ou, em alguns casos, directamente da lei³⁴.

A responsabilidade extracontratual é aquela que, nas palavras do Professor Mário Júlio de Almeida Costa, “*surge, em termos residuais... onde se abrangem os restantes casos de ilícito civil. Deriva. “maxime”, da violação de deveres e vínculos jurídicos gerais, isto é, de deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos, ou até da prática de certos actos que, embora lícitos, produzem danos a outrem*”³⁵.

Essencialmente a distinção entre as duas modalidades resulta, como se pode constatar, da fonte das obrigações; se a fonte já vinculava o agente de forma específica em relação ao lesado, a responsabilidade é contratual; se, pelo contrário, os deveres violados eram impostos a todos e correspondendo, do lado activo, direitos absolutos, a responsabilidade é extracontratual. “*No fundo, as primeiras advêm da frustração da expectativa creditória, enquanto as segundas têm por base uma contrariedade ao princípio alterum no laedere. Dito de outra forma, num caso é posto em causa o interesse na equivalência e, no outro, o interesse na protecção*”³⁶.

A responsabilidade extracontratual, também é designada por extra-obrigacional, extra-negocial, delitual ou aquiliana³⁷.

A lei estabelece regimes diferentes para as duas modalidades de responsabilidade. As diferenças ocorrem, designadamente, quanto ao ónus de

34 O uso de qualquer das terminologias não é rigoroso. Contra o uso da expressão “responsabilidade contratual” alega-se a sua insuficiência, pois ela abrange a responsabilidade os ilícitos decorrentes de negócios unilaterais ou até da lei. O uso da terminologia “responsabilidade obrigacional” também é criticada, por se entender que ela pode abranger o próprio dever de prestar. Por último, considera-se também restritiva (a fonte da obrigação pode ser a lei) e sem tradição na doutrina e na jurisprudência.

35 COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2008, p. 540.

36 MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações, Apontamentos*, 2ª Ed., Reimpressão 2008, Lisboa, AAFDL, 2008, p. 83.

37 Também não há consensos quanto às diferentes terminologias, por argumentos diversos, incluindo as razões apontadas no tocante à responsabilidade contratual.

prova da culpa (artigos 487.º e 799, n.º 1 do Cciv.); nas situações de complexidade subjectiva passiva (artigos 497.º e 513.º do Cciv.); no capítulo dos prazos de prescrição (artigos 498.º e 309.º do Cciv.) e quanto à capacidade (artigo 488.º do Cciv.)³⁸.

A distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual tem sido criticada pela doutrina, havendo mesmo quem defenda a natureza unitária da responsabilidade civil.

No entender do Professor Pedro Romano Martinez, que é favorável à ideia de unicidade da responsabilidade civil, “*o estabelecimento de uma fronteira entre as duas responsabilidades não se justificaria se o legislador não tivesse estabelecido, em questões pontuais, um regime diverso. Tais diferenças de regime são mais o resultado da tradição do que uma resposta racional às necessidades de justiça*”³⁹.

Nós somos, também (*de lege ferenda*), pela unicidade, não apenas pelo esvaziamento das fronteiras entre as duas modalidades e pelas necessidades de justiça (dando-se igual protecção ao lesado) mas também por razões práticas que decorreriam da facilidade de aplicação do regime.

De qualquer modo, tendo em conta a lei vigente, há todo o interesse em determinar, no caso de violação dos deveres conjugais, qual a natureza da responsabilidade. A resposta a esta questão, pressupõe que seja dada resposta a uma outra questão, que é relativa à natureza jurídica do casamento, do qual emergem os deveres cuja violação dá lugar à responsabilidade civil.

II.2. A natureza jurídica do casamento e as modalidades de responsabilidade civil

Perfilam várias teorias sobre a natureza jurídica do casamento, contrapondo-se as contratualistas e não contratualistas. Dependendo da posição perfilhada, define-se também a natureza da responsabilidade civil.

No grupo das últimas (não contratualistas), encontramos a teoria segundo a qual o casamento é um acto administrativo, visto ser, na visão dos defensores desta corrente, a declaração do funcionário do registo civil o elemento verdadeiramente constitutivo do casamento. Por consequência, o casamento seria um puro acto do poder do Estado, um puro acto administrativo. Porém, tal teoria não encontra sustentação no nosso direito positivo, tendo em conta o disposto no n.º 2 do artigo

38 Ver LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, Volume II, *Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias de Crédito*, 6ª Ed., Almedina, 2008, p. 543 e ss. e MARTINEZ, Pedro Romano, ob.cit., p. 84.

39 MARTINEZ, Pedro Romano, ob. cit, p. 85.

190.º do Código do Registo Civil (aprovado pela Lei n.º...) , que estabelece que “*prestado o consentimento dos contraentes, o casamento considera-se celebrado, o que o conservador proclama...*”.

Da citada disposição, resulta claro que o acto do conservador não é constitutivo do casamento, mas meramente declarativo de acto praticado pelos contraentes.

As outras teorias não contratualistas centram os seus fundamentos nas limitações impostas à autonomia privada no âmbito do casamento, para negar a este a natureza de negócio jurídico e de contrato.

O Código Civil de 1966 apresentava a noção de casamento no artigo 1577.º, nos seguintes termos: “*Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena de vida*”.

À luz do preceito citado, não se suscitavam dúvidas quanto à natureza contratual do casamento no direito moçambicano, sendo que a discussão tinha interesse meramente teórico.

A Lei da Família veio consagrar uma noção diferente da da lei anterior. No artigo 7.º da Lei da Família, o casamento é definido como “*...a união voluntária e singular entre um homem e uma mulher, com o propósito de constituir família, mediante comunhão plena de vida*”.

O legislador de 2004, tendo presente as críticas feitas à qualificação do casamento como contrato e atendendo ao facto do casamento africano ter uma dimensão individual, por um lado, e colectiva, por outro, preferiu uma formulação mais abrangente, “*passando a revestir a natureza de um vínculo mais profundo e amplo, uma verdadeira aliança entre os cônjuges, extendida às respectivas famílias com as suas componentes sociais e ético-culturais*”.⁴⁰

Não se pode dizer que ao apresentar a noção de casamento em termos amplos o legislador moçambicano tenha logrado consagrar uma solução isenta de críticas; aliás, não faltam os que consideram não haver nenhuma vantagem na previsão legal da noção de casamento, razão porque muitas legislações, como são os casos dos códigos alemão, francês, italiano e brasileiro, tenham deliberadamente evitado apresentar um conceito ou uma definição legal de casamento.

Mesmo com a nova noção de casamento, ainda que, pelas razões apontadas, se tenha evitado a qualificação como um contrato, não parecem subsistir dúvidas quanto ao facto do casamento ser um negócio jurídico.

O negócio jurídico, como é sabido, é um facto voluntário lícito, cujo núcleo essencial é constituído por uma ou várias declarações de vontade, que tem por objectivo a produção de certos efeitos jurídicos, com ânimo de que esses

40 AA.VV., *Lei da Família Anotada*, UTREL, 2005 (anotação ao artigo 7.º).

efeitos sejam tutelados pelo direito, ou seja, para que a lei atribua efeitos jurídicos correspondentes com a intenção dos intervenientes no negócio. É um instituto que, embora surja com maior evidência e preponderância no âmbito do direito das obrigações, também está presente no domínio dos direitos reais, do direito sucessório e do direito de família.

Poder-se-ia questionar a qualificação do casamento como negócio jurídico com base na limitação da autonomia privada, patente no n.º 1 do artigo 41.º da Lei da Família, nos termos do qual “*a vontade de contrair casamento importa a aceitação de todos os efeitos legais do matrimónio, sem prejuízo das legítimas estipulações dos esposos em convenção antenupcial*”. Todavia, que, não obstante tais limitações, o princípio da autonomia da vontade subsiste e não se mostra prejudicado, uma vez que os nubentes sempre têm a liberdade de casar ou não casar, de casar com a pessoa que entendam, de escolher o regime de bens e estipular o que lhes aprouver sobre a administração dos bens do casal.

Portanto, em termos de natureza jurídica, o casamento é sem dúvidas um negócio jurídico. Trata-se de um negócio bilateral, embora com características próprias. Na verdade, apesar da dimensão colectiva do casamento tradicional, o núcleo essencial do casamento é ainda constituído pelas declarações de vontade dos nubentes.

A relevância que a lei atribui às declarações de vontade dos nubentes está bem patente no regime dos vícios do casamento, nos artigos 56.º e seguintes da Lei da Família.

O carácter negocial do casamento é até reforçado pela possibilidade de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento⁴¹ e de divórcio por mútuo consentimento⁴². Tal significa que a lei considera essencial a vontade dos contraentes na constituição, modificação e extinção da relação matrimonial.

Embora o casamento seja um negócio jurídico bilateral com características que não se limitam aos de um mero contrato, temos que reconhecer que em larga medida encerra em si características de um contrato. Aliás, a lei mantém a orientação de que a promessa de casamento, para ser válida, deve revestir a natureza contratual (artigo 19.º, n.º 1 da Lei da Família); porque o objecto do contrato promessa é a celebração do contrato definitivo, forçoso é concluir-se que o legislador continuou a encarar o casamento, também, numa perspectiva contratual.

Sendo o casamento um negócio jurídico e tendo em conta o que ficou dito sobre as duas modalidades de responsabilidade civil, é lógico concluir-se que da violação dos deveres conjugais (porque emergentes de um negócio bilateral)

41 Ver artigos 176.º e 189.º a 192.º da Lei da Família e 349.º a 353.º do Código do Registo Civil.

42 Ver artigos 195.º a 197.º da Lei da Família e artigos 349.º a 353.º do Código do Registo Civil.

resulta responsabilidade civil contratual ou obrigacional⁴³.

A questão do ônus de prova parece ser uma das razões para certo segmento de opinião e jurisprudência estrangeira entender que a responsabilidade civil por violação de deveres conjugais é extracontratual, por ser inaplicável a presunção de culpa do cônjuge violador, dada a natureza do casamento⁴⁴.

Na responsabilidade obrigacional, nos termos do n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil, cabe ao devedor o ônus de provar que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua. Esta solução (de presunção de culpa do devedor) é diferente da que vem prevista no n.º 1 do artigo 487.º do Código Civil, para os casos de responsabilidade civil extracontratual⁴⁵.

É jurisprudência assente entre nós que o ônus de prova da violação de deveres conjugais impende sobre o autor da acção, ou seja, perfilha-se a posição da inaplicabilidade do n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil. Nesse sentido se posicionou o Tribunal Supremo de Moçambique no Acórdão de 19 de Abril de 2006, no Processo n.º 84/2000, nos seguintes termos “*o abandono do lar conjugal...é uma causa unilateral e subjectiva do divórcio, pois parte da iniciativa de um dos cônjuges contra a vontade do outro e pressupõe culpa do cônjuge que abandonou o lar...para que a acção possa proceder é necessário que o cônjuge autor prove os requisitos integrantes de abandono do lar, visto tratar-se de factos*”

43 Em Portugal, a jurisprudência tem tratado a responsabilidade como extracontratual, mais pelo facto de se entender ser inaplicável o artigo 799.º do Código Civil português aos casos de violação de deveres conjugais.

44 Ver CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, ob. cit., p. 66 a 68.

45 No caso de Portugal, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Junho de 1984, proferido no Processo n.º 71725 (BMJ 338, de Julho de 1984) foi no sentido de considerar que o ônus de prova recaia no réu, portanto, aplicando-se a presunção do artigo 799.º do C.Civ. A este propósito, lê-se no citado Acórdão o seguinte: “*Por isso, tem o Supremo decidido, cremos que uniformemente, não ser ao autor que cumpre provar que a saída do réu do lar conjugal foi injustificada, mas ao réu que incumbe fazer a prova de que, em face das circunstâncias verificadas, a sua conduta não é reprovável, dado tratar-se de facto impeditivo do direito ao divórcio ou à separação judicial de pessoas e bens*”. Em sentido diverso, no Processo n.º 70 375, no Acórdão de 7 de Dezembro de 1982 (BMJ 322, Janeiro de 1983), o Supremo Tribunal de Justiça português entendeu que o ônus de prova incumbia ao autor. O pronunciamento foi o seguinte: “*No caso sub judice nada se provou acerca das circunstâncias em que o réu agrediu a autora, e era a esta que cabia demonstrá-las, por lhe pertencer, nos termos do artigo 342.º do Código Civil, o ônus da prova da gravidade das ofensas, que justificasse o pedido de divórcio*”. Também no Acórdão do STJ de 07 de Outubro de 2004, no Processo n.º 04B2767, disponível em: <www.stj.pt/>, consulta em: 27 de Fevereiro de 2014, no domínio específico da responsabilidade civil, entendeu-se, como segue, que o ônus de prova da culpa impedia no autor: “*...a reparação dos danos não patrimoniais não nasce ‘ope legis’, já que sempre impenderá sobre o cônjuge inocente o ônus de alegar e provar factos (imputáveis ao cônjuge culpado) e causados ao ofendido/inocente, tradutores de danos de origem moral e/ou, espiritual...*”.

constitutivos do direito invocado e de que depende o êxito da sua pretensão”⁴⁶.

A inaplicabilidade do artigo 799.º do Código Civil, porém, não deve ser fundamento bastante para que se conclua pelo afastamento da natureza contratual ou obrigacional da responsabilidade civil decorrente da violação dos deveres conjugais. Aliás, são também várias as disposições que, pertencendo em termos de sistemática ao conjunto das que regulam a responsabilidade extracontratual, são igualmente aplicáveis à responsabilidade contratual.

Pelo que ficou dito, conclui-se que, da violação dos deveres conjugais decorre responsabilidade civil contratual ou obrigacional, podendo serem afastadas disposições integrantes deste regime de responsabilidade sempre que sejam postas em crise as especificidades do casamento e os interesses a ele subjacentes.

Capítulo III - Momento adequado para apresentar o pedido de indemnização

Para uma certa corrente doutrinária, para preservar a paz familiar, o pedido de indemnização deve ser diferido para momento posterior à dissolução do casamento. A este propósito, Horster apresenta o seguinte raciocínio: *“Se parece adequado, em princípio, não deixar impunes as violações de direitos subjectivos familiares entre os próprios cônjuges, ...resta saber quando é que tais indemnizações podem ser pedidas e, depois, atribuídas pelo tribunal. Em relação a isso deve ser respeitada a orientação da lei no sentido de evitar, ou de delimitar ao estritamente indispensável, quaisquer intromissões judiciais na intimidade do casal enquanto existir a comunhão de vida entre os cônjuges... para proteger tal intimidade, basta diferir as indemnizações para depois de ter finda a comunhão de vida entre os cônjuges*”⁴⁷.

A outra corrente defende que o pedido só pode ser apresentado no processo de divórcio.

São correntes que encontram algum amparo na filosofia adoptada pelo nosso legislador. Na hipótese de insuficiência de bens próprios para fazer face às dívidas da responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges, admite o n.º 1 do artigo 116.º da Lei da Família que se recorra, subsidiariamente, à meação do devedor nos bens comuns; porém, a mesma disposição prevê uma moratória, ao estabelecer que *“neste caso, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e*

46 Acórdãos do Tribunal Supremo, Jurisdição Cível, de Menores e Laboral 2004-2008, Vol. II, Tribunal Supremo, 2012, p. 141.

47 HORSTER, Heinrich Ewald, ob.cit. p. 122 e 123.

bens ou a simples separação judicial de bens”.

No mesmo espírito de preservação da paz familiar, a alienção por negócio gratuito de móveis comuns, sem consentimento do outro cônjuge, implica a imputação do valor dos bens alheados na meação do alienante (n.º 1 do artigo 103.º da Lei da Família), o que também ocorre no momento da partilha.

Contra a tese da moratória, a doutrina apresenta duas grandes objecções. A primeira está relacionada com a dificuldade que existiria na apreciação da prova dos pressupostos da responsabilidade civil que adviria do decurso de tempo entre o momento da conduta e da verificação dos danos e o momento da sua apreciação. A segunda objecção é baseada no facto da lei admitir, na constância do casamento, o recurso ao tribunal para diferentes situações como são os casos de anulação de negócios ou, nosso caso, de violência doméstica⁴⁸.

Concordamos com os dois argumentos e acrescentamos outros tantos. Primeiro, o casamento, nos termos da Constituição da República, baseia-se no livre consentimento das partes. A moratória para o pedido de indemnização por violação de deveres conjugais poderia conduzir a situações em que o lesante, para evitar o pagamento de indemnização, contra a sua vontade manteria a relação matrimonial já prática inexistente.

Note-se que para preservar a liberdade de casar, o legislador introduziu importantes limitações no direito à indemnização decorrente da violação da promessa de casamento, tanto em relação aos sujeitos (apenas o nubente ofendido, seus pais ou terceiros agindo em nome destes), como no que tange ao objecto (apenas as despesas feitas e obrigações contraídas na previsão do casamento), como resulta dos artigos 19.º e 22.º da Lei da Família. A mesma lógica conduz a que sejam evitadas situações em que o casamento é mantido contra a vontade duma das partes.

A segunda objecção tem a ver com a possibilidade de morte do lesado. Na verdade, se a moratória significar que o pedido de indemnização não pode ser formulado na constância do casamento, bem pode suceder que o casamento se dissolva por morte do próprio cônjuge lesado. Neste caso, levanta-se, como é evidente, o problema de saber se os herdeiros do falecido podem ou não pedir indemnização. Acresce dizer que, a admitir-se que os herdeiros possam intentar a acção indemnizatória, fica-se sempre sem saber se, sendo tal direito disponível, o cônjuge falecido estaria ou não interessado em intentar a acção se fosse vivo.

Em nossa opinião, portanto, há que admitir que o cônjuge lesado possa, na vigência do casamento, pedir indemnização por danos morais resultantes da violação dos deveres conjugais pelo outro cônjuge.

48 Ver PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, ob.cit., p. 708.

Conclusões

Da análise feita, concluímos que:

Os danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes da violação de deveres conjugais são indemnizáveis, havendo por isso lugar à responsabilidade civil dos cônjuges entre si;

A doutrina da imunidade no tocante à responsabilidade civil dos cônjuges entre si não tem aplicação entre nós, nem faz sentido face à evolução verificada no tocante à organização familiar e relação dos cônjuges, sendo crucial sublinhar, neste aspecto, a preservação da dignidade e personalidade do cônjuge, mesmo depois do casamento;

A defesa da paz familiar não pode constituir argumento para afastar a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: primeiro porque a lei já prevê, noutros domínios, como são os casos de violência doméstica, a possibilidade de recurso ao tribunal; segundo, porque seria injusto deixar impunes as violações de deveres conjugais, cabendo aos cônjuges a responsabilidade adicional no cumprimento do dever recíproco de respeito que sobre eles recai;

O princípio do *ne bis in idem* não é posto em crise pela admissibilidade de responsabilidade civil na relação entre os cônjuges, porque as outras medidas aplicáveis tem natureza diferente;

O adiamento do momento para pedir indemnização, para além do risco da diluição da prova, pode determinar a manutenção de casamentos na prática não queridos e pode resultar no difícil exercício do direito à indemnização depois do falecimento do cônjuge ofendido.

Bibliografia

Doutrina

AA.VV., *Lei da Família Anotada*, UTREL, 2005;

CERDEIRA, Ângela, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;

COELHO, Francisco Pereira; GUILHERME, Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

COMBIS, J. Michael, “Comment: Interspousal Tort Immunity: An Analysis of a Dying Doctrine and Its Status in Tennessee”, 47 *Tennessee Law Review* 123, 1979 Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexus.com>>, acesso em 5 de Março de 2014;

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2008;

HOSTER, Heinrich Ewald, “A Respeitos da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia sera Válida?”)”, *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Janeiro-Junho de 1995 – Tomo XLIV – Números 253/255;

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, 2ª Edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010;

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, Volume II, *Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias de Crédito*, 6ª Ed., Almedina, 2008;

LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1992;

MADELENO, Rolf, *Curso de Direito da Família*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008;

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações, Apontamentos*, 2ª Ed., Reimpressão 2008, Lisboa, AAFDL, 2008;

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral no Direito de Família: Perigos e excessos, in *Grandes temas da atualidade, dano moral, aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas*, Coord. LEITE, Eduardo de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2000;

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2009;

VARELA, José de Matos Antunes, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

VARELA, José de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1996;

VERÍSSIMO, Fernando Pires, “Do Problema de Saber se são Aplicáveis, em Matéria de Violação dos Deveres Recíprocos dos Cônjuges, os Princípios Gerais sobre Responsabilidade Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 8.º, n.ºs 1 e 2, 1.º e 2.º Semestres, Lisboa, 1948.

Legislação

Código Civil moçambicano, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Setembro de 1966 e tornado extensivo ao Ultramar pela Portaria 22.869 do Ministério do Ultramar, de 4 de Setembro de 1967.

Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto (Lei da Família);

Lei n.º 24/2004, de 25 de Agosto

Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro (Lei da Violência Doméstica)

Jurisprudência nacional

Acórdão do Tribunal Supremo de Moçambique de 19 de Abril de 2006, proferido no Processo n.º 84/2000 (in Acórdãos do Tribunal Supremo, Jurisdição Cível, de Menores e Laboral 2004-2008, Vol. II, Tribunal Supremo, 2012, p. 141)

Jurisprudência estrangeira

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 12 de Junho de 1984, proferido no Processo n.º 71725 (BMJ 338, de Julho de 1984);

Acórdão da Comarca de Porto Alegre – Brasil - (ApCiv. 70015627979);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 7 de Dezembro de 1982, proferido no Processo n.º 70 375 (BMJ 322, Janeiro de 1983);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 07 de Outubro de 2004, proferido no Processo n.º 04B2767 (disponível em <www.stj.pt/>, consulta em: 27 de Fevereiro de 2014).

RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS SEXUAIS E O DANO SEXUAL

Jorge Duarte Pinheiro

Professor, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal

Resumo: A pergunta inicial é a seguinte: cabendo uma indemnização à vítima de acidente que lhe causou dano sexual, pode igualmente o respectivo cônjuge ou unido de facto obter para si próprio indemnização destinada a compensá-lo da lesão produzida no relacionamento sexual do casal?

No caso do unido de facto, a resposta tende a ser negativa.

No caso do cônjuge, a resolução do problema dependeu de posição no debate em torno da natureza directa ou indirecta dos danos sofridos pela pessoa casada com a vítima do acidente.

Após 2014, o debate é outro, não oferecendo dúvidas a tutela indemnizatória do cônjuge daquele que sobreviveu a acidente com dano sexual particularmente grave, desde que se verifique que também foi particularmente grave o dano causado por esse acidente àquele cônjuge.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; indemnização; direitos sexuais, dano sexual; “loss of consortium”; coabitação; cônjuge; unido de facto; vítima de acidente.

1. Enquadramento problemático

“Quando atravessava uma passadeira em Lisboa, António foi atropelado por um automóvel segurado na companhia Riscos Livres. Por força do acidente, António ficou incapacitado de ter relações sexuais. Tendo-se provado a culpa exclusiva do condutor do veículo e atendendo à impossibilidade de ter qualquer relacionamento sexual com o marido, Maria, casada com António, exige uma indemnização à seguradora Riscos Livres. *Quid iuris?*”

Constitui propósito da presente intervenção considerar este tipo de

questões, estudando a evolução recente e situação actual do regime jurídico da responsabilidade civil em benefício de parceiro (nomeadamente, cônjuge) de quem tenha sofrido dano sexual, no direito português.

O dano sexual corresponde à “limitação total ou parcial do nível de desempenho/gratificação de natureza sexual, decorrente de sequelas físicas ou psíquicas”. Pode manifestar-se através de “perturbação do desejo, da excitação, do orgasmo ou de dor relacionada directamente com o acto sexual ou provocada por este, devido a sequelas resultantes do evento traumático ou, ainda, por dificuldades de posicionamento, devido também às sequelas traumáticas” (cf. SANTOS pp. 64-65).

Não oferecendo hoje dúvidas a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, categoria em que se inclui o mencionado dano sexual, detectam-se, porém, obstáculos tradicionais à admissibilidade de responsabilidade civil a favor do parceiro de quem tenha sofrido esse dano.

Um dos obstáculos é a própria desconsideração do dano sexual enquanto tal em casos concretos, seja devido a desconhecimento, a falta de sensibilidade, a pudor ou a atitude rotineira. Não obstante a frequência de danos sexuais causados por acidentes de viação, há registos com menos de dez anos que dão conta da raridade do tratamento da matéria da intimidade sexual por advogados e juízes e de uma certa insuficiência de ponderação médico-legal desta mesma matéria (cf. SANTOS pp. 119, 136-137, 146, 157-159, 170; afigura-se, nomeadamente, surpreendente o escasso recurso à entrevista do parceiro sexual da vítima de acidente, no contexto de avaliação do dano sexual).

Ora, tal obstáculo não pode deixar de ser vencido à medida que o tempo passa, tanto mais que o dano sexual é susceptível de ser grave e justificar, por isso, indemnização nos termos gerais (o artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil, prevê que “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”).

Outro factor contrário à admissibilidade de responsabilidade civil a favor do parceiro de quem tenha sofrido dano sexual tem sido a interpretação de que só é concebível o ressarcimento de (certos) terceiros no caso de morte da vítima. Especialmente representativo deste pensamento é o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/02/2004, que se pronunciou, em recurso de revista, sobre o seguinte assunto:

“A instaurou acção ordinária contra “Companhia de Seguros B”, pedindo a condenação desta a pagar-lhe uma indemnização de montante não inferior a € 150.000 com juros de mora desde a citação, que é o valor dos danos não patrimoniais que sofreu em consequência de acidente de viação entre os veículos MC, seguro na Ré, e o EL, conduzido por seu marido. O acidente deveu-se a culpa exclusiva do condutor do MC e dele resultaram lesões para o seu marido,

que ficou a padecer de disfunção sexual, o que é causa de danos directos para si.

“Contestou a Ré, sustentando que os danos alegados não são indemnizáveis.

“Logo no saneador, conhecendo de mérito, o Mmo. Juiz julgou a acção improcedente por entender que os danos não patrimoniais sofridos por outrem que não o lesado, não são indemnizáveis.

“Conhecendo da apelação interposta pela A, a Relação do Porto julgou-a procedente, revogando o saneador sentença e ordenando o prosseguimento da acção.”

Nesta hipótese, o Supremo Tribunal de Justiça revogou o acórdão recorrido, excluindo a possibilidade de indemnização do cônjuge da vítima do acidente de viação.

Embora reconhecendo que “terá ficado comprometido o cumprimento, pelo seu marido, de um relevante dever conjugal” e que assumia grande extensão o dano sofrido pela mulher, o mais Alto Tribunal afastou a compensação por se estar perante um “dano colateral” não abrangido pela letra do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil (que confere ao cônjuge direito de indemnização somente por morte da vítima, que não ocorrera, e é semelhante ao preceito do artigo 489.º, n.º 2, do Código Civil de Macau).

2. O movimento favorável ao ressarcimento do cônjuge de quem sofreu dano sexual

No ano do acórdão em apreço, foi publicada dissertação de doutoramento em que se defendeu solução oposta (PINHEIRO, *O núcleo intangível* 733-738):

“Numa obra da «American Bar Association» [*Guide to Family Law* p. 88], escrita a pensar no grande público, afirma-se que a lesão corporal de uma pessoa casada pode obrigar terceiro ao pagamento de duas indemnizações: uma, à pessoa vítima da lesão corporal; e outra, ao cônjuge da pessoa lesada, destinada a compensá-lo da «loss of consortium», expressão que, segundo o mesmo texto, abarca a «perda de relações sexuais» e de outros elementos inerentes à relação conjugal («loss of general companionship»). Embora, conforme advertência prévia, os pontos de vista constantes do livro não pretendam reflectir as posições oficiais da «American Bar Association», aquela opinião traduz uma orientação que é actualmente comum nos Estados Unidos da América e que se divisa especialmente nos casos de acidente de viação [cf. LEE, /LINDAHL p. 24 e s.].

“A acção por «loss of consortium», que visa a compensação de danos diversos dos que resultam da morte de um dos cônjuges, indemnizáveis através de outra acção, tem as suas raízes na acção medieval «per quod servitium amisit», concedida a um senhor contra o terceiro que, tendo agredido um dos seus servos,

o privasse dos benefícios associados ao uso da respectiva força de trabalho [cf. JAMES pp. 308-310; LANDON pp. 167-169]. Com base nesta acção, cuja natureza era inicialmente real [cf. HEUSTON/BUCKLEY p. 347], viria a surgir a acção «per quod consortium amisit», mediante a qual o marido demandava terceiro que, na sequência da prática de um acto ilícito contra a pessoa do seu cônjuge, o tivesse privado dos «serviços prestados pela mulher» (trabalho doméstico, relações sexuais, companhia). No entanto, o percurso evolutivo do instituto não foi idêntico em Inglaterra e nos Estados Unidos. Em Inglaterra, a acção por «loss of consortium» manteve a sua conotação ancestral, nunca foi concedida à mulher [cf. caso *Best v. Samuel Fox, Ltd.* [1952] A.C. 716, referido por FLEMING pp. 724-725; HEUSTON/BUCKLEY p. 351] e, dada a sua feição anacrónica, acabou por ser abolida pelo «Administration of Justice Act», de 1982, secção 2.

“Nos Estados Unidos, a concepção da «loss of consortium» como uma concretização da «loss of services» deu lugar à ideia de que a acção marital se funda na violação de direitos *sui generis*, conjugais, insusceptíveis de serem comparados com os que assistem a um patrão ou proprietário [cf. CLARK pp. 672-673; LIPPMAN p. 662; LUPOI pp. 486-487]. Contudo, foi preciso esperar algum tempo até que a faculdade de intentar a acção viesse a ser plenamente reconhecida a ambos os cônjuges. Antes da segunda metade do século XX, praticamente só era permitido à mulher demandar terceiro que tivesse vendido ao marido quantidades excessivas de drogas ou bebidas alcoólicas [cf. HOLBROOK pp. 5 e 7; LIPPMAN p. 663; VERNIER p. 86 e s.]. A mudança será impulsionada com o caso *Hitaffer v. Argone Co., Inc.* [cf., nomeadamente, LEE/LINDAHL p. 15; LUPOI pp. 469-471]. Devido a um acidente de trabalho, foi atribuída à vítima uma incapacidade permanente que lhe restringia a capacidade de desenvolver uma vida activa e que a impossibilitava de ter relações sexuais. Apesar de o trabalhador já ter obtido uma indemnização por acidente de trabalho, o tribunal concedeu à sua mulher uma compensação pecuniária por «loss of consortium». Actualmente, a grande maioria dos Estados norte-americanos reconhece a ambos os cônjuges o direito de instaurar a acção por «loss of consortium» [cf. JOHNSON, /GUNN p. 171; RAISTY p. 2649 e s.; GREGORY/SWISHER/SCHEIBLE pp. 73-74; STATSKY, *Family Law* pp. 504-505, e *Torts* pp. 484-485].

[...]

“Em Itália, onde o regime norte-americano da «loss of consortium» tem suscitado um interesse considerável [cf., por exemplo, DE CUPIS p. 240; LUPOI p. 457 e s.; PATTI, *Famiglia* pp. 130-131; V.M. pp. 215-216], um acórdão da Cassação [Corte di Cassazione de 11/11/1986] veio conceder uma indemnização ao cônjuge de uma mulher que ficara impossibilitada de ter relações sexuais, na sequência de uma intervenção cirúrgica negligente. O tribunal partiu do princípio de que o comportamento doloso ou negligente de terceiro que impossibilita

uma pessoa casada de ter relações sexuais atinge, de forma directa e imediata, o direito do outro cônjuge ao «debitum coniugale». A generalidade da doutrina concorda com a solução de responsabilizar o terceiro perante o cônjuge da pessoa impossibilitada de ter relações sexuais, se bem que nem sempre perfilhe inteiramente a fundamentação do acórdão, que, numa segunda parte, equiparou o dano sofrido pelo cônjuge da pessoa incapacitada a um dano biológico [cf. ALPA pp. 573-575; ALPA/BESSONE/CARBONE p. 262 e s.; BUSNELLI/PATTI p. 101 e s.; DIMUNDO p. 372 e s.; FERRANDO p. 351 e s.; FRACCON pp. 393-394; PATTI, “La lesione” p. 2043 e s.; PELLECCIA p. 59 e s.; ROCCA pp. 628-629].

“Solução análoga se impõe no direito português. Tal como noutros ordenamentos do sistema romanístico, é pacífica, entre nós, a possibilidade de o terceiro ser obrigado a indemnizar os danos sofridos pelo cônjuge da pessoa cuja morte provocou. O artigo 496º, nº 2, do Código Civil, prevê expressamente que, por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em primeira linha e em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos e outros descendentes. De acordo com o artigo 496º, nº 3, para efeitos de fixação do montante a receber, são atendíveis os danos não patrimoniais sofridos pelos titulares da indemnização. Por conseguinte, na parte que cabe ao cônjuge do falecido, terão de ser ponderados os danos não patrimoniais correspondentes à perda do convívio matrimonial. Contudo, a lei não é tão explícita quanto aos direitos que cabem aos familiares de uma pessoa vítima de lesão corporal. Assim sendo, há que aplicar a regra geral: o terceiro incorre em responsabilidade civil se tiver violado um direito que lhe era oponível.

“Ora, o acto ilícito de terceiro que impossibilita uma pessoa casada de ter relações sexuais viola direitos de duas pessoas que são eficazes *erga omnes*: o direito à integridade física, de que é titular a «vítima principal», e o direito de coabitação sexual, pertencente ao cônjuge da vítima da lesão corporal. Ou seja, um único acto causa simultaneamente dois danos indemnizáveis: um dano sofrido pela vítima da lesão corporal e um dano sofrido pelo seu cônjuge. E o segundo é, tal como o primeiro, um dano directo [cf. o acórdão da Corte di Cassazione de 11/11/1986 e PELLECCIA p. 67]. A privação do direito conjugal de coabitação sexual de uma parte constitui um efeito necessário da incapacidade sexual da outra parte, ocorrendo na mesma altura em que se produz esta incapacidade.

“Como é habitual numa hipótese de responsabilidade civil por facto ilícito, exige-se que tenha havido um comportamento doloso ou negligente. No entanto e diferentemente do que acontece nos casos de adultério e instigação ao incumprimento dos deveres conjugais, a responsabilidade de terceiro perante o cônjuge da pessoa impossibilitada de ter relações sexuais existe, ainda que ele não saiba, nem tenha que saber, qual é o estado civil desta pessoa. É suficiente a prova do dolo ou negligência no plano do resultado principal. Aliás, nas situações

em que a lei obriga especificamente o terceiro a indemnizar a «vítima secundária» do acto ilícito (cf. artigos 495.º, n.º 3, e 496.º, n.ºs 2 e 3), a responsabilidade surge independentemente da questão do conhecimento ou da cognoscibilidade pelo agente da existência de familiares próximos, ou credores de alimentos, da pessoa falecida ou vítima de lesão corporal.”

Poucos anos volvidos, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/05/2009 concedeu indemnização ao cônjuge de pessoa a quem um acidente de viação causara impotência sexual. Em abono da decisão, foi sustentado que a mulher do lesado sofrera um dano directo, correspondente à “privação do débito sexual na sociedade conjugal em consequência da impotência do cônjuge marido decorrente de acidente de viação”, tendo sido invocada, entre várias doutrina, parte do excerto da dissertação de doutoramento atrás reproduzido.

O douto acórdão mereceu anotação concordante de uma ilustre académica, que acrescentou: “o direito à coabitação sexual é um direito conjugal *erga omnes* [...] e, por isso, deve admitir-se que o terceiro que impossibilitou o cumprimento do dever conjugal de coabitação sexual seja obrigado a indemnizar por violação do direito subjectivo do cônjuge. Trata-se, assim, de um dano não patrimonial directo indemnizável nos termos gerais dos arts. 483.º e 496.º, n.º 1 [do Código Civil]” [DIAS p. 418].

Todavia, não se suponha que o problema tenha recebido resposta definitiva da jurisprudência superior. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/09/2009, com votos de vencido de dois Juizes-Conselheiros em cinco, qualificou como indirecto o dano “decorrente para a mulher casada que viu o seu jovem e saudável cônjuge [...] ficar, ainda, também impotente, frustrando, assim, as suas legítimas expectativas de uma vida conjugal rica e plena de satisfações e de felicidade” e negou, por conseguinte, a possibilidade de o dano ser reparado.

3. A natureza directa do dano sofrido por cônjuge de vítima de dano sexual

Num cenário normativo que nega a ressarcibilidade de danos não patrimoniais reflexos, salvo quando estejam associados à morte de outrem, a tutela indemnizatória do cônjuge daquele que sobreviveu a acidente com dano sexual exige a demonstração de que houve lesão de direito desse mesmo cônjuge.

O acidente que causou dano sexual a uma pessoa casada limita total ou parcialmente o relacionamento íntimo desta com o respectivo cônjuge.

O artigo 1672.º do Código Civil enuncia, entre os deveres recíprocos dos cônjuges, o de coabitação, que abrange a comunhão sexual. Ao dever de coabitação de um cônjuge corresponde, no lado activo, o direito subjectivo do outro. [cf.

PINHEIRO, *O núcleo* p. 272 e s., pp. 485-486, e *O Direito da Família* pp. 461, 463-464, 474-475].

O direito de coabitação de um cônjuge com o outro é oponível *erga omnes* [cf. PINHEIRO, *O núcleo* p. 412 e s., e *O Direito da Família* pp. 475-476]. Os terceiros estão obrigados a não contribuir para o incumprimento ou para a impossibilidade de cumprimento dos deveres dos cônjuges. A oponibilidade *erga omnes* dos direitos conjugais assenta nos seguintes elementos: a finalidade comunitária dos interesses subjacentes às situações jurídicas, que justifica a preterição de interesses individuais de terceiros; a concepção do casamento como uma comunhão exclusiva entre duas pessoas (cf. artigos 1577.º e 1601.º, al. c), do Código Civil), que não deixa margem para uma ligação concorrente com terceiros; os casos, expressamente previstos pela lei, em que os interesses de terceiro são preteridos por causa de um casamento em que não foi parte [invalidade do segundo casamento contraído com o cônjuge bigamo (artigos 1601.º, al. c), e 1631.º, al. a), do Código Civil); retroacção da eficácia do registo do casamento sem ressalva dos direitos de terceiro incompatíveis com os “direitos e deveres de natureza pessoal dos cônjuges” ou até dos direitos compatíveis, se, tratando-se de registo por transcrição, esta tenha sido feita dentro dos sete dias subsequentes à celebração do casamento (artigo 1670.º, n.º 2, do Código Civil); invalidade das liberalidades feitas pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (artigos 2196.º e 953.º do Código Civil)].

Assim sendo, o acidente que causa dano sexual a pessoa casada é susceptível de violar um direito do próprio cônjuge, pelo que, estando verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil, incluindo a gravidade do dano, ao cônjuge da vítima de dano sexual caberá uma indemnização que o compense pela perturbação da sexualidade do casal.

4. A jurisprudência uniformizadora de 2014 sobre o artigo 496.º do Código Civil

O cenário descrito, adverso à ressarcibilidade dos danos reflexos, mudou substancialmente com o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2014, de 09/01/2014, que uniformizou a jurisprudência nos seguintes termos: “Os artigos 483.º, n.º 1 e 496.º, n.º 1 do Código Civil devem ser interpretados no sentido de abrangerem os danos não patrimoniais, particularmente graves, sofridos por cônjuge de vítima sobrevivente, atingida de modo particularmente grave.”

O acórdão uniformizador adoptou interpretação actualista extensiva que reconhece direito próprio a uma indemnização ao cônjuge da vítima que sobreviveu a acidente, com os argumentos de que se passou a compreender a mal

“que a produção de danos não seja acompanhada de ressarcimento”, em especial, se os danos são grandes, e que Portugal “passou a ser um país aberto”, que, por conseguinte, deve atentar na solução de outros Países próximos, “reforçadora da ideia de que os tempos mudaram”.

À luz desta jurisprudência, não oferece dúvidas a tutela indemnizatória do cônjuge daquele que sobreviveu a acidente com dano sexual particularmente grave, desde que se verifique que também foi particularmente grave o dano causado por esse acidente àquele cônjuge.

5. Beneficia de direito a indemnização o unido de facto de quem sofreu dano sexual?

O artigo 496.º do Código Civil, na versão originária, atribuía, por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros descendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem (n.º 2). Ou seja, não incluía o unido de facto entre os possíveis titulares de direito à indemnização.

Mas a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, aditou ao artigo 496.º um novo número 3, em que se estabelece: “Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes”.

De notar que o artigo 489.º, n.º 2, do Código Civil de Macau, que se mantém na redacção originária, confere, por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais, em conjunto, ao cônjuge não separado de facto e aos filhos ou outros descendentes, na falta destes, ao unido de facto e aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem. Esta formulação não foi, portanto, seguida pela lei portuguesa de 2010, que colocou o membro da união de facto na primeira classe de beneficiários de compensação, e não na segunda.

Tratando-se novamente só da ordem jurídica de Portugal, pode ser útil esclarecer que aqui a união de facto é entendida como convivência de duas pessoas em condições análogas às dos cônjuges ou como uma coabitação que as envolve, na tripla vertente de comunhão de leito, mesa e habitação. Ou seja, há um elemento de comunhão sexual entre as partes.

Conjugando estes dados com a jurisprudência fixada pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2014, importa perguntar se, à semelhança do cônjuge, não beneficia de direito de indemnização o unido de facto de sobrevivente de acidente com dano sexual particularmente grave.

Em minha opinião, no direito português vigente, a resposta é negativa.

A jurisprudência fixada em 2014 vale apenas para o cônjuge, como resulta do Acórdão n.º 6/2014, que justifica a delimitação subjectiva na seguinte passagem:

“Não pode «abrir -se» a compensabilidade a todos os que, chegados ao lesado, sofram com o que aconteceu a este. Como refere Philippe Brun (*Responsabilité Civile Extracontractuelle*, 354): «...supondo admitido o princípio da reparação do prejuízo moral por ricochete, seria bom fixar -se regras simples evitando a inflação do coro de chorosos.»

“No reverso, não pode questionar -se que, para além do cônjuge, outros podem e devem beneficiar da tutela deste tipo de danos.

Todavia, não nos compete determinar aqui quais, dos chegados ao lesado, podem pedir compensação pelo sofrimento próprio. Estaríamos a ir para além do objeto do processo e a invadir terreno próprio do poder legislativo”.

Uma compensação do membro da união de facto por perturbação da vida sexual comum, devida ao acidente que provocou ao outro membro dano sexual, pressupõe, assim, lesão de um direito próprio do companheiro daquele que sobreviveu ao acidente, que, em contraste com o casamento, não parece susceptível de detectar-se: na união de facto, não existe um dever, nem um direito, de coabitação.

Resta, porém, o caminho da lesão de um direito à sexualidade enquanto direito de personalidade (designadamente, apontado na parte final do citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/05/2009), a percorrer noutra ocasião.

6. Referências bibliográficas e jurisprudenciais completas

ALPA, G., “Lesione del *ius in corpus* e danno biológico del «creditore»”, *Giustizia Civile* 1987, I, pp. 573-575.

ALPA, G./BESSONE, M./CARBONE, V., *Atipicità dell’illecito, I - Persone e rapporti familiari*, 3.ª edição, Milão, Giuffrè, 1993

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Guide to Family Law*, Nova Iorque, Times Books, 1996.

BUSNELLI, F.D./PATTI, S., “Lesione del diritto all’attività sessuale e risarcimento del danno (a proposito di Cass., 11 novembre 1986, n. 6607 e Cass., 21 maggio 1996, n. 4671)”, capítulo da obra *Danno e responsabilità civile*, Turim, G. Giappichelli, 1997, p. 101 e s.

CLARK, H., *The Law of Domestic Relations*, 2.ª edição, volume I, St. Paul (Minnesota), West Publishing, 1997.

DE CUPIS, A., “La tutela esterna degli interessi familiari”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* 1971, pp. 235-249.

DIAS, Cristina M. Araújo, “Responsabilidade por indemnização por perda do direito ao débito conjugal – considerações em torno do art. 496.º do Código Civil”, *Scientia Iuridica* 2012, n.º 329, pp. 391-420.

DIMUNDO, F., “Lo stato di salute... del danno alla salute: spunti giurisprudenziali per un tentativo di diagnosi”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1995, I, pp. 371-390.

FERRANDO, G., anotação a CassIt 11/11/1986, n.º 6607, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1987, I, pp. 343-356.

FLEMING, J., *The Law of Torts*, 9.ª edição, Sidney, LBC Information Services, 1998.

FRACCON, A., “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone* 2001, pp. 367-397.

GREGORY, J. de W./SWISHER, P.N./SCHEIBLE, S.L., *Understanding Family Law*, Nova Iorque, Matthew Bender, reimpressão (da edição de 1993), 1995.

HEUSTON, R./BUCKLEY, R., *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 20.ª edição, Londres, Sweet Maxwell, 1992.

HOLBROOK, E., “The Change in the Meaning of Consortium”, *Michigan Law Review* 22, 1923, pp. 1-9.

JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, 2ª ed., Londres, Butterworths, 1964.

JOHNSON, V./GUNN, A., *Studies in American Tort Law*, Durham (Carolina do Norte), Carolina Academic Press, 1994.

LANDON, *Pollock's Law of Torts*, 15.ª edição, Londres, Steven Sons Limited, 1951.

LEE, J.D./LINDAHL, B., *Modern Tort Law. Liability Litigation*, volume 3, Deerfield/Illinois, Callaghan Company, 1990.

LIPPMAN, J., “The breakdown of consortium”, *Columbia Law Review* 1930, pp. 651-673.

LUPOI, M., “Risarcibilità del danno non patrimoniale subito dalla moglie nelle relazioni coniugali: l’evoluzione del diritto statunitense contemporaneo”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* 1968, pp. 457-487.

PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milão, Giuffrè, 1984.

PATTI, S., “La lesione del diritto all’attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile”, *Giurisprudenza Italiana* 1987, I, pp. 2043-2048.

PELLECCHIA, E., “La lesione della sfera sessuale del coniuge”, capítulo da obra AA.VV., *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milão, Giuffrè, 2000, pp. 59-69.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, reimpressão (da 4.ª edição de 2013), Lisboa, AAFDL, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004.

RAISTY, L., “Bystander Distress and Loss of Consortium: an Examination of the Relationship Requirements in Light of *Romer v. Evans*” [a referência do caso é a seguinte: 116 S. Ct. 1620 (1996)], *Fordham Law Review* 1997, pp. 2647-2683.

ROCCA, P. della, “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?”, *Rivista Critica di Diritto Privato* 1988, pp. 605-629.

SANTOS, Liliana Mónica Godinho dos, *O dano sexual: contributos para a avaliação médico-legal dos danos na pessoa*, dissertação elaborada no âmbito do Mestrado em Ciências Forenses da Universidade do Porto, 2008 (disponível em <http://hdl.handle.net/10216/22393>, consulta de 07-09-2016).

STATSKY, W., *Family Law*, 4.ª edição, Albany (Nova Iorque), West Publishing, 1996.

STATSKY, W., *Torts. Personal Injury. Litigation*, 3.ª edição, Minneapolis/St. Paul, West Publishing Company, 1995.

V.M., “Colpi d’obbiettivo”, *Rivista di Diritto Civile* 1966, II, pp. 215-216.

VERNIER, C., *American Family Laws*, volume III, Stanford University/California Stanford University Press, 1935.

Acórdão da Corte di Cassazione de 11/11/1986, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1987, I, p. 343 = *Giurisprudenza Italiana* 1987, I, p. 2043.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/02/2004, proferido no processo 03B4298, relatado por DUARTE SOARES, que se encontra disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/05/2009, proferido no processo 3413/03.2TBVCT.S1, relatado por PAULO SÁ, que se encontra disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/09/2009, proferido no processo 292/1999-S1, relatado por JOÃO CAMILO, que se encontra disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2014, de 09/01/2014, proferido no processo n.º 6430/07.0TBBERG.S1, Relatado por MARQUES BERNARDO, publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 98, de 22 de Maio de 2014, p. 2926 e s., e disponível em <http://www.dgsi.pt>.